

# NOVAS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL

ESTUDOS SOBRE O PROJETO  
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



## 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

2013



EDITORA  
*Jus*PODIVM

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

10  
*anos*



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

**Conselho Editorial:** 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:** Caetê Coelho ([caete1984@gmail.com](mailto:caete1984@gmail.com))

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.

# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>9</b>
<i>LUIZ FUX</i>	
<b>A CLÁUSULA GERAL DO ACORDO DE PROCEDIMENTO NO PROJETO DO NOVO CPC (PL 8.046/2010) .....</b>	<b>13</b>
<i>PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA</i>	
<b>PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA AS AÇÕES DE FAMÍLIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>25</b>
<i>LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA</i>	
<b>APELAÇÃO POR INSTRUMENTO: BREVE LEITURA CRÍTICA À PROPOSTA APRESENTADA NO PLC 8046/2010 .....</b>	<b>35</b>
<i>FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI</i>	
<b>MEDIAÇÃO, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>55</b>
<i>FERNANDO HORTA TAVARES</i>	
<b>A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A GESTÃO DO TEMPO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>73</b>
<i>ANTONIO DO PASSO CABRAL</i>	
<b>ANÁLISE COMPARATIVA DA COOPERAÇÃO E COLABORAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS NOS PROJETOS DE NOVO CPC.....</b>	<b>99</b>
<i>CAMILO ZUFELATO</i>	
<b>CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA COMO ALICERCES DO CPC PROJETADO .....</b>	<b>123</b>
<i>BRUNO DANTAS</i>	
<b>JULGAMENTO LIMINAR DO PEDIDO – ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E INEVITÁVEL CRÍTICA EM RELAÇÃO A SUA DISCIPLINA NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>143</b>
<i>FERNANDO GONZAGA JAYME E TEREZA DE ASSIS FERNANDES</i>	
<b>A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> E DA CONVERSÃO DA DEMANDA INDIVIDUAL EM COLETIVA .....</b>	<b>161</b>
<i>MARIA EMÍLIA NAVES NUNES</i>	

<b>O SISTEMA RECURSAL NO SUBSTITUTIVO BARRADAS.....</b>	<b>175</b>
<i>GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES E ANDRÉ GARCIA LEÃO REIS VALADARES</i>	
<b>DECISÃO JUDICIAL NÃO FUNDAMENTADA NO PROJETO DO NOVO CPC: NAS SENDAS DA LINGUAGEM .....</b>	<b>187</b>
<i>BECLAUTE OLIVEIRA SILVA</i>	
<b>AS NORMAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA NO RELATÓRIO BARRADAS CARNEIRO .....</b>	<b>203</b>
<i>LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES</i>	
<b>SUGESTÕES PARA APRIMORAMENTO DOS RECURSOS CÍVEIS: ESTUDO CRÍTICO DE ASPECTOS RELEVANTES DO RELATÓRIO- GERAL DO PROJETO DE NOVO CPC DIVULGADO PELA CÂMARA EM 19/09/2012.....</b>	<b>229</b>
<i>BRUNO GARCIA REDONDO</i>	
<b>DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E CONTROLE DA JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CPC .....</b>	<b>245</b>
<i>ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE</i>	
<b>O CRESCIMENTO DO PAPEL DO AMICUS CURIAE NO NOVO CPC: PERSPECTIVAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF .....</b>	<b>263</b>
<i>ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA</i>	
<b>TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DE UM REGIME ÚNICO .....</b>	<b>285</b>
<i>MARCELLO SOARES CASTRO</i>	
<b>A TUTELA ANTECIPADA NO PROJETO DO NOVO CPC.....</b>	<b>303</b>
<i>VICENTE DE PAULA MACIEL JÚNIOR</i>	
<b>O EFEITO VINCULANTE E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: EM QUE SENTIDO PODE HAVER PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO?.....</b>	<b>331</b>
<i>MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI E THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE</i>	
<b>OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL NO NOVO CPC .....</b>	<b>361</b>
<i>LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO</i>	
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DE URGÊNCIA NO RELATÓRIO BARRADAS.....</b>	<b>379</b>
<i>EDUARDO DE AVELAR LAMY</i>	
<b>PODERES DO RELATOR NO CPC PROJETADO .....</b>	<b>391</b>
<i>PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA</i>	
<b>AS IMPORTANTES ALTERAÇÕES FIRMADAS EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO DA PRECLUSÃO NO PROJETO DO NOVO CPC.....</b>	<b>409</b>
<i>FERNANDO RUBIN</i>	

<b>APONTAMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DO PROCESSO. ....</b>	<b>431</b>
<i>FREDIE DIDIER JR.</i>	
<b>O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: NOTAS SOBRE O PROJETO BARRADAS.....</b>	<b>439</b>
<i>CAMILLA MATTOS PAOLINELLI E RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS</i>	
<b>UMA BREVE NOTÍCIA SOBRE O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO E SOBRE AS TENDÊNCIAS BRASILEIRAS DE PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA: UM CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS BRASILEIRO. ....</b>	<b>469</b>
<i>DIERLE NUNES E RAFAEL DILLY PATRUS</i>	
<b>STARE DECISIS VS DIREITO JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>483</b>
<i>NELSON NERY JUNIOR E GEORGES ABBOUD</i>	
<b>ANÁLISE DOS PRINCIPAIS PONTOS DA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SISTEMA RECURSAL .....</b>	<b>513</b>
<i>LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR E MIRIAM FECCHIO CHUEIRI</i>	
<b>A ELIMINAÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – A DISCIPLINA PROPOSTA NO "RELATÓRIO-GERAL BARRADAS" .....</b>	<b>531</b>
<i>LUIZ RODRIGUES WAMBIER E RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS</i>	
<b>O ASSESSOR JUDICIAL .....</b>	<b>545</b>
<i>EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA E LÚCIO DELFINO</i>	
<b>AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE CIVIL LAW E COMMON LAW .....</b>	<b>555</b>
<i>JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JR.</i>	
<b>O NOVO CPC E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRIMEIROS PASSOS RUMO À CONSTRUÇÃO DE UMA DOCTRINA HUMANISTA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....</b>	<b>609</b>
<i>ERICK VIDIGAL</i>	
<b>DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PLS 166/2010 E PL 8046/2010): LIMITES OBJETIVOS E CONCEITO.....</b>	<b>631</b>
<i>LUIZ DELLORE</i>	

<b>A EXEQUIBILIDADE IMEDIATA DA SENTENÇA NO NOVO CPC.....</b>	<b>645</b>
<i>BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART E</i>	
<i>IRAPUÁ SANTANA DO NASCIMENTO DA SILVA</i>	
<b>EFICÁCIA CONSUNTIVA NO NOVO CPC E OS RECURSOS</b>	
<b>AUGUSTOS E ANGUSTOS.....</b>	<b>657</b>
<i>ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR</i>	
<b>PARA UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DO SISTEMA DE</b>	
<b>PRECEDENTES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO</b>	
<b>CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>677</b>
<i>JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA,</i>	
<i>ALEXANDRE FREIRE E</i>	
<i>ALONSO REIS FREIRE</i>	
<b>AÇÃO RESCISÓRIA NO PROJETO DE NOVO CPC: DO</b>	
<b>ANTEPROJETO AO RELATÓRIO-GERAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS...</b>	<b>701</b>
<i>WELDER QUEIROZ DOS SANTOS</i>	
<b>A PROBLEMÁTICA DOS EMBARGOS INFRINGENTES</b>	
<b>NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>725</b>
<i>MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS</i>	
<b>REFORMA DO PROCESSO CIVIL:</b>	
<b>SÃO OS RECURSOS O GRANDE VILÃO? .....</b>	<b>737</b>
<i>TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER</i>	
<b>MEDIAÇÃO NO NOVO CPC:</b>	
<b>QUESTIONAMENTOS REFLEXIVOS .....</b>	<b>749</b>
<i>FERNANDA TARTUCE</i>	
<b>O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA</b>	
<b>DO PEDIDO NO CPC ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC.....</b>	<b>767</b>
<i>GILBERTO GOMES BRUSCHI</i>	
<b>O DIREITO PROCESSUAL CIVIL</b>	
<b>COMO SUB-RAMO DO DIREITO PÚBLICO .....</b>	<b>783</b>
<i>VITOR FONSÉCA</i>	
<b>UMA NOVA REALIDADE DIANTE DO PROJETO DE CPC:</b>	
<b>A RATIO DECIDENDI OU OS FUNDAMENTOS</b>	
<b>DETERMINANTES DA DECISÃO.....</b>	<b>807</b>
<i>LUIZ GUILHERME MARINONI</i>	
<b>AMICUS CURIAE, REPERCUSSÃO GERAL</b>	
<b>E O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>869</b>
<i>FELIPE DE MELO FONTE E</i>	
<i>NATÁLIA GOULART CASTRO</i>	



# PREFÁCIO

*LUÍZ FUX<sup>1</sup>*

A democracia brasileira vive uma nova era. Foi-se o tempo em que as mais diferentes nuances da vida social era moldadas pela vontade de uma minoria politicamente vitoriosa. No plano do Direito, tantas foram as leis que, em nossa história, refletiram apenas o ideário de um destacado jurista ou de uma classe predominante, muitas vezes invocando a impossibilidade de consenso acerca de questões sensíveis das relações públicas e privadas. A codificação encartava o deliberado objetivo de promover a mudança *ex abrupto*, quando, na verdade, o corpo social é que deve definir a regulação que melhor atenda aos seus anseios. Como resultado, vimos nascer estatutos completamente desconectados da realidade prática. Estendiam-se logorreicamente em temas de somenos importância e omitiam-se em pontos fulcrais, apesar da sua pretensão de completude.

A nação brasileira evoluiu e assim também a sua noção de regime democrático. constatando-se que nenhum controle por meio da força tem vida longa, assim como que a imposição da vontade da maioria é a antítese do ideário de sociedade livre. Nossa democracia se consolida a pouco e pouco como o governo por meio do debate, tal como imaginada por Amartya Sen.<sup>2</sup> Democracia deliberativa que é, reconhece como legítimo apenas o domínio da razão, que se produz por instituições sociais canalizadoras dos anseios de quem quer que deseje manifestar-se, em uma arena onde o único duelo esperado é o da argumentação. Não se trata de extrair o resultado democrático de um mero cálculo matemático das vontades expressadas, e sim de obtê-lo em

- 
1. Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ministro do Supremo Tribunal Federal
  2. SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 15

um ambiente aberto à participação de qualquer interessado e no qual ideias tomam corpo pela persuasão racional.<sup>3</sup>

É nesse novo modelo de debate público que o projeto do novo Código de Processo Civil foi gestado.<sup>4</sup> Não é um Código dos juízes, nem dos advogados, dos membros do Ministério Público ou mesmo dos defensores públicos. Sua preocupação central, como não poderia deixar de ser, é com o jurisdicionado. Precisamente por isso, optou-se por um modelo publicista de processo, em contraposição ao sistema puramente individualista tão criticado na doutrina pátria e alienígena.<sup>5</sup> O processo judicial moderno, para que cumpra sua função social, deve ser estruturado de forma a dar concretude aos valores que transcendem os fins privados inerentes ao modelo clássico e constituem o núcleo da moralidade pública.<sup>6</sup> E a consecução desse desiderato não prescinde do esforço conjunto e articulado de todos os operadores do direito.<sup>7</sup>

- 
3. Sobre o conceito de deliberação na esfera pública, v. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Para um exame profundo da institucionalização da razão e da importância do constitucionalismo discursivo para a moderna teoria do Direito, v. ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. In: *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 95, n. 2, abril 2009. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 2009. p. 151-166
  4. Os comentários de Paolo Giovanni Demarchi à reforma processual italiana de 2009 encarnam a perspectiva aqui apresentada e são perfeitamente adequados à realidade brasileira, *in verbis*: “A reformulação do nosso sistema processual não pode ser deixada à iniciativa ‘política’ desta ou daquela legislatura, mas deve ser o fruto de um trabalho conjunto dos vários operadores da Justiça (magistrados, advogados, auxiliares da justiça...), que, vivendo cada dia nas aulas dos nossos Tribunais, são as mais conscientes testemunhas dos defeitos do sistema atual e das inovações necessárias.” (Tradução livre do texto: “*Il ripensamento del nostro sistema processuale no può essere lasciato all’iniziativa ‘politica’ di questa o quella legislatura, ma deve essere il frutto di un lavoro condiviso dei vari operatori del comparto giustizia (magistrati, avvocati, cancellieri...), che, vivendo ogni giorno nelle aule dei nostri tribunali, sono i più consapevoli testimoni dei difetti del sistema attuale e delle innovazioni da apportare*”. DEMARCHI, Paolo Giovanni. *Il nuovo processo civile*. Milano: Giuffrè, 2009. p. XVI).
  5. Para múltiplas visões sobre o tema V. GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In: *Revista de Processo* n° 164, ano 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
  6. FISS, Owen. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Coord. da trad.: Carlos Alberto de Salles. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 111
  7. Sobre a reforma do processo civil francês, Loïc Cadiet observou que a complexidade das relações na pós-modernidade, que tem repercussões inevitáveis sobre o processo, impõe a pesquisa de mecanismos de cooperação, de diálogo, de intercâmbio, destinados a alcançar os melhores equilíbrios normativos. CADIET, Loïc. *Complexità e riforme del processo civile francese*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n. 4, dicembre 2008. Milano: Giuffrè, 2008. p. 1325-1326

É imperioso, ademais, o abandono da suposição, muito bem descrita por Ovídio Baptista, de que a jurisdição se resume a uma monótona e esteriotipada aplicação mecânica da lei, na qual um legislador sábio e previdente previra todos os litígios futuros e lhes dera antecipadamente a solução adequada.<sup>8</sup> O projeto do Código de Processo Civil, atento aos preceitos metodológicos do pós-positivismo, preocupa-se com o balizamento da atividade jurisdicional na resolução dos casos difíceis.<sup>9</sup> O capítulo inaugural alberga uma plêiade de princípios jurídicos que tornam o Código mais permeável à incidência das garantias fundamentais do processo e facilitam a tarefa do julgador em face de situações não contempladas nas regras jurídicas. O respeito aos princípios será dever inarredável do magistrado e das partes nas hipóteses em que necessária a adaptabilidade do procedimento para melhor atender à situação *sub judice*, o que afasta por completo a falácia, por vezes propagada, de que nesses casos o arbítrio da aplicação fria das leis (*dura lex, sed lex*) seria substituído pelo arbítrio dos juízes.<sup>10</sup> Em uma democracia constitucional deliberativa, não há margem para o arbítrio de quem quer que seja.

A presente obra representa um límpido retrato desse panorama. Reúne ideias, comentários e proposições de teóricos do Direito oriundos das mais diversas áreas do labor jurídico, que compartilham sua experiência para unir-se à reflexão daqueles que se dedicam exclusivamente à Academia. O objetivo comum, como não poderia deixar de ser, é a transposição da ideologia humanista que predomina na sociedade brasileira pós-88 para a técnica processual, de modo que em nenhum momento se desvirtue o caráter instrumental do

- 
8. SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. II. Fabris, 1990. p. 249-250
9. A respeito do tema, v. ALEXYS, Robert. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 32, 2009. p. 67-84. Na doutrina nacional: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: RPGE, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004. Para uma análise detalhada da aplicação desses novos paradigmas ao exercício da jurisdição, v. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Qué significa juzgar? In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 32, 2009. p. 151-176.
10. Sobre o princípio da adaptabilidade processual e o instrumentalismo, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. A efetividade do processo e a técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, n. 137. São Paulo: RT, 2006. p. 7-31; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: Revista de Processo, n. 105. São Paulo: RT, 2002. p. 183-190; BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O Novo Processo Civil Brasileiro —Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011; FARIA, Márcio Carvalho de. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. In: Ética e Filosofia Política, v. 2, 2012. p. 103-117.

processo civil. Como alerta Michele Taruffo, a técnica serve para fabricar o instrumento processual, enquanto a ideologia determina os escopos que o processo deve alcançar. Ambos são conjuntamente necessários e separadamente insuficientes: a técnica sem a ideologia é vazia, ao passo que a ideologia sem a técnica é impotente.<sup>11</sup>

Por tudo isso, o novo Código de Processo Civil não pode ser acusado de incorporar uma única orientação científica. Ao revés, sua construção tem raízes profundas no debate popular, fruto de uma centena de audiência públicas; do acolhimento majoritário da colaboração dos segmentos científicos profissionais, mercê do aproveitamento de mensagens eletrônicas do meio jurídico em geral.

Desta sorte, como bom filho da “Constituição cidadã”, nada mais justo que atribuir-lhe o nome de “Código de Processo Civil democrático”.

Subjaz, por fim a certeza de que a presente obra abordando com inteligência ímpar o novo sistema processual revela-o à altura do Estado Democrático de Direito, lavrado em tintas fortes pelo ideário da nossa nação, inspirado pela proteção de Deus.

---

11. TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *In*: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXIII, n. 1, marzo 2009. Milano: Giuffrè, 2009. p. 71

# A CLÁUSULA GERAL DO ACORDO DE PROCEDIMENTO NO PROJETO DO NOVO CPC (PL 8.046/2010)

*PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Nota introdutória. – 2. O relatório-geral apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas e a consagração da cláusula geral de acordo de procedimento. – 3. Breve análise da proposta. – 4. A cláusula geral do acordo de procedimento e o resgate doutrinário do conceito de negócio jurídico processual. – 5. Acordos de procedimento e o sistema do CPC-1973. – 6. Alguns acordos de procedimento segundo o projeto do novo CPC.

---

## 1. NOTA INTRODUTÓRIA

Durante a tramitação legislativa, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, oriundo do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010), que visa instituir no Brasil, o novo Código de Processo Civil, foi apresentado o relatório-geral pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, que condensou a análise de 900 emendas ao texto aprovado no Senado, além de centenas de sugestões dirigidas por meio eletrônico, através de espaço disponibilizado na internet, por iniciativa do Deputado Fábio Trad, presidente da Comissão Especial.

Dentre as modificações propostas, encontra-se a cláusula geral do acordo de procedimento, prevista no art. 172 do texto do relatório-geral, que será objeto de análise neste ensaio.

Nosso objetivo, aqui, é, portanto, examinar a modificação proposta.

---

1. Doutor (UFBA) e Mestre (UFAL) em Direito. Professor de Direito Processual Civil (graduação e mestrado) da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor e coordenador do curso de Direito da SEUNE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPEP). Advogado.

## 2. O RELATÓRIO-GERAL APRESENTADO PELO DEPUTADO SÉRGIO BARRADAS E A CONSAGRAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE ACORDO DE PROCEDIMENTO

Segundo a proposição contida no art. 172 do texto do relatório geral, para as causas em que se discutem direitos passíveis de autocomposição, é autorizada a convenção das partes sobre os direitos, deveres e ônus processuais:

“Art. 172. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, e observadas as normas processuais fundamentais previstas neste Código, é lícito às partes, desde que sejam plenamente capazes, convencionar, antes ou durante o processo, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

§ 1º. De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

§ 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática do ato processual ou para a realização da audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário

§ 4º O juiz controlará, de ofício ou a requerimento, a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contratos de adesão ou em outros em que uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

Em outro ensaio<sup>2</sup>, apresentamos sugestão para ser então incorporada ao texto do PL 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, com objetivo de se introduzir, no ordenamento brasileiro, pelo menos um dispositivo que admitisse de modo expresso a celebração dos acordos de procedimento. A proposta trazida no relatório geral do Deputado Sérgio Barradas incorpora em grande parte as sugestões que fizemos<sup>3</sup> na ocasião.

---

2. Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Anotações sobre os negócios jurídicos processuais no projeto do Código de Processo Civil. In: *O Projeto do Novo Código de Processo Civil*. 2ª série – Estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 583.

3. A proposta que formuláramos estava redigida nos seguintes termos:

“Art. 167. Versando o litígio sobre direitos disponíveis, e observados as regras e os princípios estabelecidos neste Código, é lícito às partes, desde que sejam plenamente capazes, convencionar, antes ou durante o procedimento, sobre os ônus, faculdades e deveres processuais.

Não se tem, no Brasil, atualmente, uma possibilidade mais ampla de autorregulação do procedimento como se verifica em outros sistemas jurídicos. É possível ao litigante optar por determinados procedimentos quando a ordem jurídica assim o permite, mas não se admite expressamente uma livre disciplina, de natureza convencional, sobre como a causa deve ser processada. Eis um ponto em o projeto do Código Processo Civil pode ser aperfeiçoado.

Será bem vinda e oportuna a introdução, no sistema brasileiro, da permissão legislativa expressa para celebração de acordos de procedimento, autorizando que as partes, em certa medida, regulem a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e até possam dispor, em certas situações, sobre os ônus que contra si recaiam.

Os acordos de procedimento vão ao encontro da ideia de favorecer e prestigiar, sempre quando possível, as soluções de controvérsias obtidas diretamente pelos próprios litigantes negociadamente.

Se a solução consensual do litígio é benéfica a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir aos litigantes, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinarem a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso<sup>4</sup>.

### 3. BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA

O texto proposto, ao tempo em que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de direito, ou de opressão. Por isso, o pacto somente será admitido (a) quando se tratar de direitos passíveis de autocomposição, hipóteses nas quais as

---

§ 1º. O juiz e as partes podem, de comum acordo, estipular mudanças no procedimento, visando ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

§ 2º. Os prazos previstos no calendário somente serão prorrogados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3º. Não se admitirá a convenção de que trata o caput deste artigo em contratos de adesão, ou quando o litigante se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

4. Como ressalta Loïc Cadiet, as convenções das partes não são apenas instrumentos para solução da controvérsia, mas também técnica complementar de gestão do processo civil (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 19-20).

partes já estão autorizadas pelo ordenamento e renunciar integralmente ao próprio direito litigioso e a afastar a própria jurisdição estatal, com opção pela arbitragem; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio, não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em situação de vulnerabilidade.

Em alguns sistemas jurídicos, adota-se o modelo de gestão processual, por meio da qual ao juiz é dado interferir no desenrolar do procedimento a fim de adequá-lo às especificidades do caso concreto<sup>5</sup>. A versão inicial do anteprojeto de Código de Processo Civil que tramitou no Senado (PL nº 166, de 2010), no art. 107, inciso V, admitia amplamente a adaptação do procedimento pelo juiz, observado o contraditório. O dispositivo, após diversas críticas oriundas de variados setores da sociedade, foi retirado e não constou do substitutivo aprovado no Senado.

O enunciado agora proposto admite a adaptação procedimental. Entretanto, a adaptação, do modo como se propôs, não se estabelece como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador.

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.

#### **4. A CLÁUSULA GERAL DO ACORDO DE PROCEDIMENTO E O RESGATE DOUTRINÁRIO DO CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**

A introdução de uma cláusula geral para acordos de procedimento trará uma importante consequência do ponto de vista doutrinário: a doutrina processual em geral, que hoje manipula com alguma dificuldade e, em al-

---

5. Para uma exposição criteriosa do modelo de *case management* no direito inglês, conferir: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O *case management* inglês: um sistema maduro? In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, nº 21. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia Editora, 2010, p. 83 e segs. Para uma exposição sobre a expansão da gestão processual na Europa, especialmente na Itália e na França, conferir: ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. In: *Revista de Processo*, nº 193. São Paulo: RT, março/2011, p. 168 e segs.



guns casos, até com alguma restrição, categorias difundidas no âmbito do direito privado, precisará do supedâneo da teoria do negócio jurídico para compreender e possibilitar adequada manipulação

O estudo dos negócios jurídicos, historicamente, esteve vinculado ao Direito Privado. Na Ciência Processual, a temática é relativamente recente. Coube à doutrina alemã elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual<sup>6</sup>, a partir do final do século XIX<sup>7-8</sup>.

Schönke<sup>9</sup>, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (*v.g.* pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. Lent<sup>10</sup> procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziram quando queridos pela parte. Mais recentemente, também Leible<sup>11</sup> e Jauernig<sup>12</sup> admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (*v.g.* compromisso arbitral), segundo a ZPO.

Na Itália, Chiovenda<sup>13</sup> admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais

- 
6. DENTI, Vittorio. *Negozi processuale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 138.
  7. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977, p. 28-29, notas 8 e 9 *et passim*.
  8. Para uma resenha das diferentes concepções germânicas, no período, sobre a teoria do negócio processual, conferir: FERRARA, Luigi. *Studii e Questioni di Diiritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 44 e segs.; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 66 e segs.
  9. SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 148.
  10. LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959, p. 122.
  11. LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 306.
  12. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 174.
  13. Antes de CHIOVENDA, FERRARA (FERRARA, Luigi. *Studii e Questioni di Diiritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 43 e segs.) aceitava a noção de negócio jurídico processual por influência dos autores alemães que o criaram, desenvolveram e discutiram (WACH, TRUTTER, BULOW, KHOHLER). Sobre a difusão do conceito de negócio jurídico processual na doutrina do processo penal, conferir: PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933, p. 96 e segs.

(v.g. renúncia, aceitação da herança etc.)<sup>14-15-16</sup>. Fazzalari, mais recentemente, também admitiu a existência dos negócios processuais, que, segundo ele, melhor seriam denominados “atos processuais negociais”<sup>17</sup> (v.g. renúncia a alguma faculdade processual).

A doutrina brasileira, quando não recusou valor à figura<sup>18</sup>, simplesmente silenciou sobre o problema, salvo algumas exceções<sup>19</sup>.

Pode-se definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher

- 
14. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, p. 775-776. Lição posteriormente repetida em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paulo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 25-26.
  15. Nesse sentido, atribuindo caráter de negócio processual à composição judicial amigável, mas negando-lhe à desistência e ao compromisso: MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1970, v. I, p. 292. Aceitando também a figura dos negócios processuais, mas com poucas variações doutrinárias: DONDINA, Mario. *Atti Processuali Civili (civili e penali)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1.520; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936, p. 318; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 419; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 75; INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932, p. 44; BETTI, Emilio. *Negozio Giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XI. Torino: UTET, 1957, p. 220, dentre outros.
  16. Concepção bem particular foi a desenvolvida por CARNELUTTI. Parte o autor italiano da premissa de que as noções de direito subjetivo e negócio jurídico seriam correlatas. A partir daí, enumera as características do negócio processual: (a) ser um ato de exercício de um poder cuja finalidade prática consista em determinar a conduta alheia por meio de seu efeito jurídico, (b) sendo o poder jurídico exercitado um direito subjetivo. Uma ampla relação de atos concretos poderiam ser reconduzidos ao conceito de negócio processual (compromisso, requerimentos das partes, revogações etc.) (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 124-125).
  17. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 416.
  18. Recusam a figura do negócio processual, no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484; KOMATSU, Roque. *Da Invalidez no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 141; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 16; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6. Os argumentos apresentados são similares: no processo não haveria espaço para o autorregramento da vontade, uma vez que os efeitos de possível ocorrência dos atos dos sujeitos do processo já estariam previamente disciplinados pela lei.
  19. CALMON DE PASSOS adota posição intermediária. Assume que, em tese, a figura do negócio processual poderia ser admitida em nosso direito. Nada obstante, as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, necessitariam da intermediação judicial (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70).

a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais<sup>20</sup>. No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação<sup>21</sup>. Conforme bem sintetizou Paula Sarno Braga, “Serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)”<sup>22</sup>.

Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado<sup>23</sup>. Apesar disso, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental<sup>24</sup>, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura “neoprivatista”<sup>25</sup>, pois não se está defender os limites, em maior ou menor extensão, desse campo de autonomia, mas sim e somente a sua própria existência.

Os acordos de procedimento<sup>26</sup> são espécies de negócios jurídicos processuais bilaterais e como tal devem ser tratados doutrinariamente.

- 
20. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2001, p. 109 et passim.
  21. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.
  22. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho, 2007, n° 148, p. 312.
  23. CHIOVENDA já dizia: “designando um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou que o direito reconheça à vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 26). No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 263.
  24. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 291.
  25. BARBOSA MOREIRA utilizou-se da expressão “neoprivatismo” para designar o conjunto de concepções doutrinárias contrárias à exacerbação do elemento publicístico no processo civil, com a concentração de poderes do juiz, sobretudo em matéria probatória (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 e segs.).
  26. PAULO HOFFMAN (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 185) prefere utilizar a nomenclatura “transação processual”, enquanto GAJARDONI (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, p. 215) opta pela expressão “flexibilização procedimental voluntária”. BARBOSA MOREIRA (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*,

## 5. ACORDOS DE PROCEDIMENTO E O SISTEMA DO CPC-1973

Como se sabe, a escolha do procedimento é um negócio jurídico feito pelo autor ao ajuizar a demanda<sup>27</sup>. Não raro estará o demandante autorizado pelo sistema a optar por um dentre dois ou mais procedimentos admissíveis para tutela do direito subjetivo material afirmado<sup>28</sup> (para se pleitear o reconhecimento de um crédito fiscal pode-se ajuizar uma “ação” ordinária, mas se revela admissível também o ajuizamento de mandado de segurança, *v.g.*). Esse ato de escolha configura um negócio jurídico processual unilateral.

A própria utilização do procedimento sumário, previsto no art. 275 do CPC-1973<sup>29</sup>, em lugar do tradicional rito ordinário revela também uma escolha de feição tipicamente negocial. Pontes de Miranda falava no princípio da “preferibilidade do rito ordinário”<sup>30</sup> para indicar que o demandante estava autorizado pelo sistema a renunciar a faculdade de se valer da via sumaríssima, mais expedita, para se utilizar das vias ordinárias. Em outras palavras, o uso do procedimento ordinário no lugar do sumário não seria causa de nulidade<sup>31</sup>.

Dinamarco ainda propôs diferenciar a escolha do procedimento – esta proibida pelo ordenamento processual –, da escolha do processo. Assim, quando a lei previsse uma tutela diferenciada em prol do demandante, este poderia renunciar à benesse e fazer a opção pelas vias ordinárias. Escolher

---

terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89 e segs.) examinou, com minúcias, o problema dos negócios processuais celebrados pelas partes, em matéria processual, embora preferisse adotar outra nomenclatura (“convenções processuais”)

27. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 262.
28. Como lembram KLIPPEL e ADONIAS, havendo cumulação de pedidos (CPC-1973, art. 292), o uso do procedimento comum ordinário pode ser “opção” do demandante (KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 365).
29. Na redação originária do art. 275 do CPC-1973, utilizava-se, no dispositivo, a denominação “procedimento sumaríssimo”, posteriormente modificada para “procedimento sumário”, com o advento da Lei nº 9.245/95.
30. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 544.
31. Em sentido contrário, entendendo que o uso do procedimento sumário previsto no art. 275 do CPC-1973 seria obrigatório, não havendo aí opção ao demandante: PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, p. 60; PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 261. Outros admitem uma autêntica “escolha” do procedimento nos casos de cumulação de pedidos, em que havendo previsão de procedimento diverso para cada um dos pedidos cumulados, admite-se a cumulação com a adoção do rito ordinário (CPC-1973, art. 292, § 2º). Nesse sentido: LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*, I. São Paulo: Atlas, 2005, p. 134.

a tutela jurisdicional seria projeção da liberdade de demandar, segundo a conveniência de cada um<sup>32</sup>.

Já Calmon de Passos se apresenta refratário a qualquer possibilidade de acordo entre os litigantes sobre a adoção do rito sumário e vice-versa (o ordinário no lugar do sumário), pois no Direito Processual Civil predominariam regras cogentes, subtraindo o poder dispositivo das partes; além disso, não haveria no Código preceito autorizador dessa convenção<sup>33</sup>.

Parece-nos, nada obstante, perfeitamente admissível, no direito brasileiro em vigor, cogitar da possibilidade do pacto de escolha do procedimento.

O ponto de partida para a aceitação do acordo de procedimento está na ideia de que ao autor é lícito, *em certas situações*, escolher o rito da demanda a ser ajuizada<sup>34</sup>. Trata-se aí de poder de autorregramento da vontade, que se apresenta limitado, é verdade, mas existe e não pode ser desprezado.

No sistema em vigor, para as hipóteses em que é dado ao demandante optar por um ou outro procedimento<sup>35</sup> não haveria justificativa para recusar que essa opção fosse estabelecida *consensualmente*, entre autor e réu. Eis aí um espaço deixado pelas normas cogentes processuais para atuação da autonomia de vontade dos litigantes.

De fato, como o autor pode decidir, unilateralmente, se vai ajuizar uma demanda sob o rito ordinário ao invés do rito sumário; ou uma ação ordinária no lugar de uma ação monitória, não há razão para recusar validade a um negócio jurídico cujo objeto seja justamente essa escolha.

Essa liberdade de pactuação, em outros tempos, durante a vigência do Regulamento 737 de 1850, já chegou a ser até mais ampla do que a admitida sob a égide do CPC-1973, porquanto ali era expressamente autorizada

---

32. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 476.

33. PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 104.

34. O STJ já decidiu: “O emprego do procedimento ordinário, em vez do procedimento sumário ou mesmo especial, não é causa de nulidade do processo, pois prejuízo algum traz para o recorrente, uma vez que no rito ordinário a possibilidade de dilação probatória é mais ampla, em atendimento à garantia constitucional de ampla defesa.” (STJ. RESP 844357-SP. Rel. Ministro Francisco Falcão. DJ 09.11.2006)

35. Outro exemplo de negócio jurídico processual de escolha de procedimento está no acordo entre os litigantes sobre a conversão do processo de inventário para arrolamento sumário (CPC-1973, art. 1.031 e 1.032).

a convenção negocial das partes sobre a eleição do procedimento sumário para qualquer causa<sup>36</sup>.

Admissível também se revela a convenção das partes sobre o procedimento para as causas de juizados especiais, nas hipóteses em que não se esteja a tratar de competência absoluta. Tratando-se de opção procedimental<sup>37</sup>, nada obsta a que essa eleição se faça por convenção. Assim, num determinado contrato é lícito aos contratantes estipular que eventuais demandas decorrentes da avença devam seguir o rito dos juizados especiais<sup>38</sup>.

Não cabe certamente cogitar de acordo de procedimento para as hipóteses em que o sistema não dá ao litigante a liberdade de opção. Assim, *v.g.*, inadmissível seria um negócio jurídico para eleição do procedimento sumário em substituição do procedimento especial da demanda de demarcação (CPC-1973, art. 946).

## 6. ALGUNS ACORDOS DE PROCEDIMENTO SEGUNDO O PROJETO DO NOVO CPC

Será admitida a celebração de variadas formas de acordos de procedimento a partir do novo art. 172 do projeto (texto do relatório geral). Assim sucede, *v.g.*, com o pacto de não recorrer, o pacto sobre a prova, o pacto sobre o procedimento probatório<sup>39</sup>, o calendário processual<sup>40</sup> etc.

---

36. “Art. 245. Esta forma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.”

37. Irretocável a observação de JOEL DIAS FIGUEIRA JR.: “fica ao talante do autor a escolha do procedimento que lhe pareça mais apto a fim de melhor adequar a acção de direito material à acção de direito processual” (FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006, p. 53).

38. Obviamente que a validade dessa convenção se condicionaria à adequação do valor da causa e da complexidade da pretensão a ser deduzida. Assim, *v.g.*, tratando-se de pretensão a receber crédito, de menor complexidade e de valor inferior a quarenta salários mínimos, não haveria óbice e nem razão para recusar valor a um acordo no qual se pactuasse a escolha do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, com renúncia à opção pela demanda sob o rito ordinário, sumário ou até mesmo monitorio, em tese também admitidos.

39. Assim sucederia, *v.g.*, com a estipulação prévia entre as partes da ordem de oitiva das testemunhas arroladas etc.

40. A previsão do *calendário processual*, semelhantemente ao que já se encontra em outros ordenamentos, a exemplo do francês (cf. art. 764 do CPC francês) e, mais recentemente, do italiano (cf. art. 81-bis do *Codice*, introduzido pela Legge 18 giugno 2009, nº 69), estabelece mecanismo importante de adaptação procedimental, a permitir que os prazos, sobretudo na instrução, sejam fixados de maneira adequada e possam ser cumpridos mais facilmente, sem a necessidade de sucessivas intimações dirigidas às partes, ou de sucessivos pedidos de prorrogação de prazos dilatatórios.

Percorrendo o texto do projeto do novo Código de Processo Civil, é possível identificar vários exemplos de acordos de procedimento. Assim sucede com a renúncia recíproca ao prazo, a convenção processual de dilação de prazo não-peremptório, o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro, o acordo para a suspensão do processo (art. 288, II), o adiamento negociado da audiência (art. 347, I).

O texto do projeto do Código de Processo Civil, a partir do relatório geral do Deputado Sérgio Barradas, traz a vantagem de possibilitar a ampla manipulação do acordo de procedimento, através do uso da técnica legislativa da *cláusula geral*, caracterizadas por revelar disposições normativas que utilizam em sua linguagem uma tessitura aberta, conferindo ao juiz um poder (competência) de, no caso concreto, criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema, mas que se nele reinserem pelo ingresso na fundamentação da decisão, permitindo o respectivo controle<sup>41</sup>.

As partes poderão firmar o *pacto de não recorrer*, ou *acordo de instância*, o que significa a estipulação, no curso do processo, para que uma demanda tramite apenas em uma determinada instância. Trata-se de um acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso. Estipular que o processo findará perante o juízo de primeiro grau significa, em outras palavras, renunciar mutuamente ao recurso. As partes, que obviamente têm a liberdade para escolher se recorrem ou não em face de determinada decisão, decidem manifestar, desde logo, reciprocamente, a vontade de não interpor recurso contra a futura decisão. No direito francês, o pacto de renúncia bilateral ao recurso, depois de ajuizada a ação, é admitido no art. 41 do *Code de Procédure Civile*<sup>42</sup>.

O acordo sobre a prova, a convenção sobre a distribuição do ônus probatório, a escolha bilateral do perito para o processo, permitindo que a prova pericial a ser produzida pudesse ser resultado da eleição negocial de profis-

- 
41. 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, ano 35. Brasília: Senado Federal, jul/set, 1998, p. 8. Adotam essa noção no plano da Ciência do Direito Processual: DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. In: *Revista de Processo*, nº 187, ano 35. São Paulo: RT, set/2010, p. 70-71; HENRIQUES FILHO, Ruy. Cláusulas Gerais no Processo Civil. In: *Revista de Processo*, nº 155, ano 33. São Paulo: RT, jan/2008, p. 344-345.
42. Sobre o assunto: CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 27. O CPC português, no art. 681º, nº 1, autoriza expressamente o pacto de prévia renúncia ao recurso.

sional de confiança dos próprios litigantes, também representam acordos de procedimento.

A previsão do *calendário processual* (expressamente consagrado nos §§ 1º e 2º do art. 172 do projeto na versão do relatório geral do Deputado Sérgio Barradas), semelhantemente ao que já se encontra em outros ordenamentos, a exemplo do francês (cf. art. 764 do CPC francês) e, mais recentemente, do italiano (cf. art. 81-*bis* do *Codice*, introduzido pela Legge 18 giugno 2009, nº 69), estabelece mecanismo importante de adaptação procedimental, a permitir que os prazos, sobretudo na instrução, sejam fixados de maneira adequada e possam ser cumpridos mais facilmente, sem a necessidade de sucessivas intimações dirigidas às partes, ou de sucessivos pedidos de prorrogação de prazos dilatatórios.

O acordo de procedimento também será admitido, e preferencialmente celebrado por ocasião da audiência preliminar, para que, como proposto por Paulo Hoffman<sup>43</sup>, seja ajustado sobre a entrega de laudos periciais parciais, com dispensa de perícia imparcial, sobre a ampliação ou modificação do objeto litigioso, sobre a fixação dos pontos controvertidos por mútuo acordo, sobre a dispensa da produção de provas.

Como se vê, a partir do art. 172 do projeto, é lícito às partes conveniarem certas modificações no procedimento, assim como praticar atos dispositivos de alguns direitos ou faculdades processuais. Essas convenções podem se revelar mais um importante instrumento de concretização de direitos fundamentais processuais (direito à duração razoável do processo, direito ao devido processo legal).

---

43. HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 198-199.



# PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA AS AÇÕES DE FAMÍLIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Procedimentos especiais. 2. O sistema do projeto do novo CPC em tema de procedimentos. 3. Estrutura do procedimento comum e sua flexibilidade no projeto do novo CPC. 4. Dificuldade para criação de procedimentos especiais no projeto do novo CPC. 5. Procedimento especial para as ações de família no projeto do novo CPC. 6. Conclusão.

---

## 1. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Os procedimentos especiais constituem “*as formas de procedimento para a obtenção de tutela jurídica quando, por algum dado do direito material, ou do documento em que se funda a demanda, ou da pessoa autora, ao legislador pareceu ser inadequada a forma ordinária ou algumas regras jurídicas*”<sup>2</sup>.

O processo deve, como se percebe, ser *adequado* à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma *adequação* do processo às particularidades do caso concreto.

Por essa razão, existem vários procedimentos especiais, estruturados em virtude das peculiaridades do direito material. Significa que a tutela jurisdicio-

- 
1. Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor de Relações Institucionais da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.
  2. MIRANDA, Franciso Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. 13, p. 3.

nal pleiteada pela parte autora há de ser proferida em *procedimento adequado* à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger<sup>3</sup>.

Assim, caso o direito material de que a parte alegue ser titular contenha alguma nota particular ou revista o timbre de direito *especial*, a lei, via de regra, confere-lhe um procedimento igualmente *especial*. O procedimento sofre, assim, *influência* das peculiaridades do direito material<sup>4</sup>.

A construção de procedimentos diferenciados não decorre de uma única razão, nem há elemento comum para a especialidade. Costuma-se afirmar que os procedimentos especiais são estruturados pela combinação das diversas *formas de cognição*, as quais, uma vez manipuladas pelo legislador, permite a adoção de meios adaptados às especificações do direito material ou da correlata pretensão<sup>5</sup>. É o critério que concretiza a *efetividade* da tutela jurisdicional e o princípio do *devido processo legal*, exatamente porque somente haverá processo *efetivo* e *devido*, se houver *adequação*.

Há, entretanto, outras razões que sugerem a criação de procedimentos especiais, sobretudo as históricas. Com efeito, o direito processual brasileiro caracteriza-se “*pela multiplicidade de procedimentos especiais, que só se justificam por motivos históricos*”<sup>6</sup>.

A criação de procedimentos especiais tem por finalidade excluir a ordinariade ou o procedimento comum de alguns casos expressamente escolhidos pelo legislador. A especialidade do procedimento nem sempre, todavia, signi-

---

3. Galeno Lacerda denomina essa situação *instrumental* de princípio da adequação (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 18-20). Conferir, igualmente, SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977, v. 9, t. 1, p. 1-16.

4. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 10.

5. A propósito, Kazuo Watanabe que assim esclarece: “É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do ‘devido processo legal’.” (*Da cognição no processo civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 124). De igual modo, conferir: DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, out.-dez. 2001, v. 22.

6. SILVA, Clóvis do Couto e. Ob. cit., p. 7. No mesmo sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Ob. cit., p. 3-4.

fica exclusão da ordinariedade. Às vezes, “*essa ordinariedade persiste e apenas se modifica algum momento inicial; ou apenas se alude a que se manteve a forma ordinária, a despeito da especialidade da pretensão e da ação*”<sup>7</sup>.

Os procedimentos especiais são, enfim, concebidos para determinadas hipóteses, em que se afasta o procedimento comum. Algumas vezes, a especialidade está apenas na limitação da cognição, ou na combinação de atividades que seriam, cada uma, exercida num procedimento, ou num encurtamento do procedimento, ou no acréscimo de uma fase, ou na supressão de uma etapa, ou na especificidade de uma prova. Os procedimentos especiais são, muitas vezes, variações do procedimento comum, concebidos para *adequar-se* o processo àquelas realidades específicas.

## 2. O SISTEMA DO PROJETO DO NOVO CPC EM TEMA DE PROCEDIMENTOS

Contrariamente ao Código de 1973, o projeto do novo CPC contém uma parte geral em que se reúnem as disposições comuns aplicáveis à generalidade dos processos.

O sistema eleito pelo CPC de 1973, na classificação dos procedimentos cognitivos, foi inovador relativamente à legislação anterior. Nele há basicamente um procedimento *comum*, que se subdivide em *ordinário* e *sumário*. Ao procedimento *comum* contrapõem-se os procedimentos *especiais*, que podem ser de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária.

No sistema escolhido pelo projeto do novo CPC, fez-se uma bipolarização entre procedimento *comum* e procedimentos *especiais*. O procedimento *comum* não contém mais qualquer subdivisão, de maneira que não há, no projeto do novo CPC, um equivalente ao atual procedimento sumário. Se o caso comportar alguma peculiaridade que o remeta a algum procedimento especial, é este que haverá de ser adotado. Do contrário, segue-se o procedimento comum, aplicável, enfim, à generalidade dos casos.

Daí se percebe que o projeto do novo CPC inova ao estabelecer efetivamente um procedimento *comum*, com a função de procedimento-padrão, a servir de modelo aos demais procedimentos, cujas regras são-lhes aplicadas subsidiariamente.

---

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Ob. cit., p. 4.

### **3. ESTRUTURA DO PROCEDIMENTO COMUM E SUA FLEXIBILIDADE NO PROJETO DO NOVO CPC**

No projeto do novo CPC, o procedimento comum está estruturado de forma bem detalhada. Não sendo caso de indeferimento da petição inicial nem de julgamento liminar de improcedência, o juiz ordenará a citação do réu para que este compareça à audiência de conciliação ou de mediação, a ser realizada, prioritariamente, por câmara especializada em conciliação ou mediação.

No procedimento comum, a audiência inicial não será realizada, se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou se não se admite, no processo, a autocomposição. É preciso que haja manifestação de ambas as partes para que não haja a audiência: o autor já deverá manifestar-se assim na petição inicial, devendo o réu dizer que não tem interesse na autocomposição por petição apresentada até dez dias antes da audiência.

Não obtida a autocomposição, ou não realizada a audiência por um daqueles dois motivos, poderá o réu apresentar contestação, na qual deverá alegar toda a matéria de defesa e apresentar, caso queira, reconvenção. Daí se seguem as providências preliminares e o saneamento, com a produção de provas em audiência, com a prolação de sentença.

A exemplo do que ocorre no atual CPC, o projeto prevê o julgamento conforme o estado do processo, quando, então, pode haver a extinção do processo ou o julgamento antecipado do mérito. Há, nesses casos, abreviação do rito, deixando-se de instaurar toda a fase instrutória e dispensando-se a realização de audiência de instrução e julgamento.

No projeto do novo CPC, há também a previsão do julgamento antecipado parcial do mérito, que ocorre quando um ou mais dos pedidos ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiverem em condições de imediato julgamento.

Não sendo caso de julgamento antecipado do mérito, haverá audiência preliminar para preparar a instrução. Nela o juiz, em cooperação com as partes, além de resolver as questões processuais pendentes e especificar as questões de fato sobre as quais recairão as provas, irá definir a distribuição do ônus da prova, podendo, ainda, delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.

Não bastasse isso, é possível haver acordos de procedimento e o calendário processual, de forma que as partes podem convencionar, antes ou durante o

processo, sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

A isso tudo acresce que, no projeto do novo CPC brasileiro, generalizou-se a *atipicidade* da tutela antecipada, seja a conservativa, seja a satisfativa. Presentes os requisitos genéricos para sua concessão, o juiz poderá determinar arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outra medida conservativa. Também poderá, presentes os requisitos genéricos, conceder a tutela antecipada satisfativa. Não haverá mais requisitos casuísticos, e exigentes, devendo a medida ser concedida a partir do preenchimento dos requisitos genéricos. Apenas *in concreto*, a depender das peculiaridades do caso, é que poderá ser concedida a medida conservativa ou satisfativa.

Observa-se que o projeto do novo CPC permite a flexibilização do procedimento comum. O juiz pode julgar antecipadamente o mérito, de forma total ou parcial; pode conceder tutela antecipada, satisfativa ou conservativa; pode distribuir dinamicamente o ônus da prova; pode delimitar as questões de direito que serão discutidas e enfrentadas no julgamento; pode, ainda e em conjunto com as partes, estipular mudanças no procedimento, com alteração, inclusive, dos prazos processuais.

#### **4. DIFICULDADE PARA CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ESPECIAIS NO PROJETO DO NOVO CPC**

Já se viu, no item 1 *supra*, que os procedimentos especiais são concebidos para determinadas hipóteses, a fim de ajustar o processo ao direito material. A construção de procedimentos especiais resulta da limitação da cognição, ou da combinação de atividades que seriam, cada uma, exercida num procedimento, ou num encurtamento do procedimento, ou do acréscimo de uma fase, ou da supressão de uma etapa, ou da especificidade de uma prova.

O CPC de 1973 foi originariamente estruturado de maneira a que cada atividade judicial fosse desempenhada num processo específico. Daí haver um processo de conhecimento, um de execução e um cautelar. Não poderia haver a combinação de atividades no mesmo processo. Quando havia tal combinação, o procedimento era especial. É o caso, por exemplo, da ação de nunciação de obra nova, que combina atividades diversas.

Com a generalização da tutela antecipada como técnica de julgamento e com a quebra daquela estrutura rígida que impedia a comunicação de ativi-

dades diversas no mesmo processo, o juiz passou a poder combinar cognições diversas no mesmo procedimento.

Ao lado disso, e conforme já restou acentuado no item 3 *supra*, o procedimento comum, no projeto do novo CPC, é flexível, podendo haver adaptações ao caso concreto e ajustes convencionais do procedimento.

Isso tudo dificultou a estruturação de procedimentos especiais. Não impediu, entretanto, que houvesse procedimentos especiais no projeto do novo CPC. Alguns são mantidos por tradição e por necessidade, enquanto outros são criados com a finalidade de marcar a especificidade do direito ou a necessidade de determinada atividade ali presente. É o caso das ações de família: o procedimento especial para as ações de família difere muito pouco do procedimento comum, mas sua especialidade está justamente na necessidade de registrar a necessidade e a importância da realização de atos destinados à tentativa de autocomposição entre as partes, conforme ficará melhor explicitado no próximo item.

## **5. PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA AS AÇÕES DE FAMÍLIA NO PROJETO DO NOVO CPC**

Ao exercer a função de casa revisora, a Câmara dos Deputados tomou a iniciativa de fazer incluir, no projeto do novo CPC, um capítulo específico dedicado ao procedimento especial para as ações de família.

As normas contidas no referido capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação. Não há previsão de separação judicial, numa inequívoca demonstração de que a Câmara dos Deputados tomou partido na discussão e considerou extinta a separação judicial.

Se, por um lado, não há previsão, nas normas pertinentes ao procedimento especial das ações de família, da separação judicial, também não há, por outro lado, sua exclusão expressa. Desse modo, para quem defende a manutenção, no sistema brasileiro, da ação de separação judicial, esta pode perfeitamente ser utilizada, com a adoção do referido procedimento. Os critérios de hermenêutica permitem extrair do texto dos artigos dedicados ao procedimento especial para as ações de família a norma que contempla também a separação judicial.

Caberá, enfim, à doutrina e à jurisprudência definir se a ação de separação judicial ainda se mantém no ordenamento jurídico brasileiro. E, em

caso positivo, haverão de considerar inserida a separação judicial no âmbito do mencionado procedimento especial.

As normas concernentes ao procedimento especial para as ações de família não abrangem a ação de alimentos. Esta continua a ser regida por legislação própria, seguindo o procedimento específico ali previsto. Também devem continuar a reger-se por legislação específica as ações que veiculem interesse de criança ou adolescente. Subsidiariamente, aplicam-se as normas do procedimento especial para as ações de família.

O projeto do novo CPC estabelece que, nas ações de família, serão empreendidos todos os esforços para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Aliás, o projeto do novo CPC, na parte geral, especificamente no § 2º de seu artigo 3º, que está contido no capítulo relativo às normas fundamentais do processo, dispõe que *“o Estado promoverá a autocomposição como meio alternativo para a solução dos conflitos. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”*.

Bem se vê que constitui norma fundamental do processo a promoção da autocomposição, com estímulo à mediação e à conciliação. A propósito, é oportuno consignar que há, no projeto do novo CPC, normas específicas sobre os mediadores e conciliadores e sua atuação, com a previsão de que todos os tribunais criarão centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Com função didático-pedagógica, o projeto do novo CPC, nos §§ 3º e 4º do artigo 166, esclarece que o conciliador atuará *“preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes”*, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já o mediador atuará *“preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes”*, auxiliando os 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.

Por aí já se percebe que a mediação constitui o meio de autocomposição mais adequado para as ações de família, pois há, na grande maioria dos

casos, “vínculo anterior entre as partes”. As técnicas de mediação são as mais adequadas para a grande parte das questões que envolvem litígios de família.

Ainda segundo o projeto do novo CPC, o juiz, nas ações de família, poderá, de ofício ou a requerimento, determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes submetem-se a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Nas disposições sobre a produção de provas, o projeto do novo CPC prevê o exame psicológico ou biopsicossocial. Embora inserido em disposições gerais, relativas a qualquer caso, sua aplicação às ações de família é inegável, sobretudo em casos relacionados com hipóteses de alienação parental, ou de abuso, ou de violência doméstica, ou de dificuldade de convivência.

Nesse exame, o laudo pericial deve ter por base ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos do processo, histórico do relacionamento familiar, cronologia de incidentes e avaliação da personalidade dos sujeitos envolvidos na controvérsia. A perícia há de ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico.

Se a causa envolver a discussão sobre fatos relacionados a abuso ou alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deve fazer-se acompanhar de especialista que o auxilie na condução do interrogatório.

O que marca o procedimento especial para as ações de família no projeto do novo CPC é a obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação. Essa audiência deve ocorrer igualmente no procedimento comum. Nesse ponto, os procedimentos assemelham-se, de modo que, recebida a petição inicial, deve o juiz designar audiência de mediação ou conciliação, a ser realizada, preferencialmente, por centros de mediação e conciliação. A diferença está em que, no procedimento comum, é possível ser dispensada a audiência. Já no procedimento especial para as ações de família a audiência é obrigatória, não podendo ser dispensada.

Com efeito, a audiência de conciliação ou mediação, no procedimento comum, não será realizada, se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou se não se admite, no processo, a autocomposição. O detalhe que marca o procedimento especial para as ações de família é a obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação: haverá sempre.



Para estimular a conciliação ou mediação, há outro detalhe marcante no procedimento especial das ações de família: o mandado de citação conterá apenas os dados necessários para a audiência, não devendo estar acompanhado de cópia da petição inicial.

Significa que o réu, nas ações de família, deve ser citado, sem receber cópia da petição inicial. Será apenas informado de que há uma audiência à qual deve comparecer. O objetivo é estimular a autocomposição, subtraindo do réu o acesso aos termos da petição inicial, que, em ações de família, contém, muitas vezes, termos impróprios, acusações exageradas, arroubos da impetuosidade decorrente do desgaste havido entre as partes, o que acirra os ânimos e dificulta, senão impossibilita, a autocomposição.

É certo que o advogado do réu terá acesso, antes da audiência, aos termos da petição inicial, podendo saber do que se trata. Cabe-lhe, entretanto, manter a prudência e a discrição decorrentes da ética profissional, deixando de repassar ao cliente os exageros das afirmações, das impropriedades, da impetuosidade, do açoitamento e das angústias revelados na leitura da petição inicial.

As ações de família, no projeto, teriam, então, um procedimento especial marcado pela ausência de cópia da petição inicial no mandado de citação e, igualmente, pela obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação. Procura-se estimular a autocomposição, que se revela como a melhor opção para disputas familiares e para a futura tranquilidade de todos os envolvidos no litígio.

A audiência de mediação ou conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de serem concedidas medidas judiciais destinadas a evitar o perecimento do direito.

A citação do réu, nas ações de família, há de ser realizada com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência, sendo feita, preferencialmente, por via postal. No CPC de 1973, é vedada a citação postal nas ações de família, devendo ser feita por oficial de justiça. No projeto do novo CPC, deixa de haver tal vedação. A citação só poderá ser feita por via postal, se o citando por um incapaz, caso em que a citação realizar-se-á por oficial de justiça. Não havendo incapacidade, a citação segue a regra geral da via postal. Não há razão para não permitir a citação postal em ações de família. A presença do oficial de justiça é ostensiva, constituindo mais um complicador para a tentativa de solução consensual da disputa, que, nesse caso, é ainda mais prioritária. Ademais, a falta da cópia da petição inicial permite perfeitamente que a citação seja realizada por via postal.

Feita a citação, haverá a audiência de mediação ou conciliação. Na audiência, as partes devem estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos.

O Ministério Público, nas ações de família, somente intervirá quando houver interesse de incapaz. Nesses casos, o Ministério Público será ouvido antes da homologação de eventual acordo.

Frustrada a tentativa de autocomposição, o juiz determinará a intimação do réu, em audiência, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, para que ofereça contestação, entregando-lhe, então, cópia da petição inicial, passando, a partir daí, a ser adotado o procedimento comum, com observância da regra do ônus da impugnação especificada dos fatos.

Se nem o réu nem seu advogado estiverem presentes à audiência, a intimação para oferecimento da contestação deve ser feita por via postal ou por edital, se for o caso.

## **6. CONCLUSÃO**

A Câmara dos Deputados acrescentou ao projeto do novo CPC o procedimento especial para as ações de família, cujas disposições aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação. Não há previsão de separação judicial.

Tal procedimento não alcança a ação de alimentos, que continua a se submeter ao procedimento específico previsto em sua lei de regência. De igual modo, tal procedimento não alcança as ações concernentes à criança e ao adolescente.

As regras do procedimento comum servem para o procedimento especial das ações de família. O detalhe deste último está na obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação, bem como na realização de citação postal sem cópia da petição inicial; o propósito é estimular a realização de autocomposição pelas partes.

# APELAÇÃO POR INSTRUMENTO: BREVE LEITURA CRÍTICA À PROPOSTA APRESENTADA NO PLC 8046/2010

*FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI<sup>1</sup>*

---

**Sumário.** 1. Introdução. 2. Justificativa da inserção no Sistema da apelação por instrumento. 3. Críticas aos motivos determinantes da proposta: 3.1. A má compreensão do que seja o tempo “morto” do processo; 3.2. Falta de dados estatísticos. 3.3. A responsabilidade objetiva como fator limitativo da execução provisória. 4. Mais críticas: 4.1. Importação indevida de modelos estrangeiros; 4.2. Absoluta falta de consciência ambiental; 4.3. Desnecessidade da mudança frente aos avanços do processo eletrônico; 4.4. Jurisprudência defensiva e má-formação do instrumento; 4.5. Elevação do custo do processo; 4.6. Sucumbência recíproca; 4.7. Incompatibilidade da apelação por instrumento com a remessa necessário. 4.8. A crítica maior: mais uma vez ignoramos a importância do art. 24, XI, da Constituição Federal. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Os hábitos higiênicos da população mudam conforme a evolução tecnológica e científica. Certamente os costumes de hoje são diferentes dos do passado. E também o serão no futuro.

Na idade média, na Europa, não se tomava um banho diário (até pela inexistência de água encanada, duchas elétricas, banheiras de hidromassagem, etc.). Semanalmente, juntava-se uma quantidade de água num grande recipiente e toda a família tomava banho naquela água. Primeiro entrava o chefe da família. Depois os homens, devidamente escalonados por idade (dos mais velhos aos mais novos). A seguir, se banhavam as mulheres, também por idade. E, por último, caso houvesse, as crianças e os bebês. A água ao tempo

---

1. Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP) e do programa de Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos da UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP). Juiz de Direito no Estado de São Paulo

do banho do bebê já estava tão suja, que vem deste tempo o ditado recomendando cuidados para não jogar fora a água do banho com a criança dentro.

Pois bem. A comissão de juristas que sustenta os trabalhos de depuração do anteprojeto do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados (PLC 8046/2010) – sem embargo do caráter democrático e de ter o evidente propósito de contribuir e melhorar a qualidade do processo civil brasileiro –, parece que não observou a recomendação que vem desde a Idade Média.

Com o pretexto de trocar a água do banho, de renovar a sistemática do recurso de apelação (estabelecendo que, doravante, a interposição do recurso se fará por instrumento), acabou por jogar fora a água do banho junto com o bebê; em vez de se pensar em melhoria na estrutura judicial para o processamento das apelações no padrão atual (na gestão judicial), propõe que se jogue fora todo um modelo (o bebê) que bem vinha servindo aos propósitos a que se destinava.

Com efeito, a sistemática proposta ao recurso de apelação no PLC 8046/2010 (no que interessa ao tema deste breve estudo) é a seguinte:

Art. 1023. A apelação, interposta por petição perante o tribunal competente para julgá-la, conterá:

I – os nomes e a qualificação das partes;

II – os fundamentos de fato e de direito;

III – o pedido de nova decisão.

§ 1º. Não sendo eletrônicos os autos do processo, para fim de análise do pedido de efeito suspensivo, o apelante instruirá a petição de interposição do recurso com cópia das seguintes peças:

I – sentença apelada;

II – petição inicial, contestação, réplica, parecer do Ministério Público, laudo pericial, se houver;

III – certidão de intimação da sentença ou de outro documento que ateste a tempestividade do recurso;

IV – qualquer outro documento que lhe parecer conveniente.

§ 2º O apelante instruirá a apelação com certidão que ateste a inexistência de qualquer dos documentos referidos no § 1º, a ser expedida pelo cartório no prazo de vinte e quatro horas, independentemente do pagamento de qualquer despesa.

§ 3º Caso falte alguma cópia, o apelante será intimado a complementar a formação do instrumento em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

§ 4º. Não sendo eletrônicos os autos, o relator, se entender necessário, requisitará ao juízo de primeiro grau a remessa imediata da íntegra dos autos do processo.

§ 5º. No caso previsto no § 1º deste artigo, sendo interposta mais de uma apelação no mesmo processo, incumbe à Secretaria do Tribunal unificar os autos, evitando duplicação de peças.

§ 6º Para o exercício do juízo de retratação, quando permitido, o apelante informará ao juízo que proferiu a sentença a interposição do recurso.

§ 7º Não sendo eletrônicos os autos, o apelante tem de juntar, no juízo que proferiu a sentença, a cópia da apelação, no prazo de três dias a contar da sua interposição. O não cumprimento desta exigência, desde que arguido e provado pelo apelado, importa inadmissibilidade da apelação.

Art. 1024. A apelação será protocolada perante o tribunal competente para julgá-la, interposta por via postal, por meio eletrônico ou por outra forma prevista em lei.

Parágrafo único. Distribuída a apelação, o relator, se não for caso de rejeição liminar, declarará os efeitos em que a recebe e intimará o apelado para apresentar as suas contrarrazões; não sendo eletrônicos os autos, a intimação será acompanhada da contrafé da apelação.

Art. 1025. A apelação será, em regra, recebida sem efeito suspensivo. Será, todavia, recebida com este efeito, a requerimento do apelante, se o relator considerar que da imediata produção de efeitos da sentença poderá resultar dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo provável o provimento do recurso.

§ 1º Recebida a apelação sem efeito suspensivo, a sentença apelada começará a produzir os seus efeitos.

§ 2º Além de outras hipóteses previstas em lei, 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 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.

§ 3º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável na apelação.

O que se pretende demonstrar nos tópicos abaixo é o quão desvantajosa é a aprovação da proposta de introdução da apelação por instrumento no Brasil<sup>2</sup>. Afinal, em um processo imparcial de tomada de decisões – como se quer acreditar ser o de construção de um “Novo”<sup>3</sup> Código de Processo Civil –, indispensável que todos os atores afetados possam participar do debate (inclusive os juízes de carreira e os gestores das cortes de 2º grau); que seja possível uma avaliação justa de todos os interesses, vantagens e desvantagens, implicados; e que apenas as decisões discursivamente justificadas sejam aceitáveis, algo que não me parece acontecer no tema em debate.

## 2. JUSTIFICATIVA DA INSERÇÃO NO SISTEMA DA APELAÇÃO POR INSTRUMENTO

Os defensores da nominada apelação por instrumento, sustentam a viabilidade da proposta, sinteticamente, sob três fundamentos.

O primeiro, no sentido de que ao se determinar a interposição do recurso diretamente no Tribunal de 2º grau, diminui-se profundamente o tempo de tramitação do recurso de apelação e, por conseguinte, do processo. Sustentam uma estimativa de que haveria uma redução em torno de 1/3 do tempo do processo, e que ao se encaminhar a apelação diretamente ao Tribunal, sem esperar a subida dos autos do processo como é regra hoje, não haveria represamento da distribuição do recurso e encaminhamento dos autos ao relator.<sup>4</sup>

- 
2. Proposta que vai muito além da tese sustentada por alguns autores, de que partir do novo conceito de sentença introduzido pela Lei 11.232/2005 (art. 162, § 1º, do CPC/73), seria cabível apelação por instrumento contra os pronunciamentos que, apesar de não findarem o procedimento em 1º grau de jurisdição, tivessem conteúdo previsto no art. 267 e 269 do CPC (*v.g.*, o que reconhece a ilegitimidade de uma das partes e, quanto a ela, extingue o processo sem análise do mérito; a decisão saneadora que reconhece a prescrição parcial da pretensão; a o pronunciamento judicial que indefere a inicial quanto a um dos pedidos; etc.). Além de não concordar, em absoluto, com o conceito de sentença proposto a partir da leitura isolada do dispositivo – vez que se sente, em interpretação sistemática do CPC/73, ser da essência deste tipo de pronunciamento ter ele o efeito de findar o procedimento em 1º grau de jurisdição –, a recorribilidade destas decisões interlocutórias (tidas por alguns como sentenças) é bem suportada pelo manejo do agravo de instrumento.
  3. “Novo”, usado mesmo entre aspas, porque há fundada dúvida de que estejamos mesmo diante da proposta de um “novo” Código de Processo Civil. Afinal, conforme aguda crítica de Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Jr., a proposta de aperfeiçoamento do sistema processual civil não rompe com o modelo então vigente, mas sim propõe uma revisão do que já temos hoje (*Um novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010).
  4. Consta expressamente do relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-B), relator da proposta na Câmara: “*Inova-se, porém, em dois pontos: prevê-se a interposição da apelação diretamente no tribunal e se modifica a regulamentação do efeito suspensivo desse recurso. A grande inovação proposta por este relatório a respeito da apelação diz respeito ao modo de sua interposição. Esta passaria*

O segundo argumento em prol da apelação por instrumento seria o de evitar a interposição de recurso contra a decisão do juiz de primeiro grau que recebesse a apelação lá interposta. De fato, na medida em que o recurso seria interposto, por instrumento, diretamente no Tribunal, o próprio relator do recurso (e não mais o juiz de primeiro grau) definiria em quais efeitos seria processado o apelo, o que, no sentir da Comissão, acabaria com eventuais agravos interpostos para controle do juízo de admissibilidade e atribuição de efeitos hoje corrente no primeiro grau.

O terceiro argumento alinhavado pelos defensores da proposta vem no sentido de prestigiar a sentença, em regra, como comando de eficácia imediata, criando vantagens para que o vencedor no 1º grau, desde logo, dar início à efetivação do julgado. Pois sendo a apelação ofertada por instrumento, permaneceriam os autos em 1º grau, de modo que o vencedor poderia, salvo se atribuído efeito suspensivo ao apelo pelo 2º grau, dar início à execução imediata, porém provisória, do julgado, sem necessidade de extração de autos suplementares ou expedientes afins. Aumentando-se a facilidade material para a execução provisória, ponderam os adeptos da ideia, aumentar-se-ia, por conseguinte, a sensação de eficácia dos comandos de primeiro grau.

### 3. CRÍTICAS AOS MOTIVOS DETERMINANTES DA PROPOSTA

Cientificamente falando, as bases de sustentação da proposta da inserção da apelação por instrumento no Brasil não me parecem sólidas o suficiente.

#### 3.1. A má compreensão do que seja o tempo “morto” do processo

Em estudo clássico sobre o tema, Vincenzo Vigoriti estabelece que a circunstância temporal do processo pode ser analisada sob um duplo aspecto: um estrutural e outro funcional.

No aspecto estrutural, salienta o renomado processualista italiano que há tempos de espera e técnicos; os tempos de espera (“tempo morto”), aqueles

---

*a ser interposta diretamente perante o tribunal de segunda instância, adotando-se um sistema que desde 1995 vem sendo adotado, com sucesso, para o agravo de instrumento (itálico nosso). Regula-se o modo como será formado o instrumento da apelação no caso de não serem eletrônicos os autos: exige-se algumas peças, hipótese em que os autos originais ficarão com o juízo de primeira instância e serão utilizados para a documentação dos atos referentes à liquidação e ao cumprimento da sentença. Se o relator entender necessário o envio da íntegra dos autos, requisitá-los-á ao juízo de primeira instância. Com isso, acelera-se o processo substancialmente, aproveitando-se das facilidades que o processo em autos eletrônicos propicia”.*

necessários para que a causa ritualmente introduzida seja tomada em consideração (juntada de documentos, subida à conclusão, trânsito dos autos, etc.); os tempos técnicos, aqueles necessários à instrução e decisão da demanda (prazo para alegações, audiências, etc.).

Os primeiros (os tempos de espera) podem ser reduzidos através de mecanismos de contenção da demanda, modificação das leis de organização judiciária e investimentos no Judiciário. Os segundos (os tempos técnicos), através de alterações na disciplina do processo.<sup>5</sup>

Portanto, estruturalmente falando, a aceleração do trâmite processual depende da redução dos tempos técnicos e de espera do processo. E, para tanto, mister que medidas extraprocessuais (investimentos e gestão administrativa do Judiciário, alteração na organização judiciária), extrajudiciais (mecanismos de contenção das demandas, como os meios alternativos de solução das controvérsias) e judiciais (modificações na disciplina do processo) sejam tomadas.<sup>6</sup>

Os defensores da apelação por instrumento sustentam que o interpor do recurso diretamente no Tribunal diminuiria, de modo acentuado, o tempo de processamento do recurso e, por conseguinte, do trâmite do processo (estimado em 1/3).

---

5. Vincenzo Vigoriti, Costo e durata del processo civile: spunti per una riflessione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, v. 32, n° 3, p. 322-324 (319-325), 1986.

6. Tratei exaustivamente desta questão em meu *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca-SP: Lemos e Cruz, 2003, p. 60. Na ocasião, sustentei, ainda, que “num amplo quadro de política judiciária, preferimos identificar as técnicas de aceleração da tutela jurisdicional em três categorias bem estanques para, depois, atrevermo-nos a declinar os mecanismos empregados dentro de cada uma delas. São elas: (a) técnica extraprocessual; (b) técnica extrajudicial; e (c) técnica judicial. Na primeira categoria, encontram-se os mecanismos de aceleração que não atuam na estrutura interna do processo (judicial ou não), nem diretamente sobre o litígio, mas têm por objetivo tornar o aparato judicial (a atividade cartorial e dos juízes mesmo) mais eficiente, dando-lhe melhor estrutura ou maximizando suas atividades, através da contenção da demanda. Modificações na lei de organização judiciária, investimentos tecnológicos e materiais no Judiciário, entre outros, são bons exemplos de mecanismos inspirados nessa técnica extraprocessual. Já sob os auspícios da técnica extrajudicial, abarcamos os mecanismos de evasão de demanda (processos) da via judicial, do Poder Judiciário, do Estado-juiz. Através dessa técnica, imprimem-se esforços para que as controvérsias sejam deformalizadas – trilhando os rumos da autocomposição extrajudicial – ou, caso assim não seja possível, que ao menos a solução do litígio seja outorgada por um ente não-estatal (heterocomposição extrajudicial e autotutela). Finalmente, na terceira categoria, técnica judicial, buscamos identificar mecanismos de aceleração que têm por escopo, dentro da própria relação jurídica processual posta ao Estado-juiz (Poder Judiciário), tornar a tutela mais célere, conseqüentemente, mais efetiva. Através da deformalização do processo, tenta-se melhorar a qualidade temporal do processo estatal, ora através da sumarização da cognição e dos procedimentos, ora através do emprego de técnicas autocompositivas, ora através de instrumentos processuais capazes de eliminar a utilização de expedientes procrastinatórios. Busca-se, nessa vertente, também a pulverização dos litígios, por intermédio de seu tratamento coletivo”.



Ocorre que esse tempo de espera não tem reflexos no simples transpor da interposição e processamento da apelação em 1º grau para o 2º grau, vez que os problemas estruturais (e os tempos de espera) não serão alterados sem o esperado choque de gestão (financeira e administrativa) que se espera dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

Leis processuais nunca resolveram (e jamais resolverão) problemas de estrutura, de gestão, de investimento. O simples transpor do interpor e processar a apelação do 1º para o 2º grau representará, exclusivamente, um trocar de prateleiras.

Afinal, a apelação interposta em um Tribunal de Justiça ou Regional Federal sem estrutura física, sem gestão de processos, sem servidores para suportar a nova demanda que se inaugurar, aguardará em uma pilha de processos (como ocorre em algumas varas no 1º grau) a autuação, a remessa dos autos ao relator para apreciação dos efeitos em que recebido o recurso, a publicação da decisão quanto a esses efeitos ou quanto à determinação de complementação do instrumento, a comunicação da atribuição de efeito suspensivo ao juiz de primeiro grau, a juntada da complementação do instrumento, a intimação da parte contrária para a apresentação de contra-razões, a juntada das contra-razões no instrumento, a eventual remessa dos autos ao Ministério Público para parecer, a conclusão do recurso ao relator, o encaminhamento ao revisor, o pauteamento do recurso para a sessão, a publicação desta decisão.<sup>7</sup>

---

7. Neste momento não se pode deixar de considerar os nefastos reflexos que uma reforma mal estudada e preparada, sem o necessário e prévio estudo de prognóstico da mudança e do impacto na estrutura judicial existente, pode causar para o Judiciário. E aqui, vale sim o exemplo do ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que exatamente por concentrar aproximadamente 40% dos feitos em trâmite no Brasil (e um dos maiores índices de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro), não pode deixar de ser considerado em nenhuma reforma processual que se leve a sério (algo, inclusive, que nos faz sustentar, em diversos escritos, a necessidade de dar tratamento mais adequado ao disposto no art. 24, XI, da CF: vide Estado Federado não pode ser federal – <http://www.conjur.com.br/2010-ago-14/estado-federado-nao-transformar-estado-federal>). Pois com o advento da Lei nº 9.137/1995 – norma conhecida, que facilitou a recorribilidade das interlocutórias, admitindo que os agravos de instrumento (antes processados em primeiro grau), passassem a ter processamento e trâmite diretamente em 2º grau (com manifesto abreviamento de tempo) os Tribunais paulista (inclusive os extintos Tribunais de Alçada) receberam verdadeira avalanche de agravos de instrumento. E para julgar estes inúmeros agravos contra decisões interlocutórias, foram sendo deixadas de lado as apelações (já eram muitíssimas) que, pela sua natureza, resolveriam o cerne o conflito propriamente dito. Consequência: só agora, mais de 15 (quinze) anos após a mal preparada reforma, que o Tribunal de Justiça Paulista volta a se erguer e a conseguir dar conta, ao menos, do número de processos entrados no mesmo ano. Frise-se: não se critica a forma de interposição do agravo (por instrumento), ou a evidente melhoria da técnica processual com a Lei 9.137/95. Critica-se, sim, a realização de uma reforma estruturante no recurso sem prévio estudo de impacto; sem a análise da capacidade da estrutura judicial existente suportar a

Nada diferente, portanto, do que já ocorre hoje com o processamento da apelação em 1º grau.

Certamente, a contrapor a sustentação dos parágrafos anteriores, virá o argumento de que, com a reforma, os Tribunais de Justiça e Regionais Federais terão que melhor se aparelhar e gerir. A esse contraponto se responde: então porque não se aparelhar e gerir adequadamente a estrutura de 1º grau, que no mais, é maior (há mais unidades e servidores, pese a maior demanda) e já está acostumada no processamento das apelações?

Não parece, portanto, que o argumento da diminuição do tempo de espera (morto) do processo seja válido do ponto de vista da racionalidade, motivo pelo qual, sob esse argumento, a mudança não parece crível.

### 3.2. Falta de dados estatísticos

Outro sustentáculo da proposta ora debatida é o de acabar, em vista da interposição e processamento da apelação diretamente no Tribunal, com os agravos contra decisões referentes à admissibilidade e atribuição de efeitos do recurso de apelação (algo que, no modelo atual, ocorre em 1º grau).

O argumento até teria alguma validade científica se, eventualmente, a comissão de apoio à proposta, ou mesmo a Câmara dos Deputados, apresentasse dados estatísticos concretos a indicar um elevado número de agravos tirados contra essas decisões, o que justificaria, ao menos do ponto de vista da funcionalidade do sistema, medidas legislativas tendentes a estancar o excesso destes recursos.

Não é de nosso conhecimento, contudo, que esse dado exista, de modo que, seja pelo lado dos defensores da proposta, seja pelo lado dos opositores a ela, o que resta é a percepção pessoal do fenômeno.

E a percepção colhida da prática de 18 (dezoito) anos de atuação junto ao Judiciário Paulista (15 deles como magistrado), é a de que é proporcionalmente baixo o número de agravos tirados contra decisão desta natureza.<sup>8</sup>

---

reforma. Respeitados as boas intenções dos proponentes da apelação por instrumento, parece-nos que estamos a repetir o mesmíssimo erro praticado quando da transformação do agravo em agravo de instrumento: falta de preparação da estrutura para o aporte da demanda.

8. Sem nenhum amparo metodológico/científico, mas apenas para ilustrar o argumento de que não é elevado o número de agravos contra decisões que atribuem efeitos ao recurso de apelação, uma breve incursão pelo sistema de busca jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – que parece ser uma boa fonte de pesquisa em vista da dimensão do órgão –, revela para

Certamente o contraponto que se fará ao argumento ora sustentado será no sentido de que, doravante, se vingada a proposta do anteprojeto de lei da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado (art. 908), ou mesmo o substitutivo apresentado a ele (art. 949 do PLS 166/2010), os Tribunais de 2º grau serão de todo modo abarrotados com pedidos de atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta em 1º grau. Pois ambas as propostas estabelecem que a parte, ao interpor a apelação em primeiro grau, teria que peticionar diretamente ao Tribunal de Justiça ou Regional Federal para obtenção do efeito suspensivo, que em todas as propostas de alteração do CPC não será mais automático como é regra hoje (art. 520 do CPC/73).

A essa fala, responde-se que a proposta de apelação por instrumento, em vez de diminuir o impacto que esse pedido de atribuição de efeito suspensivo terá junto ao movimento judiciário dos Tribunais de 2º grau, piora o problema, já que o processar do recurso é muito mais trabalhoso, despense muito mais tempo à Secretaria dos Tribunais do que o submeter de uma mera petição com cópia da sentença ao relator, e tudo sem contar que dá ensejo a uma pleiade de recursos posteriores contra essa decisão (RE, Resp, entre outros).

Em outros termos, a proposta da apelação por instrumento não resolve o problema que pretende atacar (a interposição do agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que atribui efeitos ao recurso), pois nas duas propostas de “Novo” CPC que antecederam ao PLC 8046/2010, a atribuição do efeito suspensivo à apelação não mais será atribuível ao juiz, mas sim ao Tribunal.

O argumento de que a apelação por instrumento acabará com um agravo de instrumento, portanto, não vinga, vez que esse recurso, de todo modo, não mais existirá no CPC projetado.

### **3.3. A responsabilidade objetiva como fator limitativo da execução provisória**

Outra viga sustentadora da tese ora atacada é no sentido de que a introdução da apelação por instrumento no país potencializará a execução provisória.

---

os termos “agravo”, “decisão”, “recebimento”, “apelação” e “efeitos”, pouco mais de 1.700 retornos, para um período de pesquisa de 1998 a 25.10.2012. Suprimindo o termo “decisão” da busca, para o mesmo período, o resultado de retornos é de pouco mais de 2.600. A busca por “agravo de instrumento” indica mais do que 589.000 retornos para o mesmo período de 14 (quatorze) anos. Em resumo, proporcionalmente, e já aceitando as corretas críticas à metodologia não científica empregada neste levantamento ilustrativo, o número de agravos referentes à atribuição de efeitos à apelação não representa 0,005% do total de agravos interpostos.

Pois se os autos do processo permanecerem em primeiro grau – com eventuais recursos aos Tribunais de 2º grau sendo interpostos por instrumento –, o vencedor da demanda terá mais facilidade para o início da execução provisória, já que não terá de extrair autos suplementares (ou cópias equivalentes às principais ocorrências do processo) para dar início à execução (art. 475-O, do CPC/73).

Tal raciocínio teria mais sentido, dizem os defensores da proposta, se considerado que no regime proposto a apelação, como regra, não terá mais efeito suspensivo automático, competindo ao próprio Tribunal a que dirigido o recurso, considerando o risco de dano à parte apelante com a execução provisória, atribuir ao apelo tal efeito (art. 908 do CPC/Comissão, art. 949 do PLS 166/2010 e art. 1025 do PLC 8046/2010).

Mesmo reconhecendo-se que, de fato, a introdução da sistemática da apelação por instrumento possa facilitar, do ponto de vista formal, o início da execução provisória, não se acredita que o simples mudar do procedimento da apelação possa tornar a execução provisória (e a imediata eficácia da sentença) algo de maior incidência na prática forense.

Isto porque o impeditivo maior da execução provisória, especialmente em um país de instabilidade jurisprudencial nos Tribunais Superiores (principalmente STJ) e desrespeito aos precedentes superiores como o nosso (inclusive no 2º grau), não se dá pelo fato de o vencedor tirar ou não cópias do processo principal para formar os autos de execução provisória, mas sim pela responsabilidade objetiva advinda do próprio executar do título provisório.

De fato, o art. 475-O, incisos I e II, do CPC/73, estabelecem que “*corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido*”, ficando, ainda, sem efeito, “*sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento*”, regras essas repetidas no 491 do anteprojeto CPC, art. 506 do PLS 166/2010 e art. 506, § 4º, do PLC 8046/2010.

Portanto, o que afasta o vencedor do primeiro grau da execução do título provisório é o risco de o vencedor de hoje ser o perdedor de amanhã, vencido não só no recurso interposto pela outra parte, mas, especialmente, na indenização que deverá pagar à outra parte independentemente de ter agido com culpa.

Mais uma argumento que, *maxima venia*, não sustenta a tese da apelação por instrumento.

## 4. MAIS CRÍTICAS

Além das críticas aos próprios argumentos que, de ordinário, são apresentados pelos defensores da viabilidade da apelação por instrumento, vários outros pontos podem ser levantados para tentar demonstrar que a proposta não é boa e nem viável.

### 4.1. Importação indevida de modelos estrangeiros

A falta de estudos prévios do impacto da introdução da apelação por instrumento no Brasil não pode ser, simplesmente, substituída pela invocação do sucesso da experiência em sistemas estrangeiros.

Evidentemente, os estudos de direito comparado são fundamentais para o desenvolvimento de qualquer ciência, pois só assim um ordenamento jurídico pode se beneficiar dos avanços conquistados e implementados fora de suas fronteiras, bem como se precaver de fracassos legislativos ocorridos em outros países.

Entretanto, a inserção de modelos processuais alienígenas em dado sistema, ainda que exitosas onde implementadas, não vem com garantia de sucesso, visto que as realidades judiciárias e culturais locais acabam por condicionar a eficácia dos modelos simplesmente transplantados de fora mesma razão que também acaba por não garantir que um modelo ineficaz testado em outro país não possa dar certo no Brasil, operando por aqui os efeitos que por lá se esperavam.<sup>9</sup>

Por isso, já advertiu a melhor doutrina processual carioca que a supervalorização de modelos estrangeiros é um dos mitos do futuro da justiça, e

---

9. A ver o fracassado processo monitorio brasileiro, adequadamente defenestrado do CPC pela comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do CPC (e que teimosamente a Câmara insiste em trazer de volta). Pois conforme adverte Chiovenda, para que a tutela monitoria seja eficaz indispensável “*contar-se com a raridade normal das pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que seja exíguo o número das impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples impugnação, o processo monitorio pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais*” (Instituições de direito processual civil, Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965., v. 1, p. 259). Em pesquisa de campo, efetuada na Justiça Estadual paulista entre 2000/2003, constatou-se que não é exíguo o número de impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. Apenas 18,8% dos mandados monitorios expedidos são voluntariamente cumpridos. Os dados tornam-se ainda mais interessantes se levarmos em conta que, em 61% das Varas cobertas pela pesquisa, esse percentual atinge apenas 10%. Para aferir os resultados desta pesquisa, cf. o nosso *Técnicas de Aceleração do Processo*, cit., anexo IV.

que no caso específico de nosso país, o máximo cuidado deve ser posto na recepção de produtos vindos dos Estados Unidos e da Inglaterra, especialmente porque são sistemas muito mais afeiçoados à formação jurisprudencial do direito (*common law*) do que o nosso, de linhagem européia continental e com o predomínio de fontes normativas escritas (*civil law*).<sup>10</sup>

#### 4.2. Absoluta falta de consciência ambiental

O introduzir da apelação por instrumento – ao menos até que se ultrimem as providências para a efetiva e total implementação do processo eletrônico (algo que, em alguns Estados, não se pode dizer que ocorrerá de modo tão breve assim) –, tem reflexos ambientais que não podem deixar de ser considerados.

O suposto ganho de tempo com a interposição da apelação diretamente no Tribunal (que é só suposto) não compensa. A extração de cópias do processo principal para formação do instrumento (art. 1.023, § 1º, do PLC 8046/10), a juntada de novas cópias do recurso em 1º grau de Jurisdição (art. 1.023, § 7º, do PLC 8046/10), a autuação do novo instrumento em uma capa de papelão, e mesmo o posterior descarte deste material, causam evidentes danos ao meio ambiente.

Afinal, a produção, a reciclagem e a incineração de papel acarretam, respectivamente, derrubada de muitas árvores (celulose)<sup>11</sup>, consumo excessivo de água e emissão de gases (CO<sub>2</sub>) prejudiciais à atmosfera.

Temos que diminuir o consumo de papel no Poder Judiciário, e não aumentá-lo como faz a proposta. Desenvolvimento sustentável e consumo responsável não podem deixar de ser considerados em nenhuma proposta.

#### 4.3. Desnecessidade da mudança frente aos avanços do processo eletrônico

Não se nega que com a implementação completa do processo eletrônico essa discussão da forma de interposição da apelação perde sentido. Só haverá

---

10. José Carlos Barbosa Moreira. O futuro da justiça: alguns mitos. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: 8ª série, cit., p. 9-10.

11. Só para se ter uma noção do impacto que a diminuição do uso do papel tem para o meio ambiente: a simples iniciativa de trocar em São Paulo o Diário de Justiça, em papel, pelo DOE (Diário Eletrônico), acabou com o consumo diário de 17 toneladas de papel, correspondente a cerca de 340 árvores por dia (fonte: TJSP).

um local para o recurso, o ambiente virtual, que não fica nem na 1ª e nem na 2ª instância.

Mas exatamente por conta da perspectiva de mudança – que, repita-se, ainda vai levar um tempinho para ser generalizada – , não faz o mínimo sentido que a forma de interposição da apelação sofra alterações para, pouco após, perder sentido.

Qual a lógica de um novo modelo que já nasce para perecer?

As coisas devem permanecer como estão, até porque os operadores do direito, doutrina e jurisprudência, já estão acostumados com a prática e já encontram soluções concretas para a diversidade de problemas surgidos a partir dela. Não precisamos de problemas novos, de debates novos, tampouco perder tudo que já se construiu sobre o recurso de apelação até o presente momento.

#### **4.4. Jurisprudência defensiva e má formação do instrumento**

O art. 1023, § 1º, do PLC 8046/2010, estabelece que não sendo eletrônicos os autos do processo, e para fim de análise do pedido de efeito suspensivo, o apelante instruirá a petição de interposição do recurso (nas quais estarão as razões do apelo) com cópia da sentença apelada; da petição inicial, contestação, réplica, parecer do Ministério Público, laudo pericial, se houver<sup>12</sup>; da certidão de intimação da sentença ou de outro documento que ateste a tempestividade do recurso; qualquer outro documento que lhe parecer conveniente.

Estabelecem, ainda, os §§ 2º, 3º e 4º do dispositivo que “*o apelante instruirá a apelação com certidão que ateste a inexistência de qualquer dos documentos referidos no § 1º, a ser expedida pelo cartório no prazo de vinte e quatro horas, independentemente do pagamento de qualquer despesa*” e que “*caso falte alguma cópia, o apelante será intimado a complementar a formação do instrumento em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso*”, sempre sendo possível ao relator requisitar “*ao juízo de primeiro grau a remessa imediata da íntegra dos autos do processo*”.

---

12. O dispositivo em comento tem impropriedades. Qual a lógica destas peças, essenciais ao próprio julgamento da apelação, só serem juntadas ao instrumento para a análise da atribuição de efeito suspensivo? Não são também peças necessárias para todo e qualquer apelo (mesmo sem o pedido de efeito suspensivo)? E as provas orais (DVD) e documentais colhidas: também não são essenciais ao julgamento do apelo, em especial quando, no mais das vezes, pede-se nova valoração da prova em 2º grau? Qual o sentido para que não sejam peças obrigatórias do instrumento?

Bem se vê, assim, que os advogados do recorrente, no vingar da proposta, passarão a ter mais um ônus entre tantos outros: terão de se certificar que o instrumento da apelação esteja suficientemente instruído.

Ainda que haja um controle judicial da viabilidade do instrumento, ou mesmo a possibilidade de determinação remessa imediata *da íntegra dos autos do processo pelo relator* (sabe-se lá o que é isso), é evidente que qualquer descuido na formação do instrumento não suprida acarretará o não conhecimento do recurso.

Mas não é só. O advogado do apelante terá, ainda, o ônus de juntar, no juízo que proferiu a sentença, a cópia da apelação, no prazo de três dias a contar da sua interposição, sob o risco de não ver conhecido o recurso (*mais papel!*). Mais um ônus que, não cumprido, pode ter consequências graves ao jurisdicionado que vê na regra do duplo grau de jurisdição uma garantia de qualidade da tutela prestada pelo Estado/Juiz.

As coisas também não ficam fáceis para o advogado do apelado no regime que se pretende introduzir. Pois tem ele o ônus de certificar-se que o instrumento está devidamente instruído, já que não parece haver dúvida de que o apelante só formará o instrumento com cópias das peças não obrigatórias que entender lhe serem favoráveis, suprimindo qualquer outra que contrarie os seus interesses (especialmente as provas documentais acostadas aos autos no curso da instrução).

Ou seja, em um projeto de Código que, na sua origem, promete desformalizar o processo e afastar toda e qualquer “armadilha” formal que possa comprometer a tutela, parece-me se a regra da apelação por instrumento um contrassenso.

Sem o processo eletrônico, só há duas garantias para que o apelo seja analisado de modo adequado e completo pelo Tribunal. Ou se determina a formação do instrumento com cópia integral dos autos, ou se determina a subida dos autos. Como se a adoção da primeira opção é danosa do ponto de vista do custo financeiro e ambiental, razoável que se mantenha a apelação nos moldes atuais.

#### **4.5. Elevação do custo do processo**

Sem dúvida a extração de cópias tem um custo financeiro (alguns dirão mínimo), ainda que possam elas ser declaradas autênticas pelo advogado.



E sem dúvida que esse custo tem reflexos no gasto que as parte tem de demandar, especialmente se considerado que o nosso maior litigante (e como tal o maior frequentador das cortes de apelação) é o Poder Público (isto é, todos nós).<sup>13</sup>

Como a execução provisória é exceção por conta do risco da responsabilidade objetiva, não faz sentido que haja desnecessária replicação de peças processuais, podendo, perfeitamente, o julgamento do apelo se dar através da remessa dos autos ao Tribunal de 2º grau.

#### 4.6. Sucumbência recíproca

Como é sabido, nada impede que a sentença de 1º grau acolha, apenas em parte, o pedido do autor. Haverá, por conseguinte, sucumbência recíproca, a habilitar os litigantes a interpor apelações paralelas (concomitantes).

Ambas as apelações serão interpostas por instrumento, estabelecendo o art. 1023, § 5º, do PLC 8046/2010, que incumbe à Secretaria do Tribunal unificar os autos, evitando duplicação de peças.

Sem contar mais um prejuízo ao meio ambiente pelo duplicar de peças processuais iguais na formação dos instrumentos de partes diversas (petição inicial, contestação, réplica, sentença, etc.), fato é que esse simples reconhecer de que os recursos são interpostos contra a sentença do mesmo processo não é algo tão simples assim.

Pois sendo os sistemas informáticos, basicamente, limitados ao cruzamento de informações como número de processo, nome da parte, ou CPF/CNPJ, qualquer dado incorreto lançado pela parte nas razões de apelação (doloso ou não) poderá acarretar a distribuição dos apelos para mais de uma Câmara do Tribunal, com as consequentes divergências de competência (prevenção, conflitos e afins).<sup>14</sup>

---

13. Segundo a edição da pesquisa os 100 maiores litigantes/2012, do CNJ, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) continua a ocupar o primeiro lugar no *ranking* das organizações públicas e privadas com mais processos no Judiciário Trabalhista, Federal e dos estados. O órgão respondeu por 4,38% das ações que ingressaram nesses três ramos da Justiça (estadual, trabalhista e federal) nos 10 primeiros meses do ano de 2011. Na sequência, vem a BV Financeira (1,51%), o município de Manaus (1,32%), a Fazenda Nacional (1,20%), o estado do Rio Grande do Sul (1,17%), a União (1,16%), os municípios de Santa Catarina (1,13%), o Banco Bradesco (0,99%), a Caixa Econômica Federal (0,95%) e o Banco Itaucard S/A (0,85%), respectivamente ocupando da segunda à décima posição (Fonte: CNJ).

14. Basta ver, para confirmar essa afirmação, os inúmeros conflitos que hoje ocorrem no processar de agravos de instrumento interpostos contra a mesma decisão.

O modelo atual é bem melhor. Sendo a apelação interposta nos próprios autos do processo, em 1º grau, ainda que haja divergência de dados, a autuação se dará no mesmo instrumento (nos autos do processo), sendo o encaminhamento de todos os apelos distribuídos, conjuntamente, ao mesmo órgão julgador em 2º grau.

#### **4.7. Incompatibilidade da apelação por instrumento com a remessa necessário**

Sem nos alongar na vastidão das incompatibilidades que a apelação por instrumento tem com um sistema todo formatado para que, com o recurso, subam os autos ao Tribunal, uma merece especial destaque: o reexame necessário.

Estabelece o art. 510 do PLC 8046/2010 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 de dívida ativa da Fazenda Pública; III – que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação”*.

Todavia, o art. 510, § 1º, do PLC, prevê que enquanto não implantado o processo eletrônico, e nos casos em que há reexame necessário, *“ultrapassado o prazo sem que a apelação tenha sido interposta, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal; se não o fizer, deverá o presidente do respectivo tribunal avocá-los”*.

Ora, qual a lógica da apelação por instrumento nos processos em que a Fazenda Pública seja vencida e que haja reexame necessário, se de todo modo os autos físicos terão que subir para o Tribunal? Qual o sentido da duplicidade de vias, se os autos físicos subirão ao Tribunal de todo modo?

Não faz sentido.<sup>15</sup>

---

15. Pensa-se que a apelação por instrumento não faz sentido e, por isso, a proposta deve ser sepultada o mais rápido possível. Mas se o sepultamento que for levado a cabo for o da tese sustentada neste texto, que ao menos a apelação por instrumento, nos casos em que houver reexame necessário, seja extinta, sob pena de termos a formação de desnecessário instrumento pelas Fazendas.

#### **4.8. A crítica maior: mais uma vez ignoramos a importância do art. 24, XI, da Constituição Federal**

Ainda que alguns não queiram, o Brasil é uma federação (art. 1º, *caput*, da CF). Uma federação com características bem peculiares, diga-se. Mas é uma federação.

Por isso, não se pode negar que é reservada certa autonomia legislativa aos Estados, isso a fim de que disciplinem, conforme particularidades próprias, temas tratados genericamente no âmbito nacional (art. 24 e § 5 da CF).

Com o processo civil não é diferente. O art. 24, XI, da CF, é radiante quanto à competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal em tema de procedimentos em matéria processual, a primeira editando normas gerais (comandos abstratos, genéricos, hábeis a serem adaptados pelos entes parciais); os outros, normas particulares conforme as realidades locais.<sup>16</sup>

Definir a forma de interposição da apelação é matéria de procedimento (não de processo). Criar o recurso, definir suas características, o âmbito da devolutividade, os efeitos em que será recebido, é matéria de processo. A forma de interposição (o rito) não. Trata-se de regra naturalmente procedimental.

Seria muito mais republicano, portanto, se os artífices do “Novo” Código de Processo Civil notassem – conforme advertência que já fiz outrora<sup>17</sup> – , a

---

16. Para ampla análise da competência dos Estados em matéria de procedimento processual, cf. o nosso A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 186, p. 199-227, 2010.

17. “Não faz sentido, por isto, que uma lei federal como o novo CPC – que trata não só de questões relacionadas ao processo (poderes, deveres, ônus, sujeições das partes, advogados e juízes), mas também de regras procedimentais (forma, modo e prazos) – esgote a disciplina do tema, não deixando espaço para que os legislativos locais cumpram o papel que lhes foi confiado pelo constituinte, disciplinando, conforme as particularidades e necessidades do povo local, mecanismos procedimentais que possam melhorar a qualidade da tutela jurisdicional. Ilógico que o Judiciário de estados de menor porte tenha que seguir as mesmas regras procedimentais impostas genericamente pelo legislador federal a todo o país, muitas vezes elaboradas à luz da realidade alarmante de um ou outro Estado (como São Paulo), cujas deficiências na prestação do serviço jurisdicional têm razões históricas, sociais e econômicas. Por isto é o legislador estadual e distrital que devem definir, na existência de particularidades locais, e à luz da CF e das regras genéricas e mínimas estabelecidas pelo legislador federal, qual o rito dos processos no seu estado, quais os atos processuais que podem ser dispensados, qual o trâmite recursal a ser seguido no âmbito dos tribunais, e não o legislador federal como se projeta detalhadamente no novo CPC. Afinal, o simples abraçar, pelo estado brasileiro, do regime federalista, já implica reconhecimento de inúmeras diferenças regionais, hábeis, portanto, a ensejar tratamento não igualitário aos jurisdicionados postados em locais diferentes dentro da imensidão do território brasileiro” (*Estado federado não pode ser estado federal*, cit.).

importância de se reservar espaço nas previsões procedimentais genéricas do diploma projetado, para que os Estado e o Distrito Federal pudessem complementá-las conforme suas particularidades próprias, sua realidade judiciária, os interesses do povo local.

Talvez até haja Estados em que a chamada apelação por instrumento seja crível, isso em vista do menor movimento judiciário, da capacidade de gerência, da melhor estrutura dos Tribunais de Justiça para suportar a pesada carga que se propõe inaugurar. Mas certamente há Estados cuja realidade judiciária e falta de estrutura das cortes de 2º grau não permita a façanha; em que o atravessar abrupto da norma pelo legislador federal, sem estudos de impacto prévio, implique verdadeira bancarrota do Tribunal de Justiça.

A decisão sobre a forma de interposição da apelação, *s.m.j.*, deve competir ao Estado (e não à União), conforme art. 24, XI, da Constituição Federal.

## 5. CONCLUSÃO

Ninguém discute a disposição do relator da proposta do Código de Processo Civil na Câmara, ou mesmo de seus colaboradores, em fazer o melhor diploma possível.

E não se nega também – como infelizmente fazem alguns de modo absolutamente injusto –, que a comissão foi plural e, ao menos em tese, ouviu todos os setores interessados em opinar.

Exatamente por isso, agora é momento de acreditar que os Deputados Federais e Senadores (revisores) sejam capazes de ouvir mais um pouco, e atentarem para o fato de que a proposta da introdução da apelação por instrumento no Brasil não parece acertada; que não se pode, a pretexto de trocar a água do banho, jogar o bebê fora junto com ela.

Não se vê vantagem suficiente para jurisdicionado com a adoção da prática.

E muitos são os prejuízos com a modificação sugerida, tanto para a estrutura do sistema de Justiça de 2º grau (que corre o risco de entrar em colapso), quanto para os advogados, para o Meio Ambiente...

Mudança tão drástica do procedimento da apelação no Brasil não pode ser feita de supetão, sem prévio estudo do impacto ambiental e na estrutura dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça do país; sem respeito às regras federativas a respeito do procedimento em matéria processual; algo que os autores da proposta, *s.m.j.*, parecem não ter se preocupado em fazer.

Quiçá isso seja notado a tempo de ser evitado.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca-SP: Lemos e Cruz, 2003.
- \_\_\_\_\_. Estado Federado não pode ser federal. *Consultor Jurídico*. Publicado em 14.12.2010. <http://www.conjur.com.br/2010-ago-14/estado-federado-nao-transformar-estado-federal>
- \_\_\_\_\_. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 186, p. 199-227, 2010.
- GOMES JR. Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*: 8ª série. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 1-13.
- VIGORITI, Vincenzo. Costo e durata del processo civile: spunti per una riflessione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, v. 32, nº 3, p. 319-325, 1986.



# MEDIAÇÃO, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*FERNANDO HORTA TAVARES<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1 introdução – 2 novas perspectivas dos conteúdos normativos conducentes à solução de conflitos e alternativas à tradição estatal – 2.1. Mediação processualizada: contornos constitucionais – 3 a mediação e suas características no projeto do novo código de processo civil (pl-8046/2010) – 3.1. Dos conciliadores e mediadores judiciais – 3.2. Da mediação: primeiras notas e apontamentos – 3.3. Mediação: definição e características – 3.4. Mediação como técnica normativa-resolutiva de conflitos: princípios estruturantes – 3.5. Fases ou estágios do procedimento da mediação processualizada – 4. Conclusão – 5. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Neste artigo pretende-se discorrer sobre o instituto da Mediação, e estudá-la sob a perspectiva constitucional e sob o enfoque procedimental. O primeiro aspecto cuidará de apontar, na estruturação e aplicabilidade do referido instituto, a possibilidade da incidência dos princípios constitucionais processuais. Já no que concerne ao segundo aspecto, apresentar-se-á comentários acerca dos impactos da inclusão da Mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL-8.046/2010, em sua versão após o relatório final acaba de ser aprovado pela Câmara dos Deputados), o qual tem como

---

1. Pós-Doutoramento em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Nova, de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito e em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, instituição que o autor leciona na Pós-Graduação e na Graduação. Advogado. Avaliador de Cursos e de Instituições de Ensino do INEP – Ministério da Educação. Presidente do Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo.

eixo central o oferecimento de maior efetividade às soluções autocompositivas dos conflitos intersubjetivos.

É bem de ver, à partida, que o referido Projeto está, na realidade, em franco alinhamento com recentes mudanças ocorridas no Direito da União Europeia. De fato, trata-se de temática que cada vez mais vem ocupando o centro da atenção dos estudos do Direito de Estado e Processual, tanto que o Parlamento Europeu e o Conselho Europeu aprovaram a Diretiva 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008, a qual procurou assegurar “uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial”, dispositivo legal vinculativo no território dos 27 países que integram a União Europeia, numa perspectiva de promoção de direitos fundamentais e, em especial, do acesso e exercício do Devido Processo (“acesso à justiça”).

Pretende-se ainda neste artigo, não apenas trazer comentários à novidade legislativa-processual, mas iniciar um ensaio rumo à elaboração de proposta de enunciação de uma “*Teoria da Mediação Processualizada fundada na Autonomia da Vontade Privada Legal e Responsável*”. Com ela, procurar-se-á contribuir para o estabelecimento de novas bases teóricas e práticas na condução dos litígios postos a debate democrático e processual perante os órgãos judiciários (como previsto no PL-8046/2010), como também fora da esfera estatal-judiciária.

Pelos contornos da mencionada Teoria, mais adiante explicitados, assevera-se que as Pessoas têm forte grau de *autonomia* para resolver seus próprios conflitos, a partir do exercício do direito fundamental de participar procedimentalmente em situação de liberdade de fala ampla, irrestrita, igualitária, fundada na ordem jurídica, com adequado conhecimento situacional normativo, social, econômico e político, processualmente construído ao longo do *iter* procedimental resolutivo das controvérsias eventualmente existentes no decorrer da Vivência do Ser.

Por fim, serão levadas a cabo algumas considerações acerca das mudanças provocadas pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil como mais um contributo para a solução das controvérsias submetidas processualmente ao Estado-Juiz, especificamente as normas atinentes à aplicabilidade da Mediação tal como estatuídas no referido PL-8046/2010.

## **2. NOVAS PERSPECTIVAS DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS CONDUCENTES À SOLUÇÃO DE CONFLITOS E ALTERNATIVAS À TRADIÇÃO ESTATAL**

De há muito afirmam-se como recorrentes os estudos conducentes à afirmativa do desgaste da função pública estatal de conhecer, processar e julgar os litígios postos ao Estado-juiz, isto é, o exercício da jurisdição em



moldes que nos remetem à indagação se ainda não estaríamos dependentes, no Brasil, de um aparato de resolução de controvérsias submetido a estruturas estatais ainda burocráticas, lentas, pesadas, complexas e que é resultante de decisões “tudo ou nada” para os Sujeitos do conflito, revelador de alto grau de insatisfação e de frustração por parte dos cidadãos, a re-ensejar a continuidade do conflito pela utilização indiscriminada, conquanto constitucional, de Recursos aos Tribunais.

Parece ser assente nas teses lastreadas nas Teorias do Processo e no Direito Constitucional, passando pela Sociologia Jurídica e a Teoria do Direito, que está instalada uma crise do Estado-Nação em vários quadrantes do Globo, cujos resultados para as Instituições Públicas e Privadas se traduzem, tradicionalmente, por uma “legitimação formal do direito e da jurisdição, a partir de uma lógica de subordinação”, como afirma Ricardo Hermany (2007: p. 17).

De fato, prossegue o mesmo Hermany, vivemos em um sistema “fechado recursivamente, em que as decisões públicas se legitimam tão somente pela adequação os requisitos do processo legislativo ou pela natureza representativa do poder”, atitude que não se coaduna com uma sociedade que presencia uma *proliferação de outros espaços de poder*, afetando o monopólio estatal e propiciador de uma auto-regulação reflexiva fundamentada em valores já normatizados constitucionalmente em características de Vivência Digna e Responsável.

Nesta linha de raciocínio e por várias razões, os agentes públicos ocupantes da máquina estatal – mercê da estrutura do chamado Poder Judiciário – não estavam preparados para o aumento da chamada “litigiosidade contida” que se apresentou após a instituição do Estado de Direito Democrático a partir dos anos 70 e da vaga dos novos direitos de quarta e quinta dimensões (consumidor, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à informação, às situações de privacidade (ou de desrespeito a ela em face da grande massa de informações advindas da WEB), engenharia genética e direito à paz).

As características monopolistas do sistema jurisdicional, tradicionalmente entregues ao Estado de “derivação oitocentista”, na expressão de Eligio Resta (2004:101), vai paulatinamente se chocando com duas fortes tendências do tempo presente: o nascimento de um *droit sans l'État* e a erosão da cidadania estatal, fruto, na visão de RESTA (2004), das

“profundas mudanças que verificamos nos últimos anos, caracterizadas, de um lado, por um processo sempre mais intenso de globalização dos direitos e de uma integração internacional e, de outro lado, por uma forte expansão da intervenção ju-

diciária no terreno econômico e social.....no qual confluem empurros heterogêneos e contrastantes....[não sendo] de se desprezar a profunda desarticulação do conceito de soberania estatal, como fonte e fundamento da função jurisdicional (o geo-direito do qual fala Natalino Irti, 2001”(RESTA, 2004: p. 101).

Neste quadro, afigura-se necessário suplantar a tradição brasileira de buscar soluções de conflitos somente pelo acesso aos órgãos judiciais, em que pese sua criação e funcionamento em bases constitucionais, pois a grande maioria das controvérsias entre particulares e entre estes e a Administração Pública têm roupagem de direitos disponíveis, ou que admitem transação, e que podem e devem ser geridas por cidadãos autolegisladores e esclarecidos de suas possibilidades de Vivência Digna.

A proposta que ora se apresenta segue no sentido de se tentar uma solução para a contundente crítica que faz o mencionado Eligio Resta para a crise da relação entre *democracia e jurisdição* e a consequente *anômala hipertrofia do sistema judiciário* “chamado a decidir sobretudo, e com poderes muitas vezes discricionários e, nos fatos, pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a forte diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz” (RESTA, 2004: p. 97), apesar do processo garantir os direitos fundamentais do cidadão, “cada um se encontra diante de um melancólico esvaziamento da jurisdição”.

Esta tradição – quando possível outro caminho – vem contribuindo para uma ainda mistificação do Estado como “guardião das promessas” dos projetos de vida e dignidade constitucionalmente garantidos quando, pela atual estrutura dos direitos processuais (civil, penal, trabalhista, administrativo, etc), os resultados obtidos são exatamente outros, vale dizer, a continuidade do litígio pelas vias dos Tribunais Estaduais e Superiores, aumentando a massa de autos de processos, de funcionários, de edifícios, de idas e vindas ao turbilhão do Tempo da Vivência, frustrando as expectativas cidadãs pelos efeitos deletérios da longa tramitação das demandas postas perante o Estado Juiz, muitas vezes causadoras de uma “legitimação pela dominação”, como há tempos dissera Max Weber.

De toda forma, a partir deste mesmo cenário pode-se dizer, novamente com Eligio Resta, que “se consolida o conhecimento de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva de multiplicidade dos fatores; que existe continuidade entre o *micro* dos conflitos inter-individuais e o *macro* dos conflitos sociais (sejam estes bélicos, inter-étnicos, culturais, econômicos, regulados ou

não regulados, etc); que isso é ruptura, mas também reafirmação do vínculo social um lugar autônomo de regulação e decisão” (RESTA, 2004: p. 107).

Faz-se coro à idéia, como sói acontecer em uma sociedade que prima pelo respeito à normatividade democraticamente construída, do “direito em si mesmo” de Agnes Heller, para quem “na sociedade moderna, o serviço [estatal de solução de conflitos] é substituído pela rede de deveres (obrigações) e direitos [...] em reciprocidade simétrica” (HELLER 1999:p. 22), consubstanciado em três tipos de direitos: lei estatutária (legal), o direito ao desenvolvimento de nossa personalidade (ao lado do direito à nossa própria concepção de bom) e, como corolário dos Estados modernos pós-revoluções liberais, “o direito tal como é incorporado na Constituição”(HELLER, 1999: p. 23), de que se reclama efetiva aplicabilidade nas chamadas Esferas Pública e Privada.

É que, conforme afirma Boaventura de Souza Santos, é possível buscar-se outras dimensões “das exigências cosmopolitas da reconstrução do espaço-tempo da deliberação democrática [...] de um novo contrato social” (1999: p. 60), até porque os conflitos deste século XXI não podem mais “confinar-se ao espaço-tempo nacional estatal e [pois] deve incluir igualmente os espaços-tempo local, regional e global” (1999:60), ainda que tal situação de novo tipo não se assente em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, em seus aspectos sociais, econômicos, culturais e, especialmente, *entre público e privado*.

Realmente, como esclarece Richard Rorty (1994), se os escritos referentes à *autonomia privada* conduziram a indagações acerca do significado do “que é ser um ser humano” e da “natureza humana” como “algo profundo dentro de nós” – na esteira dos pensamentos de Heidegger, Foucault, Kirkegaard, Nietzsche, Baudelaire, Proust e Nabokov – as teorias sobre o papel da *esfera pública* ajudou-nos na viragem de substituição da verdade pela liberdade, conduzindo a uma comunidade humana mais justa e livre mas que, por outro lado, nos leva à indagação do que vem a ser “habitar uma sociedade crítica e democrática do século XX e qual o papel do homem” (Rorty menciona, na direção que indica, os ensaios de Dewey, Habermas, Marx, Mill, Rawls e de Popper).

Ademais, nas palavras do mesmo Rorty (1994: p. 16), deve-se desenvolver estudos numa “perspectiva filosófica de maior grau de compreensão que nos permitisse abarcar a autocriação e a justiça, a perfeição privada e a solidariedade humana numa única visão”, se traduzindo na tentativa de se fundir o público e o privado, de modo a se ofertar resposta à pergunta de Platão: “porque é que ser justo é do interesse de cada um”.

Com efeito, a partir do constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, criaram-se novas condições de atuação de Homens e Mulheres do Viver do Mundo no Espaço Público, em que o Estado pode conviver com interesses, organizações não-estatais e *soluções autônomas apresentadas pelos próprios Indivíduos*, na tentativa de reconstruir a tensão entre democracia e a ordem jurídica assentada no capitalismo em sua feição redistributiva e participativa, em que o Estado possa atuar e se dedicar ao programa de implementação de direitos fundamentais da Vivência como a Segurança, a Saúde, a Educação, o Planejamento Familiar, à Criança, ao Adolescente e aos Idosos, segundo o Projeto Político de uma dada comunidade jurídica historicamente situada e lastreado na Constituição Democrática.

A elevação do grau de conhecimento dos direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional, e que confluem para efetiva aplicabilidade do Princípio da Dignidade e da Solidariedade, podem resultar na estruturação de uma outra e requisitada Autonomia Privada, dotando-a de duplo caráter: fiscalizatório-participativo das atividades estatais mas responsabilizatório das obrigações assumidas no contexto de uma esfera privada libertada das amarras tradicionais da sanção e castigo.

Neste sentido, há estreita ligação entre *responsabilidade e autonomia*. Por um lado, explica Laurence Thomas, “nenhum indivíduo pode ser autônomo, se carece de capacidade de reconhecer que é responsável por seus atos; por outro, cada indivíduo, a reconhecer a responsabilidade dos seus atos, exerce em parte sua autonomia de agir” (THOMAS, 2007: p. 144).

A partir destas considerações, no capítulo seguinte vão-se enunciar os fundamentos teóricos estruturadores de uma ao mesmo tempo nova e velha fórmula resolutive das contradições e dos interesses contrapostos dos Sujeitos de Direitos – a Mediação Processualizada fundada na Autonomia da Vontade Privada Legal e Responsável – um conjunto de regras democráticas disciplinadoras do agir em um Mundo permeado de significados díspares e plurais.

## **2.1. Mediação Processualizada: contornos constitucionais**

A Mediação, vista sob as vestes constitucionais e principiológicas e moldada segundo requisitos normativo-operacionais da legislação infraconstitucional, afigura-se uma tentativa séria de resposta à solução dos conflitos intersubjetivos sob a ótica da autonomia e responsabilidade da ação humana em uma sociedade democrática, não fechada, em que “os indivíduos são confrontados com decisões pessoais”, como diria Karl Popper, e que por isto mesmo estão aptos a superar o que este mesmo autor chamou “tensão da civilização”.

A Mediação que se defende neste artigo, todavia, é aquela que aqui se denomina de “Mediação Processualizada fundada na Autonomia da Vontade Privada Legal e Responsável”, a qual repousa na observância dos princípios constitucionais da Liberdade com Dignidade em Contraditório, da Isonomia, da Ampla Defesa, do Acesso e Exercício ao Direito, do Direito ao Advogado e da Duração Razoável dos Procedimentos de Solução de Controvérsias.

Com a Mediação sob a ótica aqui proposta, pretende-se deixar de lado a atribuição pura e simples de responsabilização do tempo por males ocultos e que se apresentam na via tradicional, ainda que legítima, de tramitação processual perante os órgãos de Estado, o qual a seu turno é chamado a afastar os males da chamada “crise de cooperação” entre os Sujeitos da Vivência, no âmbito das relações jurídicas privadas e públicas, solvendo não só litígios sobre os considerados “direitos disponíveis”, mas também, como novidade do PL-8046/2010, envolvendo a solução consensual no âmbito administrativo (o Projeto prevê, inclusive, a celebração de termo de ajustamento de conduta com os órgãos e entidades da administração, conforme art. 156).

E assim é porque, como dissemos em outra oportunidade, “A Mediação se apresenta... como fonte de obrigações, fruto da vontade das partes... os litígios solucionados à luz da intermediação ou mediação *lato sensu* e da mediação *stricto sensu*, como aqui denominamos as variadas formas alternativas de solução de controvérsias, trazem, em seu bojo, uma grande e maior possibilidade de serem naturalmente adimplidos, considerando a autoridade dos participantes do procedimento, vale dizer, as próprias partes em dissídio”. (TAVARES, 2002: p. 79 e 135).

Por ser um procedimento adaptado às necessidades das partes “*é mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes*”, como afirmado pelo considerando de número 6, da mencionada Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008.

O procedimento resolutivo, assim estruturado, contribui efetivamente para que os sujeitos, individuais e coletivos, se vejam como co-responsáveis não só pela formulação de soluções de seus problemas no campo privado e administrativo mas como responsáveis pela implementação do consenso surgido após a etapa discursiva e democraticamente estruturada e com duração razoável do procedimento, resolvendo os conflitos em grau de definitividade.

Ao demais disto, em razão da autonomia e do grau de confiança existentes entre sujeitos participantes, iniludível que a “Mediação Processualizada”

pode resultar em ganhos de economia de escala, financeiro, de tempo, e de dispêndio da máquina pública judiciária, deixando-a para cuidar de conflitos de natureza penal ou quando a alternativa à jurisdição for aquela adotada pelos interessados.

É se acreditar, pela submissão dos conflitos intersubjetivos à procedimentalidade delineada pela “Mediação Processualizada”, a ampliação do grau de esclarecimento dos indivíduos que compõe uma comunidade jurídica de falantes e ouvintes em uma dada Esfera Privada e Pública, pelo conhecimento dos elementos que compõe a realidade subjetiva. Sabendo-se que o Sujeito do conflito pode falar e contradizer a fala do Outro (contraditório), apresentar as argumentações que lhe aprouver em defesa de suas teses (ampla defesa), que ele se encontra em grau isonômico de fala e de interpretação em face do Outro e que terá condições de conhecer do Direito formatador da solução do conflito, a partir destes pressupostos, não há dúvida que os Sujeitos da Vivência passam a efetivamente e com responsabilidade exercer o Direito a ter Direitos.

Por fim, na medida em que a “Mediação Processualizada” se estrutura segundo princípios constitucionais cuja roupagem é de direito fundamental aplicável às relações individuais tradicionalmente listadas no campo do Direito Privado, põe em xeque a velha dicotomia direito público/direito privado, especialmente a partir da constitucionalização das linhas fundantes da normatividade, tanto estatal quanto privada, advindas da instituição do modelo teórico-normativo do Estado de Direito Democrático na pós-modernidade.

No capítulo seguinte vai-se estudar a Mediação Processualizada sob uma ótica eminentemente técnica, a partir dos mecanismos de sua operacionalidade introduzidos pelo PL-8046/2010, na redação que lhe foi dada o relatório final aprovado pela Câmara dos Deputados.

### **3. A MEDIAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PL-8046/2010)**

#### **3.1. Dos conciliadores e mediadores judiciais**

Não há completa uniformização conceitual quando se fala em Mediação, mas se pode inseri-la no contexto das chamadas “Soluções Alternativas ou Autocompositivas de Controvérsias”, campo em que se pode acrescentar também a conciliação, a negociação e a arbitragem, esta última com legislação específica no Brasil, a Lei 9.307/96 e, como novidade, as respectivas projeções introduzidas no Projeto do Novo Código de Processo Civil (art. 346 a 351).

Cabe destacar, entretanto, que o PL-8046/2010 procurou estruturar o Novo Código de Processo Civil dotando-o de uma “Parte Geral” em direta vinculação dos princípios constitucionais do Devido Processo, e nesta parte, criou o Livro I intitulado “Das Normas Processuais Cíveis”. No referido Livro, em título único, o legislador alinhavou as chamadas *Normas Fundamentais e Aplicação das Normas Processuais*, nas quais se afirma que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas e os valores consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil” (art. 1º).

É dentro deste núcleo principiológico-constitucional vinculativo para todos os demais artigos do Novo Código (art. 1º) que se constata o *mandamento* ao Estado no sentido de promover a autocomposição como meio preferencial para a solução dos conflitos (art. 3, § 2º), como corolário lógico do direito fundamental “das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito” (art. 4), aí incluída a Mediação como uma das atividades procedimentalmente estruturadas em nível cooperativo entre as partes (art. 8º), rumo à solução satisfativa do litígio pela via da transação (art. 498, III).

A eficácia irradiante às demais normas processuais promanada pela Parte Geral, resultou, todavia, na redução da envergadura e do significado da Mediação como forma preferencial na solução dos conflitos, pois a opção do legislador da novel codificação procedimental civil foi o de juntar o ofício de mediadores e conciliadores judiciais no quadro dos “agentes auxiliares do juízo”, ao lado do escrivão, do chefe de secretaria, do oficial de justiça, do perito, do depositário, do administrador, do intérprete, do tradutor, do partidor, do distribuidor, do contabilista e do regulador de avarias (art. 130 e 147 a 157), não obstante classificá-los, no Livro III, entre os Sujeitos do Processo.

Na mesma Seção VI que tratou dos “conciliadores e mediadores judiciais” o PL-8046/2010 criou “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania” os quais serão “responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação” e, também, no “desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”, sob as *diretrizes gerais* do **Conselho Nacional de Justiça** que publicará tabelas de remuneração dos mencionados auxiliares, indicará os requisitos a serem exigidos para a existência de um “cadastro de conciliadores e mediadores” e das “Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação”, estes últimos em conjunto com os Tribunais, podendo o concurso público ser adotado para o preenchimento das vagas dos ocupantes do referido cadastro (art. 149 e 151).

Em mais um dado na direção regulatória das atividades da mediação e conciliação pelos órgãos judiciais, o Tribunal as regulamentará, ainda, quan-

do forem realizados como trabalho voluntário (§ 1º do art. 151) e poderá excluir do cadastro os conciliares e mediadores que atuarem em desacordo as regras deontológicas definidas pelo art. 155. O Projeto também coloca sob o controle dos órgãos judiciários os casos de impedimento e impossibilidade temporária de atuação de conciliadores e mediadores, como se pode ver pela redação dos artigos 152 a 154.

Como a fugir um pouco da regulação pelos órgãos judiciais e, portanto, em linha com a autonomia privada das partes – mais consentânea com as características do Instituto da Mediação, mais adiante descritas – o conciliador e mediador escolhido pelos litigantes *poderá ou não* estar cadastrado junto ao tribunal (parágrafo 1º, do art. 150), hipótese que não alcança, todavia, as Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, não obstante o caráter privado destas, em um evidente contra-senso, sem dúvida, especialmente quando o § 2º do art. 151 alude à situações em que tais Câmaras realizarão audiências não remuneradas destinadas ao processamento dos casos em que foram deferidas “gratuidade de justiça como contrapartida de seu credenciamento”.

O Projeto, como se vê, cuidou de disciplinar a *atuação* dos mencionados “agentes auxiliares do juízo”. Mas, afinal, qual o significado da Mediação e da Conciliação?

Em princípio, pode-se dizer que tanto a Mediação quanto a Conciliação são entendidas como um processo de resolução de conflitos através do qual uma ou ambas as partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para elas. A negociação advinda do diálogo é componente de qualquer meio de resolução alternativa de conflitos, inclusive a Mediação, mas difere desta, pois pode não haver a presença de um terceiro.

### **3.2. Da Mediação: primeiras notas e apontamentos**

Por ser um instituto jurídico ainda pouco estudado no Brasil, ao contrário do que acontece no cenário europeu e no estadunidense, optou-se neste ensaio por tratar especificamente da *Mediação*, não só em razão da novidade de sua introdução em um Código Processual Civil brasileiro, mas também porque é mais adequada a sua utilização nas diversas situações em que esteja presente um conflito entre pessoas (inclusive de direito público interno e externo), como é o caso da mediação familiar, mediação em conflitos de vizinhança, mediação penal (Estados Unidos, Portugal) e, agora pelo Projeto do NCPC, no processo administrativo.

De resto, pode-se dizer que existe um conjunto de princípios e técnicas transversais atinentes à Mediação (aplicáveis, a seu turno também à concilia-



ção), tanto assim que o art. 148 do PL-8046/2010 acentua que a Conciliação e a Mediação são informadas pelos mesmos princípios, isto é, da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, adiante comentados.

### 3.3. Mediação: definição e características

A partir dos Princípios Constitucionais Processuais e da redação do parágrafo 4º, do PL-8046/2010, a Mediação Processualizada pode ser conceituada como sendo um *Procedimento Informal de Auxílio às Pessoas a restabelecerem o diálogo e, a partir daí, compreenderem as questões e os interesses em conflito, de modo que possam identificar por si mesmas, alternativas consensuais que gerem benefícios mútuos, sempre tomando com fundamento estrutural o debate livre, aberto e democrático, em bases isonomicamente contrapostas e em contraditório e ampla defesa argumentativa.*

Na elaboração dos contornos da Mediação Processualizada fundada na Autonomia Privada Legal e Responsável, procurar-se-á estruturar um pacto resolutivo de controvérsia intersubjetiva de acordo com o conceito popperiano de *racionalidade crítica*.

Uma atitude racionalista ou uma “atitude da razoabilidade”, segundo Karl Popper, é uma “disposição a ouvir argumentos críticos e aprender da experiência”, isto é, uma atitude de admitir que “eu posso estar errado e vós podeis estar certos e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade”, e para isso precisamos de cooperação com auxílio da argumentação. (POPPER: 1987, p. 231).

A *busca do consenso* apontado por Karl Popper passa, necessariamente, pela atitude dos Sujeitos em conflito de “se alcançar alguma espécie de acordo sobre muitos problemas de importância, e que, mesmo onde as exigências e os interesses se chocam, é muitas vezes possível discutir a respeito das diversas exigências e propostas e alcançar um entendimento, em consequência de sua equidade, seja aceitável para a maioria, senão para todos. Em suma, a atitude racionalista, ou, como talvez possa rotulá-la, “a atitude da razoabilidade”, é muito semelhante à atitude científica, à crença de que da busca da verdade precisamos de cooperação e de que, com a ajuda da argumentação, poderemos a tempo atingir algo como a objetividade”. (POPPER, 1987: p. 232).

Segundo Popper é importante que se faça uma análise cuidadosa das consequências correspondentes às diversas alternativas entre aquelas que se deve optar diante das vicissitudes da Vivência Intersubjetiva, que nos exige

a tomada da “consciência das próprias limitações, a modéstia intelectual dos que sabem quantas vezes erram e quanto dependem dos outros, até para esse conhecimento. É a verificação de que não devemos esperar demasiado da razão, de que a argumentação raras vezes resolve uma questão, embora seja o único modo de aprender – não a ver claramente, mas a ver mais claramente do que antes” (POPPER, 1987: p. 235).

A partir desta exposição, a Mediação Processualizada passa pelas seguintes características:

a) fora da esfera do controle pelos órgãos judiciários por ocasião da tramitação procedimental dos litígios, à vista da leitura que se pode fazer dos art. 147 a 154, do Projeto do Novo Código de Processo Civil, a Mediação é aplicável tradicionalmente, no Brasil, aos chamados “Direitos Disponíveis”, isto é, aqueles bens e direitos que admitem transação e que se constituem na esfera patrimonial do seu titular.

Renova-se, contudo, a importante observação que o referido Projeto, pela letra do art. 156, instituiu a possibilidade de solução consensual de conflitos no âmbito administrativo envolvendo os entes da federação de todas as esferas da Administração Pública, inclusive por intermédio de “Câmaras de Mediação e Conciliação”, do que resulta que se ampliaram as hipóteses de solvência de quaisquer conflitos, a exigir, entretanto, novos instrumentos normativos considerando as cuidados que se devem observar quando presentes os denominados Interesses da Coletividade.

b) a Mediação tem caráter “Confidencial”, vale dizer, todas as questões tratadas pelo procedimento não podem ultrapassar os muros da controvérsia e da linguagem e os interesses privados dos envolvidos, estando o mediador e demais membros da sua equipe jungidos ao dever de sigilo;

c) é um procedimento “Voluntário”, de modo que as pessoas que pretendam resolver suas controvérsias adotam-no de forma livre, sem quaisquer ingerências ou determinações de quem quer que seja. É esta, aliás, a expressa recomendação constante do § 3º, do art. 147, do PL-8046/2010;

d) ainda que se coloquem interesses antagônicos em debate, em juízo ou fora dele, a Mediação se reveste de uma roupagem *não adversarial*, isto é, os envolvidos estão desarmados do “espírito guerreiro”, talvez próprio das lides forenses, já que todos estão imbuídos de chegarem a um denominador comum, que seja de soluções convergentes. Para tanto se fazem presentes, como elementos estruturais do agir resolutivo, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla argumentação como garantia da realização de um diálogo em bases de isonomia e dignidade da pessoa.

e) a Mediação tem mais uma importante característica, qual seja, a “participação ativa e direta das partes”, que, sabedoras de suas limitações e dos exatos contornos da controvérsia, têm um alto grau de influência na condução do acordo a que se procurará chegar.

f) a Mediação Processualizada, ao contrário da clássica situação presente nos litígios prolongados em Tribunais, propicia o restabelecimento do diálogo entre as partes, algo extremamente valioso especialmente quando estão envolvidos interesses de incapazes, que não podem ser olvidados por ocasião das rupturas das sociedades conjugais, por exemplo, à vista do contido no artigo 227, da Constituição brasileira.

### **3.4. Mediação como técnica normativa-resolutiva de conflitos: princípios estruturantes**

Para que a Mediação possa se desenvolver regularmente de modo a alcançar resolução definitiva das controvérsias, faz-se necessário observar algumas *técnicas negociais*, as quais, uma vez empregadas, podem resultar em um alto grau de satisfação e de alcance prático na solvabilidade de conflitos sem, inclusive, ofender o dever de imparcialidade (parágrafo 3º, do art. 148, do NCPC).

Essas técnicas negociais são as seguintes:

a) *plenos poderes das partes* como consequência da autonomia privada da vontade – um dos princípios da Mediação a que alude o já mencionado art. 148, do Projeto. Assim, os envolvidos mantêm poder decisório: *i*) quanto ao desenrolar da Mediação, vez que estão autorizados a definirem as regras procedimentais norteadoras (art. 148, § 4º, segunda parte) e *ii*) quanto ao fundo das questões objeto do diálogo resolutivo;

b) a solução da controvérsia é *sempre consensual*, pois isso preserva o respeito mútuo e a cooperação atual e no futuro;

c) *informação* completa e total de todos os fatos que envolvem as situações conflituosas, de modo que as partes devem perceber exatamente o que se passa, e isso sem intermediários, ainda que estejam acompanhadas por seus advogados o que, aliás, é sempre recomendável;

d) *mediador* como um terceiro independente e que não decide, antes apresenta sugestões de resolução do conflito, extraídas das próprias partes;

e) *confiança e confidencialidade* como corolário da técnica procedimental da Mediação provocadora de solução “ganha-ganha” e, ao demais disso, reveladora da preocupação com a convivência futura (para além do acordo!);

f) *conhecimento dos elementos componentes dos conflitos*, utilizando-se da técnica de i) saber comunicar (sem diálogo, não há comunicação possível nem solução racional para os problemas), ii) saber ouvir (metas e intenções não compreendidas levam sempre a uma resolução sem sucesso) e iii) saber perguntar (quem pergunta conduz a conversa).

### 3.5. Fases ou estágios do procedimento da Mediação Processualizada

Não obstante a informalidade ser também uma característica da Mediação – o NCPC a denomina de princípio informador –, é possível estabelecer um plano procedimental expresso em fases ou estágios para se chegar à obtenção de um resultado satisfatório para as partes, a saber:

a) *fase preliminar ou introdutória do procedimento*: caracterizada pelos contatos iniciais entre o mediador e as partes, nos quais se estabelecem algumas premissas como i) o direito de cancelar ou interromper o procedimento e de se fazer quaisquer questionamentos, ii) o compromisso dos interessados com o próprio procedimento da Mediação e sua natureza consensual e voluntária e, iii) a duração das sessões de mediação, de modo que as partes tenham a noção exata do tempo despendido para o exame das situações em contraste;

b) *ingresso do mediador no conflito e estabelecimento de regras*, entre as quais, os princípios informadores da mediação; qual o papel histórico de atuação do mediador e seu compromisso com a neutralidade e imparcialidade e, por último, a informação de que vai observar, sempre, a regra única e mais importante do procedimento: *uma pessoa fala de cada vez*;

c) *identificação dos temas a serem resolvidos*, de modo a se fazer a separação das pessoas e dos problemas, a concentração nos interesses (e não nas posições individuais de cada participante) e, ao final, a construção conjunta de uma agenda;

d) *estabelecimento de padrões objetivos*, procurando-se excluir preconceitos de ordem subjetiva, distantes dos fatos, bens e números concretos;

e) *criação colaborativa de alternativas, opções e critérios hipotéticos*, direcionados a produzir benefícios mútuos;

f) *evolução e comparação de alternativas*, e, após, o estabelecimento de um compromisso de parte a parte, em que se respeitará o combinado; e

g) *conclusão do acordo total ou parcial sobre a substância do conflito*, com o oferecimento de um plano de implementação do acordo e monitoramento de seu cumprimento, configuradora da decisão informada prevista no art. 148, do PL-8046/2010.

A transação assim operada põe fim definitivo ao litígio e atinge-lhe o mérito, em que se poderá adotar o formato de título executivo extrajudicial nos moldes do art. 585, inciso II, do atual Código de Processo Civil brasileiro ou a norma correspondente no Projeto do NCPC, art. 810, incisos II e ou IV.

#### 4. CONCLUSÃO

Os conflitos e as situações litigiosas podem e devem ser resolvidos pelos sujeitos envolvidos diretamente na disputa, utilizando-se da via democrática e autônoma da Mediação Processualizada porque, além de resolver em grau de definitividade as controvérsias da Vivência entre Seres, é, de igual sorte, preservadora do respeito mútuo e das relações entre as pessoas.

Pela tradicional saída das longas tramitações perante os órgãos estatais da jurisdição, normalmente referidos conflitos, ainda que respeitadas os ditames do Devido Processo Legal, resultam em *soluções de adjudicação*, vez que o bem da vida pretendido na disputa judicial é entregue a um “vencedor”, sem falar nas situações em que a angústia do tempo atordoa mas não refina as frustrações advindas da insolubilidade prática, pela ausência de estruturas estatais aptas a viabilizar as portas de entrada e saída do chamado “Acesso à Justiça”.

Ao demais disso, a avalanche de litígios em tramitação nos tortuosos e às vezes insondáveis caminhos das “causas em Tribunal” na maioria das vezes resulta no aprofundamento da ruptura das relações sociais e exacerba-se o conflito pela utilização dos vários recursos ainda que previstos constitucionalmente e, também na maioria das vezes, procede-se à execução do julgado, em novas e infundáveis situações perturbadoras.

A Mediação Processualizada, nos moldes definidos neste artigo, ao invés, propicia e mantém o equilíbrio das emoções e do próprio conflito e de autonomia do seu procedimento, revestindo-se, pois, *de um alto grau de legitimidade*, à vista da participação direta e ativa das partes. Longe de uma atuação muitas vezes fria e distante dos inúmeros órgãos do Estado, a Mediação propicia a participação do conjunto da sociedade ou da comunidade a que pertencem os interessados.

O Processo e o Procedimento da Mediação são conduzidos pelo princípio da autonomia da privada e responsável, sobretudo, por um diálogo estruturado em bases isonomicamente democráticas pautadas pelo contraditório e pela ampla defesa dos argumentos, e em respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Por isso mesmo, os resultados que daí advirão se traduzem em uma muito maior probabilidade de se ter a exata noção da complexidade do conflito e de toda a sua dimensão, muitas vezes parcialmente conhecida no transcorrer da ação judicial.

A Mediação Processualizada constitucional e procedimentalmente estruturada segundo os estágios, as técnicas e características expostas ao longo deste artigo, é capaz de estabelecer uma relação horizontal entre as partes, com igualdade, respeito mútuo e em razão da observância da “regra de ouro” – uma pessoa fala de cada vez – propicia uma atmosfera de cooperação com a continuidade de ligação social entre os sujeitos envolvidos e resulta em altíssimo grau de adimplemento voluntário das obrigações assumidas.

Por fim, no campo da técnica, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil procura disciplinar a atuação de mediadores e conciliadores sob os olhares excessivamente reguladores do Estado-Juiz, o que pode engessar uma atividade tradicionalmente célere em face da informalidade que lhe é inerente.

Contudo, traz novidade alvissareira ao introduzir a preocupação com o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, mas só a sua operacionalidade prática ao longo do tempo é que se concluirá se o PL-8046/2010, nos aspectos aqui considerados, alcançará a meta de se promover a autocomposição como meio preferencial para a solução dos conflitos, como pretendido na Parte Geral.

## 5. REFERÊNCIAS

- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.
- GHIRCA, Maria Francesca. **Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fugal dal processo o dal diritto?** (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE). In: *Rivista di Dirritto Processuale* 2009.
- GOYARD-FABRE, Simnone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GUSTIN, Miracy e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade. Volume II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2006.
- HELLER, Agnes. **Uma crise global da civilização: os desafios futuros**. In: “A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI”. 1ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto-Corecon-RJ, 1999.
- HERMANY, Ricardo. **(Re) discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch**. Santa Cruz do Sul: IPR/Edunisc, 2007.
- HESPANHA, Antonio Manoel. **O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje**. Coimbra: Almeida, 2007.
- HESPANHA, Antonio Manoel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa America, Ltda, 1998.
- Revista Sub Judice nº 37: **Justiça Restaurativa**. Coimbra: Almedina, dez/2006.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godói. **Direito e coerção**. São Paulo: Unimarco, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002.
- NEVES, A. Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF-Martins Fontes, 2004.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Volume I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.
- POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Volume 2. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.
- POPPER, Karl Raimund. **O Mito do Contexto. Em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 1993.
- POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.
- POPPER, Karl Raimund. **A Lógica das Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1999
- POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 2008.
- RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul. Edunisc, 2004.
- RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- RORTY, Richard. **Contigência, ironia e solidariedade**. Lisboa: Editorial Presença, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas”. IN: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e LONGO, Luiz Antonio.(coord) **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo**. In: “A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI”. 1ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto-Corecon-RJ, 1999.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Vol. 1: Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4ª. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TAVARES, Fernando Horta (coord). **Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. “Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo”. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THOMAZ, Laurence. “A autonomia da pessoa”. IN: CANTO-SPERBER, Monique. **A inquietude moral e a vida humana. Tít. Orig. L’inquiétude morale et la vie humaine**. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005.



# 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>

---

**Sumário:** 1. A busca por celeridade no processo. O “dano marginal” aos litigantes; 2. O direito a um processo sem dilações indevidas no direito internacional e sua previsão no direito comparado; 3. O direito brasileiro. Das normas infraconstitucionais à constitucionalização do princípio. Cooperação entre sujeitos processuais. A necessidade de equilibrar rapidez na prestação com os direitos fundamentais das partes; 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; 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; 4.3. Aplicação de sanções pessoalmente às autoridades responsáveis; 4.4. Pretensão indenizatória contra o Estado; 4.5. Tutela de evidência: antecipação de tutela como meio de gestão da duração do processo; 4.6. Novidade do Projeto de CPC: a ordem cronológica de conclusão como critério para proferir decisões; 5. Impossibilidade de alegar a insuficiência de recursos materiais para impedir a aplicação da cláusula. 6. Como calcular e aferir o prazo razoável de duração dos processos judiciais ou administrativos? 7. Conclusão. 8. Bibliografia

---

## 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

---

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 e da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*). Procurador da República no Rio de Janeiro.

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 desparelhadas, 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 (cautelares, antecipadas, inibitórias). 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 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. Ademais, cabe destacar, este não é um privilégio do processo civil: algo similar pode ser observado também nos processos penal e administrativo. 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. 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.

---

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.

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>

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

- 
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.

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 Código de Processo

- 
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 caráter 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

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 dilatações 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

---

pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

10. “Art. 2º (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*”.

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 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 dilações indevidas. E essa experiência influenciou o legislador brasileiro.

### 3. 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

---

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.

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.

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 apresentação do Relatório-Geral na Câmara dos Deputados pelo Relator-Geral, Dep. Sérgio Barradas Carneiro. 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. 120 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

---

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.

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 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

- 
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, N°2, aprile-giugno, 2005, *passim*; *Idem, Nullidades 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 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.



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

---

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.

exame detido pelo julgador.<sup>27</sup> Não se pode, a pretexto de uma superproteção dos direitos, permitir o que 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, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito”. Posteriormente, nos arts. 215 e 216, 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.

---

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.

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.

## **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.

Por exemplo, vários dispositivos dispõem que o juiz fixará prazos “razoáveis” para a prática de atos processuais pelos litigantes (como nos arts. 76, 798, III) 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. 710, referente à oposição).

Por outro lado, ao estabelecer os deveres do juiz, o art. 120 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 conceitualização dos prazos 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, 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> Evidentemente

---

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.

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.

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 pessoalmente 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 para condutas contrárias à boa-fé no processo também aos magistrados e autoridades administrativas 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 judicante, 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.

---

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.

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: o controle administrativo-disciplinar (correicional). O próprio CPC de 1973 já admitia, em seu art. 198, representação ao Tribunal contra o magistrado que não cumprir os prazos.

Atualmente, pela 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 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, sinaliza no mesmo sentido.

Neste diapasão também se vê a tramitação do Projeto de CPC no Congresso Nacional. Os arts.215 e 216, como vimos, 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 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 concorreu com culpa para a demora, etc.

---

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.

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, 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 *improbis 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 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. 287, I do “Relatório Barradas”.

#### **4.6. Novidade do Projeto de CPC: 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. 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. 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 decisão complexa, deixando de lado todos os demais processos. Ao contrário, 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 deles. A elaboração da minuta de um processo complexo, se for atribuído a alguém além do juiz, provavelmente será delegado 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. É verdade que 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.

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.

## **5. 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 administra-

tivos 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, 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>37</sup> A estes podem ser acrescidos fatores de ordem cultural, 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 presta 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>38</sup> admitir desculpas estruturais para infirmar a aplicação do princípio equivale transformar em “devida” a “indevida” administração da Justiça.<sup>39</sup>

## 6. 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

---

37. 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. Dentre 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.

38. Buchholz c. Alemanha, j.06.05.1981

39. Afirmo 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*”.

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 desarrazoado.

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 administrativo.<sup>40</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>41</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

---

40. Confira-se a nota n.28.

41. 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.

do qual a duração do processo penal seria desarrazoada, justificando inclusive o relaxamento da prisão cautelar, como entendimento do STF<sup>42</sup> e do STJ.<sup>43</sup>

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>44</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 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.

---

42. 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”.

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

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

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. 207, 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. 208 do Projeto diz que, se houver “motivo justificado”, o juiz poderá exceder estes prazos do art. 207 “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>45</sup> Fixada esta premissa, é 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>46</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,

---

45. BIDART, Adolfo Gelsi. “El tiempo y el proceso”, in *Revista de Processo*, ano 6, n° 23, jul.-set. 1981, p. 101; SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919, p. 295-296 e 354-355; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. *Op. cit.*, p. 29 e ss.

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

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>47</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>48</sup> A estes, outros se acrescentam, como os efeitos das medidas de urgência (prisão, multa) sobre a parte requerida.<sup>49</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>50</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, por submeter ao Judiciário, sem considerações existentes em norma positivada, o regramento dos limites legítimos de duração do processo, que,

---

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

48. Dentre outros critérios e subcritérios, estes são os principais. A jurisprudência da corte é enorme. Confirmam-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 Straßburger Instanzen*”, in *EuGRZ*, 1979.

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

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

afinal, é uma forma de exercício de poder estatal e deveria, portanto, ser regrada em lei.<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>

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>

O Projeto de novo CPC, na redação do Relatório-Geral apresentado na Câmara dos Deputados, não traz critérios minuciosos para a aplicação da duração razoável do processo. Porém, o Projeto afirma, no art. 199, que o juiz fixará prazos levando em conta a “complexidade” do ato a ser praticado. E o art. 120 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.

## 7. 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

---

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

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

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.

dúvidas e reclamando da doutrina e da jurisprudência reflexão renovada, já à luz da nova legislação.

## 8. 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, n° 23, jul.-set. 1981.
- 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. “*Verfahrensdauer 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.
- 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 Verfahrensdauer (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.



# ANÁLISE COMPARATIVA DA COOPERAÇÃO E COLABORAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS NOS PROJETOS DE NOVO CPC

CAMILO ZUFELATO<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. O tema – 2. Colaboração e cooperação processual: do direito posto ao direito projetado; 2.1. Colaboração e cooperação processual na Parte Geral dos Projetos de Novo CPC; 2.2. Outras regras processuais pontais que evocam a participação/cooperação no Projeto da Câmara – 3. Princípio da colaboração e cooperação, contraditório cooperativo, ou sub-princípio da boa-fé? Posições doutrinárias acerca do tema – 4. A natureza da colaboração/cooperação no processo civil no Projeto de Novo CPC da Câmara – 5. O reducionismo da colaboração/cooperação no Projeto de Novo CPC da Câmara – 6. Colaboração/cooperação e fundamentação da decisão judicial – 7. Bibliografia.

---

## 1. O TEMA

Embora bastante controversa a discussão sobre a necessidade de um novo Código de Processo civil, o fato é que a proposta de inovação legislativa oriunda do Senado Federal tem o grande mérito de potencializar os já intensos e profícuos estudos sobre direito processual civil no Brasil. Em menos de três anos foram produzidos três projetos que consolidam, em formato de Código, versões distintas para um novo CPC, além, evidentemente, da abundante produção doutrinária sobre tais propostas normativas.

Há diversos institutos processuais inovadores nessas versões, bem como há alterações procedimentais, inclusive de cunho mais dogmático, bastante importantes. Contudo, quer nos parecer que as *grandes transformações* mais almejadas como resultantes da atuação da Justiça Civil estejam relacionadas

---

1. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP – FDRP/USP

sobretudo com a *dimensão axiológica do processo* e do modelo de tutela jurisdicional mais adequado segundo as diretrizes constitucionais às quais o direito processual deve se alinhar.

Nessa dimensão a *principiologia do direito processual* é o campo mais propício para se investigar se há, e em que medida, *propostas inovadoras* nas três versões de novo CPC. Sobre esse aspecto uma ressalva é indispensável. A força normativa dos princípios e sua densidade hermenêutica dispensam a expressa previsão legal de uma norma principiológica para que essa exista e tenha eficácia em um dado ordenamento jurídico. Isto significa que independentemente da previsão de certos princípios no texto de novo CPC, não se pode negar a eficácia plena desses no âmbito do direito processual. Não se nega, contudo, a importância didática de estampar um princípio em norma positivada para promover o seu desenvolvimento e a sua aplicação.

Os três projetos de CPC são partidários do posicionamento favorável à ampliação das *normas jurídicas de caráter aberto*, como os princípios gerais. Isso se nota também pela existência de uma Parte Geral de CPC em todas as versões, na qual se concentra a forte tendência de prever normas principiológicas.<sup>2</sup>

Neste contexto se insere o tema aqui proposto. É forte e reiterada nas três propostas legislativas a ideia de um processo pautado *na interação propositiva entre os sujeitos processuais direcionada à solução do conflito de uma maneira plural e participativa*, que também pode ser denominada, segundo as expressões comumente utilizadas pela doutrina – e recentemente também pelo direito processual civil projetado – uma atuação *colaborativa, cooperativa*. Trata-se, em realidade, de uma *nova perspectiva de enfoque do processo*, marcadamente delineada pelas acepções garantista, democrática e pluralista do fenômeno jurídico do tempo presente.

A doutrina que examina essa postura participativa dos sujeitos processuais tem até mesmo reconhecido *a dimensão normativa de princípio* a esta participação – *princípio da colaboração; princípio da cooperação*. Em realidade, embora não seja o tema central deste escrito, há que se perquirir acerca da

---

2. Um exemplo emblemático desta afirmativa é o artigo 6º do PL n.º 8.046/10 do Senado Federal: “Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.” Neste dispositivo o legislador projetado reuniu, num único texto, a norma contida no art. 5º da Lei de introdução às normas jurídicas do direito brasileiro e os clássicos princípios da administração pública do art. 37 da Constituição Federal, o que é totalmente dispensável.

natureza jurídica desta *dimensão colaborativa-cooperativa de processo*, a partir das categorias de princípio, direito ou dever, e mesmo sua interface com outros princípios já consagrados na ciência processual, como o princípio do contraditório e da ampla defesa e princípio da boa-fé.

Assim sendo, o escopo precípuo da presente análise é identificar o tratamento dado pelas três versões de novo CPC, para tentar extrair delas, a partir de uma análise comparativa, os aspectos comuns e os divergentes em relação a essa *dimensão colaborativa-cooperativa de processo* que é muito cara a todas as versões de futuro CPC.

## **2. COLABORAÇÃO E COOPERAÇÃO PROCESSUAL: DO DIREITO POSTO AO DIREITO PROJETADO**

Segundo o atual CPC, o dirigismo judicial do processo é pautado em uma concepção de forte isolacionismo do magistrado na tomada de decisões sobre a condução do processo que, via de regra, independe da contribuição ativa das partes, competindo ao juiz, tão somente, observar o tratamento igualitário que deve ser dispensado às partes, velar pela celeridade processual, preservar a dignidade da Justiça, e tentar conciliar as partes – art. 125. Nota-se que não há previsão de um papel central a ser desempenhado pelos demais sujeitos processuais na condução do processo.

Especificamente quanto à ideia de *colaboração* com o magistrado, a única referência expressa do atual Código está contida no campo probatório quanto ao *dever de todos em colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade* – art. 339 –, o que está muito distante de uma concepção de processo colaborativo e cooperativo.

Outro aceno do legislador em direção à *participação* das partes também se encontra no direito probatório, art. 451, ao prever que o juiz, no momento inicial da instrução realizada em audiência, deverá ouvir as partes para fixar os pontos controvertidos sobre os quais recairá a prova oral. Em outras palavras, é possível afirmar, indiretamente, que as partes colaboram com o juiz instrutor na definição dos fatos que serão inquiridos às partes ou testemunhas.

Se a colaboração/cooperação for entendida, como ser verá a seguir, como dever de boa-fé processual, encontra-se nos artigos 14 e 17 do atual CPC tratamento legislativo relacionado com o tema.

Assim, nota-se claramente que não há no atual CPC a preocupação em prever de forma expressa um modelo de processo no qual haja forte interação entre os sujeitos processuais com vistas ao compartilhamento de funções e

em busca de uma decisão final que, embora emanada pelo juiz, seja produto da intensa participação e cooperação das partes com o órgão jurisdicional. Contudo, conforme será observado a seguir, a doutrina aponta que deve existir colaboração entre partes e juiz, a qual se fundamenta na dimensão contemporânea do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Se a legislação vigente é bastante carente de regras jurídicas que expressem a exigência de colaboração/cooperação entre os sujeitos processuais, a legislação projetada, ao contrário, é plena de dispositivos que consagram, de forma expressa e abundante, essa exigência. Ao se analisar os projetos de novo CPC nota-se que é consenso que o tratamento dispensado à colaboração/cooperação dá-se em duas dimensões: uma conceitual e principiológica, prevista na Parte Geral dos Projetos, e outra específica e pontual, prevista em diversos dispositivos ao longo dos Procedimentos cognitivos e executivos.

Sem dúvida tem maior relevância os dispositivos inseridos da Parte Geral dos Projetos, uma vez que aí previstos emanam força normativa para toda e qualquer espécie de procedimento, de forma que mesmo se não houvesse a previsão expressa dos demais dispositivos, que concretizam em situações pontuais a regra geral, não seria possível que a condução do processo pelo juiz desprezasse a participação e cooperação ativa das partes.

## 2.1. Colaboração e cooperação processual na Parte Geral dos Projetos de Novo CPC

Na sequência apresenta-se um quadro comparativo entre os dispositivos legais das três versões de CPC sobre o tema.

Anteprojeto n.º 166/10, Comissão de Juristas designada pelo Senado Parte Geral Capítulo I – Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil	PL n.º 8046/10, Senado Parte Geral Capítulo I – Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil	PL n.º 8046/10, Câmara Parte Geral Capítulo I – Das Normas Fundamentais
Art. 5º. As partes têm <i>direito de participar ativamente</i> do processo, <i>cooperando</i> com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a atividade satisfativa.	Art. 5º. As partes têm <i>direito de participar ativamente</i> do processo, <i>cooperando</i> entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.	Art. 5º. Aquele que de qualquer forma <i>participa do processo</i> deve comportar-se de acordo com a <i>boa-fé</i> .

<p><b>Anteprojeto n.º 166/10, Comissão de Juristas designada pelo Senado</b></p> <p><b>Parte Geral</b></p> <p><b>Capítulo I – Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil</b></p>	<p><b>PL n.º 8046/10, Senado</b></p> <p><b>Parte Geral</b></p> <p><b>Capítulo I – Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil</b></p>	<p><b>PL n.º 8046/10, Câmara</b></p> <p><b>Parte Geral</b></p> <p><b>Capítulo I – Das Normas Fundamentais</b></p>
<p>Art. 7º. É assegurada às partes <i>paridade de tratamento</i> 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 <i>efetivo contraditório</i>.</p>	<p>Art. 7º. É assegurada às partes <i>paridade de tratamento</i> 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 <i>efetivo contraditório</i> em casos de hipossuficiência técnica.</p>	<p>Artigo 7º. É assegurada às partes <i>paridade de tratamento</i> ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo <i>efetivo contraditório</i>.</p>
<p>Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja <i>previamente ouvida</i>, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.</p>	<p>Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja <i>previamente ouvida</i>, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito.</p>	<p>Artigo 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja <i>previamente ouvida</i>, salvo nos casos de tutela antecipada de evidência previstos no parágrafo único do art. 287 e nos de tutela antecipada de urgência.</p>
<p>Art. 10º. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes <i>oportunidade de se manifestar</i> ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.</p>	<p>Art. 10º. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes <i>oportunidade de se manifestar</i>, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.</p>	<p>Artigo 10º. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes <i>oportunidade de se manifestar</i>, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.</p>
	<p>Art. 8º. As partes têm o <i>dever de contribuir</i> para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstando-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.</p>	<p>Artigo 8º. Todos os sujeitos do processo <i>devem cooperar</i> entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito.</p>

Sem itálicos no original

Além do amplo tratamento, é também notável o fato de haver grande sintonia e semelhança entre os dispositivos relacionados com a temática aqui tratada. Mais do que isso, a utilização dos verbos *participar*, *cooperar* e *contribuir*, em dispositivos legais inseridos no Capítulo *Dos princípios e garantias fundamentais do processo civil* e *Das normas fundamentais do processo civil*, revela a indispensabilidade de um direito processual pautado com funções compartilhadas por todos os sujeitos processuais e não tão centralizado na figura isolada do juiz.

Logo se observa que a noção de participação/cooperação no processo tem fortíssimos pontos de interface com outros temas também fundamentais do processo. Sem dúvida os mais destacados pontos de intersecção são com i) o princípio do contraditório e da ampla defesa; ii) o princípio da igualdade; e iii) o princípio da boa-fé processual. A semelhança do conteúdo normativo da participação/cooperação com tais princípios, em muitos aspectos de nebulosa distinção, parece estar presentes nesses dispositivos, refletindo por sua vez as posições doutrinárias que aproximam tais regras jurídicas.

Como se verá a seguir, além das interfaces, há também distinções entre os Projetos. Disto decorre um aspecto saliente na comparação entre os *supra* citados artigos e que merece destaque: a falta de clareza em reconhecer a participação/cooperação das partes no processo preponderantemente como um *direito* ou um *dever*.

## **2.2. Outras regras processuais pontais que evocam a participação/cooperação no Projeto da Câmara**

A previsão, na Parte Geral de um Novo CPC, da exigência de um processo civil cooperativo, dispensaria qualquer outra regra, na parte relativa aos procedimentos cognitivo e executivo, que explicitasse, pontual e especificamente, mecanismos que favoreçam uma condução participativa e interativa do feito. 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 afim de se obter uma decisão construída dialogicamente pelas partes e pelo juiz.

Far-se-á referência, aqui, por razões de economia, somente a alguns dispositivos da versão de Novo CPC aprovada pela Câmara dos quais se extrai essa noção.

É prevista a possibilidade de alteração no procedimento standard estabelecido pela lei, desde que consoante às peculiaridades do direito material



a ser tutelado, e que seja feito em concordância das partes com o juiz.<sup>3</sup> Esta proposta, bastante inovadora, e que inclusive já era parcialmente constante das outras versões de Novo CPC, é muito positiva na medida em que exige que essa tarefa de redefinição dos rumos procedimentos – inclusive em relação ao calendário dos atos processuais – seja feita com a colaboração das partes.<sup>4</sup> A medida vai no sentido de compartilhamento de funções e portanto diminuição do autoritarismo judicial.

A possibilidade de que seja admitido *amicus curiae*<sup>5</sup> no processo é uma autêntica mostra de permissão para que terceiros colaborem com o juízo na tomada de decisão acerca na causa que tenha certa repercussão.

Um aspecto que a princípio não parece estar relacionado com a dimensão cooperativa do processo, mas que no fundo quer nos parecer como fortemente promotora da participação das partes são os dispositivos relacionados com a busca da *solução consensual*. De fato a resolução do conflito tendo como protagonistas as próprias partes interessadas, mediadas ou conciliadas por especialistas ou pelo próprio juiz, representa o ápice da participação/cooperação das partes no processo, pois o que importa é a contribuição dos próprios interessados para a obtenção da pacificação, seja ela adjudica ou consensual. A propósito, a previsão de inversão procedimental que antecipa a audiência de conciliação à apresentação de defesa<sup>6</sup> representa um interessantíssimo mecanismo facilitar do consenso, inclusive privilegiando a oralidade, baseada na premissa de participação/cooperação das partes.

---

3. Art. 172, § 1º. De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

4. Acerca deste interessantíssimo tema, Gajardoni, ao sustentar a flexibilização procedimental, antes mesmo das propostas legislativas que a defendem e a incorporam, ponderava que a participação das partes nesta atividade judicial é fundamental: “Logo, se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas, até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. E isto só será possível se o julgador, antes da alteração da rígida regra legal, propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a conveniência da inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação desta decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106 e ss.

5. Art. 335.

6. Art. 336. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

O saneamento do feito e a fixação dos limites do objeto litigioso do processo é outro momento bastante propício para uma forte atuação das partes na necessária colaboração com o juiz. Segundo o art. 365, o saneamento será feito por decisão judicial, e o juiz, dentre outras atividades, deverá i) delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, ii) definir a distribuição (estática ou dinâmica) do ônus da prova, iii) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito. E, feito o saneamento a que se refere o *caput* do dispositivo, 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 – § 1º.

E ainda: as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, uma *delimitação consensual das questões de fato e de direito*, oportunidade na qual o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer as suas alegações – § 2º.

Fica patente, portanto, a forte interação entre os sujeitos na fixação do objeto do processo.

Este de fato é um aspecto saliente do Projeto e que está umbilicalmente ligado ao processo cooperativo. Destaca-se passagem emblemática do Relatório da Câmara na qual se denota exatamente esse aspecto: “O enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, que não deve ser simplesmente proscria. Mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais. É preciso notar, então, que não se trata de um renascimento do dispositivo. Partindo da premissa de que o modelo de processo civil a ser estruturado é o cooperativo, é preciso reestruturar esta fase processual, destacando, inclusive, o seu caráter organizatório, muito mais do que simples saneamento [...] Além disso, prevê-se expressamente a possibilidade de um acordo de saneamento, apresentado pelas partes. Incorpora-se aqui uma prática já bastante conhecida no processo arbitral.”

Outro aspecto é que o Projeto, na esteira do direito vigente, admite que o juiz leve em consideração, ao proferir a sentença, fato veiculado no processo após a propositura da demanda e que possa influir na decisão, mas desde que – essa a inovação –, se constatado de ofício tal fato, o juiz ouça primeiramente as partes antes de decidir acerca dele.<sup>7</sup>

---

7. Art. 505. 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,

No Livro II, relativo ao procedimento de execução, em capítulo designado Disposições gerais e *dever de colaboração*, resta patente, de imediato, que se espera das partes envolvidas na tutela executiva – de forma mais acentuada ao executado – um *dever jurídico de colaborar* com a obtenção da satisfatividade a ser alcançada nesta espécie procedimental.<sup>8</sup> Por consequência, há previsão expressa, no art. 800, no sentido de que a não colaboração (*rectius*: obstaculização) do executado representa ato atentatório à dignidade da justiça e portanto passível de multa de até 20% do valor da causa. Nesta seara é bastante evidente a natureza de dever processual imputada à colaboração do executado.

Em outra dimensão, bem diversa da cooperação entre os sujeitos processuais, também vale ressaltar que o Projeto é rico em dispositivos que regulam a cooperação entre órgãos judiciários para o tratamento adequado do processo, tanto no âmbito nacional quanto internacional.<sup>9</sup>

Há ainda outros dispositivos que pontualmente mencionam essa noção de cooperação das partes no processo.<sup>10</sup>

### **3. PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO E COOPERAÇÃO, CONTRADITÓRIO COOPERATIVO, OU SUB-PRINCÍPIO DA BOA-FÉ? POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO TEMA**

Embora o tema em questão seja relativamente recente, é possível afirmar que há na doutrina inúmeros trabalhos que destacam esse *perfil colaborativo e cooperativo* que se espera do processo civil contemporâneo.

Muito importante é a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que com grande percepção, ao estabelecer os parâmetros do *formalismo valorativo*, trouxe grandes contribuições em prol da ativa participação de autor e réu no

---

de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o órgão jurisdicional ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

8. Art. 798. O juiz pode, em qualquer momento do processo: I – ordenar o comparecimento das partes; II – advertir o executado de que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça; III – determinar que pessoas naturais ou jurídicas indicadas pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinalando-lhes prazo razoável.
9. Vide artigos 21 e seguintes.
10. Exemplos: Art. 242. Em todas as cartas o juiz fixará o prazo para cumprimento, atendendo à facilidade das comunicações e à natureza da diligência. § 3º. A parte a quem interessar o cumprimento da diligência cooperará para que o prazo a que se refere o *caput* seja cumprido; Art. 479. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento [...].

processo. Para o autor gaúcho essa participação opera-se em função de uma visão de *contraditório* na qual, ao mesmo tempo que permite a interação das partes com o julgador, também estabelece formas de contenção do arbítrio estatal. Segue passagem emblemática do autor:

“Nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas.

“A correspondência e a equivalência assinaladas influenciam a própria estrutura do procedimento, necessariamente dialética, e devem condizer ainda com a dinâmica dialética do processo. Vale dizer, com outras palavras, que a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduzir-se-á na possibilidade de cada um dos participantes intervir de forma não episódica e, sobretudo, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias.

“Em face dessa realidade, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar os limites impostos pelo próprio sistema. A vontade e atividade das partes tendem, outrossim, a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não um monólogo: é um diálogo, uma conversação uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques.

“Tudo isso implica, no essencial, a ideia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do

arbítrio do juiz. Interessante é que o órgão judicial, ao mesmo tempo, garante com sua atividade a participação efetiva das partes!<sup>11</sup>

Mesmo quando Alvaro de Oliveira expressamente menciona o “princípio da colaboração ou cooperação” o faz relacionando-o com o princípio do contraditório.<sup>12</sup>

Daniel Mitidiero, em trabalho monográfico sobre o tema, relaciona o processo cooperativo como um modelo processual, ao lado dos modelos isonômico e assimétrico, e sustenta que o contraditório, num contexto de formalismo valorativo, é um meio que propicia o diálogo e a cooperação no processo, e que os sujeitos processuais estão submetidos a deveres que decorrem da boa-fé processual.<sup>13</sup>

Dierle Nunes sustenta a tese de um processo jurisdicional democrático, baseado na comparticipação e no policentrismo próprios da aplicação dinâmica do princípio do contraditório, implicando a instituição de uma ‘comunidade de trabalho’ que afastaria a concepção de protagonismo judicial. Segundo o autor, “[...] a estruturação adequada de um modelo democrático de processo passa pela necessária compreensão comparticipativa deste, de modo a subsidiar o equilíbrio e o reforço do papel de todos os sujeitos processuais. O reforço do papel dos juízes em um modelo social e das partes e advogados no modelo liberal não atende mais os anseios de um pluralismo e relativismo das

- 
11. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2003, p. 113-115.
  12. Cfr. *A garantia do contraditório*, no Apêndice ao *Do formalismo no processo civil*, *op. cit.*, p. 232.
  13. “O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudencia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário no condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre os juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo legal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

sociedades de alta modernidade, nos quais se assenta o paradigma do Estado Democrático de Direito”.<sup>14</sup>

O mesmo autor, em recente obra em co-autoria com outros autores, retoma a temática da participação das partes no processo, aproximando-o do princípio do contraditório: “Ocorre que esta visão de um contraditório estático somente pode atender a uma estrutura processual dirigida de modo unilateral pelo juiz, sendo necessário o delineamento do contraditório como garantia dinâmica e como núcleo do processo, atribuindo às partes *possibilidades de participação preventiva* sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado, que permitira sua visão como *simétrica paridade de armas* entre as partes, ou seja, de igualdade de meios processuais para que as partes façam valer seus direitos”.<sup>15</sup>

Para Fredie Didier Junior, no modelo de processo cooperativo, ladeado pelos modelos inquisitivo e dispositivo, o princípio da cooperação tem autonomia e surge da junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório.<sup>16</sup> Segundo esse autor a eficácia normativa deste princípio compreende *deveres* aos sujeitos processuais; tais deveres são de três ordens: deveres de *esclarecimento*, de *lealdade* e de *proteção*.

Para Didier, em relação às partes tais deveres se estruturam da seguinte maneira: “a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881 do CPC”.<sup>17</sup> O órgão

14. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 255.

15. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. E ainda: “Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate 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. Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício”, p. 83.

16. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 198, agosto 2011, p. 213-225, p. 218-219.

17. DIDIER JUNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, op. cit., p. 221.

jurisdicional, igualmente, também está subordinado ao dever de lealdade como consequência do princípio da cooperação.

Maria Carolina Silveira Beraldo também fala em dever de cooperação, sustentando “a existência de um verdadeiro *princípio processual de dever de cooperação*”.<sup>18</sup> Para a autora: “[...] nesse contexto que se insere o dever de cooperação, exteriorização, no sistema atual, do dever geral de probidade processual, decorrência lógica e necessária já perfeitamente extraível dos deveres processuais previstos no atual art. 14 do CPC”.<sup>19</sup>

Em realidade, essa concepção da cooperação como *um dever processual* imposto aos sujeitos processuais quer nos parecer uma *influência direta do modelo lusitano* estampado nos artigos 266, denominado expressamente de “Princípio da cooperação”, e 266-A, “Dever de boa-fé processual”, nos quais, muito claramente, o legislador relaciona a cooperação com i) deveres de condução e intervenção no processo impostos aos magistrados, e ii) obrigatoriedade às partes de comparecimento e de prestar esclarecimentos quando solicitados.

A ideia de cooperação no CPC de Portugal como um dever processual é bem ressaltada pelo processualista português Miguel Teixeira de Sousa, para quem se pode extrair desse princípio positivado basicamente quatro principais deveres do órgão judicial: a) *dever de esclarecimento*; b) *dever de prevenção*; c) *dever de consultar as partes*; e d) *dever de auxiliar as partes*.<sup>20</sup>

Conforme se observa das passagens acima referidas, a noção de participação/cooperação no processo civil pode ser catalogada sob pelo menos 3 perspectivas distintas: i) um princípio autônomo e independente de outros princípios; ii) uma faceta do princípio do contraditório, destacando-se a dimensão participativa das partes na cooperação com o juiz na produção do resultado do processo – por isso contraditório cooperativo; e iii) uma inter-relação com o princípio da boa-fé processual, na medida em que os sujeitos processuais possuem um dever de colaboração recíproca visando a solução do conflito, o qual, se descumprido, pode gerar sanção.

Curioso apontar a existência de divergência doutrinária acerca exatamente da autonomia ou não do que tem sido denominado de princípio da colaboração ou da cooperação processual.

---

18. BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no processo civil*. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 198, agosto de 2011, p. 455-462, p. 456.

19. BERALDO, Maria Carolina Silveira, *O dever de cooperação no processo civil*, op. cit., p. 457-458.

20. SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

Lenio Streck, ao criticar o que chamou de *panprincipiologismo*, põe em xeque a autonomia do princípio aqui analisado porque não reconhece densidade normativa à cooperação, pois o seu descumprimento não acarretaria consequências aos sujeitos processuais, portanto não é regra.<sup>21</sup>

A crítica formulada por Streck recebeu contraposição de Mitidiero, que reitera seu posicionamento anteriormente exarado no sentido de que a colaboração é, não só um modelo de processo civil, mas também um princípio, pois se pauta em dividir de forma equilibrada o trabalho de todos os participantes no processo. Assim, “é perfeitamente possível ver na colaboração um princípio jurídico, já que ela determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. A colaboração determina a conformação do direito ao processo justo e portanto, de seus regras”.<sup>22</sup>

E quanto à consequência jurídica do descumprimento do princípio da colaboração, Mitidiero, logo após identificar deveres dos sujeitos processuais de forma alinhada àqueles perfilados pelo processualista português Teixeira de Souza, conclui que as consequências do não atendimento aos deveres de colaboração seriam “a inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CF/1988), possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra

---

21. “Princípio da cooperação processual esse *prêt-à-porter* ‘propicia’ que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. Mas se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções o caso de ‘não cooperação’? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?” E: No que a ‘cooperação processual’ – decantado como um novo ‘princípio processual’ – pode invalidar uma regra ou ‘determinar’ o rumo de uma decisão judicial? Ou, em que circunstância uma regra se sobrepõe a uma outra – no plano das antinomias *stricto sensu* – tem por base essa ‘cooperação processual’? A resposta parece óbvia. A ‘cooperação processual’ não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standard*. Dito de outro modo, a ‘cooperação processual’ – nos moldes como vem sendo propalada – ‘vale’ tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o *standard* não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação. Pode funcionar no plano performático do direito. Mas, à evidência, não como ‘dever ser’.” STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 3. ed., p. 485 e 538-539, respectivamente.

22. MITIDIEDO, Daniel. *Colaboração no processo como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 194, abril 2011, p. 55-67, p. 62.



a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC)”<sup>23</sup>.

Em suma, como se nota, não há consenso acerca da autonomia do princípio da colaboração ou cooperação no processo civil, nem mesmo quanto ao seu conteúdo em relação aos sujeitos processuais.

#### **4. A NATUREZA DA COLABORAÇÃO/COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL NO PROJETO DE NOVO CPC DA CÂMARA**

A intenção do legislador projetado em elaborar um Novo CPC fundado no espírito cooperativo é escancarada na Exposição de Motivos do Relatório do Deputado Sérgio Barradas, da Câmara dos Deputados. Nas razões que justificaram a adoção da colaboração/cooperação no processo civil nota-se o seguinte:

i) a tomada de posição de que existe um princípio – autônomo – da cooperação, que é reflexo dos valores e fundamentos do Estado Democrático de Direito;<sup>24</sup>

---

23. MITIDIEDO, *Colaboração no processo como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck.*, op. cit., p. 64.

24. Relatório de Sérgio Barradas, p. 22 e seguintes: “b) Princípio da cooperação – 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. O Estado Constitucional é um Estado com qualidades, sendo um Estado democrático de direito. A principal característica do Estado democrático, sem embargo do pluralismo político, está na prévia participação de todos. A participação, inerente à ideia democrática, reclama que o poder seja exercido com a colaboração de todos que se apresentem como interessados no processo de decisão. A participação desborda dos limites estritamente políticos para projetar-se em todas as manifestações da vida em comunidade. É pela participação que se legitima a conduta dos agentes de Estado que implementam o quanto deliberado nas instâncias próprias. Em outras palavras, a atuação do Estado, para ser legítima, há de decorrer das deliberações democráticas. Inserido nesse contexto, o projeto do novo Código de Processo Civil consagra, em combinação com o princípio do contraditório, a obrigatória discussão prévia da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, evitando, assim, a prolatação de “decisões-surpresa”. Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz. O processo há, enfim, de ser cooperativo. É preciso deixar isso expresso. Daí a previsão, no presente relatório, da inserção de novo dispositivo tratando especificamente do princípio da cooperação. A necessidade de participação, que está presente na democracia contemporânea, constitui o fundamento do princípio da cooperação. Além de princípio, a cooperação é um modelo de processo, plenamente coerente e ajustado aos valores do Estado democrático de direito. Além da vedação de decisão-surpresa, 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. É didática e pedagógica a função de

ii) quanto ao conteúdo, a proposta alinha de forma direta a cooperação com a boa-fé: “O princípio da cooperação é um subprincípio do princípio da boa-fé processual, que não ganhou, do projeto, a atenção merecida. O enunciado do princípio da cooperação deve, ainda, ser mais simples, estruturado como cláusula geral, de modo a permitir o seu desenvolvimento jurisdicional”.<sup>25</sup>

Quanto a este último aspecto, a fonte direta é, expressamente, o direito processual lusitano.<sup>26</sup> Nessa perspectiva, a colaboração/cooperação corresponde a *deveres dos sujeitos processuais* voltados a uma prestação jurisdicional célere e efetiva.<sup>27</sup>

Isto posto, a versão da Câmara para um Novo CPC desloca a noção de colaboração/cooperação do campo do contraditório e da ampla defesa – contraditório cooperativo –, presente nas duas versões anteriores na ideia de *direito das partes de participar ativamente do processo*, cooperando com o órgão judicial na tomada de decisão, para o campo da boa-fé, aproximando a participação/cooperação de um *dever* que sujeita partes e juiz a se comportarem, ao participarem do processo, de forma cooperativa, visando a obtenção de uma decisão célere e justa.

Já quanto à dimensão de proibição de decisão-surpresa, essa sim, não parece pairar dúvidas que se trata de uma exigência decorrente do princípio do contraditório e da ampla defesa.

É possível notar, ainda, que as outras duas versões de Projeto de CPC – originárias da Comissão de Juristas e do Senado – possuem redação diver-

---

um dispositivo que preveja expressamente a cooperação no processo, constituindo um importante dispositivo a ser inserido no novo Código de Processo Civil.”

25. Relatório de Sérgio Barradas, p. 131 e seguintes.

26. “Os arts. 5º e 8º têm, rigorosamente, o mesmo propósito: consagrar o princípio da cooperação, na linha do que vêm fazendo as legislações estrangeiras mais avançadas. A parte final do art. 8º é desnecessária, pois já regulado no art. 83 do projeto, mais preciso e em local mais adequado. Sugere-se, enfim, a fusão dos dois artigos, com uma redação mais aberta, nos termos da legislação portuguesa (mais avançada sobre o assunto). Não há razão para a exclusão do “entre si”: não há processo cooperativo se não houver reciprocidade entre todos os sujeitos processuais.”

27. “Os deveres de cooperação surgiram no direito obrigacional, exatamente para regular as relações entre credor e devedor, que têm, obviamente, interesses contrapostos. A sua extensão ao direito processual era inevitável – como, aliás, acabou ocorrendo em diversos países (Alemanha, França, Portugal e Itália). Além disso, acrescenta-se o enunciado do princípio da boa-fé processual. Simplifica-se a redação do art. 7º de modo a reforçar a natureza de cláusula geral do dispositivo. Acolhe-se, assim, a sugestão de Carlos Alberto Carmona, Paulo Lucon, Cassio Scarpinella Bueno e Ada Grinover.”

gente quanto à exigência de cooperação entre as partes processuais: a primeira versão diz que a cooperação será *das partes com o juiz*, ao passo que a segunda assevera que as *partes* cooperarão com *o juiz*, mas também *entre si*. Embora esse excerto tenha sido suprimido na versão da Câmara, o Relatório toma partido e perfila-se à redação do Senado, expondo suas razões: “Há uma má compreensão do princípio da cooperação: não se trata de uma parte ajudar a outra; trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível”.<sup>28</sup>

## 5. O REDUCIONISMO DA COLABORAÇÃO/COOPERAÇÃO NO PROJETO DE NOVO CPC DA CÂMARA

Tal como exposto acima, no tocante ao tema em apreço, a versão de CPC da Câmara posiciona-se ao lado do direito positivo português e reduz à colaboração/cooperação a um *dever dos sujeitos processuais* em contribuir para a boa e célere condução da demanda. Nesse sentido, muito embora esteja expresso no Relatório da Câmara que o princípio da cooperação seja expressão da participação e colaboração das partes no processo, ao mesmo tempo identifica-o exclusivamente com deveres dos sujeitos processuais, o que parece aniquilar a dimensão efetivamente cooperativa no sentido de existência de um direito das partes ao diálogo com o órgão judiciário e à efetiva contribuição com o resultado do processo.

Parece-nos, contudo, que o enquadramento da colaboração/cooperação como um *direito de participação das partes* na gestão e condução do processo, contribuindo assim para um direito processual mais justo e equânime, é mais consentâneo com as exigências do devido processo legal constitucional que reduzi-la à noção de dever processual.

Em primeiro lugar porque identificar a colaboração/cooperação tão somente como um subprincípio da boa-fé processual não parece metodologicamente correto. O princípio da boa-fé processual é por si só uma cláusula geral, no qual se insere toda e qualquer conduta que viole esse dever – aí sim dever – de atuação processual proba; logo, se a postura dos sujeitos processuais não corresponder aos deveres de atuação em juízo pautada na lealdade, proteção à parte contrária (às partes), necessidade de consulta e esclarecimentos aos litigantes (ao juiz), é evidente que se está diante de comportamento privo de boa-fé (objetiva) desses sujeitos processuais. Nessa medida, independen-

---

28. Relatório de Sérgio Barradas, p. 131 e seguintes.

temente da existência de um subprincípio denominado de cooperação, a boa-fé processual terá sido violada, e como dever processual que é, acarretará consequências ao seu violador.

A outra dimensão da colaboração/cooperação, aproximada da ideia de direito, é mais voltada às partes que ao juiz, e se relaciona mais diretamente com o princípio do contraditório (que de fato é um direito, com *status* de direito fundamental constitucional, artigo 5º, LV, da CF), razão pela qual por vezes é denominado de *contraditório cooperativo*. Essa dimensão da colaboração/cooperação como *participação dos sujeitos no e pelo processo*, parece estar mais presente no artigo 5º das versões de Projeto da Comissão de Juristas e do Senado do que na versão da Câmara, que procurou, confessadamente, alinhar-se com a dicção do direito português.

Este escrito não é voltado a definir se a colaboração/cooperação é um princípio autônomo, ou subprincípio, ou se simplesmente se liga a um princípio; independentemente disso, parece-nos que a colaboração/cooperação está muito mais próxima ao princípio do contraditório do que da boa-fé.

É forte a doutrina referida, de modo especial Alvaro de Oliveira, ao identificar a *participação* no processo, que gera a *colaboração/cooperação*, com o *contraditório*.

Por essa razão entendemos que a passagem “Aquele que de qualquer forma *participa do processo* deve comportar-se de acordo com a *boa-fé*”, da versão de CPC da Câmara, não tem o mesmo sentido da expressão “*direito de participar ativamente* do processo”, contida nas duas versões anteriores, de modo que a alteração de redação traria também uma supressão de eficácia.

A colaboração/cooperação dos sujeitos com o órgão julgador é, em realidade, a possibilidade concreta das partes exercerem influência na decisão.<sup>29</sup> Por isso a sua correlação com o princípio do contraditório, que estrutura em si o diálogo e a participação entre os interessados e o juiz de maneira a conter o autoritarismo e centralismo do estado juiz na solução do conflito. O contraditório como *direito de ser ouvido* tem, numa dimensão contempo-

---

29. Inclusive segundo a noção tradicional de contraditório: “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requerem para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed., 2002, p. 137.

rânea, o sentido de que o sujeito deve ser ouvido para, ao *participar, colaborar/cooperar* para a tomada de decisão, que necessariamente deverá levar em conta suas razões – contraditório efetivo – para acolhê-las ou rejeitá-las. Contraditar significa participar para influenciar; ao influenciar, cooperar com o julgador. Nesse sentido surge uma decisão com funções e responsabilidades compartilhadas entre todos os sujeitos processuais.

Nesse sentido é emblemática a opinião de Scarpinella Bueno: “Justamente em função desta nova compreensão dos elementos ‘ciência’ ou ‘informação’ é que o princípio do contraditório relaciona-se intimamente, com a idéia de *participação*, com a possibilidade de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito. O que se deve destacar, a este respeito, é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado *influenciar* – ou, quando menos, *ter condições reais, efetivas, de influenciar* –, em alguma medida, na decisão a ser proferida. Tanto assim que o caráter meramente *eventual* da ‘resistência’ ou da ‘reação’ não pode ser entendido como algo secundário ou, até mesmo, dispensável pelo seu titular. Dependendo da situação concreta, não há como admitir estar-se no âmbito de mera disponibilidade das partes o *participar* para *influir* na decisão judicial. O princípio do contraditório deve ser entendido como diálogo, como cooperação, é participação *também em juízo*, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é forma pela qual efetivam-se os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais”.<sup>30</sup>

Freitas Câmara também põe em destaque a correlação de *participação* com *contraditório*: “Assim como nas outras duas funções estatais, também no exercício da função jurisdicional deve ser assegurado aos interessados o direito de participar dos procedimentos que têm por fim a elaboração de provimentos. Tal participação se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim, ser compreendido como o direito de participação no processo que tem por fim legitimar o provimento estatal que nele se forma. Em outras palavras, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos

---

30. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110-111.

efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito”.<sup>31</sup>

E, na lição de Marcus Vinícius Furtado Coelho, membro da Comissão de Juristas que elaborou a primeira versão de Projeto de Novo CPC, essa proposta privilegia o contraditório cooperativo.<sup>32</sup>

A noção mais ampla de participação por intermédio do processo – contraditório cooperativo –, distinta, portanto da correlação da colaboração exclusivamente com a boa-fé, permite ressaltar a *dimensão política do processo*, na qual a relação processual pode ser vista como arena de debates e tomada de posição de novos conflitos, com repercussão social que extrapola a dimensão exclusiva das partes envolvidas e alcança amplo espectro social, como é o caso de demandas de índole coletiva e também relativas ao controle judicial de políticas públicas. Aliás, nesta dimensão participativa do processo, a admissão de figuras como a intervenção de *amicus curiae* é central, como o próprio Projeto de Novo CPC prevê em todas as suas versões.

Acerca dessa faceta do contraditório cooperativo tivemos oportunidade, em outra sede, de asseverar que: “É bem verdade, contudo, que o fortalecimento do Judiciário na concretização da decisão judicial não pode significar poder absoluto do juiz a criar, única e isoladamente, a solução do caso concreto. É indispensável que a dialética do processo sirva de técnica para a *participação efetiva* de todos os sujeitos envolvidos na demanda, trazendo para a discussão

---

31. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, vol. 1, 23. ed., 2012, p. 62. E também: “O contraditório é uma garantia política conferida às partes do processo. Através do contraditório se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional. Tal assertiva merece ser aprofundada. Como se sabe, em um Estado Democrático de Direito o exercício do poder deve ser não apenas legal, mas também legítimo. Tal legitimidade é exigida em todas as manifestações do exercício do poder, inclusive quando do exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, cada ato ou procedimento estatal para exercício de poder deve ser encarado como um microcosmo do Estado Democrático de Direito.” p. 61-62.

32. “O novo CPC, aprovado pelo Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, prestigia a ampla defesa e o contraditório cooperativo, dando concretude aos postulados constitucionais e impondo às partes e ao julgador direitos e deveres que se harmonizam com a necessidade da colaboração por um processo substancialmente justo, realizador do direito e pacificador do corpo social. Um processo que busque responder às exigências e necessidades do milênio que ainda se inicia, não contente com as verdades formais, mas em busca da realidade o quanto possível, à procura de justiça”. COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *O contraditório cooperativo no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 48, n° 190, t.2, abr./jun. 2011, p. 45-48, p. 48.

elementos inclusive axiológicos, que suplantam em muito a regra jurídica pontual. Nesse verdadeiro contraditório cooperativo, as partes – e até mesmo terceiros, como é o caso do *amicus curiae* – contribuem decisivamente com o julgador no ato de tomada de solução para o conflito”.<sup>33</sup>

O contraditório cooperativo, portanto, como modo de atuação do Poder Judiciário em certos tipos de conflitos, garante a participação dos *interessados* e não somente dos *sujeitos processuais*, seja pela legitimação extraordinária, seja pela possibilidade de admissão de *amicus curiae*.

## 6. COLABORAÇÃO/COOPERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O modelo de processo civil desenhado pelos Projetos de Novo CPC impõe decisões judiciais dialogadas, construídas entre juiz e partes, e, eventualmente, com a participação de terceiros, como o *amicus curiae*. Nesse sentido, a preocupação é saber se o órgão judicial, ao proferir a decisão, efetivamente pautou-se nos fatos e fundamentos jurídicos aportados, a título de colaboração/cooperação, por tais sujeitos.

Se assim não for, é inútil, por exemplo, a proibição de decisão surpresa mesmo em matéria de ordem pública, uma vez que a exigência de prévia oitiva das partes será um expediente de mera formalidade procedimental que em absolutamente nada contribuirá para o *contraditório efetivo* que se espera do atual modelo de processo civil. Pelo contrário será meio de prolongar inutilmente a duração do processo.

Não há outra forma de se aferir se a decisão judicial respeitou a exigência de um modelo processual que respeita o contraditório cooperativo senão o *controle sobre a fundamentação da própria decisão judicial*. Somente de acordo com a descrição dos motivos apontados pelo julgador é que se pode perceber se os argumentos trazidos pelas partes – inclusive em tema de matéria de ordem pública conhecível de ofício – foram realmente enfrentando e sopesados no ato de julgar.

Sobre essa temática merece elogios a tomada de posição do Projeto da Câmara ao estabelecer que “não se considera fundamentada a decisão, sentença

---

33. ZUFELATO, Camilo. *Constituição e processo: princípios e hermenêutica constitucionais no PL n.º 166/10 de Novo Código de Processo Civil*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui: Boreal, 2012, p. 132-149, p. 146-147.

ou acórdão que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos o processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

O tratamento dado pelo Projeto, não obstante dissinta da atual posição jurisprudencial, parece-nos o mais acertado segundo os parâmetros constitucionais do processo civil contemporâneo; ademais, considerando-se o perfil cooperativo e colaborativo que se pretende reforçar com o estabelecimento de um Novo CPC, a exigência de uma fundamentação que enfrente todos, absolutamente todos os argumentos relacionados com o *decisum*, passa a ser um forte instrumento, quiçá o mais eficiente, na concreta implementação de um processo cooperativo.

Sobre a temática Mitidiero oferece grande contribuição ao asseverar que “no processo civil cooperativo, além da vedação à decisão-surpresa, é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para a solução da controvérsia. Evidentemente, para a configuração do diálogo no processo é de rigor que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas em juízo. [...] A fim de que se sinta pulsar também no âmbito do processo civil o Estado Constitucional, é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais”.<sup>34</sup>

## 7. BIBLIOGRAFIA

- BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no processo civil*. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 198, agosto de 2011, p. 455-462.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, vol. 1, 23. ed., 2012.
- COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *O contraditório cooperativo no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 48, nº 190, t.2, abr./jun. 2011, p. 45-48, p. 48.

---

34. MITIDIERO, *Colaboração no processo civil, op. cit.*, p. 137 e 139.



- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 198, agosto 2011, p. 213-225.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no processo como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 194, abril 2011, p. 55-67.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed., 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2003, p. 113-115.
- SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 65.
- STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 3. ed., p. 485 e 538-539.
- ZUFELATO, Camilo. *Constituição e processo: princípios e hermenêutica constitucionais no PL n.º 166/10 de Novo Código de Processo Civil*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui: Boreal, 2012, p. 132-149.



# CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA COMO ALICERCES DO CPC PROJETADO

*BRUNO DANTAS<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Segurança jurídica e Estado Democrático de Direito. 3. Os precedentes no projeto do NCP. 4. O dever dos tribunais de velar pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência. 5. Referência Bibliográfica.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O projeto do novo Código de Processo Civil procurou enfrentar dois dos maiores males que afligem atualmente a sociedade brasileira na seara jurídica: a fragmentação e a instabilidade da jurisprudência. Em diversos pontos, o projeto revela verdadeira mitigação do rígido modelo de *civil law* que tradicionalmente conhecemos, aproximando-nos em razoável medida da família do *common law*<sup>2</sup>.

Essa mitigação não deve ser atribuída ao acaso ou a alguma preferência exótica da Comissão de Juristas que redigiu o anteprojeto. Deveu-se, isto sim, à compreensão sedimentada entre os estudiosos do direito comparado

- 
1. Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Conselheiro do CNJ. Ex-Consultor-Geral do Senado Federal. Membro da Comissão de Juristas que redigiu o anteprojeto do novo CPC. Professor da Pós-Graduação em Processo Civil da EMERJ e do IDP. Advogado licenciado.
  2. Já analisamos com vagar esse fenômeno em nosso livro sobre repercussão geral, no capítulo em que realizamos digressão sobre a função paradigmática dos recursos: DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 70 e ss.

de que também na dicotomia das grandes famílias do direito assiste razão à máxima aristotélica de que *in medio stat virtus*.

A legislação brasileira, antes repleta de conceitos herméticos, taxativos – frutos da tradição positivista que nos orientou por muito tempo<sup>3</sup> – se viu, em especial a partir das duas últimas décadas do século XX, inundada pelas novas técnicas de elaboração legislativa cujo desenvolvimento acompanhou o novo momento pós-positivista de nossa história<sup>4</sup>: princípios, cláusulas gerais, conceitos vagos etc<sup>5</sup>.

Se é verdade que as novas técnicas permitem que o ordenamento jurídico permaneça atualizado por mais tempo<sup>6</sup> e que o Estado desempenhe com maior efetividade as tarefas advindas da ascensão do *welfare state*<sup>7</sup>, é

- 
3. Sobre o ponto, explica Karl Engisch: “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo”. (**Introdução ao pensamento jurídico**. 7ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 206).
  4. Para uma abordagem direta e suficiente da crise do positivismo, *ver* o Capítulo 1 de BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Tratamento mais analítico pode ser encontrado na Parte I de MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.
  5. Teresa Arruda Alvim Wambier (**Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. reform. e atual. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 61 e ss.) traz um roteiro bastante útil da evolução do papel dos princípios e da caracterização do juiz como agente de concretização dos direitos fundamentais.
  6. Em 1976, Barbosa Moreira já explicava esse fenômeno: “Para não enrijecer de modo exagerado a disciplina das relações sociais, dificultando a sua indispensável adaptação às mutáveis condições econômicas, políticas, culturais – cujo incessante dinamismo caracteriza as sociedades contemporâneas –, abstém-se o legislador de descer a minúcias na configuração das hipóteses de incidência, limitando-se a inserir na norma legal alguns dados genéricos ou elementos de referência, que compõem o ‘quadro’ a ser preenchido pelo aplicador da lei, mediante a utilização de padrões variáveis de acordo com as novas concepções dominantes no ambiente histórico e social. Cresce de frequência o uso das ‘cláusulas gerais’, dos *standards* jurídicos, dos conceitos indeterminados; e em igual medida aumenta o vulto da tarefa do órgão judicial, chamado a assentar, caso por caso, por exemplo, se são ‘contrários à moral e aos bons costumes’ os atos em razão dos quais se quer privar o pai do pátrio poder (Cód. Civil, art. 395, III); ou se o locatário cumpriu a obrigação de tratar a coisa alugada ‘com o mesmo cuidado como se sua fosse’ (Cód. Civil, art. 1.192, I, *fine*); ou se o ato praticado pelo mandatário exorbitou da ‘administração ordinária’ e por isso dependia de concessão de poderes expressos e especiais no instrumento do mandato (Cód. Civil, art. 1.295, § 1º); ou se o litigante não podia ‘razoavelmente desconhecer’ a falta de fundamento da pretensão ou da defesa deduzida, para que se haja de afirmar a sua responsabilidade por dano processual (Cód. Proc. Civil, art. 17, I); etc.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As bases do direito processual civil**. In Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10).
  7. Habermas, dissertando sobre a “crise do Estado de direito”, assevera: “O pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado de tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo. Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à auto-regulação econômica, ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. A lei

igualmente verdade que o papel desenvolvido pelos tribunais adquire relevo antes inimaginável em sistemas de *civil law*. Daí porque, face à ausência de experiência do Brasil no trato do novo fenômeno, é necessário conhecer soluções dos países que possuem uma construção teórica secular sobre o **papel da jurisprudência**.

Entre as muitas novidades propostas pelo projeto, uma chama particular atenção. Trata-se do art. 847 do projeto original (art. 882 do texto final aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados), cujo *caput* estabelece que “*os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência*”<sup>8</sup>.

Esse dispositivo remete a uma questão que tem sido discutida há muito tempo por processualistas nacionais renomados como Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>9</sup> e Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>10</sup>: a *divergência jurisprudencial* e os seus efeitos nocivos para os jurisdicionados e para o próprio sistema

---

geral e abstrata, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a conseqüências jurídicas claramente definidas, tinha sido concebida em função desses casos; pois o sentido de ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem. Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração. (...) O leque das formas do direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a ‘indeterminação do direito’, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 173-174).

8. Eis o dispositivo em sua integralidade: **Art. 847**. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: **I** – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; **II** – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; **III** – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; **IV** – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; **V** – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.
9. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
10. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

jurídico. Na doutrina estrangeira, Jürgen Habermas igualmente chama a atenção para a preocupação das jurisprudências americana e alemã relativas à chamada “indeterminação do direito”<sup>11</sup>.

Esse ponto de discussão tem revelado que a moderna metodologia do direito aponta para questões cada vez mais sofisticadas. Karl Larenz, em meados do século passado, já afirmava que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que a inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”<sup>12</sup>. Sem dúvida, a hermenêutica tem sido um dos campos prediletos dos filósofos do direito desde a segunda metade do século XX.

O jusfilósofo alemão Robert Alexy aponta pelo menos quatro razões para justificar o fato de que em um grande número de casos a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é meramente a conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros, o que rompe com o esquema clássico da lógica formal: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto”<sup>13</sup>.

Os problemas interpretativos mencionados por Alexy são potencializados em sistemas de origem romano-germânica, que têm na lei a sua fonte primordial de direitos<sup>14</sup>. Isso em razão da possibilidade de cada juiz dar aos

---

11. *Op. cit.*, p. 174.

12. LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 154.

13. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 17.

14. Vincy Fon e Francesco Parisi, em artigo destinado a fazer análise dinâmica dos precedentes judiciais nos sistemas da *civil law*, observam que “current theories are unable to explain why, in spite of emphasis on legal certainty and stability, the practice of Civil law systems in certain areas of the law is often characterized by instability and uncertainty. Traditional explanations focus on the lack of stare decisis (Mattei, 1988), different judicial cultures, political instability and different levels of separation of powers (Merryman, 1969)”. (FON, Vincy e PARISI, Francesco. **Judicial precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis**. In George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series, Disponível em [http://ssrn.com/abstract\\_id=534504](http://ssrn.com/abstract_id=534504). Acesso em 30 de abril de 2011, p. 4.

textos legais a interpretação que melhor lhe convenha<sup>15</sup>, embora haja autores a defender, corretamente a nosso ver, que a lei é vocacionada para uma única interpretação *correta*, dadas as mesmas condições fáticas e o mesmo momento histórico<sup>16</sup>.

No Brasil, especificamente, esse fato, combinado com a riqueza do sistema recursal vigente e a postura contumaz da Fazenda Pública<sup>17-18</sup>, tem ensejado o assoberbamento dos tribunais superiores, instados, mediante dezenas de milhares de *casos repetitivos*<sup>19</sup>, a uniformizar entendimentos de todos os tribunais do país.

## 2. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O **princípio da segurança jurídica** é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e seu objetivo é proteger e preservar as justas expectativas das pessoas<sup>20</sup>. Ensina, a propósito, Recasens Siches:

- 
15. Para uma abordagem completa sobre a questão da racionalidade da jurisprudência e o trabalho hermenêutico dos juízes, ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 241-295.
  16. Por todos, ver ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Os agravos no CPC Brasileiro**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 231.
  17. Saulo Ramos, em palestra pronunciada na cerimônia de aniversário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em 13 de agosto de 1999, afirmou: “*Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões em tese, circunstância que fez deste país o paraíso dos economistas e burocratas, grandes legisladores por portarias, fato que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário (...) Convenhamos, porém, que a mais terrível realidade brasileira está na resistência da tecnocracia aos pronunciamentos judiciais, sobretudo os da Corte Constitucional. Agentes do governo cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao judiciário e quantos deixarão de recorrer*”. (RAMOS, Saulo. **Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores**. In Revista da ESMape. Vol. 4, nº 9, janeiro-junho, 1999, 370-371).
  18. Demonstração cabal do que se afirma é o recente “Relatório 100 maiores litigantes” (<http://bit.ly/hvUz00>), elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e divulgado em março de 2011, que aponta o INSS (22,33%), a CEF (8,50%), a Fazenda Nacional (7,45%), a União Federal (6,97%) e o Banco do Brasil (4,24%) como os 5 maiores litigantes de todo o Poder Judiciário nacional.
  19. Atento ao novo fenômeno, o projeto do NCPC descreve e oferece disciplina jurídica para o julgamento dos *casos repetitivos*, mercendo referência os arts. 883 e 930 a 941 da versão final aprovada pelo Senado Federal.
  20. Conforme anota Roque Carraza no artigo “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-las – questões conexas”. (In FER-RAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio e NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008, p. 41).

“Debido al hecho de que el hombre se representa el futuro y se preocupa por éste, las satisfacciones actuales no son suficientes, mientras que se perciba el porvenir como incierto. Ese deseo de seguridad incita a la creación y al desarrollo de técnicas para evitar el daño que los peligros de la Naturaleza puedan producir; para dominar las fuerzas de la Naturaleza con el fin de ponerlas al servicio regular de las necesidades humanas; para garantizar unas buenas condiciones de vida; para prevenir enfermedades y para curarlas, etc. Ahora bien, tales deseos de seguridad llevan también – y esto lo que importa subrayar aquí – a buscar el amparo del grupo social mediante normas e instituciones de Derecho positivo. En efecto, el deseo de seguridad es uno de los motivos radicales que lleva el hombre a producir *Derecho positivo*, gracias al cual pueda, hasta cierto punto, estar cierto y garantizado respecto de la conducta de los otros, y sepa a qué atenerse respecto de lo que uno pueda hacer en relación con ellos, y de lo que ellos puedan hacerle a uno”<sup>21</sup>.

Denninger, citado por Habermas, afirma que os desafios do Estado Social – justificadores, em certa medida, da insuficiente regulamentação da administração do ponto de vista do direito constitucional – fazem com que se transite de “um sistema da segurança jurídica para um sistema de segurança de vantagens jurídicas”, o qual modifica e dilui a proteção jurídica dos indivíduos<sup>22</sup>.

Embora a moderna doutrina subdivida o princípio da segurança jurídica em dois vetores<sup>23</sup>, para os fins deste estudo é mais útil trilhar o caminho apontado por Teresa Arruda Alvim Wambier e enxergar a expressão no sentido de *previsibilidade*<sup>24</sup>.

De fato, se a jurisdição tem a função de proteger direitos, especialmente os fundamentais<sup>25</sup>, e se o exercício da jurisdição – que no passado foi lastrea-

---

21. SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 15ª ed. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 63

22. **Der Präventious-Staat** apud HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 177.

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

24. “Entendemos que, nesse contexto que vimos nos referindo, ao longo deste item, um dos valores que não pode ser desprezado é a *segurança*, tomada esta expressão no sentido de *previsibilidade*. Trata-se de um fenômeno que produz tranqüilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo. Não se trata, pois, de *segurança* da expectativa *de que tudo deva ficar como está*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial**... *op. cit.*, p. 57/58).

25. *Cf.* MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 137.



do num singelo esquema de lógica formal denominado *subsunção* – passou modernamente a encerrar operação hermenêutica complexa, devido à gama de princípios constitucionais, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a serem considerados, a *previsibilidade* que a sociedade deseja deve brotar menos da lei e mais da atuação dos juízes e tribunais.

Se, por um lado, a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, por outro, não pode negar seu poder de estimular a litigiosidade no seio da sociedade. Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte **incentivo** a fazê-lo<sup>26</sup>.

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

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

---

26. Embora este artigo não seja o local apropriado para maiores digressões, chamamos a atenção do leitor para o fato de que economistas há muito estudam a chamada “teoria dos incentivos”. Em artigo recente de nossa co-autoria, publicado no *Jornal Valor*, já tivemos oportunidade de ressaltar: “Em 2007, os economistas norte-americanos Leonid Hurwicz, Eric Maskin e Roger Myerson venceram o Prêmio Nobel de Economia por estabelecerem as bases da Teoria de Desenho de Mecanismos que, em linhas gerais, busca entender os incentivos com os quais se defronta um agente no momento de tomar uma decisão que afeta outros agentes e, entendendo esses incentivos, criar regras de alocação de recursos que levem todos os agentes a agirem de forma ótima, de acordo com um critério previamente estabelecido” (DANTAS, Bruno. MENEGUIN, Fernando. **Honorários de sucumbência recursal**. *Jornal Valor*, Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010). Daí ser possível concluir que à luz da teoria dos incentivos a divergência judicial em níveis elevados não é socialmente desejável.

### 3. OS PRECEDENTES NO PROJETO DO NOVO CPC

Os precedentes têm funções distintas nos sistemas do *civil law* e do *common law*<sup>27</sup>. Embora nos sistemas romano-germânicos, como o nosso, possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária de direito. Ao contrário, no *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

Isso porque sendo a regra do *common law* a *lex non scripta*, se cada magistrado pudesse extrair livremente a sua compreensão em torno dos costumes que cercam determinado caso, o sistema seria absolutamente caótico e imprevisível. Note-se que essa liberdade é possível nas famílias de *civil law* em razão de a lei *per se* trazer segurança jurídica e conter, em si própria, um conteúdo que os cidadãos podem extrair, independentemente de ir ao Poder Judiciário buscar a tutela para um determinado direito subjetivo que afirmem violado ou ameaçado. Assim, o que traz estabilidade e segurança jurídica aos países de *common law*, vez que a regra não é a lei escrita, é a obediência aos precedentes<sup>28</sup>.

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

A regra do precedente, porém, não é simples e automática. Hoje já há nos países anglo-saxões duas correntes que explicam-na: a *estrita* e a *atenuada*. Ronald Dworkin explica que a corrente estrita “*obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas*”<sup>29</sup>. O professor norte-americano

---

27. Rodolfo de Camargo Mancuso disserta sobre a natureza jurídica da jurisprudência, debruçando-se especialmente sobre o sistema da *civil law* (*op. cit.*, p. 37-54).

28. Concorde Cândido Rangel Dinamarco ao asseverar que o efeito vinculante do precedente na *common law* é ditado pela necessidade de estabilidade e segurança do direito, de modo que, onde há direito escrito, é desnecessário e mesmo desaconselhável que os tribunais estratifiquem sua orientação, trancando a dinâmica do direito, pois é legítimo que haja evolução do direito, à vista da mobilidade social, do desenvolvimento e mudanças dos valores que formaram sua interpretação (**A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 153-154).

29. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 30.

anota que essa corrente da doutrina do precedente varia de lugar para lugar: “é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos”<sup>30</sup>.

A corrente atenuada, por sua vez, exige que o juiz de alguma forma leve em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, estatuidando que ele deve seguir tais decisões a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor, conforme anota Dworkin<sup>31</sup>.

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

Pode-se afirmar que enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes através de súmula vinculante e impeditiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio<sup>32</sup>.

---

30. *Id. ibid.*

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

32. Esse fato é comprovável pelo que vem sendo chamada de *jurisprudence constante*, que é conceituada por Vincy Fon e Francesco Parisi como “*the doctrine under which a court is required to take past decisions into account only if there is sufficient uniformity in previous case law. No single decision binds a court and no relevance is given to split case law. Once uniform case law develops, courts treat precedents as a persuasive source of law, taking them into account when reaching a decision. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law. Considerable authoritative force therefore stems from a consolidated trend of decisions on any given legal issue*”. Sustentam que a doutrina da *jurisprudence constante* vem sendo aplicada na França e na Alemanha e no estado norte-americano da Louisiana. (*op. cit.*, p. 4).

Observa-se que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos. Os países da *common law* têm manifestado uma tendência de escrituração de suas leis, tradicionalmente não escritas. Prova disso são as *Rules of Civil Procedure* da Inglaterra e o fenômeno que, nos Estados Unidos, o professor da Yale Law School Guido Calabresi chamou de *age of statutes*<sup>33</sup>. Por outro lado, os sistemas da *civil law* paulatinamente têm adotado a eficácia vinculante dos precedentes, especialmente os das supremas cortes. René David, em seu clássico sobre os grandes sistemas de direito, excursiona por sistemas da *civil law* para demonstrar que, excepcionalmente, é possível fazer-se com que se torne obrigatório para os juízes seguirem precedentes<sup>34</sup>.

- 
33. *Essa Era dos Estatutos*, segundo anotam William n° Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey (**Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy**. Saint Paul: Thomson West, 2004, p. 569), tem feito com que as leis escritas “*have become the primary, dominant source of American law*”, o que chamou a atenção de Guido Calabresi (**A Common Law for the Age of Statutes**. Cambridge-London: Harvard University Press, 1982, *passim*) para a necessidade de se garantir aos tribunais norte-americanos maiores poderes para lidar com a nova situação, assegurando-lhes a possibilidade de atualizar as leis escritas. Interessante que a proposta de Guido Calabresi, assim como a súmula vinculante brasileira, encontrou sua maior objeção no princípio da separação dos poderes. Em linhas gerais, a tese de Guido Calabresi é bem explicada por Edward J. Imwinkelreid (**A more Modest Proposal than “A Common Law for the Age of Statutes”: Greater Reliance in Statutory Interpretation on the Concept of Interpretative Intention**. Albany Law Review, Disponível em <http://ssrn.com/abstract=684251>. Acesso em 2 de maio de 2011): “*In this light, Judge Calabresi has advanced his fascinating proposal for a common law for the Age of Statutes. He argues that the courts are competent to decide whether a statute is anachronistic because it has become inconsistent with the modern legal environment, framework, landscape, or topography. The court must determine whether the statute is out-of-date. In Judge Calabresi’s view, when a court reaches that determination, the court should be empowered to “update” the statute in order to make it “consistent with a changing world and a changing legal topography”*” (p. 6).
34. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 160-161: “*A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicados no jornal oficial federal (Bundesgesetzblatt). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (Diário da República) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado. O papel criador do direito da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de **doctrina legal**. Admite-se, em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a **doctrina legal**, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à **doctrina legal** espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (**amparo**). De modo análogo, considera-se na Alemanha que, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (**ständige Rechtsprechung**), ela se transforma numa*

Robert Alexy também detectou tal fenômeno, ponderando que modernamente, mesmo na Europa continental, atribui-se importância aos precedentes. Salienta que o objeto de discussão atual é a posição teórica dos precedentes, de modo que a disputa se concentra, sobretudo, na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos<sup>35</sup>.

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

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

---

*regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes. O mesmo não se passa na Suíça, mas as modificações da jurisprudência são, neste país, muito raras depois de o Tribunal Federal se ter pronunciado”.*

35. *Op. cit.*, p. 258.

Noutra ocasião, em voto proferido na Medida Cautelar no RE 376.852, ao tecer considerações sobre o regime instituído pela Lei 10.259, de 2001, para o RE interposto contra acórdãos dos juizados especiais federais, o Min. Gilmar Mendes sustentou a mesma tese<sup>36</sup>.

Parece-nos indiscutível que, em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade persuasiva. Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando do sistema adotado pelo Brasil, anota que nosso modelo político-jurídico tem, como matriz, a lei, que foi eleita como parâmetro para o contraste e a exigibilidade das condutas, por força do princípio constitucional da legalidade.<sup>37</sup> Disso se conclui que “a jurisprudência, mesmo sumulada, não se reveste – *de lege lata* – de força coercitiva, ficando sua eficácia por conta da

---

36. “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir; de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33 (49)). Essa orientação há muito se mostra dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre ‘a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional’, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. ‘Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais – dizia Triepel –, mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas’ (Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL*, v. 5 (1929), p. 26). Triepel acrescentava, então, que ‘os americanos haviam desenvolvido o mais objetivo dos processos que se poderia imaginar’ (*‘die Amerikaner haben für Verfassungsstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken lässt’*) (Triepel, op. cit., p. 26). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (cf., a propósito, Griffin, Stephen M., *The age of Marbury, theories of judicial review vs. theories of constitutional interpretation, 1962-2002*, Paper apresentado na reunião anual da American Political Science Association, 2002, p. 34). Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, ‘para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas’ (*‘To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved’*) (Griffin, op. cit., p. 34).”

37. **Divergência jurisprudencial...**, cit., p. 375.

natural proeminência e respeitabilidade que o Tribunal emissor exerça junto às demais instâncias a ele reportadas”.<sup>38</sup>

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

“Conquanto a validade e a eficácia das decisões seja, normalmente, circunscrita às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e com isto, projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão nos segmentos, menor da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda. (...) As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional”.<sup>39</sup>

Já tivemos oportunidade de afirmar que o adequado desempenho da função paradigmática por um tribunal de cúpula pressupõe um requisito essencial: suas decisões devem gozar do respeito da sociedade, dos membros do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da Administração Pública. Para tanto, concorrem alguns fatores como a honorabilidade dos seus membros, a legitimidade do procedimento perante a Corte, a uniformidade e estabilidade das suas decisões, entre outros. Em suma, devem causar sensação geral de que a justiça foi feita<sup>40</sup>.

#### 4. O DEVER DOS TRIBUNAIS DE VELAR PELA UNIFORMIZAÇÃO E PELA ESTABILIDADE DE SUA JURISPRUDÊNCIA

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

Como, modernamente, o juiz assume o papel de realizar a ordem jurídica, mediante a investigação da solução mais justa e adequada para cada

---

38. *Ibidem*.

39. **A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões**. STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 38.

40. DANTAS, Bruno. Repercussão geral..., p. 78.

caso, dando concretude a regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico, dessa criatividade judicial é natural que decorram interpretações conflitantes. O que não é natural, todavia, é que essas decisões conflitantes se cristalizem, ensejando a quebra do princípio da *igualdade perante a lei*.

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

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

Sem essa função, estaríamos diante da produção de efeitos jurídicos os mais diversos a partir do mesmo suporte fático relevante e da incidência da mesma norma jurídica, o que, se é tolerado hoje pelo sistema, evidentemente não pode ser considerado como a saída mais adequada.<sup>41</sup>

Outro aspecto que se afigura relevante quando a função uniformizadora da jurisprudência é observada de perto é que, ao se falar em preservação do *princípio da igualdade perante a lei* – e não são poucos os doutrinadores que sustentam essa finalidade<sup>42</sup> –, os beneficiários últimos, no caso de uma lide, são as partes processuais. Até porque, se assim não fosse, caberia a indagação: igualdade perante a lei *de quem* em comparação *com quem*?

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

---

41. É assim que pensa Teresa Arruda Alvim Wambier (*Controle das decisões...*, cit., p. 13, nota de rodapé nº 1), que insistentemente afirma que “não se deve confundir a circunstância de o sistema ‘tolerar’ decisões tidas por equivocadas com o fato de que, por isso, elas estariam corretas”.

42. Ver SÁNCHEZ, Javier López. **El interés casacional**. Madrid: Civitas, 2002, capítulo I, item 2.



Isso que destacamos não é novidade alguma. Teresa Arruda Alvim Wambier repisa esse tema incessantemente há anos, mencionando diversos exemplos práticos de violação do princípio da legalidade acarretada pela *criatividade judicial*, quando mal exercida.<sup>43</sup>

Atenta a isso, e convicta de que por vezes é necessário reafirmar o óbvio para que os operadores do direito se sintam ao menos constrangidos por descumprir o que está explicitamente escrito no texto legal, a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo CPC houve por bem inserir nas disposições gerais do Título que versa sobre o processo nos tribunais um verdadeiro **guia de uniformização de jurisprudência**.

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

“**Art. 882**.....

**I** – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

**II** – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

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

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

(...)”

É de se notar o forte caráter pedagógico adotado pelos incisos transcritos, que utilizam expressões como “sempre que possível”, “deve orientar” e “deve nortear”, revelando nítido perfil não-mandatário. Enquadram-se naquilo que Norberto Bobbio chama de *conselhos*<sup>44</sup>. Frise-se que, diferentemente da

---

43. **Controle das decisões...**, cit., p. 126-141. O capítulo 3, denominado “O problema do confronto de decisões”, é integralmente dedicado à análise da criatividade judicial à luz do princípio da legalidade.

44. “Os imperativos (ou comandos) são aquelas prescrições que têm maior força vinculante. Esta maior força vinculante se exprime dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é *obrigatório*, ou, em outras palavras, o imperativo gera uma obrigação à pessoa a quem se dirige. Imperativo e obrigação são dois termos correlativos: onde existe um, existe o outro. Pode-se exprimir o impera-

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

À vista do perfil não-mandatário que identificamos, é de se censurar a modificação ocorrida durante a tramitação do projeto no Senado Federal. Ao se incluir, no *caput* do art. 882, a fórmula limitadora “em princípio”<sup>45</sup>, entendemos que houve fragilização excessiva do comando geral do dever de velar pela uniformidade da jurisprudência dos tribunais, que merece reparo pela Câmara dos Deputados.

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

“**Art. 882.**.....

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

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

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

A experiência jurídica é objeto jurídico da jurisprudência e esta é significativamente variável, devendo refletir a realidade factual. Segundo Giuseppe

---

tivo em termos de obrigatoriedade da ação-objeto, assim como se pode exprimir a obrigatoriedade em termos de comando-sujeito. Mas nem todas as prescrições, ou melhor dizendo, nem todas as proposições com as quais tentamos determinar o comportamento alheio implicam em obrigações. Há modos mais brandos ou menos vinculantes de influenciar o comportamento alheio. Aqui examinamos dois tipos que têm particular relevância no mundo do direito: os *conselhos* e as *instâncias*”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. rev. Bauru: Edipro, 2008, p. 96).

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

Lumia, deve “*descrever o direito como ele é e como vige efetivamente em uma coletividade determinada, e não prescrever o que o direito deveria ou não ser com base em juízos específicos*”<sup>46</sup>. Ocorrendo dicotomia entre os fatos e a norma geral (incluindo-se a jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores), esta última deve ser modificada, pois perde a sua eficácia se não acompanha o desenvolvimento social.

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

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

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARRUDA ALVIM. **A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões**. STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Os agravos no CPC Brasileiro**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. reform. e atual. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As bases do direito processual civil**. In Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

---

46. LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 9.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.
- BRASIL. CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório 100 maiores litigantes**. Disponível em <http://bit.ly/hvUz00>. Acesso em 27 de abril de 2011.
- \_\_\_\_\_. STF. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206**. Relator Min. Sepúlveda Pertence.
- \_\_\_\_\_. STF. **Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852**. Relator Min. Gilmar Mendes.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Cambridge-London: Harvard University Press, 1982.
- DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010.
- DANTAS, Bruno. MENEGUIN, Fernando. **Honorários de sucumbência recursal**. Jornal Valor, Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.
- ESKRIDGE, William nº FRICKEY, Philip P. **Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy**. Saint Paul: Thomson West, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio e NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008.
- FON, Vincy e PARISI, Francesco. **Judicial precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis**. In George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series, Disponível em [http://ssrn.com/abstract\\_id=534504](http://ssrn.com/abstract_id=534504). Acesso em 30 de abril de 2011.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IMWINKELREID, Edward J. **A more Modest Proposal than “A Common Law for the Age of Statutes”: Greater Reliance in Statutory Interpretation on the Concept of Interpretative Intention**. Albany Law Review, Disponível em <http://ssrn.com/abstract=684251>. Acesso em 2 de maio de 2011.

- LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.
- LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.
- RAMOS, Saulo. **Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores**. In Revista da ESMAPE. Vol. 4, nº 9, janeiro-junho, 1999.
- SÁNCHEZ, Javier López. **El interés casacional**. Madrid: Civitas, 2002.
- SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 15ª ed. México: Editorial Porrúa, 2006.



# JULGAMENTO LIMINAR DO PEDIDO – ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E INEVITÁVEL CRÍTICA EM RELAÇÃO A SUA DISCIPLINA NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*FERNANDO GONZAGA JAYME<sup>1</sup> E  
TEREZA DE ASSIS FERNANDES<sup>2</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Requisitos para o julgamento liminar do pedido. 3 – O entendimento jurisprudencial a respeito da necessidade de confrontação entre a sentença emprestada e o caso posto. 4. Da aplicação da técnica da causa madura no julgamento liminar do pedido. 4.1. Dos possíveis cursos procedimentais quando da aplicação do art. 285-A do CPC. 4.2. Possibilidade de aplicação da causa madura quando do julgamento liminar do pedido. 5. O intuito do julgamento liminar do pedido no projeto de novo CPC. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário atualmente vive um momento singular de crise, que possui diversas causas. Uma delas refere-se ao fato de que o sistema não consegue dar vazão ao número de demandas que são ajuizadas diariamente, nem às que já se encontram tramitando. Como consequência, temos um Judiciário que não consegue dar respostas tempestivas e satisfatórias aos jurisdicionados,

- 
1. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos. Advogado sócio da Ayres, Ribeiro, Oliveira, Jayme e Associados.
  2. Bolsista FAPEMIG (ICI) (2011/2012). Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD. Advogada e Filósofa. e-mail: tereza.assisfernandes@gmail.com.

seja devido à demora dos julgados, que afeta a efetividade das decisões, seja pela perda da qualidade das decisões em razão de priorizar-se a quantidade de julgamentos. A priorização da quantidade, em detrimento da qualidade, é resultante do plano de metas estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, que exige do magistrado o julgamento de determinado número de processos, sem lhes demandar, em consequência, a imprescindível preocupação com a qualidade das decisões.

Identificou-se que o aumento exponencial do número de demandas a partir da Constituição da República de 1988 tem como causa, dentre outras, o surgimento das chamadas demandas repetitivas, seriais, isto é, demandas que poderiam ser reunidas em uma ação coletiva por se constituírem em pretensões isomórficas, que apresentam questões jurídicas e/ou fáticas comuns para a resolução da causa.

Diante deste cenário de proliferação de demandas seriais, com o objetivo de racionalizar o sistema jurídico, instituiu-se o Julgamento Liminar do Pedido, também chamado de ‘improcedência *prima facie*’, ‘sentença emprestada’ ou ‘julgamento liminar de ações repetitivas’, inserido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277 de 7.2.2006, mediante a inclusão do art. 285-A.

Este instituto objetiva primordialmente evitar que, diante de ações repetitivas que versem sobre matéria de direito, um processo siga inutilmente todo o *iter* procedimental, quando o juiz já sabe, de antemão, que a pretensão não tem como ser tutelada. Desta maneira, mediante a utilização de uma sentença de improcedência emprestada, proferida no próprio juízo, para um caso análogo, decide-se o caso atual. Assim, evita-se que o processo tenha um curso inútil, já que a matéria de direito deduzida no processo não tem amparo jurídico, pois já foi rechaçada em casos análogos antecedentes.

Importante ressaltar que a introdução do Julgamento Liminar do Pedido no direito brasileiro motivou muitas críticas severas, principalmente a respeito de sua constitucionalidade, sob o argumento de que feriria diversos princípios processuais constitucionais, como os da isonomia, segurança jurídica, direito de ação, contraditório e devido processo legal. Essas questões são, inclusive, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3695-5, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e, até o momento, pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

A despeito de não ter sido julgada a ADI, após longos debates, muitos autores posicionam-se pelo reconhecimento da constitucionalidade do Jul-



gamento Liminar do Pedido, dentre eles, destacamos Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni e Theodoro Theodoro Jr., a título exemplificativo.

Atualmente, não é a discussão da constitucionalidade deste instituto que tem ocupado os processualistas e os tribunais. O objeto de preocupação e que é o tema desse trabalho, é a forma como tem se realizado o Julgamento Liminar do Pedido; sua aplicação pelos juízos e tribunais e as repercussões para a solução dos casos concretos submetidos a esta técnica. Nosso propósito é analisar a compatibilidade do Julgamento Liminar do Pedido com outras técnicas processuais de julgamento, aplicadas concomitantemente, sobressaindo-se dentre elas o julgamento com fundamento no princípio da causa madura, previsto no art. 515, § 3º do CPC e verificar se a norma projetada no novo Código de Processo Civil disciplinando o Julgamento Liminar do Pedido contribuirá para a efetividade e celeridade do processo.

## 2. REQUISITOS PARA O JULGAMENTO LIMINAR DO PEDIDO.

O Julgamento Liminar do Pedido, previsto no art. 285-A do CPC, possibilita ao juiz proferir sentença de plano, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

A expressão 'matéria controvertida' contida no *caput* do art. 285-A revela a atecnia do legislador, haja vista a polêmica envolvendo o significado desta expressão com repercussões no que diz respeito à sua incidência nos casos concretos. No Julgamento Liminar do Pedido não há citação da parte contrária, não se instaurando, portanto, controvérsia, com efeito, não se poderia reconhecer a existência de 'matéria controvertida'.

Após longo debate, pacificou-se o entendimento, prevalecendo, entre os processualistas, o entendimento de NERY JÚNIOR e NERY, no sentido de que a expressão 'matéria controvertida' significa "pretensão que já tenha sido controvertida em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo."<sup>3</sup>

Superada essa controvérsia preliminar, é *conditio sine qua non* para aplicação do art. 285-A do CPC a identidade ou similitude entre as causas de pedir e os pedidos da pretensão deduzida em processo anterior e aquela

---

3. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maris de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 11ª ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2010: p. 580.

pleiteada na nova demanda *sub judice*<sup>4</sup>. Obviamente, que a lei quando menciona ‘casos idênticos’ refere-se a uma nova hipótese técnica de identidade de causas, diversa da denominada *tria eadem* (tríplice identidade), pois, para possibilitar o Julgamento Liminar do Pedido não pode haver identidade de partes, causa de pedir e pedido, hipótese em que haveria ofensa à coisa julgada<sup>5</sup>.

Desta maneira, a identidade de casos a que se refere o art. 285-A do CPC é completamente distinta daquela situação prevista no art. 301, § 2º do CPC, sendo que, no caso do Julgamento Liminar do Pedido, a identidade refere-se, tão somente, à causa de pedir e ao pedido. Necessariamente, as partes serão distintas.

Outro requisito exigido para aplicação deste instituto é a necessidade de adoção de uma sentença emprestada. Assim, para o Julgamento Liminar do Pedido ou julgamento antecipadíssimo da lide, é necessário que no próprio juízo haja uma sentença anteriormente proferida que tenha identidade de causa e de pedido com o caso a ser julgado.

Ressalte-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em interpretação *praeter legem*, exige para o Julgamento Liminar do Pedido, além da existência de uma sentença anterior no juízo de primeira instância, que ela seja coincidente com o entendimento jurisprudencial do Tribunal ao qual está vinculado ou de Tribunal Superior<sup>6</sup>. Assim, o juiz somente poderá julgar, liminarmente, improcedente o pedido se a sentença precedente prolatada no próprio juízo, coincidir com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais de segunda instância ou superiores<sup>7</sup>. Este entendimento foi acolhido no projeto de novo CPC.

Advirta-se que a sentença aproveitável no novo caso deve ser de total improcedência. O motivo para tanto é de fácil compreensão considerando que, caso o pedido fosse procedente, ainda que apenas em parte, duas garantias basilares do direito processual consagrados na CR/88 estariam feridas

- 
4. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento): p. 459.
  5. NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. Revista de Processo. São Paulo, Ano 31, n.137, p. 171-186, jul. 2006: p. 184.
  6. Precedentes: STJ. REsp 1.109.398. T4. Min. Rel. Luis Felipe Salomão. DJ: 16/06/2011, DJe: 01/08/2011; STJ. REsp 1.279.570. T2. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. DJ: 08/11/2011, DJe: 17/11/2011.
  7. Esse entendimento foi recepcionado no Projeto de Código de Processo Civil, conforme art. 307 do Projeto.

de morte: a do contraditório e a da ampla defesa. Note-se que o Julgamento Liminar do Pedido não é precedido de citação, portanto, não se oportuniza direito de defesa.

Por fim, para que ocorra o julgamento liminar do pedido, parte da doutrina defende a necessidade de que a matéria controvertida (pretensão) seja unicamente de direito. Há autores, todavia, sustentando a possibilidade de se julgar liminarmente o pedido mesmo que as causas não envolvam matéria unicamente de direito, desde que as matérias fáticas se encontrem comprovadas de plano, documentalmente<sup>8</sup>.

Contudo, não é este o entendimento que melhor se aplica à matéria, pois, conforme elucida MARINONI, caso o pedido envolva questões de fato, “as particularidades do caso concreto poderão importar soluções diferentes, de modo que a conclusão lançada em um processo pode não servir para o outro”<sup>9</sup>. Este entendimento foi recepcionado pela jurisprudência, que vem decidindo pela inadmissibilidade do revolvimento de matéria fática, insistindo que a matéria deve ser exclusivamente de direito, ainda que os fatos se encontrem provados documentalmente<sup>10</sup>.

Assim, para que o Julgamento Liminar do Pedido ocorra é necessário atender a todos os requisitos acima descritos, a saber: a) identidade entre a causa da nova demanda e a causa precedente, cuja sentença será emprestada; b) a sentença deve harmonizar-se com o entendimento dos Tribunais; c) o pedido deve ser julgado totalmente improcedente; d) controvérsia deve ser exclusivamente de direito. A ausência de qualquer desses requisitos é causa de invalidação da sentença.

Conforme levantamento realizado em pesquisa desenvolvida pelo Programa de Pós-Graduação da PUCMINAS, constatou-se que a inobservância dos aludidos requisitos é causa de nulidade de 25% das sentenças proferidas com fundamento no art. 285-A do CPC:

(I) da totalidade dos acórdãos examinados (180 [cento e oitenta], sendo 30 [trinta] do TRF1; 50 [cinquenta] do TJMG e 100 [cem] do TJRS) 45 (quarenta e cinco) reformaram ou cassaram a sentença que aplicou a sistemática do art.

- 
8. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento): p. 458.
  9. MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – curso de direito processual civil, V.2: p. 101.
  10. TJMG. 0297408-49.2011.8.13.0433 (1). 18ª CC. Des. Rel. Arnaldo Maciel. DJ: 07/08/2012, DJe: 10/08/2012; STJ. AgRg no REsp 153180. T2. Min. Rel. Herman Benjamin. DJ: 12/06/2012, DJe: 26/06/2012.

285-A, CPC, o que representa um índice de reforma de 25% (vinte e cinco por cento); (II) destes, a maioria dos acórdãos cassou as decisões de 1º grau, de modo que os feitos retornaram a primeira instância para processamento, em decorrência: (a) do entendimento do juízo *a quo* estar em desacordo com entendimento dos Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal; (b) não indicação pelo juízo *a quo* da decisão paradigma; (c) não indicação na sentença proferida dos fundamentos da decisão paradigma; (d) a questão não é unicamente de direito e demanda dilação probatória; (e) divergência fática e de direito entre a sentença proferida e a decisão paradigma<sup>11</sup>.

Desta pesquisa é possível inferir, ainda, um dado bastante interessante, o de que as demandas em que normalmente há aplicação do Julgamento Liminar do Pedido envolvem matérias ligadas ao direito administrativo, previdenciário, tributário e bancário<sup>12</sup>.

Outro ponto que se permite concluir a partir da análise dessa pesquisa é que o Julgamento Liminar do Pedido vem sendo efetivamente aplicado, inobstante o considerável percentual de provimento das apelações (25%). Enfim, esse percentual de provimento das apelações nos casos de julgamento antecipadíssimo da lide, pode-se explicar pelo fato de que para o juiz, a cobrança por resultados quantitativos é tão grande que não há preocupação em atualizar-se para aplicar adequadamente esta valiosa técnica de aceleração do procedimento.

### **3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA NECESIDADE DE CONFRONTAÇÃO ENTRE A SENTENÇA EMPRESTADA E O CASO POSTO**

Desde o advento do instituto do Julgamento Liminar do Pedido defende-se que, para sua correta aplicação, seria necessária uma demonstração analítica

- 
11. DUTRA, Elder Gomes; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. Da improcedência liminar do pedido. Texto cedido pelos autores, pendente de publicação em obra coletiva do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais. 2011: p. 12.
  12. (III) as sentenças objeto de aplicação do art. 285-A, do CPC, tratam, em sua maioria, de questões ligadas a direito administrativo (reajustes e direitos de servidores públicos), direito previdenciário (reajustes e revisão de benefícios previdenciários), direito tributário (recuperação fiscal e parcelamento de débito) e direito bancário (expurgos inflacionários e revisional de juros). (DUTRA, Elder Gomes; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. Da improcedência liminar do pedido. Texto cedido pelos autores, pendente de publicação em obra coletiva do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais. 2011: p. 12.)

da similitude entre o caso do qual decorreu a sentença emprestada e o caso posto em julgamento, pelo juiz<sup>13</sup>. Isso por que esta demonstração analítica da similitude dos casos possibilitaria ao autor, em eventual apelação, argumentar visando a afastar a aplicação da sentença precedente mediante a demonstração da falta de identidade entre os casos. A distinção que o autor poderá fazer é tanto em relação à ação da qual se toma uma sentença emprestada, quanto em relação aos paradigmas jurisprudenciais ou sumulados.

Nesse sentido, alguns autores afirmam que a aplicação do aludido instituto exige que o juiz faça uma demonstração analítica dos elementos de identidade entre os casos, ou seja, deve demonstrar “que a *ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado”<sup>14</sup>.

A seu turno, o STJ, desconhecendo os fundamentos teóricos, decide no sentido de que basta tão somente a transcrição da sentença emprestada, sem a necessidade de se fazer tal demonstração analítica entre a similitude do caso posto e da sentença na qual se aplica. Tal entendimento parte do pressuposto que para assegurar o direito de efetiva garantia de proteção judicial do autor as sentenças do caso e a precedente são suficientes para exercer o contraditório. Não se admite, todavia, a ausência da transcrição da sentença precedente, pois, na maioria dos juízos não há acesso direto às sentenças proferidas, que não são publicadas na íntegra. Desta maneira, a falta da transcrição da sentença emprestada, impossibilitaria o autor demonstrar, em seu apelo, a inexistência de identidade de casos se, *v.g.*, o processo anterior estiver em grau de recurso ou mesmo arquivado, hipóteses em que não haveria tempo hábil para acessar a sentença paradigma.

Assim, para o STJ, para julgar liminarmente o pedido basta que o juiz de primeiro grau transcreva a sentença a qual se toma emprestada, sendo dispensáveis a juntada de cópia da mesma<sup>15</sup> e a demonstração analítica da similitude dos casos.

- 
13. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2009: p 171. No mesmo sentido informa Fredie Didier: “É preciso demonstrar que a *ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado.” (DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2009: p. 459)
  14. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2009: p. 459
  15. Precedentes: STJ. REsp nº 1.086.991. T3. Min. Rel. Sidnei Beneti. DJ: 16/08/2011, DJe: 06/09/2011; STJ. REsp 1.217.828/RS. T2. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. DJe 27/4/2011; STJ. AgRg no Ag 1406083. T1. Min. Rel. Benedito Gonçalves. DJ: 25/10/2011, DJe: 28/10/2011.

No entanto, há uma centelha de esperança de que o entendimento do STJ vem se aprimorar em prol das garantias constitucionais do processo, pois, isoladamente o tribunal decidiu em em consonância com a ciência processual, ao exigir os seguintes requisitos para o Julgamento Antecipado do Pedido: “I) ser a matéria discutida exclusivamente de direito; II) haver o juízo prolator do decisum julgado improcedente o pedido em outros feitos semelhantes, fazendo-se alusão aos fundamentos contidos na decisão paradigma, demonstrando-se que a *ratio decidendi* ali enunciada é suficiente para resolver a nova demanda proposta”<sup>16</sup>.

Acredita-se que, a despeito do entendimento atualmente majoritário do STJ, o entendimento acima exposto, que é o mais adequado venha a prevalecer. Assim, o entendimento que deveria prevalecer é o que propugna pela necessidade de uma demonstração analítica de similitude entre o caso da sentença paradigma e o caso posto quando do julgamento liminar do pedido. Desta forma, assegura-se o devido processo legal, pois, como dito, a ausência de demonstração de similitude entre os casos pelo magistrado inviabiliza a plena defesa do autor e dificulta a utilização da técnica do *distinguishing*<sup>17</sup>.

## 4. DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA CAUSA MADURA NO JULGAMENTO LIMINAR DO PEDIDO

### 4.1. Dos possíveis cursos procedimentais quando da aplicação do art. 285-A do CPC

O Julgamento Liminar do Pedido possibilita diversos *iter* procedimentais a depender do comportamento do autor.

Assim, sua inércia, acatando a sentença que julgou liminarmente, implica a formação da coisa julgada material, com a consequente impossibilidade de rediscussão da matéria. O ato processual subsequente será, tão somente, a intimação da parte contrária para ciência da sentença que lhe foi favorável.

No entanto, caso discorde da sentença liminar de improcedência, poderá apelar, hipótese em que rompe-se com a tradição da sistemática do Processo Civil, que estabelece que, após a sentença, esgota-se o ofício jurisdicional do juiz e, portanto, não lhe é permitido mais inovar no processo. No caso da

16. Precedente: STJ. RMS nº 31585/RS. T2. Min. Castro Meira. DJ: 06/04/2010, DJe: 14/04/2010.

17. Tal técnica é muito utilizada nos países de *common law*. O *distinguishing* ocorre quando se demonstra as dessemelhanças entre os fatos e as questões de direito do caso da decisão padrão se comparado ao novo caso, afastando assim a aplicação de um precedente ao caso posto.

apelação interposta nos casos em que ocorre o Julgamento Antecipado do Pedido, admite-se, em caráter excepcional, o juízo de retratação. Caso positivo o juízo de retratação, o juiz determinará a citação do réu para se defender.

Na hipótese de o juiz não se retratar, citar-se-á o réu apenas para contrarrazoar o apelo, conforme previsão contida no § 2º do art. 285-A, submetendo-se a matéria decidida à apreciação do Tribunal competente para conhecer do recurso. É importante frisar que, neste caso, o réu é citado para contrarrazoar a apelação, e não para contestar, isto é, resistir à pretensão de direito material deduzida pelo autor. No Tribunal o desprovimento da apelação implica formação da coisa julgada material.

Todavia, se a apelação for provida, conforme o conteúdo do acórdão, duas situações podem ocorrer: a primeira é a cassação da sentença com o retorno dos autos à origem para instaurar o devido processo legal; a outra é a inversão da sucumbência, com a aplicação da técnica da causa madura prevista no § 3º do art. 515 do CPC.

#### **4.2. Possibilidade de aplicação da causa madura quando do julgamento liminar do pedido.**

A aplicação analógica do art. 515, § 3º do CPC por ocasião do julgamento da apelação que ataca a sentença que julgou liminarmente improcedente o pedido é matéria, ainda, bastante controversa.

Para THEODORO JUNIOR, a aplicação do Julgamento Liminar do Pedido inviabiliza a inversão da sucumbência no julgamento da apelação pelos Tribunais, por importar violência ao contraditório, haja vista que o réu teve o amplo direito de defesa cerceado<sup>18</sup>. A impossibilidade de aplicação da causa madura em se tratando de recurso contra sentença que julgou liminarmente o pedido fundamenta-se na questão da extensão do recurso. Assim, para este autor, “ampliar o julgamento do recurso para questões não suscitadas e, por isso mesmo, não debatidas entre as partes, resulta em violação não apenas dos limites legais da jurisdição, mas sobretudo da garantia do contraditório.”<sup>19</sup>

---

18. THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2012. V. 1. p. 379.

19. THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2012. V. 1. p. 626.

DIDIER JR., por sua vez, contrapõe-se a esse entendimento, ao qual se adere:

Como se trata de causa cujo julgamento dispensa a produção de outras provas (por que as questões de fato se provam documentalmente), não assustará o tribunal, acaso pretenda *reformatar* essa sentença, ao invés de determinar a devolução dos autos à primeira instância, também examine o mérito e julgue *procedente* a demanda, sob o argumento de que o réu já apresentou a defesa (em forma de contrarrazões) e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 515, § 3º, CPC). A prevalecer esse entendimento, no mandado de citação deverá constar a advertência prevista no art. 285 do CPC (sobre o efeito da não-contestação/contrarrazões).<sup>20</sup>

É interessante ainda a observação de DIDIER, de que “ao recorrente compete fixar a extensão do efeito devolutivo”<sup>21</sup>. Assim, quando a parte contrária for citada para contrarrazoar, sua defesa deverá abranger não somente o pedido recursal, mas também a questão meritória posta na inicial e reapresentada ao Tribunal pelo recorrente.<sup>22</sup> A finalidade, pois, da participação do réu quando citado para contrarrazoar é possibilitar ao Tribunal julgar desde logo a lide, mesmo que desfavoravelmente ao recorrido. Coerentemente com o seu raciocínio, o jurista baiano admite a aplicação do § 4º do art. 515 do CPC, visando a suprir a falta de citação, dando, assim, oportunidade ao réu de se defender.<sup>23</sup>

Assim, se o recurso de apelação interposto em face da sentença que julgou liminarmente improcedente o pedido, o Tribunal estará autorizado a inverter os ônus sucumbenciais se o caso versar questão meramente de direito, desde que o autor peça, no recurso, o julgamento imediato da questão meritória. Assim, o réu estará apto a se manifestar, também, sobre o mérito da lide, habilitando, conseqüentemente, o tribunal a decidir desde logo a demanda em favor do autor, se assim entender.

---

20. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento): p. 460.

21. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento): p. 415.

22. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento): p. 415.

23. DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento): p. 415.



No plano da efetividade e da celeridade processuais, não há justificativa plausível para sustentar o entendimento de que o tribunal, provendo a apelação se limite a cassar a sentença, devolvendo os autos ao juízo de primeira instância. Essa atitude caracterizaria, indubitavelmente, afronta aos princípios da celeridade e economia processuais, tão almejados na atualidade. A mera cassação da sentença significaria, tão somente, simples prolongamento da tramitação processual, reduzindo a utilidade e importância deste importante instituto que é o Julgamento Antecipado do Pedido.

Ressalta-se, contudo, que o tribunal somente poderá aplicar analogicamente o art. 515, § 3º do CPC se houver pedido do recorrente postulando a reapreciação da matéria de mérito. Não é possível aplicar a técnica da causa madura de ofício, por representar grave ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o réu não pode ser surpreendido.

Havendo pedido do autor para que o tribunal julgue o mérito da lide, entende-se não haver prejuízo à defesa, pois, o réu ao contrarrazoar a apelação, poderá discutir o mérito da demanda.

Examinando a jurisprudência, constata-se que os tribunais, nos casos em que se aplica o art. 285-A do CPC, vêm realizando, desde logo, o julgamento do mérito se a causa estiver madura, como se vê a seguir deste julgado representativo do entendimento dos tribunais:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AGENTE POLÍTICO. Art. 12, I, H, DA LEI 8.212/1991. INCONSTITUCIONALIDADE. RE 351.171/PR (STF). RESOLUÇÃO SF 26/2005. 1. (...)

2. Por se tratar de matéria de direito pacificada no STF e nesta Corte, é possível o julgamento do mérito, por aplicação dos arts. 515, § 3º, e 285-A do CPC, ainda que não a autoridade impetrada não tenha exercido o contraditório e a ampla defesa. (...)”<sup>24</sup>

---

24. BRASIL. BRASIL. TRF1. Apelação em Mandado de Segurança. nº 2008.33.04.001831-8/BA, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso. DJ: 05/08/11. No mesmo sentido: TJRS. Apelação Cível nº 70036996148. Des. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ:10/11/10, DJe: 24/11/10

## 5. O INTUITO DO JULGAMENTO LIMINAR DO PEDIDO NO PROJETO DE NOVO CPC.

O Julgamento Liminar do Pedido foi contemplado no Projeto de novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob a denominação PL nº 8.046/10<sup>25</sup>, com a seguinte redação:

### DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

Art. 333. Independentemente da citação do réu, o juiz, em causas que dispensam a produção de prova em audiência, julgará liminarmente improcedente o pedido que:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

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 do 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.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias, contados da data em que tiver sido informado da interposição do recurso.

§ 4º Se houver retratação, o juiz deverá comunicá-la ao tribunal imediatamente, de preferência por meio eletrônico;

---

25. O Projeto de Lei nº 8.046/10 foi proposto a partir do Projeto de Lei do Senado nº 166/10 que propõe um Novo Código de Processo Civil. Este projeto, após aprovação de seu substitutivo no Senado, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramita sob o aquele número. Último andamento da proposta: “22/12/11 – **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei nº 5.869, de 1973) (PL602505)** – Encerrado o prazo para emendas ao projeto. Foram apresentadas 900 emendas.” (BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 8.046/10, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> acesso em 14/01/12).

se não houver retratação, o relator 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. 508.

Constata-se, a princípio, que o texto proposto modifica substancialmente o instituto em questão, mas não resolve as controvérsias atualmente existentes na aplicação do Julgamento Liminar do Pedido.

Porém, neste momento em que o Projeto ainda se encontra em fase de discussão no Congresso Nacional, creio cumprir, tão somente, alertar a respeito das questões que poderão suscitar dilemas interpretativos. A nosso ver, é precipitada qualquer tentativa de apresentar respostas a um texto ainda provisório, que neste momento não passariam de meras especulações, considerando a possibilidade de serem apresentadas emendas modificativas do Projeto.

Primeiramente, é importante ressaltar que, caso aprovado, encerrar-se-á a questão posta na ADI nº 3695-5, referente à existência de uma “sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau”<sup>26</sup>, pois, somente será admissível o Julgamento Liminar quando a sentença de total improcedência coincidir com decisões dos Tribunais Superiores. Esta proposta harmoniza-se com a atual tendência do judiciário brasileiro de se praticar uma justiça de precedentes baseada em decisões dos Tribunais Superiores, a serem observadas pelos Tribunais ou Juízos inferiores.

Assim, de acordo com os incs. I a III do art. 333, a sentença que julgar liminarmente improcedente o pedido estaria vinculada a precedentes ou súmulas dos Tribunais Superiores. Com efeito, elimina-se a possibilidade de aplicação do instituto baseado em sentenças do juízo.

Também se verifica a intenção do legislador de reunir, em um mesmo dispositivo legal, as possibilidades de julgamento de improcedência *prima facie* do pedido vigentes no direito brasileiro: o julgamento de improcedência do pedido nas causas repetitivas e o julgamento em que se constata a prescrição e a decadência, atualmente tratadas de forma esparsa no Código Processual Civil nos art. 285-A, art. 219, § 5º c/c art. 267, I c/c art. 269, IV.

Desta maneira, aprimora-se a técnica legislativa do Julgamento Liminar do Pedido podendo-se depreender, com sua manutenção no futuro ordena-

---

26. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3695-5. PETIÇÃO INICIAL. P. 5-6. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335580&tipo=TP&descricao=ADI%2F3695> acesso em 11/01/12.

mento processual, que a experiência inaugurada com a Lei nº 11.277/2006 foi bem assimilada pela comunidade jurídica e pelos Tribunais, em particular.

Entretanto, as tormentosas questões referentes à técnica de aplicação deste instituto, apontadas ao longo deste trabalho, perduram, além de apresentar outras, até então inéditas. Assim, o Projeto não apresenta resposta para as controvérsias atualmente existentes e tende a aprofundá-las.

Percebe-se da leitura do *caput* do art. 333 que o Julgamento Liminar do Pedido pode recair sobre matéria fática, desde que a demonstração destes fatos não demande produção de prova em audiência. Trata-se de uma verdadeira confusão entre institutos diversos: julgamento liminar de improcedência do pedido e julgamento antecipado do mérito. Veja bem, matéria de fato que dispensa produção de prova em audiência comporta, nos termos do próprio CPC projetado, art. 362, o julgamento antecipado do mérito se “não houver necessidade de produção de outras provas”.

Entretanto, o direito à prova não preclui no momento da propositura da demanda, havendo momentos processuais subsequentes à propositura, em que prova, diversa daquelas que se produzem em audiência, pode ser produzida. Ademais, a Constituição da República, por sua vez, não legitima julgamentos sumários, nos quais o indivíduo seja privado de demonstrar a existência do seu direito no curso do devido processo legal.

Nas hipóteses em que o Julgamento Liminar do Pedido demandar decisão sobre matéria fática, esse julgamento somente se fará possível nas causas em que a prova for exclusivamente documental e é pré-constituída. Também não é o caso de o juiz se valer de prova emprestada, pois, neste caso, não se prescinde da garantia do contraditório.

No tocante à fundamentação da sentença, a aplicação dos precedentes encontra-se adequadamente definida, na medida em que o Projeto impõe ao magistrado o dever de fundamentar a sentença, explicitando as hipóteses de sua deslegitimação por ausência de adequada fundamentação.

Todavia, apesar de o art. 499 do Projeto recriminar o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, o artigo em comento contém draconiano conceito indeterminado e que, também, reacende a controvérsia acerca da constitucionalidade do instituto. É que o inc. IV do art. 333 do Projeto admite que o juiz possa julgar antecipadamente quando o pedido “for manifestamente improcedente”.

Uma coisa é aferir a improcedência *prima facie*, com fundamento em precedentes jurisprudenciais e em súmulas dos Tribunais Superiores, pois,

ao se prestigiar a jurisprudência destas cortes concretiza-se o princípio da igualdade. Portanto, de forma fundamentada o juiz, reafirmando a unidade sistemática do ordenamento jurídico, afasta a pretensão deduzida pelo autor, reputando-a improsperável por ser, que, em última análise, antijurídica. Verifica-se, nas hipóteses dos incs. I a III, a existência de limites definidos para a aplicação da medida excepcional que é o Julgamento Antecipado do Pedido.

Entretanto, ao transferir para o juízo privativo e monocrático do magistrado o poder de valorar a manifesta improcedência do pedido, sem assegurar ao autor o devido processo legal é uma barbaridade.

A ausência de precedentes das instâncias constitucionais não pode significar permissão para que o juiz, solitariamente, os estabeleça, bastando para tal desiderato mencionar a “manifesta improcedência” do pedido. Os precedentes representativos da jurisprudência dos tribunais superiores são construídos mediante debates exaustivos, antecedidos de manifestações das instâncias ordinárias, o que permite reconhecer que os precedentes são construídos coletivamente pelo Poder Judiciário.

O que este inc. IV está contemplando é a possibilidade de solitariamente, isolada e monocraticamente, o magistrado de primeiro grau de jurisdição, colmatando a lacuna decorrente da ausência de um precedente aplicável à espécie, estabeleça o seu precedente particular, negando, em consequência a garantia fundamental de acesso à justiça.

Esta situação traduz um pré-juízo, que, inclusive, na hipótese de vir a ser provida a apelação interposta neste caso, deveria ter como efeito o afastamento do juízo da causa, que não mais terá a isenção e equidistância necessárias para julgá-la posteriormente. Como o juiz já rechaçou, de plano, *prima facie*, a pretensão autoral, por entendê-la manifestamente improcedente, será absolutamente inútil qualquer diligência da parte autora para demovê-lo deste juízo.

A aprovação deste dispositivo implicará em grave violação de direitos fundamentais por privar o indivíduo da garantia de efetiva proteção judicial. Fica o convite para que a comunidade jurídica fique vigilante a fim de evitar o desprazer de contaminarmos nossa incipiente democracia com dispositivo legal violentamente inconstitucional por ferir de morte a garantia fundamental de acesso à justiça.

Por fim, cumpre assinalar uma omissão do Projeto. Não obstante a aceitação e aplicação da técnica da causa madura pelos tribunais, esse entendimento está contemplado, apenas parcialmente, no projeto de Código de Processo Civil. O dispositivo do projeto de Código de Processo Civil, que disciplina

o julgamento da causa madura, art. 1026, § 3º, somente faz menção à possibilidade de sua aplicação nos casos de julgamento liminar do pedido que reconhecem a decadência e prescrição<sup>27</sup>.

É nítido que prevaleceu o entendimento contrário à tese da aplicabilidade do princípio da causa madura em relação ao Julgamento Antecipado do Pedido. Com efeito, os esforços para fazer evoluir a interpretação jurisprudencial no sentido de se admitir a aplicação do princípio da causa madura parece que será abortada na eventualidade de aprovação do projeto do novo CPC. A omissão no projeto do novo CPC é deliberada, pois, trata-se de matéria relevante nos planos teórico e prático, objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais. Portanto, não é crível que o legislador tenha negligenciado o assunto; simplesmente, o abandonou por haver vislumbrado sua desnecessidade.

## 6. CONCLUSÃO

O Julgamento Liminar do Pedido é de ampla aplicação, tendo prevalecido no âmbito científico os fundamentos favoráveis ao reconhecimento de sua constitucionalidade, não obstante os intensos debates ainda vivos. A constitucionalidade do Julgamento Antecipado do Pedido decorre do fato de que a inafastabilidade da jurisdição é imperativa quando há lesão ou ameaça a direito, entretanto, quando é possível o juiz, desde logo, reconhecer que o patrimônio jurídico do autor não foi lesionado, nem ameaçado admite-se seja rechaçada a pretensão porque ele, o autor, não tem interesse em movimentar o aparato jurisdicional inutilmente.

Trata-se de importante técnica aceleratória do procedimento, que confere maior efetividade ao processo e que deveria ser aprimorada no Código de Processo Civil projetado.

Entretanto, o que se verificou foi o descompasso do legislador em relação às conquistas da sociedade em relação à efetividade e celeridade processuais.

---

27. Art. 965, § 3º – Se a causa versar sobre questão unicamente de direito ou estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo a lide quando:

I – reformar sentença fundada no art. 472;

II – declarar a nulidade de sentença por não observância dos limites do pedido;

III – declarar a nulidade de sentença por falta de fundamentação;

IV – reformar sentença que reconhecer a decadência ou prescrição. (BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 8.046/10, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=490267> acesso em 14/01/12

Neste passo, verificam-se grandes retrocessos no projeto do Código de Processo Civil, que não só atentam contra estes princípios, mas que fundamentalmente atentam contra a garantia fundamental do acesso à justiça.

Assim, caso o projeto de Código de Processo Civil seja aprovado, sem modificações, no que diz respeito ao Julgamento Liminar do Pedido trará grande retrocesso ao regime democrático. Portanto, fica o alerta para que a comunidade jurídica se mobilize no sentido de sensibilizar o legislador, com vistas a adequar este valioso Instituto às conquistas democráticas da sociedade brasileira.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BRASIL. **Metas Prioritárias de 2010 CNJ**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasprioritarias-de-2010>>, acesso em 02/07/2011.
- BRASIL. **Projeto de Lei Nº 8.046/10, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>, acesso em 15/08/12.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 3695-5. PETIÇÃO INICIAL**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335580&tipo=TP&descricao=ADI%2F3695>>, acesso em 11/01/12.
- DIDIER JR. Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, 604 p. Volume 3.
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, 600 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento).
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 633 p. Volume 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento).
- CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira, DUTRA, Elder Gomes. **Da improcedência liminar do pedido**. Texto cedido pelos autores, pendente de publicação em obra coletiva do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontífca Universidade Católica de Minas Gerais. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHArt. Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 717 p. Volume 2 (curso de direito processual civil).
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maris de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11ª ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos**. Revista de Processo. São Paulo, Ano 31, n.137, p. 171-186, jul.2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009, 282 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direto processual civil e processo de conhecimento**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direto processual civil e processo de conhecimento**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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 *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória**. Revista de processo. São Paulo: RT, vol. 189, nov./2010.



# A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* E DA CONVERSÃO DA DEMANDA INDIVIDUAL EM COLETIVA

MARIA EMÍLIA NAVES NUNES<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A participação social nos processos judiciais. 3. *Amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil. 4. A conversão da demanda individual em coletiva. 5. Considerações finais. 6. Referências

---

## 1. INTRODUÇÃO

Debates atuais e necessários giram em torno da efetividade da justiça. Barbosa Moreira (2001) salienta que “[...] *processo efetivo é sinônimo de eficiente.*” O Novo Código de Processo Civil, construído e em construção por intensas manifestações de juristas, tem por objetivo fulcral a exigência social de que o Poder Judiciário possa ser instrumento condutor e garantidor das liberdades e dos direitos, colaborando no cumprimento do imperativo constitucional de *promoção de uma sociedade livre justa e solidária*. Afinal, como explica Baracho (1984, p. 100), “*O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na viabilização em sede jurisdicional*”. A legislação processual, marcada por reformas desde a década de 90, já tangenciava este esforço, especialmente pela tutela antecipada, prevista em 1997, pela alteração recursal de 2001 e, por fim, pelas inovações executivas de 2002.

---

1. Professora Adjunta da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre e Doutora em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Há, certamente, pontos positivos e negativos em toda mutação social e elemento relevante é uma hermenêutica constitucional, que é de mais valia do que a simples contrariedade sem fundamentação. Afinal, interpretar “[...] *significa remontar do signo signum) à coisa significada (designatum), isto é compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada.*” (BOBBIO, 1995, p. 212) A remontagem dos signos pelos atores sociais no contexto do processo judicial é a aplicabilidade da democracia. No diálogo que é o processo, é preciso haver partícipes que possam compreender, interpretar e diagnosticar as mensagens advindas dos discursos. A manipulação dos signos exclui a racionalidade discursiva e transforma em balela a existência do devido processo legal. E é hora dos grupos sociais constituídos participarem ativamente na solução dos conflitos<sup>2</sup> e, neste sentido, há mecanismos já previstos e mais acentuados no novo diploma legal como, por exemplo, o *amicus curiae*<sup>3</sup> e a transformação de uma demanda individual em coletiva.

## 2. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS PROCESSOS JUDICIAIS

Desde 1978, portanto, antes da Constituição da República de 1988, de forma restrita e até mesmo considerada como mero assistente por alguns autores e não como *amicus curiae*, pode-se ver uma figura de intervenção no ordenamento jurídico brasileiro com a alteração da Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, e a inclusão do artigo 31 pela Lei nº 6.616, de 16 de dezembro de 1978, o qual determina a participação da Comissão de Valores

- 
2. “Do ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (...). Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata.” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6.)

3. “*Amicus curiae, amicia curiae, amicus partis ou amicus causae, ao pé da letra, significam “amigos da corte”.*”

*Instituto de matriz democrática, o amicus curiae confere legitimidade ao terceiro interessado para expor, aos juízes do tribunal, ponto de vista favorável a uma das partes.*

*Cumpra demonstrar as repercussões, diretas e indiretas, que a eventual declaração de inconstitucionalidade, pode suscitar, ainda mais na esfera abstrata de normas, cujas implicações políticas, sócias, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significado.*

[...]

*Sem dúvida, o amicus curiae enseja maior participação das entidades, grupos, classes ou estratos sociais, que podem apresentar informações elucidativas da matéria sub judicé.”* BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ªed., 2011, p. 290-291.

Imobiliários nos processos judiciais em que se discuta matéria de sua competência. Essa forma de intervenção especificada também aparece na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência e contempla, no artigo 118, a intervenção do CADE quando da aplicação da referida lei. A intervenção do INPI na ação de nulidade de patente (Lei nº 9.279/960) é vista por Alexandre de Freitas Câmara (2011) como uma modalidade de *amicus curiae*.

Nos incidentes de declaração de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868 de 1999 acresceu o § 3º ao artigo 482 do Código de Processo Civil), na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999) o relator poderá admitir como *amicus curiae*, amigo da corte, uma entidade representativa de classe ou órgãos. Em julho de 2001, a Lei nº 10.259, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, ao disciplinar o pedido de uniformização de interpretação de lei federal, acompanhou o mesmo sentido ao prever a manifestação de interessados, ainda que não sejam partes no processo. Já em 2006, a Lei de nº 11.417, que regulamenta o artigo 103-A da Constituição da República, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, contempla no § 2º do artigo 3º a manifestação de terceiros na questão. E, no mesmo ano, a Lei nº 11.418, acresce o artigo 543-A ao Código de Processo Civil de 1973 e que apresenta a possibilidade da presença de terceiros, subscrita por procurador habilitado, quando da análise da repercussão geral.

Na linha do tempo, é perceptível a possibilidade de participação de atores sociais ou órgãos no processo das decisões judiciais, dada a relevância social e o impacto do resultado. Neste sentido, Dinamarco e Grinover salientam que o legislador brasileiro tem buscado meios efetivos no processo para atender interesses sociais e políticos<sup>4</sup>, o que pode ser constatado pela edição de leis como a ação civil pública e a ação popular. Ampliar o enfoque dos legitimados ao processo é mais que urgente, pois “*Embora as pessoas na coletividade*

---

4. Contrapondo tais escopos metajurídicos do processo, ressalta Leal: [...] *manifesta-se inquestionável que o parâmetro de justiça social e econômica é estabelecido pela norma material formulada segundo os paradigmas pós-modernos de legitimidade democrática, não podendo, como almejam os instrumentalistas, alçar o título do órgão jurisdicional (o juiz) à condição de fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na realização de um direito justo. A justiça social ou econômica é meta ideológica da lei material, e não dos operadores de um processo que fosse veículo de criação de paz social e econômica, porque tal desiderato, na advertência weberiana, além de irreal, é onírico, uma vez que não há equidade ou direito justo à margem da realidade normativa (Grifo do autor).* LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 79

*tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.*” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 27)

Cappelletti e Garth, através da obra *Acesso à justiça*, deflagraram a exposição de ideias sobre a procedimentalidade e o processo, na expectativa de se concretizar uma *ordem jurídica justa* e de se expor a eficácia do processo.

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13)

O convite legislativo não é um mero favor, mas circunstância que propicia a legitimação necessária<sup>5</sup> ao Poder Judiciário<sup>6</sup> e, ao mesmo tempo, permite a gestão da decisão jurisdicional de forma democrática como convém ao Estado Direito<sup>7</sup> posto pela Constituição da República. É a adoção da tese Häberliana (BULOS, 2011<sup>8</sup>., a “sociedade aberta”, com a franca admissão ao

- 
5. “A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.” (ADIn 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000).
  6. “A possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa, envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos.” (GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 25-26)
  7. “É inevitável a identificação de uma nova função de natureza política e democrática do processo, pela atuação do denominado processo coletivo. O fenômeno rende margem à participação de entidades distintas do próprio aparato estatal sistematizado pelos órgãos governamentais, na formulação dos novos caminhos a serem seguidos pela sociedade. Resta manifesta a dimensão política do processo, nas opções relacionadas às decisões fundamentais a serem tomadas pelo Estado.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31
  8. “Não são apenas os órgãos incumbidos de aplicar o Direito que podem interpretar as normas supremas do Estado.

*Ninguém detém o monopólio da interpretação constitucional, nem mesmo o Poder Judiciário, aplicador do Direito por excelência.*

*Advogados, membros do Ministério Público, integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, juristas, doutrinadores, pareceristas, cidadãos, todos, enfim, que vivem sob a égide de uma carta magna, são seus legítimos intérpretes.*

debate para democratizar a interpretação constitucional antes de ser posto e definido o direito pelo Judiciário.

O anseio da sociedade civil pela participação nas decisões políticas e a exigência do comprometimento social são, nitidamente, em todos os países, uma tendência<sup>9</sup>. Democracia efetiva<sup>10</sup> só se perfaz pela participação, qualquer outra busca sensorial, ainda que arquitetada em face de aspirações filosóficas, não atende ao disposto e garantido dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual as deliberações serão ditas e perquiridas num respeito ao princípio da igualdade<sup>11</sup>.

---

*Essa foi a mensagem que Peter Häberle procurou transmitir com a tese da sociedade aberta dos intérpretes da constituição (Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, 1997).*

*Mas, ao propalar que a interpretação das constituições não é evento exclusivamente estatal, Häberle não desprezou a interpretação judiciária, estágio antecedente à aplicação autoritativa do Direito ao caso concreto.*

*Evidente que, no momento de aplicar, no caso sub judice, a carta suprema, são os titulares da jurisdição constitucional prevalecente.*

*É o Supremo Tribunal Federal quem profere a última palavra em matéria de interpretação da constituição.*

*Isso em nada diminui a importância dos coparticipes do processo exegético que atuam como intérpretes indiretos ou pré-intérpretes, os quais podem influir, a longo prazo, na tomada de decisões.*

*O que a tese häberliana sugere é abrir o rol cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes, para democratizar a exegese constitucional, de sorte que os casos de grande repercussão sejam, previamente, discutidos por todos, antes de serem sentenciados pelo Poder Judiciário (Peter Häberle, Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, 1997, p. 13). (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 6ªed., 2011, p. 438)*

9. Na década de 70, o economista Maurice Dobb já afirmava que: “No mundo contemporâneo, os direitos de propriedade divorciados da atividade social mostram-se mundialmente desprezados e se encontram na defensiva, enquanto que a classe trabalhadora surgiu mais forte, mais consciente de sua força e mais resoluta do que em qualquer outra ocasião. DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. Tradução de Affonso Blacheyre. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, p. 470
10. RUIZ, Manoel Maria Zorrilla. *Derecho del trabajo y proceso de cambio social*. Bilbao: Publicaciones de la Universidade de Deusto, 1977, p. 6, O autor esclarece que a definição de democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo deve ser interpretada com ênfase sempre na órbita do destinatário, sem isso há mera retórica.
11. “Como a normatividade do Direito emana da pretensão à aceitabilidade racional, ela é circunscrita à democracia, tendo de estabilizar-se entre idealidade e efetividade. Isto é, o Direito prescreve condutas após a formação democrática daquilo que é tido como devido ou não devido. A normatividade jurídica é fruto de um consenso, sendo, pois, uma prescrição a posteriori. Por ser a posteriori é que ela se distingue da normatividade da razão prática. Portanto, não há o que se falar em falta de normatividade ou prescrição do Direito ou na Teoria Discursiva do Direito de Habermas. Em outras palavras a teoria do Direito, como a teoria adstrita ao Estado Democrático de Direito segundo a formulação dada por Habermas, é prescritiva, pois normatiza condutas após uma formulação consensual daquilo que é passível de universalização. Isto porque, para Habermas, o normativismo proveniente da razão prática, em sua

### 3. *AMICUS CURIAE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto do Novo Código de Processo Civil prevê, em capítulo próprio<sup>12</sup>, a atuação do *amicus curiae*, tanto nos tribunais quanto no juízo monocrático. O mero fato de nominar já é também uma novidade, pois, como afirma Scarpinella (2006), “*não há, no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura do amicus curiae. Não pelo menos com o emprego desse nome*”. Assim, a discussão aventada sobre a natureza jurídica deste terceiro perde a relevância e o enfoque estará alinhado no ganho frente às perspectivas sociais.

O artigo 138 permite que o juiz ou o relator, dada a relevância da demanda ou a repercussão social da controvérsia, possa admitir de ofício ou a requerimento, como decisão irrecorrível, a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, mas impossibilitando ao terceiro a interposição de recurso<sup>13</sup>, salvo no caso de decisão em incidentes de resolução de demandas repetitivas. COUBE ao julgador, além da decisão da admissão<sup>14</sup>

---

*gênese, transfere-se para os dispositivos legais.* MOREIRA, Luiz (Org.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

#### 12. CAPÍTULO V

##### DO *AMICUS CURIAE*

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 de que trata este artigo, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

13. “*Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de Declaração opostos por amicus curiae. Ausência de legitimidade. Interpretação do § 2º, do art. 7º da Lei nº 9868/99. A jurisprudência do Supremo do Tribunal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos a relação processual nos processos objetivos do controle de constitucionalidade. Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção dos autos. Precedentes*”(DJE de 25.04.2008 – no mesmo sentido, cf. ADI 2.591-ED, ADI 3.346)”

14. “*na análise do Binômio relevância-representatividade, deverá o relator levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus afiliados porção significativa (quantitativa e qualitativamente) do(s) membro(s) do(s) grupo(s) social(is) afetado(s).*” É também o que defendeu o Ministro Celso de Melo na ADI nº 2.130-3 SC, quando afirmou que o *amicus curiae*, para “*legitimar-se deve-se apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem um adequada resolução do litígio*” BINEMBOJM, Gustavo. A

do *amicus curiae*, a discricionariedade dos poderes que poderá conferir a este terceiro o que, talvez, não seja oportuno e nem no compasso democrático<sup>15</sup>.

Contudo, em boa hora veio a previsão mais ampla da participação do *amicus curiae*, agora em juízo monocrático e também em todos os decisórios colegiados, ainda que passível de limitações. Marinoni, em 1999, prenunciava, ainda que tratando da atuação individual, ao falar sobre participação, aduziu premonitoriamente que “*O exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há que ser legítimo, mas a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação.*” (grifo nosso) (MARINONI, 1999).

A inovação também está vinculada na previsão da atuação do *amicus curiae* em face da especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. O caráter de perícia na intervenção fica evidenciado e em igual paridade com a o da participação social na decisão.

O simples fato de estar legislada a possibilidade do *amicus curiae* não implica necessariamente na adoção pelo Poder Judiciário, dado ao subjetivismo implícito no comando legal, modelo que reflete a institucionalização de participação da sociedade civil e a ineficácia dos mecanismos em face das estruturas administrativas e legais (AVRITZER, 1994). O remédio eficaz, ou possível antídoto, estaria na potencialização do princípio da publicidade e que, no entanto, poderá ser em parte obstaculizado pelo processo eletrônico, apesar da sua índole de inclusão digital, que se contrapõe a este em face da segurança no tráfego de informações.

Há de se ter também o devido cuidado para que a celeridade processual não seja comprometida por uma atabalhoada infestação de pedidos de parti-

---

*dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro.2005* <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>. Data de acesso: 11/11/2012.

15. “*Como salientado por muitos dos analisados de nossa história sócio-política-econômica, somos, milagrosamente, o único país do mundo em que o sistema capitalista consolidou-se sem ter havido o prévio da revolução burguesa. Por força disso, permanecemos, até hoje, não numa sociedade de classes, sim uma sociedade estamentária. E é típico de sociedades desse modelo assegurarem-se privilégios, obstaculizando-se a competição à base da competência, do que resulta a impossibilidade, quase que radical, de responsabilizarem-se agentes políticos, todos eles protegidos por seus privilégios estamentários, que lhes assegura o seu próprio autocontrole, o que equivale a nenhum controle social. Nesse quadro, qualquer acréscimo de poder aos magistrados, como protagonistas do processo jurisdicional de produção de direito, é acréscimo de arbítrio e fonte geradora de insegurança e de instabilidade dos direitos. O judiciário se disfuncionaliza, produzindo justamente os resultados para cuja inocorrência foi institucionalizado.*” PASSOS,J.J. Calmon de. *A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais*. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil, nº15, jan/fev, 2002, p. 5.

cipação que não seriam de intercessores credenciados na lealdade processual e nem na correta ilação da função social do instituto.

#### 4. A CONVERSÃO DA DEMANDA INDIVIDUAL EM COLETIVA

Talvez sem precedentes em ordenamentos alienígenas da forma legislada, a possibilidade de conversão da demanda individual em coletiva, ideia que surgiu nas audiências públicas para a elaboração do projeto<sup>16</sup>, poderá representar um ganho na efetividade social da tutela jurisdicional em face do alcance da decisão e também na diminuição do número de demandas judiciais. E, assim, *“Embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.”* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 27). A norma proposta marcaria o realce democrático e propiciaria economia<sup>17</sup> inquestionável. A resposta ao anseio de Portanova, que afirmou, em 1997, que é *“indispensável que se diga logo que ainda não se logrou pôr em prática um sistema processual efetivamente econômico e pleno que desse resposta adequada à pressa de nosso tempo”* (PORTANOVA, 1997), pode estar por vir em face dos direitos coletivos se, e somente se, a sensibilidade do órgão judicante promover a conversão. Fica também restrita esta possibilidade para os casos de dificuldade de formação do litisconsórcio, ou seja, o artigo 334 do Novo Código de Processo Civil estabeleceu a repercussão e este entrave como requisitos cumulados e não alternativos.

---

16. *“Uma das idéias de Barroso é que o Judiciário officie ao Ministério Público nesses casos, que pode transformar a demanda individual em coletiva. Ou o próprio Judiciário pode agir nesse sentido, intimando órgãos e entidades com interesse na causa a participar dos debates. “Isso realiza a ideia de universalização e igualdade, deixando de lado o atendimento lotérico, a varejo de prestações individuais”, afirmou. Para o constitucionalista, “a cultura brasileira ainda hoje é a da busca do privilégio e não do direito”, situação que “favorece quem tem mais informação e acesso a advogado ou a defensor público”. Segundo ele, essa realidade “favorece os menos pobres”.* Fonte STF. <http://www.consulex.com.br/news.asp?id=14003>. Data de acesso em 11/11/2012.

17. *As ações coletivas promovem economia de tempo e dinheiro não somente para o grupo-autor, como também para o judiciário e para o réu. Para o grupo-autor, a economia proporcionada pela tutela coletiva é manifesta. Afinal, tanto o custo absoluto de litigar a controvérsia coletiva é reduzido à despesa de uma única ação, como tais despesa poder ser rateadas proporcionalmente entre os membros.*

*A possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos.* GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25-26.



Sendo determinada a conversão, o Ministério Público, a Defensoria ou outros legitimados para a condução do processo coletivo serão intimados e poderão aditar a inicial. O autor permanecerá como litisconsorte. A imprecisão técnica do artigo reside no fato de que a Defensoria ou outros legitimados devem ser citados, e não intimados, já que o Ministério Público é o único que atuou no âmbito deste processo porque foi ouvido sobre a conversão.

Ao prever a “intimação” do Ministério Público, da Defensoria Pública e de outros legitimados, o legislador diferencia interesses coletivos e interesses sociais. A existência de conflito de interesses entre grupos é inerente aos interesses coletivos e não aos difusos. Com a delimitação do grupo, que se forma em razão de um mesmo interesse, a satisfação deste pode não interessar ao outro, que se uniu por interesses antagônicos aos dos primeiros. Os conflitos de interesses entre grupos devem ser resolvidos, em princípio, pelos representantes destes. A atuação ministerial só se respalda quando um destes se torna quantitativamente e qualificadamente representativo da defesa do interesse social<sup>18</sup>.

Inexistindo conflito de interesses entre grupos e convergindo as necessidades, o interesse coletivo pode ser visto como um interesse geral que seja também social. Nos interesses difusos, evidencia-se mais, diante da indeterminação subjetiva como sua marca e de terem conseguido alcançar projeção, um interesse geral de relevância social. Essa relevância dos interesses difusos e também dos coletivos de dimensão social é que legitima a atuação do Ministério Público. Conforme Kazuo Watanabe:

A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos ou coletivos, deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo o grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas ou públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimadas para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo – art. 81, da Lei nº 8.078/90 –), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

---

18. A disputa de interesses entre grupos de comerciantes deve ser resolvida por seus representantes. Se os interesses em conflito forem de uma pequena comunidade frente aos interesses de um grupo econômico, justifica-se a atuação Ministerial; a expressão comunidade revela interesse social. Ocorrendo um conflito entre um grupo economicamente hipossuficiente, mas sem a verificação de interesse social e sim de interesses privados, a defesa deverá ser delegada à Defensoria Pública, se houver falta de recursos econômicos dos interessados.

Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal. Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do parquet. Foi a **relevância social** da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular (WATANABE, 1998, p. 625).

Obviamente que as regras processuais se alteram, passando a valer os princípios e normas atinentes ao processo coletivo<sup>19</sup>. Normas de “*natureza de direito processual-constitucional-social*” como afirma Gregório Assagra Almeida, e que representam um

[...] conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social. (ALMEIDA, 2003, p. 22.)

Mas é preocupante a redação do § 2º do artigo 334<sup>20</sup>, pois, o autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte do legitimado para a condução do processo coletivo. Ora, se os citados não comparecerem,

---

19. [...] *um subsistema do processo civil brasileiro, com objetivos próprios (tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios (ações civis coletivas, ações civis públicas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual.* ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27-28.

20. Art. 334. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, ouvido o Ministério Público, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, 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.

§ 1º Determinada a conversão, o juiz intimará o Ministério Público, a Defensoria Pública ou outros legitimados para a condução de um processo coletivo, que, no prazo fixado, poderão aditar ou emendar a petição inicial, para adequá-la à tutela coletiva.

não se pode estar obrigado ao polo ativo, ter-se-á uma figura não legitimada para a intenção que se objetiva no efeito da coisa julgada coletiva. Dever-se-ia prever a não aceitabilidade da conversão pelos legitimados do processo coletivo, ou seja, a conversão só, e somente só, poderia efetivamente ocorrer no caso do ingresso dos legitimados e não como se infere do § 1º, pelo qual haverá a determinação da conversão e, após, a intimação dos legitimados. Tal dispositivo fere a inércia a ser guardada pelo Poder Judiciário. Poder-se-ia argumentar que as decisões interlocutórias são reversíveis, contudo, estar-se-ia no aguardo da prudência de um juízo. Ora, se ainda se prescinde de uma norma impeditiva para que o juiz da causa se exima de julgar quando for parte<sup>21</sup>, é porque o legislador teme certas arbitrariedades e, ficando como está, mais danoso pode ser o resultado.

O novo legislador, ainda na fase de projeto, considerou uma modalidade de litisconsórcio necessário. Neste caso, como acentuam Nelson Nery e Rosa Nery

Quando a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quer litigar em conjunto com o outro, esta atitude não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF, 5º XXXV). Deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no pólo passivo da demanda, como réu. (NERY JUNIOR, NERY, ROSA, 2001, p. 448).

Não resta dúvida de que a igualdade preconizada na Constituição deve ser cumprida na estrutura do processo como forma de assegurar às partes destinatárias do procedimento a simétrica participação e a simples “intimação” dos legitimados para o ingresso no polo ativo de uma demanda não terá o condão de suprir este requisito. O dispositivo não se refere a uma intimação de colaborar com a justiça, dever que seria cobrado, mas deixar à mercê de um autor individual os destinos de um comando coletivo. É bem verdade que

---

§ 2º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte do legitimado para a condução do processo coletivo.

§ 3º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 4º A conversão poderá ocorrer mesmo que autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, mas o seu processamento dar-se-á em autos apartados e ficará sobrestado até o julgamento da ação coletiva, ressalvada a possibilidade de concessão de tutela de urgência

21. Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

IV – quando ele próprio ou seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, for parte no feito;

não se terá a coisa julgada como efeito material na hipótese de insuficiência de provas, mas o que dizer de uma decisão de procedência, mas substancialmente irrisória ou inferior ao que poderia ser obtido?

Além destas mazelas, poder-se-ia indagar sobre a responsabilidade que terá este legitimado extraordinário. Acaso seria um gestor como o assistente do réu revel? Ou a solução seria o Ministério Público intervir no processo nos moldes do previsto na ação popular, ou seja, ocorrendo a desistência da ação, dentro de um poder discricionário e não de forma obrigatória, o Ministério Público poderá assumir o polo dito ativo e dar continuidade até a apreciação do mérito. Desta forma, ele pode iniciar, como órgão interveniente e terminar como parte, em legitimação extraordinária.

A inércia do judiciário é lição elementar do berço romano. A Jurisdição guarda essa qualidade até que a parte autora, quando se tratar de litígio (Jurisdição contenciosa), ou os interessados (na Jurisdição voluntária) busquem a tutela jurisdicional, ou seja, até que seja provocada. Não há possibilidade de a iniciativa da propositura do processo ser do próprio Estado-juiz, ou seja, de ofício. O princípio da inércia reforça a imparcialidade que se exige do órgão julgador, já que, considerando como válida a propositura de uma ação e a instaurando, emitir-se-ia subliminarmente um juízo de provável razão. Esta característica da Jurisdição é considerada por Celso Agrícola Barbi, seguindo a doutrina de Carnellutti, como *Princípio da demanda* e que o explica da seguinte forma:

[...] a invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual e que a defesa dos interesses próprios fica livre à iniciativa do seu titular [...] (BARBI, 1983, p. 21)

Se houvesse permissão para que o órgão julgador instaurasse o processo, estar-se-ia diante de um procedimento inquisitivo, do qual não se deseje proximidade, exceto por aqueles que exacerbadamente defendem o ativismo judicial.

## 5. CONCLUSÃO

Vislumbram-se os esforços para um novo modelo de processo e louvam-se as intenções legislativas pelo trabalho árduo e cooperativo de vários juristas. Percebe-se uma valorização da dimensão social, questão inafastável da pós-modernidade em suas inquietações políticas pró sujeito destinatário da norma e das políticas públicas. Contudo, o perigo é que o Poder Judiciário se torne o pai substituto e, assim, inefcaz será a arquitetura procedimental como validade de construção do provimento.

Encontrar o interlocutor dos signos emergentes das carências sociais só pode ser possível na esfera dos grupos constituídos pelos cidadãos e não na boa vontade governamental no suposto exercício de uma jurisdição afirmativa.

O procedimento calcado na “sociedade aberta” redundará em legitimidade democrática das decisões judicantes e conduz ao amadurecimento da sociedade para busca de seus caminhos com base no resgate de seus valores e na certeza de uma cidadania ativa.

Certo é que a lei jamais poderá ter força sem a intenção subjetiva de sua aplicação, cairiam no vazio todas as suas disposições. Mas a fiscalidade democrática pela publicidade pode e deve ser o instrumento de realização dos valores da norma abstrata. Porém, o mais premente é a consciência de todos os agentes do Direito para exigirem, enfrentarem, construir e conquistarem uma efetiva prestação jurisdicional.

Empenha-se pela superação da Cúria fechada (como sinônimo das cortes judiciárias e seus componentes julgadores, adstritos aos limites de autores e réus interessadamente definidos na ação levada a Juízo) para a adoção tímida do instituto da Cúria Ágora, uma praça de julgamento em que não mais são partes apenas os autores e réus originários da ação posta, mas outras partes interessadas, autorizadas a participar para simplesmente reafirmar razões já lançadas nos autos, ou para a ministração de novos elementos aos arrazoados, ou para inovar com a formulação de pedido próprio. Nas hipóteses de simples concordância ou colaborativas com os limites do pedido e contestação, a intervenção teria lastro de legitimação pela dimensão e respeitabilidade do interventor; mas a formulação de um terceiro pedido seria o que de mais democrático se pode esperar em uma discussão aberta e pública.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AVRITZER, Leonardo. (Coord.) *Sociedade civil e democratização*. In Modelos de sociedade civil: uma análise da especificidade do caso brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição. 1983.
- BINEMBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro*. 2005 <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>. Data de acesso: 11/11/2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ªed., 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21.ª edição. Editora Lumen Juris: São Paulo, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. Tradução de Affonso Blacheyre. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- <http://www.consulex.com.br/news.asp?id=14003>. Data de acesso em 11/11/2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- MARINONI. Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 3ª, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica*. In: Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, ano 4, nº 5, 1991.
- MOREIRA, Luiz MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais*. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil, nº15, jan/fev., 2002
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RUIZ, Manoel Maria Zorrilla. *Derecho del tabajo y proceso de cambio social*. Bilbao: Publicaciones de la Universidade de Deusto, 1977
- WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores ao anteprojeto* – 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

# O SISTEMA RECURSAL NO SUBSTITUTIVO BARRADAS

*GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES<sup>1</sup> E  
ANDRÉ GARCIA LEÃO REIS VALADARES<sup>2</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O sistema recursal brasileiro no novo código de processo civil com o substitutivo barradas; 2.1. Disposições Gerais; 2.2. Apelação; 2.3. Agravo de Instrumento; 2.4. Agravo Interno; 2.5. Embargos de Declaração; 2.6. Recursos Extraordinário e Especial; 2.7. Agravo de Admissão; 2.8. Embargos de Divergência; 3. Conclusão; 4. Referências

---

## 1. INTRODUÇÃO

Prevalece no entendimento da maioria dos cidadãos brasileiros o sentimento de que a nossa justiça é morosa, o que leva o Poder Judiciário ao desprestígio e gera a insatisfação do nosso povo.

Com o fito de garantir simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, bem como de estimular não apenas a inovação, mas também a modernização dos procedimentos, o Senado Federal, por meio do Ato 379 de setembro de 2009, nomeou Comissão de Juristas encarregada de elaborar anteprojeto de um novo Código de Processo Civil (CPC)<sup>3</sup>.

Aqueles que defendem a edição de um novo Código se pautam exatamente nessa questão da morosidade da Justiça brasileira. Alegam que o atual CPC

- 
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.
  3. O desafio da dita Comissão é, nas palavras de seu Presidente Luiz Fux, “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere” (BRASIL, 2010, p. 7).

não tem sido eficaz no seu objetivo de solucionar os conflitos individuais no tempo adequado, isto é, naquele tempo que, concomitantemente, observa o devido processo legal e evita a frustração do jurisdicionado na resolução de seu litígio.

O novo Código deve, sim, buscar atingir uma maior celeridade do processo civil, mas não pode fazê-lo a qualquer custo. Exige-se uma ponderação entre a celeridade e a segurança jurídica, a fim de evitar o aniquilamento de direitos e garantias fundamentais das partes do processo.

Diante do propósito de imprimir maior celeridade ao processo, o sistema recursal surge como um dos maiores obstáculos à sua efetividade. A comunidade jurídica é praticamente unânime em considerar o sistema recursal brasileiro nos moldes do atual CPC, com as sucessivas reformas pontuais que se seguiram, sobremaneira complexo.

Imperioso observar que as alterações pontuais, advindas da aludida onda de reformas, apesar de trazerem resultados positivos, geraram, naturalmente, o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais, comprometendo a sua sistematicidade. Indubitavelmente, a complexidade do sistema se confunde com desorganização, o que põe em risco a celeridade processual. A preocupação em preservar a forma sistêmica do Processo Civil visa, sobretudo, à obtenção de um grau mais intenso de funcionalidade<sup>4</sup>.

Vale pontuar, neste momento, que a simples alteração legislativa jamais alcançará a eficiência e legitimidade esperadas se não acompanhada de uma ampla reforma do Poder Judiciário e das práticas judiciais em nosso país (NUNES, BAHIA e CÂMARA, 2012).

Aponte-se, ainda, que o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas já tramitou no Senado Federal (PLS 166/10), foi emendado, aprovado e enviado à Câmara dos Deputados, na qual tramita atualmente (PL 8.046/10). A este projeto de lei, apenso ao PL 6.025/05, que também versa sobre o CPC,

---

4. A propósito, merece destaque a transcrição de trecho da Exposição de Motivos do CPC de 1973, na qual já ressaltava ALFREDO BUZAI: "(...) a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigência. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor; mas em outras saiu a emenda pior que o soneto."



foi apresentado recentemente parecer do Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, com substitutivo à matéria.

O presente trabalho, portanto, pretende analisar criticamente as inovações esperadas para o novo Código de Processo Civil, sobretudo com as recentes alterações promovidas pelo *Substitutivo Barradas*.

## **2. O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O SUBSTITUTIVO BARRADAS**

O sistema recursal, no PL 8.046/10, está previsto no Título II (Dos Recursos) do Livro IV (Dos Processos nos Tribunais e Dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), diferentemente de como é disposto no atual código, inserido no Livro I (Do Processo de Conhecimento).

Os recursos enumerados no CPC foram alvo de singelas mudanças, com a exclusão de recursos antevistos e a inclusão de outros. Suprimiram-se o agravo retido e os embargos infringentes, enquanto se acrescentaram dois recursos que não eram arrolados no art. 496: o agravo interno e o agravo de admissão. Digno de nota que o único recurso que não recebeu qualquer modificação foi o recurso ordinário, dispensando maiores explicações.

Vistos os recursos cabíveis, passar-se-á à análise das alterações mais significantes que despontaram no PL 8.046/10, principalmente após a apresentação do Substitutivo.

### **2.1. Disposições Gerais**

Diante da necessidade de se descomplicar o complexo sistema recursal, não há dúvidas de que se fazem imperiosas profundas mudanças nas disposições gerais, porquanto atinentes a todos os recursos previstos.

A primeira que merece ser apontada é o *prazo recursal*. Assim, com o intuito de simplificar o sistema recursal, propõe-se, no § 1º do art. 1.007, que “excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder os recursos é de quinze dias”, que passa a ser contado em dias úteis, por determinação do art. 219 do PL Substitutivo.

Outra mudança constante nas disposições gerais, e de extrema relevância prática, refere-se ao *efeito suspensivo dos recursos*. Determina-se, no novo CPC, que “os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”. Ou melhor, em regra, não se lhes atribui efeito suspensivo.

Sendo a regra geral a não atribuição de efeito suspensivo, o próprio PL prevê hipótese em que se confere esse efeito ao recurso, uma vez presentes dois requisitos cumulativos: (i) se houver risco de dano grave ou de difícil/impossível reparação, havendo relevante fundamentação, e (ii) se restar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Sublinhe-se que o Substitutivo Barradas não só retira a obrigatoriedade anteriormente estabelecida no PL de apresentar petição autônoma para o pedido de efeito suspensivo, como também traz a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo a todos os recursos, inclusive embargos de declaração, recursos especial e extraordinário e agravo de admissão.

Por fim, a última alteração relevante nas disposições gerais se refere ao *preparo*, sobre o que o PL 8.046/10 acrescenta três novidades no art. 1.020. A primeira, preconizada no inciso III, afasta o porte de remessa e de retorno dos processos que tramitarem em autos eletrônicos. O segundo, esculpido no § 1º, estabelece a possibilidade de o juiz relevar a pena de deserção caso o recorrente demonstre justo impedimento para a efetuação do preparo. Essa previsão só existia para o recurso de apelação, no art. 519 do CPC. A terceira inovação, também baseada no princípio da instrumentalidade do processo, está insculpida no § 2º do mesmo artigo e diz respeito a equívocos no preenchimento da guia de custas, possibilitando ao juiz, na hipótese de dúvida acerca do recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício em cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador.

Deve-se mencionar, ainda, que o Substitutivo Barradas demonstrou preocupação em adequar o sistema processual brasileiro à realidade da tramitação eletrônica de processos, porquanto, por diversas vezes, partiu-se do pressuposto de autos eletrônicos, trazendo ressalva expressa em casos de autos físicos.

Uma vez indicadas as alterações relevantes nas disposições gerais do sistema recursal no PL 8.046/10 com o Substitutivo, passar-se-á ao exame das principais mudanças referentes às espécies recursais.

## 2.2. Apelação

Tida como ‘recurso-tipo’, por ser o de conteúdo mais abrangente (ESTEVES, 2010, p. 70), a apelação é o recurso cabível contra toda e qualquer sentença (BARBOSA, 2005). O PL 8.046/10 e o Substitutivo mantêm essa regra, trazendo duas grandes novidades no tocante à apelação.

A primeira alteração é consequência da extinção do agravo retido, já comentada acima. Trata-se da relativização da preclusão, no caso de questões

resolvidas na fase cognitiva que não comportam agravo de instrumento, por força do art. 1.022, parágrafo único. Nestas hipóteses, como não é mais cabível o agravo retido, cuja finalidade é apenas impedir a preclusão, já que ausente a urgência ensejadora da possibilidade de interposição de agravo de instrumento (art. 522), essas questões poderão ser suscitadas em preliminar de apelação, caso sejam alegadas pelo vencido, ou nas contrarrazões, se o recorrido as alegar.

Cuida-se de novidade que pretende dar maior celeridade ao processo, sem atrapalhar o seu fluxo normal em primeiro grau. É certo, também, que tal regra não aniquila o princípio da segurança jurídica. Primeiro, porque será mantido no novo CPC o agravo de instrumento – e suas hipóteses de cabimento. Segundo, porque as questões não atacáveis por esse recurso poderão ser combatidas quando da apelação. A intenção é apenas tornar inexigível a interposição de um recurso (agravo retido), mantendo a possibilidade de discussão em momento posterior<sup>5</sup>.

A segunda grande inovação advém do Substitutivo Barradas e está prevista no *caput* do art. 1.023 e em seu § 1º. Determina o PL a interposição da apelação perante o tribunal competente para julgá-la e, em se tratando de autos físicos (ou seja, não eletrônicos), o recorrente instruirá a petição de interposição do recurso com cópia da sentença apelada, certidão da intimação da sentença ou de outro documento que ateste a tempestividade do recurso, petição inicial, contestação, réplica e outros documentos que entender convenientes.

A bem da verdade, está-se diante da criação de instrumento apartado para a apelação. Há, ainda, a previsão da possibilidade de o relator, caso entenda necessário, requisitar ao juiz de primeiro grau a remessa imediata da íntegra dos autos do processo. Além do mais, cria-se, ainda, a obrigatoriedade de juntada do comprovante da interposição do recurso no prazo de três dias, como ocorre atualmente com o agravo de instrumento (art. 526 do CPC).

Tal inovação é coerente com a regra geral de não atribuição de efeito suspensivo aos recursos, já que a decisão de primeiro grau poderá ser ime-

---

5. Inclusive, foi essa a justificativa na exposição de motivos: “Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.”.

diatamente efetivada caso não se conceda a suspensão. Todavia, a criação de novo instrumento não se afigura razoável com a economia processual.

### **2.3. Agravo de Instrumento**

O novo CPC prescreve profundas mudanças no recurso de agravo. Em primeiro lugar, como já foi mencionado, suprimiu-se o agravo retido. Em consequência, conforme dito anteriormente, alterou-se o regime de preclusões.

O novo CPC, portanto, prevê apenas o recurso de agravo de instrumento, enumerando as hipóteses de seu cabimento, que, segundo o substitutivo, são quatorze, dentre as quais se encontra a decisão sobre tutela antecipada, mérito da causa, litisconsórcio e competência.

Além disso, outras singelas alterações foram propostas, todas com o fito de obter o resultado final de forma mais célere, as quais serão detalhadas a seguir.

O § 3º do art. 1.030 admite a intimação do agravante para suprir a falta de peça obrigatória em cinco dias, sendo que, cumprida a ordem judicial, o recurso não é inadmitido. Ele só o será se o recorrente, intimado, não carrear aos autos o documento faltante.

Outra modificação referente ao agravo de instrumento diz respeito à juntada da cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição aos autos do processo, hoje prevista no art. 526 do CPC. Para os processos que tramitam eletronicamente, tal incumbência é facultativa, com objetivo de provocar a retratação. Já para os feitos que tramitam fisicamente, a providência é obrigatória e pode ensejar a inadmissibilidade do agravo, caso arguido e provado pelo agravado.

Por fim, o novo CPC extingue o requerimento de informação ao juiz da causa, existente no art. 527, IV.

### **2.4. Agravo Interno**

A previsão legal do agravo interno no rol dos recursos é novidade no sistema recursal brasileiro, pois o PL 8.046/10, em seu art. 1.007, o enumera entre seus incisos, sendo cabível contra qualquer decisão proferida pelo relator de forma monocrática a fim de que seja remetido ao respectivo órgão fracionário.

Além disso, o PL possibilita ao relator se retratar da decisão, hipótese em que o recurso se tornará prejudicado. Outra norma incluída neste capítulo diz

respeito à possibilidade de aplicação de multa de 1% a 5% do valor corrigido da causa, se manifestamente inadmissível o agravo interno, assim considerado de forma unânime no julgamento colegiado. Anote-se que nenhuma novidade fora introduzida pelo Substitutivo Barradas.

## 2.5. Embargos de Declaração

Muitas das alterações promovidas no tocante aos embargos de declaração advieram de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários reiteradamente manifestados.

A primeira delas é o acréscimo, ao lado das tradicionais obscuridade, contradição e omissão, da correção de erro material, nos termos do art. 1.035<sup>6</sup>. Além disso, o Substitutivo Barradas adicionou ao cabimento dos embargos declaratórios a correção de erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, entendidos pela doutrina como a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Outra mudança interessante se relaciona à previsão expressa da possibilidade de se imprimir efeitos modificativos aos embargos de declaração, ocorrida em virtude da correção do vício, condicionada à oitiva da parte contrária em cinco dias<sup>7</sup>, preconizada no § 2º do art. 1.036.

Essa possibilidade decorre de interpretação teleológica, porquanto, tendo os embargos a finalidade de corrigir vício da decisão (obscuridade, contradição, omissão ou erro material), o provimento do recurso pode levar à alteração do dispositivo do *decisum* embargado, notadamente quando da eliminação de omissão.

A inclusão de elementos pleiteados no acórdão, para fins de prequestionamento, é outra novidade trazida no PL 8.046/10<sup>8</sup>. Assim, se os embargos

- 
6. Embora o art. 535 não prevesse expressamente a correção de erro material, a jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, há muito já a admitia como hipótese de cabimento dos embargos de declaração (EDcl no AgRg no REsp 892.949/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 24/08/2011).
  7. Trata-se de ato que respeita o princípio do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente previstos. A modificação do julgado sem a devida vista ao embargado enseja nulidade do ato processual, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.058.786/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julgado em 18/11/2010, DJe 01/12/2010).
  8. Tal questão foi tratada na Exposição de Motivos, transcrita *in verbis*: “há dispositivo expreso determinando que, se os embargos de declaração são interpostos com o objetivo de prequestionar a matéria objeto do recurso principal, e não são admitidos, considera-se o prequestionamento como

de declaração interpostos para fins de prequestionamento não são admitidos, ainda assim podem os Tribunais Superiores considerarem o prequestionamento como havido, caso repute existentes omissão, contradição e obscuridade. Trata-se de admirável novidade, atenta à celeridade processual, porque unifica a atual divergência de critérios de identificação do prequestionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>, optando o novo código pela posição daquele.

O PL 8.046/10 ainda soluciona expressamente uma dúvida bastante discutida nos tribunais e na doutrina, porquanto a jurisprudência já é pacífica em considerar que os embargos declaratórios intempestivos não interrompem o prazo para interposição de outros recursos<sup>10</sup>.

Demais disso, prevê-se expressamente a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração, atualmente inexistente.

Ademais, prescreve-se o aumento da multa imposta ao embargante que interpõe recurso meramente protelatório para até 2% e, em caso de reiteração, de até 10%.

## 2.6. Recursos Extraordinário e Especial

O tratamento dado aos recursos extraordinário e especial passou por alteração em sua estrutura, a fim de se adaptar às mudanças do próprio código, como ao inovador incidente de resolução de demandas repetitivas, no art. 988. Nesta ordem de ideias, com a finalidade de obter maior efetividade processual, bem como assegurar isonomia e segurança jurídica, o PL dispõe acerca de normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência, notadamente em casos de causas repetitivas (CUNHA, 2011, p. 260).

Uma das novidades é a possibilidade de suspensão dos processos de primeiro grau, por período não superior a doze meses. Suspendem-se também os recursos que versarem sobre a questão controvertida tanto nos tribunais superiores, quanto nos tribunais de segundo grau.

---

havido, salvo, é claro, se se tratar de recurso que pretenda a inclusão, no acórdão, da descrição de fatos.”.

9. A norma em questão, diga-se, esvaziará o enunciado n° 211 do Superior Tribunal de Justiça, que estima ser “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.
10. AgRg nos EDcl no Ag 1342242/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma do STJ, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011.

A par dos recursos repetitivos, outras modificações ocorreram no tocante ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Exemplo disso é a introdução de interessante norma relativa à instrumentalidade das formas, dispondo acerca da existência de defeito formal não grave em recurso tempestivo e a possibilidade de desconsideração do vício por parte dos tribunais superiores, com o conseqüente julgamento do mérito.

Além disso, introduze-se no PL 8.046/10 dispositivo que determina que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça remetam os recursos um ao outro, caso a matéria verse sobre questão infraconstitucional ou constitucional, respectivamente. O projeto, portanto, soluciona a questão da competência no âmbito dos recursos de maneira expressa, determinando a possibilidade de remessa dos autos ao tribunal competente, conforme a regra da competência absoluta.

Anota-se que o Substitutivo Barradas previu expressamente a possibilidade de pedido de efeito suspensivo aos recursos ora discutidos, seja em petição autônoma, seja no próprio corpo do recurso.

## **2.7. Agravo de Admissão**

Assim como o agravo interno, o agravo de admissão não tem previsão no rol dos recursos do art. 496 do atual diploma processual civil. Atualmente, o art. 544 prevê a interposição de agravo em caso de inadmissão de recurso extraordinário e especial. O que houve, pois, foi a previsão de seção própria dentro do capítulo dos recursos dirigidos aos tribunais superiores e de nome específico para o recurso. Cuida-se de novidade introduzida no Senado Federal, durante a tramitação do PLS 166/10. O processamento deste recurso se dá na forma do regimento interno dos tribunais e prescinde de preparo.

## **2.8. Embargos de Divergência**

Aos embargos de divergência se conferiu seção própria dentro do capítulo dos recursos dirigidos aos tribunais superiores, no art. 1.056. Além disso, expandiu e explicou de maneira mais detalhada o cabimento deste recurso. Ao fim, no § 2º do art. 959, estendeu ao recurso extraordinário e às ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal o que se atribuiu aos processos do Superior Tribunal de Justiça.

O art. 1.056 prevê a possibilidade de embargos de divergência em quatro situações: (i) quando a decisão da turma, *em recurso especial ou extraordinário*,

divergir do julgamento de outro órgão do mesmo tribunal, sendo as decisões embargada e paradigma (i.a) de mérito; (i.b) relativas ao juízo de admissibilidade; (i.c) uma de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; e (ii) quando a decisão da turma, *nas causas de competência originária*, divergir do julgamento de outro órgão do mesmo tribunal.

Nessa ordem de ideias, o Substitutivo estabeleceu a possibilidade deste recurso ser admitido contra decisão de turma nas causas de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e não apenas contra decisão de recurso especial.

Além disso, estipula o Substitutivo o cabimento do recurso em tela quando o acórdão paradigma é da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que a sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

### 3. CONCLUSÃO

O advento de um novo Código de Processo Civil é, hoje, uma realidade. Já não cabe mais discutir a pertinência de sua elaboração. Muito válido, por outro lado, é o debate acerca de seus termos, eis que em jogo dois princípios fundamentais no âmbito do sistema processual civil e, especificamente, do subsistema recursal que devem ser ponderados: a celeridade processual e a segurança jurídica.

Dentro das inovações trazidas, há a estipulação da regra geral da não atribuição de efeito suspensivo aos recursos, admitindo, porém, a concessão deste efeito caso presentes os requisitos legais, bem como a extinção do agravo retido, alterando o regime das preclusões no sistema processual brasileiro. Questões relativas ao preparo e ao prazo recursal também foram objeto de alteração no projeto do novo código.

Já o Substitutivo Barradas trouxe novidades ao PL 8.046/10, como a interposição da apelação diretamente no Tribunal que a julgará, por meio de instrumento próprio, e a previsão expressa da possibilidade de se atribuir efeito suspensivo a embargos de declaração, recursos extraordinário e especial e agravo de admissão. Além disso, demonstrou-se preocupação em adequar o sistema processual brasileiro à realidade da tramitação eletrônica dos processos, por meio da previsão de procedimentos excepcionais em caso de autos físicos.

Enfim, as mudanças propostas no novo CPC merecem mais aplausos do que críticas. É imprescindível, no entanto, aguardar o resultado prático dessas alterações no decorrer dos anos subsequentes à sua entrada em vigor.



#### 4. REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.5.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil: anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. v.1.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 36, nº 193, p. 255-279, mar. 2011.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v.3
- ESTEVES, Heloísa Monteiro de Moura. **Recursos no processo civil**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Atualizar, 2010.
- 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 10 de março de 2012.
- NUNES, Dierle *et al.* **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PARENTONI, Leonardo Netto. Brevíssimos pensamentos sobre as linhas mestras do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 36, nº 193, p. 281-315, mar. 2011.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



# DECISÃO JUDICIAL NÃO FUNDAMENTADA NO PROJETO DO NOVO CPC: NAS SENDAS DA LINGUAGEM

BECLAUTE OLIVEIRA SILVA<sup>1</sup>

## DICIONÁRIO

*As palavras são certas.  
Seus significados, precisos.  
Até saírem do dicionário  
E caírem, ingênuas,  
Em minha mente confusa...  
Pobres palavras...  
Para dar vida a meus pensamentos,  
Liquefazem-se...,  
Construindo sentidos imprecisos  
Em meu dicionário!  
Beclaute*

---

**Sumário:** Introdução. 1. Fundamentação da decisão judicial como garantia constitucional. – 2. Fundamentação da decisão judicial, conceito jurídico indeterminado? – 3. O legislador e a concreção da fundamentação. – 4. Análise sucinta do art. 500, § 1º, do Projeto do novo CPC. 5. Conclusão? 6. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O texto do Projeto de Lei nº 8.046/2010, de relatoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, consagra um dispositivo bem interessante referente à fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de determinação

---

1. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFAL (Mestrado e Graduação). Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Membro da ANNEP, do IBDP e da ABDPC.

do que seria uma decisão não fundamentada. A prescrição está contida no art. 500, § 1º, do aludido Projeto, que assim dispõe:

§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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.

No presente ensaio, a fundamentação da decisão judicial e a sua contradição serão objeto de análise, dando-se ênfase ao novo contorno em que o ato ilícito não fundamentar entra neste contexto. Para isso se demarcará a categoria fundamentação como categoria esperada pelo legislador constituinte, suas consequências no ordenamento jurídico pátrio, além da inserção do cerco conceitual do que seria não fundamentar. Trata-se de uma primeira aproximação sobre o tema, sem pretensão de exauri-lo, já que ele demanda análise mais pormenorizada.

## **1. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL**

O sistema jurídico pátrio, desde o período colonial, elegeu a necessidade de fundamentar a decisão judicial como elemento necessário da sentença. Isso já se acha explicitado nas Ordenações Filipinas, que se transcrevem:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista,

as causas, em que se fundaram a condenar, ou absorver, ou a confirmar ou a revogar.<sup>2</sup>

Indica o texto acima transcrito que a fundamentação se prestava para dar conhecimento aos interessados das razões da decisão, a fim de que o interessado verificasse se convinha ou não recorrer. Observa-se aqui uma nítida preocupação, no sistema, com o respeito ao contraditório e com a publicidade das decisões.

É claro que a exigência também tinha nítida função fiscalizadora dos atos dos mandatários do Rei, julgadores, já que judicar era função atrelada ao Poder Central. Daí o advérbio “especificamente”, enfatizando a necessidade de pormenorizar as razões da decisão.

A exigência de fundamentar acompanhou nossa história processual. O CPC vigente estabelece isso em várias ocasiões (art. 131 do CPC, art. 273, § 1º e 4º, do CPC, 458, II do CPC etc.), tendo sido considerada, no sistema constitucional passado, como cláusula constitucional implícita, decorrente do Estado de Direito.<sup>3</sup>

Esta garantia passou a ser expressa com o advento da Constituição de 1988, que no art. 93, IX, prescreve: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Assim como nas Ordenações Filipinas, a publicidade e a fundamentação andam juntas em nossa Constituição. Assim, além do aspecto endoprocessual da fundamentação, há o caráter extraprocessual, que visa legitimar as decisões do Poder Judiciário, funcionando como um controle democrático difuso, na visão de Michele Taruffo.<sup>4</sup>

Além disso, como defendido em obra anterior,<sup>5</sup> a exigência de fundamentação compõe o antecedente de norma de estrutura que impede a edição de Emenda Constitucional que, revogando o art. 93, IX, da CF/88, implique mácula ao equilíbrio entre os Poderes (art. 60, § 4º, III, da CF/88), já que,

---

2. Ordenações Filipinas, Livro III, título LXVI, nº 7.

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In **Temas de Direito Processual (Segunda Série)**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

4. TARUFFO, Michele. Note sulla Garanzia Costituzionale della Motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LV: 29-38. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979, p. 30-31.

5. SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental da motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 145-148.

se o Magistrado ficar dispensado de fundamentar, estará acima da lei. Ter-se-ia, no Judiciário, um Poder acima dos demais. Esta é uma das razões que lançam a garantia da fundamentação da decisão judicial como uma cláusula pétrea. Mas, não só. Sua existência concretiza o valor constitucional justiça e segurança jurídica, além das garantias do devido processo legal, acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição), juiz natural, contraditório, ampla defesa etc.<sup>6</sup>

Por essas razões, revela-se de suma importância, para a estrutura funcional do sistema vigente, a manutenção e o aprimoramento da referida garantia. Trata-se de um imperativo que impõe tanto ao Legislativo como ao Judiciário velarem para que a exigência da motivação seja efetivada em seu mais alto grau de otimização. O Projeto do Novo CPC cumpre o aludido papel com a prescrição do art. 500, § 1º.

Fique claro que a garantia não só se dirige à sentença, mas a todo ato decisório do Poder Judiciário, culminando com a própria Constituição, resultando na pecha de nulidade ao seu desrespeito.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL, CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO?

A fundamentação da decisão judicial é algo tão comezinho no direito processual que até parece ser uma categoria semanticamente fechada, tendo seus contornos totalmente delimitados, necessitando-se, para esclarecer eventuais dúvidas sobre seu conteúdo, nada mais que um dicionário. Ledo engano!

No pensamento de Karl Engisch, um conceito juridicamente indeterminado seria aquele que possui em certa medida um conteúdo incerto. No conceito juridicamente indeterminado haveria núcleo determinado e uma zona de incerteza, em que reinam as dúvidas sobre a exata dimensão e limite do conceito.<sup>7 8</sup>

A indefinição do conceito decorre de uma imprecisão semântica. Muitas vezes o léxico não consegue abarcar as diversas facetas de um objeto. Nesses

---

6. SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental da motivação da decisão judicial**. *Op. cit.*, p. 99-133.

7. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Trad. José Baptista Machado. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001, p. 208-209.

8. Acerca do tema, interessante trabalho, defendido como Dissertação de Mestrado de Alexandre Góis. (VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. **As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do § 5º, do art. 461 do CPC**. Dissertação de Mestrado. Recife: UNICAP, 2012).

casos, fixa-se o núcleo e deixa para o caso concreto a delimitação dos contornos efetivos do conceito. Assim, o conceito juridicamente indeterminado é semanticamente determinável, no plano pragmático. Talvez uma melhor definição fosse o conceito juridicamente determinável, já que se for indeterminado, jamais seria passível de determinação. Feitas estas sucintas considerações, passa-se a verificar os contornos que a expressão fundamentação possui.

Pode-se afirmar que fundamentar explicita a ideia de conferir fundamentos, alicerces, fundar. Indica a ideia de que a decisão tem solidez, densidade. Não se abala com vergastas eventuais. Permanece firme, já que (pro)funda!

Mas fundamentar também evoca a ideia de motivar, apresentar os motivos, as razões, as causas para a decisão. Entretanto não é qualquer razão ou motivo. A fundamentação só se contenta com um firme lastro na ordem jurídica de onde a decisão provém. Não pode ser simplesmente um “eu quero”, típico do discurso político, mas um “eu sei”, embora queira dizer, claro, um “eu quero”. A fundamentação, neste contexto, deve se manifestar como razão, embora evoque um ato de vontade, de escolha.<sup>9</sup> Isso fica patente na obra de Hans Kelsen, que afirma ser o ato de aplicação um ato de vontade, permeado pela inteligência.<sup>10</sup>

No contexto de fundamentar, ainda, ingressa a questão da explicação (*ex + plicare*), que etimologicamente significa extrair, retirar, pôr para fora (*ex*) as dobras (*plicas*). Só se aplica o que antes se explica. Interessante, neste contexto, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O termo **aplicabilidade** tem origem, etimologicamente, no verbo *applicare*, que, por sua vez, resulta de *ad-plicare*. *Plicare* significa dobrar e o sufixo *ad* é uma preposição de acusativo que acompanha as circunstâncias de lugar, proximidade, tanto no sentido espacial (onde) quanto no sentido temporal (quando). Daí o sentido original de *applicare* reportar-se à idéia de *enroscar*, *juntar* numa certa direção, envolvendo, em consequência, uma finalidade. Na linguagem jurídica, por isso, aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos). A aplicabilidade exige, assim, interpretação.<sup>11</sup> (O original está destacado).

- 
9. A ideia de que o discurso jurídico é um eu quero travestido de um eu sei é de Torquato Castro Júnior. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPE, vertida em Conferências.
  10. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. Jose Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 469-471.
  11. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 14.

Mas não é só. Fundamentar é também justificar. O radical “jus” ou “ius” não aparece à toa no termo, pelo contrário, comunica sua exata dimensão. Sempre bom lembrar que o termo *ius* tanto serve para designar o direito, como também enquanto radical da expressão *iustitia*. Neste caso, a fundamentação ganha outro contorno. Ela não se contenta apenas com as meras razões, pois exige que o julgador demonstre que a decisão tomada é a que melhor se a(jus)ta ao caso, tal qual a “régua de lesbos”<sup>12</sup>, que alegoricamente Aristóteles usa para expressar a justiça no caso concreto, também denominada por ele como equidade.<sup>13</sup> Não se trata aqui de alusão ao jusnaturalismo. Pelo contrário, foi opção expressa de nosso sistema jurídico que determinou como meta da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da CF/88). Tal comando se dirige aos Poderes do Estado, inclusive ao Judiciário, que tem na fundamentação a oportunidade de demonstrar que sua decisão é justa, ou seja, que segue os ditames perseguidos pela ordem jurídica, a qual determina que no ato de aplicação o Magistrado deve observar os fins sociais a que a lei se destina, bem como as exigências do bem comum (art. 5º da LINDB, antiga LICC).

Outra questão que a fundamentação lança é a necessidade de demonstrar. E isso remete à prova. Ou seja, fundamentar exige demonstração tanto do direito, como do fato. Demonstra-se argumento com outro argumento. Essa assertiva tanto serve para o direito como para o fato. O argumento que serve para demonstrar fato denomina-se prova. Sem adentrar em pormenores, o presente articulista trabalha com a ideia de que fato é relato linguístico do evento.<sup>14</sup> Assim, a prova é um relato que fala de outro relato, ou seja, argumento que se refere a outro argumento.

Deve-se registrar também que a lei enuncia que a decisão será fundamentada quando ela não for omissa, contraditória ou obscura. Exige-se, desta feita, que ela seja completa, consistente e clara. No Projeto do novo Código de Processo Civil, há a obrigatoriedade de o Magistrado manifestar-se sobre todos os argumentos das partes que infirmem ou confirmem a tese que adotou para resolver o caso. Outra importante inovação.

---

12. Instrumento de medida utilizado pelos gregos para mensurar superfícies irregulares. Tal régua se ajustava ao objeto, e não o objeto à régua.

13. ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Trad. Julio Palli Bonet. 1ª ed., 4ª reimp. Madrid: Editorial Gredos. 1998, p. 238, 264-265.

14. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 85-90.



Nesta análise perfunctória, percebe-se que o termo fundamentar evoca a ideia de fundamento, de motivo ou de razão, de explicação, de justificação e de demonstração. Mais. A lista não é exaustiva. Para cada significado a que a expressão remete, há referência a outros conceitos que necessitam de densificação. A fundamentação é categoria que não existe abstratamente só. Ela positiva valores (justiça, segurança jurídica etc.), mas necessita sempre do concreto. E a concreção sempre exige complementação, que normalmente não é determinada, mas determinável.

Por essa razão, apesar de fundamentar se apresentar aparentemente como um termo semanticamente fechado, ele demanda concretização que perpassa categorias complexas que o tornam aberto. Deve-se salientar, no entanto, que a abertura ou o fechamento sempre irão depender do caso em análise. Fundamentar uma sentença que extingue a execução por pagamento ou que homologa um acordo não se compara àquela que decide sobre a construção ou não de uma hidrelétrica na bacia do Amazonas.

### 3. O LEGISLADOR E A CONCREÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO

Através do Projeto do novo CPC, surgiu no texto que estipula o que não é uma decisão fundamentada uma tentativa de indicar caminhos para a efetividade da fundamentação. Aqui duas perguntas se lançam: a) o legislador tem competência para efetivar tal limitação? b) se é competente, o rol estipulado é taxativo?

Passa-se à análise das questões propostas.

#### 3.1. (In)competência legislativa para definir abstratamente decisão não fundamentada

Até hoje, coube ao Poder Judiciário, destinatário da norma de estrutura que ordena a fundamentação, definir os contornos de uma decisão fundamentada. Para isso, muitas vezes, fez-se uso da denominada, mas rechaçada por muitos, fundamentação *per relationem*, que ocorre quando o julgador, em vez de construir as razões que o levaram a decidir acerca de uma questão em sentido amplo, prefere se reportar a decisão anteriormente produzida.

A casuística da fundamentação *per relationem* pode ser assim resumida: a) o Tribunal adota como seus os fundamentos da decisão de 1º grau rechaçada; b) o Magistrado adota como seus os motivos apresentados por outro juízo – inclusive os que remetem à jurisprudência ou à súmula; c) o Magistrado

adota como suas as razões produzidas por qualquer das partes ou manifestação do Ministério Público;<sup>15</sup> d) decisão em juízo de retratação; e) a hipótese do art. 285-A do CPC.<sup>16</sup>

Há decisões do STF consagrando a aludida prática, tanto na esfera cível, como na penal, tal qual se percebe do disposto nas seguintes ementas:

Ementa: Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791292 QO-RG/PE – Pernambuco. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 23.6.2010. DJe. 149. Divulg. 12.8.2010. Public. 13.8.2010. Ement. Vol. 2410-06, PP. 01289. RDECTRAB v. 18, n.203, 2011, p. 113-118).

Ementa: Habeas corpus. 2. Homicídio e estupro. Pronúncia. Recurso em sentido estrito. Juízo de retratação (CPP, art. 589). 3. Alegada ausência de fundamentação. Não ocorrência. Motivação *per relationem*. Validade. 4. Ordem denegada. 5. Revogação da prisão por excesso de prazo. Superveniência de sentença condenatória. Prejuízo. Rel. Min. Gilmar Mendes. (HC 112207/SP, 2ª Turma. Julgamento 26.6.2012. Processo Eletrônico. DJe.-188. Divulg. 24.9.2012. Public. 25.9.2012).

Ementa: Habeas Corpus. Colégio Recursal de Juizado Especial. Apelação. Não provimento. Remissão aos fundamentos da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. O § 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX da Constituição do Brasil. Ordem denegada". (HC

15. PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 116.

16. "Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada." Redação estipulada pela Lei nº 11.277/2006.

86.533-0 – SP; Relator Min. Eros Grau, v.u., j. 8.11.2005;  
DJ 2.12.2005, p. 13).

Alejandro Nieto, apesar de rechaçar a prática da fundamentação *per relationem*, lamenta que a Suprema Corte de seu País – a Espanha – não a considere um vício relevante da fundamentação.<sup>17</sup>

A orientação do Supremo Tribunal Federal que reputa satisfeita a exigência constitucional de fundamentação satisfeita pela via *per relationem* pode vir a criar um impasse acerca da atuação do legislador ordinário quanto à sua vedação. Afirma-se isso porque o disposto no art. 500, § 1º, do Projeto do novo CPC tem como um dos fins acabar com a aludida prática.

Deve-se destacar que tal dispositivo poderá ser reputado incompatível com a Constituição, já que estabelece parâmetros e limites para o julgador, não presentes no texto supremo. É um argumento. No entanto, parece plausível o movimento inverso. Ou seja, é plenamente possível a estipulação de indicativos que maximizem uma garantia fundamental, principalmente quando esta encerra, como demonstrado, uma regra semanticamente aberta. No caso, o legislador, que aplica e, por isso, interpreta a Constituição, está se valendo dos princípios que norteiam a hermenêutica constitucional, especificamente, o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva, que consiste em “atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades”.<sup>18 19</sup>

Interessante notar que o legislador projetista não pretende dizer o que é fundamentação. Apenas aponta para o que não considera uma decisão fundamentada. Cria para isso uma norma de estrutura que irá balizar a conduta do Magistrado, no ato de produzir a decisão judicial.

Antes não havia tal parâmetro, ficando ao Judiciário a aptidão de, no caso concreto, estabelecer o que era ou não uma decisão fundamentada. Permanece assim. O que houve é que agora o legislador está, no projeto, ampliando semanticamente o espectro do que seria uma decisão fundamentada, atentando para uma melhor e máxima efetivação da garantia constitucional, otimizando-a.

---

17. NIETO, Alejandro. **El arbitrio judicial**. Barcelona: Ariel, 2000, p. 286-289.

18. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 215.

19. Prefere-se ao termo extrair a expressão construir, já que norma não é extraída do texto, mas construída pelo intérprete.

Desse modo, por reputar que a norma projetada não tem o condão de limitar o alcance do que é fundamentar, mas apenas conferir ao aplicador uma maior e melhor forma de realizá-lo no ato de concretização, é que considera constitucional a ideia projetada no art. 500, § 1º, do Projeto do novo CPC. Frise-se ainda que tal atuação diz respeito à regulação de processo, pois estabelece o modo como a decisão judicial será concretizada, estando o Congresso Nacional a fazer uso da competência estatuída no art. 22, I, da CF/88.

Superada esta etapa, passa-se à próxima. Ou seja, a discussão se o rol estabelecido no art. 500, § 1º, do Projeto do novo CPC é taxativo ou exemplificativo.

### **3.2. Rol do art. 500, § 1º, do Projeto do novo CPC (exemplificativo ou taxativo)**

O legislador projetista lançou uma lista de situações em que, segundo indica, haverá inexistência de fundamentação, logo deverá ser anulada. O termo “não” ingressa com uma função concretizadora interessante, já que retira do espectro da fundamentação decisões antes reputadas, no caso concreto, fundamentadas.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que a fundamentação, por se dar no plano concreto, como já visto, não pode ser demarcada totalmente no plano abstrato. Abstratamente só é possível, para o caso, indicar algumas pistas, mas não estabelecer, *a priori*, o que é uma decisão fundamentada. Delimitar o conceito de decisão fundamentada implicaria tolher a garantia constitucional, o que seria vedado, no caso, já que a aludida regra constitucional não se mostra de eficácia contida ou restringível – aquelas normas em que o texto constitucional autoriza o legislador ordinário a conter a sua eficácia.<sup>20</sup>

Por essa razão, andou bem o legislador projetista ao indicar situações que implicariam não fundamentação. Ele não limita o conteúdo semântico da fundamentação, mas aponta para aquilo que não seria, para o legislador pátrio, uma decisão não fundamentada. Mais. Toma por critério uma regra hermenêutica importante, já que, como relatado, materializa e potencializa ao máximo o preceito constitucional. Não deixa de ser uma delimitação semântica. Porém a delimitação tem por função conferir maior efetividade.

---

20. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

Deve-se destacar ainda que a estipulação delimitadora em nenhum momento tem a pretensão de ser exaustiva, já que indica casuisticamente o que é uma decisão não fundamentada. Não exaure as possibilidades, porquanto a fundamentação ou a sua negativa só serão vistas no caso concreto. Noutras palavras, no caso concreto o aplicador poderá encontrar outras situações que não realizam o preceito constitucional e, por isso, nulas. A regra do art. 500, § 1º, do Projeto do novo CPC não é uma camisa de força, mas oferece uma importante ferramenta facilitadora para a atuação dos Magistrados, como também de todos os que atuam no processo, no intuito de identificar uma decisão não fundamentada, bem como possibilitar aos órgãos do Judiciário construir decisões fundamentadas.

Feitas tais considerações, analisa-se, no próximo item, o rol lançado pelo legislador projetista.

#### **4. ANÁLISE DO ART. 500, § 1º, DO PROJETO DO NOVO CPC**

Como já demarcado, o legislador, no mencionado projeto, no intuito de conferir maior efetividade ao comando constitucional que institui a obrigatoriedade de fundamentar, indicou, em rol exemplificativo, situações em que, *a priori*, será reputada decisão fundamentada. Para isso se lançam algumas situações, que serão, sucintamente, objeto de análise.

##### **4.1. Hipótese do art. 500, § 1º, I, do Projeto do novo CPC**

Estipula o art. 500, § 1º, I, do Projeto do novo CPC que não será fundamentada a decisão que “se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo”. O aludido dispositivo assinala a necessidade de o Magistrado explicar os motivos que o levaram a utilizar o aludido preceito legal. Ou seja, exige-se que o julgador motive de modo pormenorizado a subsunção, isto é, por que um preceito serve para regular determinada situação.

Um alerta deve ser dado, entretanto. Tal prescrição deve ser analisada sempre no caso concreto, já que haverá situações em que a mera menção ao texto legal será suficiente para satisfazer o comando constitucional, máxime quando se está diante de uma conciliação ou de uma extinção de execução, por conta do pagamento do débito, como nas hipóteses do art. 794, I, do CPC vigente, por exemplo. Em casos como esse, basta uma fundamentação concisa. Assim, malgrado a estipulação legal, deve-se atentar que às vezes não se faz necessário, ou melhor, não é possível ir além do sentido estatuído de forma objetiva no preceito legislado.

#### **4.2. Hipótese do art. 500, § 1º, II, do Projeto do novo CPC**

Conforme prescrição do art. 500, § 1º, II, do CPC projetado, não será fundamentada a decisão que “empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo de sua incidência no caso”. A prescrição aqui se aplica sem restrição, já que, se se trata de conceito jurídico indeterminado, a determinação só poderá ocorrer no caso concreto, e isso reclama densificação.

A concreção exige a necessária justificação, sob pena de arbitrariedade. Aqui a “régua de lesbos” cai como uma luva, já que o ajuste que se dá é o do caso à norma. O método é indutivo.

Pode-se afirmar que se tem aqui uma situação de concreção semântica, muito comum quando a lei se utiliza de conceitos como moralidade, interesse público, boa-fé, melhor interesse do incapaz, plausibilidade, relevância de fundamentos, meios necessários etc. Sempre bom lembrar que o conceito jurídico indeterminado é determinado no caso. A indeterminação semântica determina-se no plano pragmático.

#### **4.3. Hipótese do art. 500, § 1º, III, do Projeto do novo CPC**

Dispõe o art. 500, § 1º, III, do Projeto do novo CPC que não haverá fundamentação toda vez que o julgador invocar “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Claramente o legislador projetista visa coibir a denominada motivação genérica.

Deve-se advertir que fundamentação genérica não se confunde com fundamentação repetida. Nada impede que o Magistrado, em situações idênticas, como acontece em demandas de massa, faça uso de fundamentação já lançada em causa idêntica. Isso atende à máxima aristotélica que estipula: mesma razão, mesma solução. Tal prática realiza o preceito constitucional da segurança jurídica.

Presta-se, entretanto, o dispositivo para evitar fundamentações como: “estando presentes os fundamentos, defiro a liminar”. Práticas como essa são lamentáveis e agredem frontalmente a determinação que manda fundamentar.

#### **4.4. Hipótese do art. 500, § 1º, IV, do Projeto do novo CPC**

A estipulação contida no art. 500, § 1º, IV, do Projeto do novo CPC, que reputa não fundamentada a decisão que “não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, é talvez uma das mais interessantes inovações do texto sob análise.

Aqui se deve lançar uma advertência. Se o magistrado acolher prescrição, ele deve enfrentar todos os argumentos lançados pelo autor que rechacem a ocorrência da aludida exceção. Neste caso, não necessita adentrar em outras questões deduzidas pela parte para justificar a procedência do pedido.

Nota-se aqui a necessidade de concretizar a congruência entre a decisão e a atividade das partes. Realiza de forma enfática o contraditório, pois proíbe que o Magistrado faça tábula rasa dos argumentos lançados pelas partes. Efetiva assim o papel da parte como agente apto a interferir na produção judicial do direito, fato este visto por Hans Kelsen como função primordial do advogado, que, ao propor norma, exerce função política no processo.<sup>21</sup>

#### 4.5. Hipótese do art. 500, § 1º, V, do Projeto do novo CPC

Na redação do art. 500, § 1º, V e VI, do CPC projetado, o legislador lança sua preocupação para uma realidade que vem reclamando cuidado redobrado, já que trata da aplicação de precedentes e de súmulas.

Agora a preocupação é lançar algumas poucas considerações sobre o disposto no inciso V, que estipula não ser fundamentada a decisão que “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”.

O sistema pátrio tem, em regra, sua pauta na lei, sendo sua aplicação norteada pelo modelo de pensamento dedutivo. Neste contexto, o precedente e a súmula, normalmente, se apresentam como sendo uma demarcação semântica do texto legislado, seja no plano constitucional, seja no plano infraconstitucional.

Assim, a aplicação do precedente e da súmula requer a identificação das razões que indiquem o ajuste do caso ao preceito construído a partir deles.<sup>22</sup>

Faz-se necessário atentar para uma mudança de paradigma, já que, como alertado no item 4.2., o modo de ajuste terá de se valer também do método indutivo. Aqui o Magistrado será chamado a fazer uso da equidade, no sentido de justiça concreta, tal qual preconizado por Aristóteles, que alude à já mencionada “régua de lesbos”.

---

21. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 472-473.

22. Para aprofundar o tema, indica-se o excelente trabalho de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012).

Nada impede, entretanto, em questões massificadas, que tal justificativa seja sucinta.

#### **4.6. Hipótese do art. 500, § 1º, VI, do Projeto do novo CPC**

A hipótese prevista no inciso VI do já mencionado artigo projetado remonta, como já ressaltado, à questão do precedente e da súmula. Aqui, entretanto, visa regular a questão da não aplicação da súmula ou do precedente. Assim, prescreve que não será fundamentada a decisão que “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”.

Uma questão deverá ser levada em consideração. Toda súmula e/ou precedente é vinculante? O texto leva a crer que sim. Tal questão merece reflexão mais detida, que foge às quadras do presente artigo, mas que desde já se deixa anunciada. Algo é certo: há uma mudança de paradigma, já que o precedente e a súmula terão o condão de regular as situações de forma abstrata e geral, como os preceitos veiculados pela lei.

É bem verdade que, em regra, como já explicitado, o precedente e a súmula apenas demarcam semanticamente algo já estatuído pela lei ou pela Constituição, embora possa ser criado sem que haja texto positivo, como, de certa forma, ocorreu com a regulação do direito de greve dos servidores públicos.

O preceito projetado em comento exige que o aplicador indique as razões que o levaram a não aplicar a súmula ou precedente. Duas situações podem acontecer. O caso não se ajusta ao preceito veiculado no precedente ou na súmula, ou, na segunda situação, simplesmente eles estão ultrapassados.

Interessante notar que em nosso sistema, que tem como lastro a construção de súmulas e precedentes a partir de textos legislados, em regra, a mudança pode não implicar mudança dos veículos introdutórios primários de normas jurídicas, mas de mutação de sentido, no plano pragmático, de texto legal que permanece vigente. Veja-se, por exemplo, a mudança ocorrida no caso da prisão do depositário infiel ou em casamento entre pessoas do mesmo sexo. O texto de direito positivo não mudou, mas mudou completamente a orientação jurisprudencial.

Tais situações refletem de modo evidente a necessidade de justificar o porquê de não se fazer uso da súmula ou de precedente.



## 5. CONCLUSÃO?

O texto chega ao seu fim, porém longe de uma conclusão, já que o tema não pode ser esgotado nas quadras do presente artigo. Muitas reflexões ainda estão por vir, pois a temática reclama maturação. Agora, apenas uma primeira aproximação. O debate está apenas começando. Parabéns aos projetistas por lançarem a fagulha de uma grande mudança de paradigma. Fechando o texto e abrindo o debate, pode-se afirmar que a análise posta teve por objetivo, ainda que sucintamente, expor a questão da proposta legislativa de indicar o que é uma sentença não fundamentada, com o intuito de, delimitando semanticamente o não, alargar, do ponto de vista da maior efetividade, a garantia constitucional que exige a fundamentação da decisão judicial.

Tal proposta, entretanto, não é isenta de senões, principalmente no que diz respeito à quantidade de embargos de declaração que poderão advir a respeito de decisão que supostamente venha a ofender alguns dos aludidos preceitos. Esta preocupação é real. Caberá à jurisprudência dimensionar, na medida do possível, o alcance dos aludidos comandos.

Deve-se destacar também que as regras que indicam o que é uma sentença não fundamentada necessitam de densificação no caso concreto e, por isso, veiculam conceitos juridicamente indeterminados. Quer-se dizer com isso que só no caso concreto se pode afirmar se há ou não deficiência na fundamentação, mesmo com a alocação de situações hipotéticas que impliquem não fundamentação.

Pode-se afirmar assim que não se solucionam problemas do plano concreto com abstrações. São planos diferentes. Problema no plano concreto só se resolve no plano concreto. Porém, nada impede que o legislador indique caminhos. É o que se apresenta. Os aludidos preceitos fornecem atalhos para se identificar uma decisão não fundamentada. Mas nem todo atalho leva ao caminho certo. Só quando se chega ao lugar pretendido é que se pode afirmar que o atalho funcionou ou não.

Por tais razões, as regras que estipulam o que é uma decisão não fundamentada, de cunho exemplificativo, fornecem pistas que poderão indicar, em boa parte dos casos, uma decisão não fundamentada. No entanto, como diz o compositor Caetano Veloso, a verdade pode pregar peças, pode iludir: “você diz a verdade, a verdade é seu dom de iludir” (**Dom de iludir**, Caetano Veloso).

## 6. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. *Ética Eudemia*. Trad. Julio Palli Bonet. 1ª ed., 4ª reimp. Madrid: Editorial Gredos. 1998.

- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Trad. José Baptista Machado. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. Jose Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In **Temas de Direito Processual** (Segunda Série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NIETO, Alejandro. **El arbítrio judicial**. Barcelona: Ariel, 2000.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental da motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TARUFFO, Michele. Note sulla Garantia Costituzionale della Motivazione. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LV:29-38. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979.
- VICTOR, Alexandre José Gois Lima de. **As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do § 5º, do art. 461 do CPC**. Dissertação de Mestrado. Recife: UNICAP, 2012.

# AS NORMAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA NO RELATÓRIO BARRADAS CARNEIRO

*LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES<sup>1</sup>*

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O auxílio direto. 3. A fazenda pública e os honorários sucumbenciais. 4. A regulamentação das despesas processuais relativas à fazenda pública (art. 91). 5. O estímulo a soluções autocompositórias por meio das câmaras de conciliação. 6. A inserção da advocacia pública como instituto processual e seus prazos. 7. Do reexame necessário. 8. Cumprimento de sentença em face da fazenda pública. 9. Considerações finais. 10. Referências

---

## 1. INTRODUÇÃO

A Fazenda Pública (isto é pessoas jurídicas de direito público interno nas três esferas da Federação, tanto da administração direta como indireta) possui, relativamente aos demais sujeitos processuais, uma regulamentação de direitos e obrigações diferenciada no âmbito do processo civil brasileiro, que pode ser encontrada tanto no atual Código de Processo Civil como na legislação extravagante aplicável (leis 9.494/97, 8.437/92, Lei do mandado de segurança, dentre outros).

Tal regulamentação está relacionada (sempre de forma de instrumental à concretização das finalidades republicanas consagradas na nossa Constituição) a aspectos como prazos para apresentação de contestação e recurso (art. 188 do CPC); regime de remessa necessária (art. 475 do CPC); normas que dispensam a Fazenda Pública, quando na condição de demandada, de impugnar

---

1. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Universidade Federal do Maranhão. Professor colaborador da pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Membro associado da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE. Advogado da União.

especificamente os fatos arguidos nas petições iniciais; normas que regem a os provimentos de urgência relativamente a tais entes (art. 1º da Lei 9.494/97 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437/92), dentre outros aspectos.

Tais regras acabam por ser o objeto de estudo do direito processual público, cuja finalidade (e instrumentalidade) metodológica é assim sintetizada pelo Prof. Cássio Scarpinella Bueno:

o direito processual público acaba sendo o responsável pela própria realização do direito material público na medida em que todos os conflitos existentes entre particulares e o Estado em sentido amplo acabam, em última análise, sendo encaminhados ao Judiciário para resolução com ânimo de definitividade<sup>2</sup>.

E acrescenta:

não há dúvidas quanto à autonomia didática do que denominamos direito processual público, entendido este termo como o processo que busca a resolução de conflitos originários do direito material público.

*A instrumentalidade do direito processual público é realizadora não só dos escopos da jurisdição em si mesma, mas – mercê de seu conteúdo – do próprio Estado de Direito na medida em que é responsável na esfera jurídica da Administração Pública<sup>3</sup>.*

São oportunas, também, as palavras de Vinícius Marques de Carvalho. Ainda que ligadas mais ao antitruste, ele condensa muito bem a tensão teleológica que permeia as escolhas institucionais, no que se incluem as escolhas relativas aos procedimentos jurisdicionais delineadas no projeto do NCPC e, assim, a teleologia do próprio direito processual público. *Verbis*:

é útil ter em mente que a opção por um dado desenho institucional costuma ser o resultado de escolhas entre as diferentes formas de *concentrar e harmonizar três grandes objetivos fundamentais: promover o adequado e eficiente cumprimento da função pública, controlar o exercício da atividade estatal em respeito aos direitos e garantias individuais e legitimar a atuação estatal face às necessidades de interferência dos indivíduos no desempenho da autoridade<sup>4</sup>.*

2. BUENO, Cássio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD; Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). *Direito Processual Público – a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35.

3. BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 43. Grifos acrescentados.

4. CORDOVIL, Leonor *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 32. Itálicos acrescentados.

Colocadas tais palavras, o presente estudo, sem a pretensão de esgotar os tópicos colacionados nos parágrafos anteriores, pretende realizar uma análise das alterações propostas pelo “Relatório Barradas Carneiro” relativamente ao estatuto processual da Fazenda Pública, de modo a adensar o cenário que se projeta caso o projeto seja aprovado como está no relatório em análise.

Dentre as alterações que serão analisadas, temos as seguintes: a inclusão da modalidade de auxílio como forma de cooperação jurídica internacional (arts. 28 e ss.); regras para a fixação de honorários em desfavor da Fazenda Pública (art. 85, § 4º a 6º); regulamentação de despesas processuais relativas à Fazenda Pública (art. 91); o estímulo a soluções autocompositórias de litígios por meio de câmaras de conciliação (art. 156); a inserção da Advocacia Pública como instituto processual (art. 164); contagem de prazos (art. 199 e ss.) citações (art. 223, § 3º) e intimações (arts. 250, parágrafo único, 251, parágrafo único, 253, § 5º); remessa necessária (art. 511); e o cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública (arts. 549 e 550).

## 2. O AUXÍLIO DIRETO

Embora o instituto do auxílio direto possa se mostrar como algo um tanto exótico para aqueles mais acostumados com litigância “ordinária” do cotidiano processual, trata-se de instituto já bastante corriqueiro no âmbito da advocacia pública federal, tanto em matéria penal como em matéria civil. Para evitarmos fuga ao tema, será analisada apenas o instituto do auxílio direto em matéria civil.

A cooperação jurídica internacional compreende, normalmente, duas modalidades (direta e indireta) e pode se dar tanto de forma ativa (considerada a perspectiva do Estado que solicita a medida de cooperação) como de forma passiva (considerada a perspectiva do Estado em face de quem uma medida de cooperação é solicitada).

Tradicionalmente, os institutos mais conhecidos de cooperação jurídica internacional eram os relativos ao auxílio indireto, notadamente a carta rogatória (que pode ser instrutória, ordinatória, informativa acerca do direito estrangeiro ou executória) e a homologação de sentença estrangeira<sup>5</sup>.

---

5. Cf. ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. p. 277 *et seq.* Uma observação que merece registro é relativa ao Protocolo de Las Leñas. Por meio de tal protocolo, é possível que uma determinada autoridade de um Estado ativo peça, mediante carta rogatória, a execução de uma sentença no Estado solicitado. No entanto, não se trata, ainda, de auxílio direto,

Ocorre que, com a intensificação do fenômeno da globalização, cada vez mais marcada pelo aumento das pessoas e dos demais fatores de produção, os institutos tradicionalmente associados à cooperação indireta não vêm mantendo capacidade de oferecer respostas tempestivas para a massificação das demandas que, até vinte ou trinta anos atrás, poderiam ser tratadas como inimaginadas.

Daí o desenvolvimento dos mecanismos de auxílio direto, onde a comunicação entre os Estados requerentes e requeridos dar-se-ia por meio das autoridades centrais.

A autoridade central é “o órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica que cada Estado realiza com os demais países”. Cabe-lhe receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica<sup>6</sup>.

Pois bem. Tal modalidade de cooperação internacional visa a dar mais celeridade no cumprimento das medidas solicitadas, onde a autoridade central de Estado requerente solicita diretamente à autoridade central do Estado requerido. No entanto, aqui será desnecessária a chancela formal da homologação ou do *exequatur*.

Para ficarmos num exemplo já conhecido, tome-se a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores. Suponha-se que a Autoridade Central da Argentina informe à Autoridade Central Brasileira que uma criança, filha de um nacional argentino com uma nacional brasileira tenha sido ilícitamente retirada do território argentino; suponha-se, ainda, que a Autoridade Central Argentina peça à Autoridade Central Brasileira que adote as medidas tendentes à repatriação da criança para que as questões jurídicas de família (direitos de guarda, visita etc.) sejam resolvidas pela justiça argentina. Colocado isto, e dado que, no caso, a Autoridade Central Brasileira (Secretaria Especial de Direitos Humanos) integra a estrutura jurídica da União (administração federal direta), ela terá de solicitar à Advocacia-Geral da União (a quem incumbe a representação judicial de tal órgão) que pleiteie judicialmente a busca e apreensão da criança e a sua repatriação<sup>7</sup>.

---

uma vez que o STJ vem, em tais casos, entendendo como necessária a concessão de *exequatur* em juízo de delibação para que a solicitação possa ser cumprida no território brasileiro.

6. BRASIL. *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria civil*, p. 07.
7. Neste particular, o caso que, certamente, ganhou mais destaque na imprensa envolvendo o sequestro internacional de crianças foi o que envolvia o nacional norte-americano Sean Goldman. No caso, a União, com fundamento na convenção em análise, pediu a repatriação do norte-americano. Em

O fundamento constitucional de tal legitimidade decorre do art. 21, inc. I, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Diante de tal quadro, seria da própria União (enquanto esfera federativa que apresenta internacionalmente a República) a competência para assegurar o adimplemento dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. E nisto também se compreende a competência de seus órgãos de representação judicial para que pleiteiem as medidas jurisdicionais necessárias para assegurar tal adimplemento.

E o relatório Barradas Carneiro parece ter seguido tal raciocínio, tanto que a versão atual do relatório dispõe, no art. 33, que “recebido o pedido de auxílio direto passivo, a autoridade central o encaminhará à Advocacia-Geral da União, que requererá em juízo a medida solicitada”. Apenas excetua-se o disposto no parágrafo único, que assegura ao órgão do Ministério Público a legitimação para a postulação de tais medidas, mas apenas quando o próprio órgão do Ministério Público for designado como autoridade central de um dado tratado<sup>8</sup>.

---

sentença de 1ª grau datada de 16/06/2009, o Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (autos 2009.51.01.018422-0) julgou procedente o pedido de busca e apreensão formulado pela União, ocasião em que também determinou a antecipação dos efeitos da tutela concedida. Em seguida, a avó materna impetra *Habeas Corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual é indeferido. Ato contínuo impetrou-se, perante o STJ, novo *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário (HC 141.593), tendo a Exma. Min. Laurita Vaz indeferido o pedido liminar em decisão datada de 10/07/2009. Tal HC foi extinto sem julgamento do mérito por perda superveniente do objeto em acórdão prolatado em 27/10/2009, de relatoria da Min. Nancy Andrighi. Em 15/07/2009, ante a decisão do STJ que indeferiu o pleito liminar no HC 141.593, a avó do repatriado interpõe novo *Habeas Corpus* perante o STF (HC 99945), de relatoria do Min. Marco Aurélio, o qual deferiu o pedido liminar para que fosse obstada a repatriação de Sean Goldman, tendo a impetração recorrida da decisão. Neste último, o Min. Gilmar Mendes, então Presidente do STF, indeferiu o pedido urgente (decisão datada de 29/07/2009). Paralelamente, no HC 101.985 (impetrado agora não contra a decisão liminar proferida no HC 141.593 do STJ, mas contra o acórdão que julgou a impetração), também de relatoria do Min. Marco Aurélio, foi deferido, em 17/12/2009, pleito urgente para impedir a repatriação de Sean. Em seguida, a União e o pai de Sean impetraram mandados de segurança (MS 28524 e MS 28525, respectivamente) como sucedâneos recursais contra a decisão liminar proferida no HC 101.985. O Min. Gilmar Mendes, então Presidente do STF, deferiu os pedidos urgentes formulados nos mandados de segurança em comento, suspendendo os efeitos da decisão atacada e determinando a repatriação de Sean. Atualmente, no STF, os *Habeas Corpus* e o recurso ordinário em *Habeas Corpus* interposto contra o acórdão do STJ, encontram-se todos pendentes de julgamento definitivo perante o Plenário. O mesmo ocorre com os mandados de segurança, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes.

8. Todavia, a designação do órgão do Ministério Público como autoridade central em questões de natureza civil apresenta-se como tendente ao desuso. Mas ainda restam algumas poucas hipóteses,

A inserção do auxílio direto como medida de cooperação internacional no NCPC, ainda que não se trate de um instituto integralmente novo no ordenamento jurídico brasileiro, consistirá numa das mais importantes atualizações históricas da legislação processual brasileira, pois a inserção de tal instituto no contínuo processual brasileiro fará com que tanto o público especializado como o mais leigo o incorporem num contexto em que o diálogo entre os diversos atores do plano internacional ganha cada vez mais repercussão na vivência cotidiana.

### 3. A FAZENDA PÚBLICA E OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Aqui, o Projeto do Novo CPC inova na metodologia de cálculo sobre os honorários de sucumbência em desfavor da Fazenda Pública quando houver condenação desta (isto é: imposição de obrigação de fazer, não-fazer, dar ou pagar)<sup>9</sup>. Pela sistemática atual (regida pelo art. 20, § 4º, do CPC), não há limites máximos ou mínimos para a fixação de honorários em desfavor da Fazenda Pública. Tal fixação depende única e exclusivamente de apreciação equitativa do juiz que considere os elementos constantes do art. 20, § 3º, quais sejam: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Todavia, nos termos do art. 85, § 4º<sup>10</sup>, do relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, ficam estabelecidos limites máximos e mínimos para a fixação dos honorários, que variam conforme o valor da ação.

---

como a Convenção de Nova York de 1956 sobre prestação de alimentos no plano internacional, onde a autoridade central é a Procuradoria Geral da República.

9. Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 133. Segundo este, nas demais modalidades de provimento jurisdicional (extinção sem julgamento de mérito, improcedência, sentenças de procedência declaratórias, constitutivas e mandamentais) submeter-se-iam, em qualquer hipótese, à regulamentação constante do art. 20, § 4º, do CPC.

10. “§ 4º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro dos seguintes percentuais, observando os referenciais do § 2º:

I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos;

II – mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos;

III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos;

IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos;

V – mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos.”



Por exemplo, para as ações que sejam inferiores a duzentos salários mínimos, tem-se um mínimo de dez e máximo de vinte por cento como limites. Já para as ações que sejam superiores a cem mil salários mínimos, tem-se um limite mínimo de um e máximo de três por cento.

Mas, ainda assim, duas observações são necessárias. Uma é relativa às regras para fixação da hipótese de incidência de cada um dos limites previstos no art. 85 § 4º (sobre o que ainda são tecidas considerações sobre as regras para caracterização da sucumbência, especialmente no caso de cumulação imprópria subsidiária e alternativa e sobre a metodologia de cálculo dos honorários uma vez caracterizada a sucumbência da Fazenda Pública). A segunda é relativa à fixação de salários-mínimos como parâmetro de identificação de uma determinada hipótese de limites máximos e mínimos.

A primeira delas é, conforme já antecipado, relativa à hipótese de incidência de cada um desses limites, especialmente quando se tratar de condenação judicial. Pela redação do art. 85, § 4º, não fica claro se o que vai determinar a incidência de outra categoria de limites máximos ou mínimos é o valor da ação declinado na inicial (ou retificado mediante eventual impugnação da causa) ou o valor da condenação. Acredito que, por coerência sistêmica, tal disposição deva ser lida em harmonia com o que dispõe o art. 85, § 2º, do relatório apresentado, o qual determina que os honorários, como regra geral, sejam fixados sobre um percentual do valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou, em último caso, sobre o valor da causa. Em tempo, note-se que as disposições usam terminologias distintas: enquanto o § 3º utiliza o termo “valor da causa”, o § 4º utiliza o termo “valor da ação”, pelo que já se deduz que não se tratam de conceitos jurídicos coincidentes.

Continuando na análise, acredito que, quando o projeto trata de “valor da ação”, ele quer fazer referência ao proveito econômico pretendido pela parte interessada, o que compreende as categorias “valor da condenação”, “proveito econômico obtido”, “valor da causa”, cada uma com seu âmbito de incidência específico.

Sendo assim, a subsunção a determinada hipótese de limites máximos ou mínimos para arbitramento de honorários em desfavor da Fazenda Pública deve observar a seguinte metodologia: 1) se se tratar de condenação com valor pecuniário, o valor da ação deve corresponder ao valor da própria condenação para fins de identificação da regra que identificará os limites mínimos e máximos de arbitramento; 2) se se tratar de condenação sem valor líquido imediato, de demais sentenças de procedência (constitutivas, declaratórias,

mandamentais), ou mesmo, de sentenças de improcedência<sup>11</sup>, onde seja possível a aferir o proveito econômico que corresponda à posição de vantagem que a sentença de improcedência proporcionou à parte demandada.

De qualquer forma, a fixação de limites máximos ou mínimos para as condenações proferidas em desfavor de Fazenda Pública (situação esta reforçada com a instituição da chamada “sucumbência recursal”, prevista no art. 85, § 10, do referido relatório, mostra-se como medida salutar a fazer com que a Fazenda Pública incorpore, na sua estrutura de incentivos, tal perspectiva de perda. Isto, por sua vez, faz com que ela seja estimulada a selecionar mais criteriosamente os casos que demandem litigância e se abstenha de litigar (especialmente no polo passivo), por exemplo, demandas que já estejam pacificadas nos tribunais pátrios, e que inevitavelmente irão levar à sua derrota, ressalvadas, obviamente, as hipóteses de *distinguishing* e *overruling*<sup>12</sup>.

Continuando nesta análise, cabe ainda tecer duas (sub)considerações sobre este ponto, relativas à cumulação de pedidos (seja ela simples, alternativa e subsidiária).

A primeira é relativa à caracterização da sucumbência. Quanto a esta, ressalvada a hipótese de impossibilidade de compensação dos honorários de sucumbência parcial nos termos do art. 85, § 13, do relatório apresentado<sup>13</sup>, a regulamentação parece ser a mesma em relação do CPC de 1973 em vigência. Quanto a este, a Corte Especial do STJ, no julgamento do EREsp 616.916, ao tratar, inclusive de demanda de natureza tributária que envolve a Fazenda Pública, praticamente abordou o assunto da cumulação subsidiária à exaustão, utilizando o critério do interesse recursal (isto é: se houver interesse recursal, há sucumbência) como ponto arquimediano da caracterização da própria sucumbência<sup>14</sup>.

---

11. Aqui, parte-se da premissa de que improcedência do pleito, após o trânsito em julgado da sentença implica, na verdade, na adjudicação definitiva ao demandado do bem de vida pleiteado no litígio.

12. Para uma exposição extremamente elucidativa sobre o adequado manejo dos precedentes e dos institutos do *distinguishing* e do *overruling*, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*.

13. “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”.

14. Confira-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. Art. 289 DO CPC. CUMULAÇÃO IMPRÓPRIA SUBSIDIÁRIA DE PEDIDOS (CUMULAÇÃO EVENTUAL). ACOLHIMENTO DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO E REJEIÇÃO DO PRINCIPAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

A segunda (sub)consideração é relativa a que tipo de metodologia deve prevalecer quando houver várias condenações, especialmente no caso de cumulação ordinária de pedidos. Para ficarmos num exemplo, considere que um determinado contribuinte ajuíze, em desfavor da União (Fazenda Nacional), uma determinada demanda pedindo, cumulativamente: 1) declaração de inexistência de relação jurídica tributária relativamente a um determinado tributo<sup>15</sup>; 2) a anulação de todos os créditos tributários já constituídos definitivamente, estejam eles inscritos ou não em dívida ativa; 3) a imposição

---

1. Embora não tenham adotado a mesma terminologia para decidir a cumulação de pedidos de que trata o art. 289 do Código de Processo Civil-CPC, **os arestos embargado e paradigma divergem quanto à correta interpretação desse dispositivo.** O primeiro conclui que **o acolhimento do pedido subsidiário, e a rejeição do principal, conduz à sucumbência integral** da parte ré, enquanto **o segundo entende, em situação análoga, que há mútuo sucumbimento das partes.** No caso, apenas **foi deferida a restituição dos valores recolhidos a título de FINSOCIAL e do PIS**, nos termos dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88, **no que se refere ao montante recolhido através de substituição tributária**, nos termos do pedido subsidiário (e **não a restituição da totalidade dos valores retidos por substituição tributária a título de PIS, COFINS e FINSOCIAL**), mesmo assim, **houve o reconhecimento da sucumbência integral da Fazenda Pública, ora embargante.**

2. **Na cumulação alternativa não há hierarquia entre os pedidos, que são excludentes entre si.** O acolhimento de qualquer um deles satisfaz por completo a pretensão do autor, que não terá interesse em recorrer da decisão que escolheu uma dentre outras alternativas igualmente possíveis e satisfativas. **Se não há interesse recursal, conclui-se que os ônus da sucumbência devem ser integralmente suportados pelo réu.**

3. Já na cumulação subsidiária, como é o caso dos autos, os pedidos são formulados em grau de hierarquia, denotando a existência de um pedido principal e outro (ou outros) subsidiário(s). **Assim, se o pedido principal foi rejeitado, embora acolhido outro de menor importância, surge para o autor o interesse em recorrer da decisão. Se há a possibilidade de recurso, é evidente que o autor sucumbiu de parte de sua pretensão,** devendo os ônus sucumbenciais serem suportados por ambas as partes, na proporção do sucumbimento de cada um.

4. Casos há em que existe um grande distanciamento entre os pedidos cumulados, de modo que a aplicação da tese do aresto paradigma imporia flagrante infringência ao princípio da equidade que deve nortear a fixação de honorários advocatícios.

5. **A tese do aresto embargado franqueia ao autor, em grande número de casos, a possibilidade de eximir-se dos ônus da sucumbência. Para tanto, bastaria que formulasse pedido subsidiário mínimo, com grande chance de êxito, para conseguir afastar a condenação em honorários.**

6. **A orientação consagrada no aresto paradigma, na linha dos precedentes desta Corte, não traz o inconveniente.** Havendo a rejeição do pedido principal e o acolhimento de outro subsidiário, estará configurada a mútua sucumbência, **podendo o juiz, no caso concreto e com recurso ao juízo de equidade, atribuir os ônus sucumbenciais integralmente ao réu, quando reconhecer a sucumbência mínima do autor naqueles casos em que há parcial equivalência entre os pedidos principal e subsidiário.**

7. **Embargos de divergência providos.**

(EREsp 616.918/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/08/2010, DJe 23/08/2010) Grifos Acrescidos.

15. Para manter a simplicidade da análise, abstrai-se a modalidade de lançamento do tributo.

de obrigação de não-fazer consistente na proibição da Fazenda Nacional de constituir quaisquer créditos em decorrência da relação jurídica tributária em questão e 4) a restituição de todos os valores pagos em decorrência da relação jurídica atinente ao tributo impugnado. Suponha-se, ainda, que seja o caso de sucumbência total da Fazenda Nacional. Pois bem, temos um pedido que cumula prestações jurisdicionais declaratória (nº 1), constitutiva (nº 2) e condenatória (nºs. 03 e 04), não ficando claro, na sobreposição de critérios para fixação de honorários de sucumbência (o do proveito econômico e o do valor da condenação), qual deva prevalecer.

Acrescente-se, aqui, que a incidência cumulativa dos critérios (v.g., quando os honorários são fixados cumulativamente levando-se em consideração cada um dos pedidos) em análise pode levar a uma espécie de *bis in idem*, levando à parte sucumbente a ser duplamente penalizada quando sagrar-se derrotada em uma mesma questão de fundo que enseje uma cumulação de pedidos acolhidos integralmente. Sem querer dar uma solução definitiva para este problema, quer-se, aqui, demonstrar inicialmente a sua complexidade (onde a experiência do cotidiano é muito mais rica do que a hipótese ora trazida), já se antevendo que esta é uma lacuna com a qual os tribunais pátrios certamente terão de se defrontar caso o relatório apesando pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, após aprovado na Câmara e no Senado (para revisão de alterações) seja sancionado, publicado e entre em vigência após eventual *vacatio legis*.

O segundo ponto, relativo à utilização o salário-mínimo como parâmetro de identificação de cada uma das hipóteses de incidências do art. 85, § 4º, merece algumas críticas. De antemão já se ressalva que não se ignora a utilização do critério do salário mínimo para a regulamentação de outros institutos processuais, como a fixação de competência dos juizados especiais (cíveis, federais ou da Fazenda Pública) ou como o limite máximo de expedição de requisição de pagamento de pequeno valor (em vez do precatório) nas condenações proferidas contra a Fazenda Pública.

Pois bem, o art. 7º, inc. IV, da CF veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, não fazendo qualquer restrição a respeito, o que já suporia uma inconstitucionalidade de tal disposição (ou no máximo uma interpretação conforme para que se considere o salário mínimo vigente na data da publicação ou do início da vigência da futura legislação)<sup>16</sup>.

---

16. Isto não impede, obviamente, que haja uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para que sejam modulados os efeitos de tal declaração. Com efeito, uma vez após a

Aqui, melhor seria se houvesse a determinação de valores líquidos em moeda corrente para a regulamentação das hipóteses de incidência previstas no art. 85, § 4º, em análise, com sujeição à atualização monetária periódica que considere índices oficiais por ato do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo. Com efeito, se adotada tal regra, restaria permanentemente afastada a perspectiva de declaração de inconstitucionalidade e, ademais, o aumento do salário mínimo não reflete necessariamente a perda de valor real da moeda, a qual considera outras variáveis. Nesta última hipótese, a utilização de índices oficiais seria capaz de manter mais fidelidade à *mens legis* com o passar do tempo. Com efeito, se o código fosse aprovado hoje, a atualização monetária faria com que, em 2021, o valor real de cada uma das hipóteses fosse preservado. E, se a finalidade pretendida é o escalonamento regressivo dos percentuais máximos e mínimos da condenação à medida que o valor da condenação aumenta, tal finalidade tem uma perspectiva de ser melhor preservada se adotados os critérios ora sugeridos.

Bom, passa-se, agora, à análise das demais disposições do art. 85 do relatório apresentados pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que tenham relação com a Fazenda Pública, quais sejam os §§ 5º e 6º.

O 5º determina que, na hipótese do § 4º, os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo quando for líquida a sentença. Não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos dos referidos incisos, somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

A disposição suscita desde já, duas controvérsias.

A primeira delas é relativa à fixação dos honorários quando houver parte líquida e parte ilíquida nas condenações proferidas. A liquidez da sentença impõe que o arbitramento dos honorários se dê na própria sentença que determina o *an debeatur* (isto é, se há ou não obrigação devida) para a obrigação ilíquida, mas sem determinar o *quantum debeatur* (se, uma vez havendo obrigação devida, quanto ou o quê seria devido). Neste caso, por questão de coerência sistêmica, e para evitar o *bis in idem* anteriormente referido, sugere-se que, havendo tal cumulação, o arbitramento dos honorários seja postergado para o momento de julgamento do processo de liquidação, seja

---

vigência do novo Código, se aprovado nos termos do relatório Barradas Carneiro, a extirpação pura e simples de tal disposição pode trazer maiores prejuízos à segurança jurídica do que a manutenção pura e simples da supremacia constitucional.

ela por artigos (ou pelo procedimento comum, como quer o art. 524, inc. II, do relatório Barradas Carneiro), seja por arbitramento.

A segunda controvérsia decorre da circunstância de que, se a condenação for ilícida, mas depender de simples cálculos aritméticos (liquidação por cálculos de obrigação de pagar), não é necessário, nos termos do art. 525, § 2º, do relatório Barradas Carneiro, que o credor proceda à fase de liquidação de sentença. Como se pode ver, a sentença será ilícida por não determinar o *quantum debeat* e nem demonstrar tangivelmente qual seria o proveito econômico pretendido (o que afasta a determinação *apriori*, do art. 84, § 4º, acima comentado), mas também não terá de se submeter ao processo de liquidação, dependendo de meros cálculos aritméticos na fase de cumprimento de sentença. Como proceder, então, para a fixação dos honorários de sucumbência? Tem-se, aqui, várias possibilidades, cujo deslinde dependerá de resolução jurisprudencial: 1) aplica-se o art. 84, § 7º, do relatório Barradas Carneiro, uma vez que inestimável, *apriori*, o valor da condenação ou 2) o magistrado terá a perspectiva de, no despacho que determinar a intimação do devedor para que proceda ao cumprimento de sentença, em decisão impugnável mediante recurso de agravo (uma vez que tal matéria não se mostra impugnável mediante embargos do devedor ante a ausência de previsão expressa no art. 550 do relatório apresentado<sup>17</sup>).

À guisa da conclusão, a meu ver, a segunda solução sugerida apresenta-se mais consentânea com os propósitos insculpidos na regra matriz de incidência para arbitramento de honorários em causas em que a Fazenda Pública seja sucumbente (art. 84, § 4º), que é o escalonamento regressivo dos percentuais máximos e mínimos da condenação à medida que o valor da condenação aumenta (ou melhor, em função da progressividade do valor da condenação ou do proveito econômico obtido pela parte vitoriosa).

---

17. “Art. 550. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, mediante carga, remessa ou por meio eletrônico, para, querendo, no prazo de trinta dias e nos próprios autos, impugnar a execução, cabendo nela arguir:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – a inexigibilidade da obrigação;

IV – o excesso de execução;

V – cumulação indevida de execuções;

VI – incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz;”

VII – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

Finalmente, chega-se ao art. 84, § 6º, que determina que não serão devidos honorários de advogado na execução de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido embargada. Aqui, também, duas considerações são necessárias: 1) a meu ver, por uma questão de proporcionalidade, a expressão "precatório" deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo, também, as requisições de pequeno valor. Com efeito, se tal disposição tem incidência nas causas de maior gravame à Fazenda Pública, ela também deve ter incidência nas de menor repercussão. A única diferença entre os institutos do precatório e da requisição de pagamento é relativa ao procedimento de processamento, mas ambas culminam no mesmo fato: a satisfação do crédito pecuniário do exequente; 2) em virtude do princípio da especialidade e considerando que, a princípio, o projeto do NCPC não tem condão de trazer alterações estruturais na sistemática da tutela coletiva de direitos e interesses, permanece intacto a súmula 345 do STJ, segundo o qual "são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

#### **4. A REGULAMENTAÇÃO DAS DESPESAS PROCESSUAIS RELATIVAS À FAZENDA PÚBLICA (ART. 91)**

O art. 91 do relatório Barradas Carneiro determina que as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido, exceto as despesas periciais, que deverão ser adiantadas de plano por aquele que requerer a prova.

A outra inovação vem no art. 95, *caput*, e §§ 3º e 4º, e 98, § 2º, do relatório, relativos à gratuidade judiciária<sup>18</sup>, e tem correspondência parcial ao art. 19 do CPC.

---

18. Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será adiantada pela parte que houver requerido a perícia, ou será rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

§ 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração.

§ 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária será paga de acordo com o § 4º do art. 473.

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário da gratuidade de justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado. No caso da realização por particular, o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo, ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça, e pago com recursos alocados ao orçamento do ente público.

A redação das disposições, embora, no geral, corresponda à redação do art. 27 do CPC atualmente em vigência, ela inova positivamente no que se refere à hipótese de pagamento de honorários periciais quando de um lado, litiga um beneficiário da gratuidade judiciária e, do outro, pessoa jurídica de direito público. Em tais hipóteses, o STJ atualmente entende que nem o beneficiário da assistência judiciária e nem a entidade da Fazenda Pública têm a obrigação de adiantar os honorários periciais quando a perícia tenha sido requerida pelo beneficiário da assistência, por ambas as partes ou determinada *ex officio* pelo magistrado condutor do feito<sup>19</sup>.

Pois bem, conforme pode se depreender do relatório Barradas Carneiro, esse cenário kafkiano – onde temos a perspectiva de que o processo continue *ad infinitum* ante a baixa perspectiva de que o eventual perito officie gratuita-

---

§ 4º Na hipótese do § 3º, o órgão jurisdicional, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público. Se o responsável pelo pagamento das despesas for o beneficiário da gratuidade da justiça, observar-se-á o disposto no § 2º do art. 98.

19. Por todos, confira-se o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL. DESCABIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELO ESTADO, QUANDO FOR PARTE NO PROCESSO E O EXAME FOR REQUERIDO POR BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. Da interpretação sistematizada dos arts. 3º, V, e 11 da Lei 1.060/50, e 19 e 33 do CPC, conclui-se **que o Estado, quando for réu no processo, não estará sujeito ao adiantamento dos honorários do perito se a prova pericial for requerida pelo autor da ação, beneficiário da assistência judiciária. Tampouco ficará sujeito a tal adiantamento o autor, porquanto este gozará de isenção por força da Lei 1.060/50.**

3. No caso, trata-se de ação proposta por um servidor estadual inativo contra o Estado, ação em que o autor alega ser portador de hepatopatia grave, e por isso pleiteia a isenção do Imposto de Renda retido na fonte sobre os proventos de aposentadoria. Em se tratando de relação tributária, e não relação de consumo, **são inaplicáveis ao caso os precedentes desta Corte que determinam a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Insta acentuar que as regras do ônus da prova não se confundem com as regras do seu custeio.** Nesse sentido: REsp 908.728/SP, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 26.4.2010.

4. Não concordando o perito nomeado em realizar gratuitamente a perícia e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz da causa nomear outro perito, a ser designado entre técnicos de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova, devendo a perícia realizar-se com a colaboração do Judiciário.

5. Recurso especial provido, em parte, **apenas para desonerar o Estado de antecipar o pagamento dos honorários periciais, sem imputar ao beneficiário da assistência judiciária, contudo, a responsabilidade pelo adiantamento de tal despesa.”**

(REsp 935.470/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)



mente nos autos, a ponto de consistir numa verdadeira negativa de prestação jurisdicional – deixará de existir. Determina-se, agora, que as entidades da Fazenda Pública já realizem uma alocação orçamentária para tais hipóteses, situação esta que já é cotidiana nos Juizados Especiais Federais Cíveis (art. 12, *caput* e § 1º, da Lei 10.259/2001)<sup>20</sup>, especialmente em demandas de cunho previdenciário e assistencial.

Cabe acrescentar, ainda, que as novas disposições inovam em relação àquelas constantes da Lei 10.259/2001 por franquear ao Tribunal a escolha entre designar um servidor para atuar *ad hoc* ou permanentemente em tais situações, ou de contratar a realização da perícia na iniciativa privada conforme valor pré-determinado pelo próprio tribunal ou, na falta deste, pelo Conselho Nacional de Justiça.

Finalmente, os arts. 95, § 4º, e 98, § 2º, do relatório Barradas Carneiro determinam que, uma vez cessada a situação de hipossuficiência da parte sucumbente e desde que não haja o transcurso do lapso quinquenal, a contar do trânsito em julgado da sentença, a Fazenda Pública poderá executar tais valores em face daquela.

Todavia, embora o instituto da ação civil pública não esteja atualmente em discussão no relatório, percebe-se situação paradoxal semelhante no que se refere ao art. 18 da Lei 7.347/85, o qual determina que, nas ações civis públicas não haverá adiantamento de custas de qualquer natureza. Colocado isto, cabe registrar que são atualmente corriqueiras situações em que o *parquet* requer produção de prova pericial em litígio contra alguma entidade da Fazenda Pública, mas deixa de adiantar as custas periciais sob o fundamento de que somente deveria pagá-las ao final, e apenas na hipótese de sucumbir no objeto da perícia.

Neste particular, a Primeira Seção do STJ consolidou entendimento no sentido de que, ao mesmo tempo em que não pode ser exigido do Ministério Público o adiantamento de tais custas, não pode a entidade da Fazenda Pública ser compelida a adiantá-las, em situação extremamente semelhante

---

20. Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.

§ 1º Os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal.

(para não dizer idêntica) ao cenário delineado para o caso do autor beneficiário de justiça gratuita.

Diante disso, sem querer cogitar na hipótese de aplicação direta das regras de arbitramento de honorários periciais do relatório Barradas Carneiro para a Lei da Ação Civil Pública, certamente as colocações acima servirão, no mínimo, de fonte para futuras alterações legislativas no sistema brasileiro de proteção a interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.

## 5. O ESTÍMULO A SOLUÇÕES AUTOCOMPOSITÓRIAS POR MEIO DAS CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO

Tais disposições vêm regulamentadas no art. 156<sup>21</sup> do relatório Barradas Carneiro.

No entanto, a meu ver, em que pese ser louvável a intenção do legislador em prevenir a ocorrência de litígios no âmbito da Fazenda Pública, tal disposição não me parece que trará nenhuma repercussão prática. Embora haja uma opção de meta no sentido de aumentar a autocomposição nos litígios que envolvam, seja em dos polos da relação processual, seja em ambos, entidades da Fazenda Pública, tal opção de meta não nos diz nada a respeito sobre como implementá-las<sup>22</sup>.

E parece ser este o cenário. Com efeito, desde 2007, foi instituída a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, que integra a estrutura da Advocacia-Geral da União. Tal órgão vem regulamentado atualmente pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011. Isto é, há muito já se sabe que a instituição de uma política de menor litigiosidade pode trazer mais benefícios à sociedade como um todo ao poupar tempo e recursos públicos que seriam ineficientemente gastos nos serviços de prestação jurisdicional contenciosa.

---

21. “Art. 156. 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.”

22. KOMESAR, Neil K. *Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 49.

No entanto, a solução conciliatória de conflitos depende muito mais de condições estruturais da própria administração do que de uma prescrição jurídico-normativa. Isto é, as soluções são antes de caráter infraestrutural do que estrutural. A regulamentação jurídica é mera decorrência do ambiente que determina as estruturas de incentivos dos envolvidos no processo conciliatório.

E aqui, apontam-se dois problemas que necessitam ser contornados e que, ao que parece, não vêm sendo discutidos com a importância que merecem.

O primeiro se refere à análise da litigância frente à lógica dos custos. Um dos pressupostos da economia é que os seres humanos são maximizadores racionais de bem-estar individual, embora tal racionalidade seja limitada até certo ponto e sujeita a vários tipos de vieses. Mas isso não afasta a circunstância de que a decisão de uma entidade da Administração Pública entre litigar e não litigar envolve uma ponderação de custos e benefícios esperados<sup>23</sup>. Portanto, mais importante do que falar que é importante diminuir a litigiosidade que envolva as entidades da Fazenda Pública, é remodelar as estruturas de incentivos destas de modo que tais entidades considerem que seja mais benéfico fazer um acordo do que enfrentar um litígio na sua inteireza. E, mesmo assim, a solução eventualmente adotada para desincentivar a litigância pode surtir uma série de vieses inesperados, recomendando-se, assim, que seja amplamente discutida.

O segundo problema refere-se ao distanciamento da dogmática jurídica em relação à realidade empírica que envolva a própria administração pública. Com efeito, é muito comum nos manuais de direito administrativo o tratamento da Administração Pública como unidade orgânica ante o princípio da imputação volitiva, segundo o qual os atos dos órgãos da administração (manifestados através de seus agentes) são imputados diretamente à pessoa jurídica a que pertençam<sup>24</sup>. Sem querer desmerecer o aspecto pragmático de tal teoria, fato é que tal uniformidade de tratamento formal dos agentes da administração pública como um todo harmônico e coeso, leva a uma falsa impressão de que isso também ocorra na experiência cotidiana vivenciada pela própria Administração Pública.

Ocorre que a administração pública normalmente é estruturada por uma cadeia de comando onde os incentivos dos agentes públicos que ocupam os

---

23. Para uma exposição mais aprofundada sobre os pressupostos do raciocínio ora desenvolvido, cf. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*, p. 13-20.

24. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, p. 470-471.

cargos superiores não são necessariamente coincidentes com os incentivos dos agentes que ocupem os cargos inferiores, onde estes últimos não necessariamente irão cooperar nas medidas determinadas pelos agentes superiores. Numa linguagem simplificada: a decisão de cada um dos agentes inferiores em cooperar com as ordens superiores é, também, uma análise que envolve custos, benefícios e riscos. E aqui, mesmo que os agentes superiores determinem adoção de uma forma de implementação para a concreção do objetivo institucional de diminuição da litigância, é necessário que se altere a estrutura de incentivos dos agentes superiores para que estes tenham como estratégia dominante a implementação de tais opções<sup>25</sup>.

Ainda no que se refere ao segundo problema, há outros fatores que dificultam, ainda mais, um eventual movimento dos agentes públicos localizados nas partes mais inferiores da cadeia de comando no sentido de mudar sua postura e cooperar com o atingimento das opções de meta determinadas no nível político de tal cadeia.

O primeiro deles é relativo aos custos de adaptação. Isto é, a implementação de uma nova política institucional faz com que os agentes públicos que devam implementá-la concretamente incorram em custos para incorporar as novas diretrizes.

E aqui se tem o peso significativo das tradições institucionais desenvolvidas até a mudança de uma posição de litigiosidade pura para uma mudança para uma atitude mais conciliatória. Aqui, destaca-se o papel do princípio da indisponibilidade do interesse público, que já cria uma “moral institucional” de certa aversão dos próprios agentes à adoção de tais políticas, aliada à perspectiva de punição disciplinar que possa fluir no próprio agente em uma decisão individual, mesmo que, no novo cenário, tal perspectiva de punição se mostre sequer plausível. A força da tradição, em suma, cria uma barreira adicional, dificultando o momento inicial de superação do impasse relativo à adoção de uma nova política mais conciliatória e o abandono de uma política de maior enfrentamento jurisdicional.

E isto é agravado pelo segundo fator: o viés do *status quo*. Segundo este, no contexto em análise, ainda que tenham incentivos individuais para que

---

25. Tal raciocínio tem fundamento na teoria dos jogos e no problema e no risco moral (especificamente no problema de agente). Para uma exposição mais elucidativa do arcabouço teórico que subjaz à presente análise, cf. COOTER, Robert. *The strategic constitution*, p. 81-86; HILLBRECHT, Ronaldo. *Uma introdução à Teoria dos Jogos* e MANKIWI, n° Gregory. *Introdução à economia*, p. 480-481.

adotem a política, isso não quer dizer que tal decisão racional será adotada, pois os agentes, por um estado de inércia, são levados a manter o *modus operandi* atual<sup>26</sup>.

Pode-se se ver, enfim, que a implementação da opção de meta constante da disposição ora analisada do relatório Barradas Carneiro necessita muito mais de uma série de soluções instrumentais, a ponto de se concluir que a disposição processual, em si, seja desnecessária, tendo, no máximo, um aspecto de sinalização meramente simbólica.

## 6. A INSERÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA COMO INSTITUTO PROCESSUAL E SEUS PRAZOS

Aqui, percebe-se que o projeto fez uma atualização histórica dos institutos que tratam da defesa das entidades da Fazenda Pública para adequar o texto legal às normas insculpidas nos arts. 131 e 132 da Constituição. Todavia, as disposições ora analisadas devem ser lidas em conjunto com aquelas constantes das leis orgânicas de cada procuradoria municipal (onde houver) e estadual, além da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (arts. 35 e 36<sup>27</sup>).

De qualquer forma, o art. 164, parágrafo único determina a responsabilidade do advogado público que agir com dolo ou fraude, à semelhança do que

---

26. Sobre viés do *status quo*, cf. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: O empurrão para a escolha certa*, p. 37-38.

27. “Art. 35. A União é citada nas causas em que seja interessada, na condição de autora, ré, assistente, oponente, recorrente ou recorrida, na pessoa:

I – do Advogado-Geral da União, privativamente, nas hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal;

II – do Procurador-Geral da União, nas hipóteses de competência dos tribunais superiores;

III – do Procurador-Regional da União, nas hipóteses de competência dos demais tribunais;

IV – do Procurador-Chefe ou do Procurador-Seccional da União, nas hipóteses de competência dos juízos de primeiro grau.

Art. 36. Nas causas de que trata o art. 12, a União será citada na pessoa:

I – (Vetado);

II – do Procurador-Regional da Fazenda Nacional, nas hipóteses de competência dos demais tribunais;

III – do Procurador-Chefe ou do Procurador-Seccional da Fazenda Nacional nas hipóteses de competência dos juízos de primeiro grau.

Art. 37. Em caso de ausência das autoridades referidas nos arts. 35 e 36, a citação se dará na pessoa do substituto eventual.

Art. 38. As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.”

ocorre com o membro do Ministério Público (art. 85) ou com o magistrado (art. 133, inc. I) do CPC atualmente vigente (1973).

Por sua vez, o art. 165 do projeto determina que a intimação pessoal deve ser condição necessária para o início da contagem dos prazos (em dobro) para **todas** as manifestações da Fazenda Pública (com algumas exceções que seguem abaixo). Cabe acrescentar que o art. 200, *caput*, determina que a contagem de prazos, quando em dias, deve computar apenas os dias úteis e que o § 2º de tal disposição determina que não se aplica o benefício da contagem em dobro quando for estabelecido prazo próprio para a Fazenda Pública, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Ademais, o art. 165, parágrafo único, determina as formas pelas quais se dão as intimações pessoais. Isto é, por carga, remessa ou meio eletrônico (que pode ser por e-mail ou por um algum tipo de sistema desenvolvido pelo próprio tribunal a que vinculado o feito).

Quanto ao início da contagem do prazo, o art. 212 traz alguns critérios, merecendo destaque a regra para as hipóteses de citação/intimação por mandado ou por carta precatória, em que o termo inicial será a juntada do mandado ou da carta cumprida (art. 212, incs. II e VI). Na prática, a proposição preserva sistemática idêntica à atualmente vigente. Excepciona-se o art. 213, que determina que o prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

Os arts. 227, § § 1º e 2º, e 251, parágrafo único, determinam que a União, Estados, Municípios e entidades da administração indireta deverão manter cadastro junto aos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeitos de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. Isto é, o meio eletrônico tem preferência sobre o meio pessoal para a realização de comunicações processuais.

## 7. DO REEXAME NECESSÁRIO

A primeira hipótese contemplada no projeto para a remessa necessária é relativa a sentenças proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 511, inc. I). Neste caso, cabe destacar que o relatório Barradas Carneiro pretende manter os atuais contornos quanto à hipótese em análise, especialmente no sentido de que o reexame necessário só tenha cabimento em sentenças

terminativas de mérito proferidas contra a Fazenda Pública<sup>28</sup> em que haja condenação desta, ainda que apenas em verbas de sucumbência<sup>29</sup>.

A segunda hipótese de cabimento do reexame necessário está relacionada a sentenças que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Note-se que fica afastado o cabimento em sentenças que acolham, total ou parcialmente, embargos a execução por título extrajudicial que não estejam lastreados em certidões de dívida a ativa e em embargos à execução por título judicial/cumprimento de sentença manejados pela Fazenda Pública<sup>30</sup>.

O inc. III trata da hipótese de sentença contra os entes elencados no inciso I, quando não puder indicar, desde logo, o valor da condenação. Aqui, no mínimo, cai o legislador em redundância, e parece ele querer manifestar o claro intento de que as sentenças ilíquidas sujeitar-se-iam ao reexame, controversia esta que acompanhou a jurisprudência brasileira após a promulgação do art. 475, § 2º, do CPC (redação dada pela Lei 10.352/2001). Andaria melhor o legislador, por coerência sistêmica, se ele tivesse inserido, dentro do rol de exceções contemplados nos § 2º e 3º (a seguir comentados), alguma prescrição de determinasse a dispensa da remessa necessária nos casos em que a sentença fosse ilíquida.

O § 1º, por sua vez, trata das providências administrativas do tribunal para a avocação dos autos caso o juiz de primeira instância deixe de fazê-lo no tempo e modo juridicamente determinados<sup>31</sup>.

---

28. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo, p. 209-211.

29. Neste sentido, confira-se o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: REO 200001000672496, JUIZ FEDERAL FRANCISCO HÉLIO CAMELO FERREIRA, TRF1 – 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:23/05/2012 PAGINA:220.

30. A propósito, confira o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – REEXAME NECESSÁRIO – DESCABIMENTO – ARTS. 475, II, CPC – PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, consoante diversos precedentes da Corte Especial, firmou entendimento no sentido de que o reexame necessário em processo de execução limita-se à hipótese de procedência dos embargos opostos em execução de dívida ativa, sendo incabível nos demais casos de embargos do devedor.

2. Recurso especial provido.”

(REsp 1131341/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 14/10/2009)

31. “§ 1º Nos casos previstos neste artigo, ultrapassado o prazo sem que a apelação tenha sido interposta, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal; se não o fizer, deverá o presidente do

O § 2º trata das hipóteses de dispensa do reexame necessário em função do valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão. Nestes casos, quando algum de tais atributos for de valor inferior aos limites trazidos nos incisos de tal disposição<sup>32</sup>, estará dispensado o reexame necessário. Aqui, dois detalhes podem ser percebidos: primeiro, os valores determinados para os limites de dispensa são bem superiores aos constantes do art. 475, § 2º, de atuais sessenta salários mínimos, o que na prática levará a uma significativa diminuição no uso da remessa necessária; segundo, para as hipóteses de municípios (e antes da administração indireta municipal), há uma diferenciação dos limites para aqueles que sejam capitais de Estado daqueles que não o sejam. No primeiro caso, é cabível o mesmo limite mínimo para os Estados e Distrito Federal (inc. II). No segundo, aplica-se o inc. III da regra em análise.

O § 3º<sup>33</sup>, finalmente, dispensa o reexame necessário para as sentenças que estiverem fundamentadas em entendimento dos tribunais superiores (incs. I e II); em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência<sup>34</sup> (inc. II) ou quando a sentença tiver fundamentação em entendimento vinculante no âmbito da própria entidade interessada (inc. III). Esta última disposição, aliás, parece desnecessária, pois, se já há entendimento vinculante prévio no âmbito da própria entidade inte-

---

respectivo tribunal avocá-los. Interposta a apelação, em autos que não sejam eletrônicos, o juiz deverá ser comunicado. Em qualquer desses casos, o tribunal julgará o reexame necessário.”

32. “§ 2º (...)

- I – mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
- II – quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados;
- III – cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

33. “§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

- I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;
- III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

34. A assunção de competência encontra-se atualmente regulamentada no art. 555, § 1º, do CPC, *verbis*: “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”



ressada, esse fato, por si só, já seria suficiente para afastar qualquer interesse recursal no âmbito da entidade da Fazenda Pública. Aliás, se, no momento da citação tal entendimento já existia, pode-se cogitar até mesmo de uma eventual condenação da entidade em litigância de má-fé.

## **8. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

A primeira inovação do projeto consiste na transformação do procedimento de execução de quantia certa por título judicial, que após a reforma implementada pela lei 11.232/2005, foi o único procedimento executivo a observar a formatação anterior. Isto é, enquanto, para os demais casos, seguia-se o procedimento de cumprimento de sentença para as obrigações de pagar decorrentes de título judicial, a Fazenda Pública ainda se submetia ao rito da execução por título judicial como procedimento autônomo em relação ao processo de conhecimento.

Com a nova redação, a Fazenda Pública passa a se submeter ao regime de cumprimento de sentença<sup>35</sup> já adotado para os demais casos.

Os demais incisos de tal disposição trazem uma série de requisitos formais<sup>36</sup> para o preenchimento do demonstrativo atualizado de crédito, que, necessariamente, deve acompanhar a petição que pedir o cumprimento da sentença. O § 1º, por sua vez, determina que os demonstrativos devam ser individualizados para cada exequente, sem prejuízo da possibilidade de fracionamento da execução (vide art. 114) para se evitar que o litisconsórcio multitudinário não só obstrua a razoável duração do processo que deve nortear a atividade jurisdicional como também não inviabilize a garantia constitucional do contraditório e do devido processo legal que pode ser comprometida por tal situação.

---

35. Relembrando-se que a Fazenda Pública já se submetia ao regime de cumprimento de sentença para as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

36. A saber:

“I – o nome completo, o número do cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas do exequente;

II – o índice de correção monetária adotado;

III – a taxa dos juros de mora aplicada;

IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.”

Pois bem, tais disposições apresentam uma evolução quanto ao cumprimento das obrigações de pagar em desfavor da Fazenda Pública. Com efeito, atualmente, embora não se dispense a apresentação de tal demonstrativo analítico, o CPC não impõe que sejam apresentados os critérios de atualização e nem os termos iniciais e finais dos encargos aplicáveis. Isto, por sua vez, gera uma série de complicações durante a fase dos embargos à execução, pois a ausência de tais parâmetros dificulta a apreciação da higidez dos cálculos apresentados pelo exequente, fazendo com que a petição dos embargos se limite a um refazimento dos cálculos apresentados, mas sem qualquer crítica argumentativa dos cálculos apresentados pelo exequente. Tais disposições (incluída a que a faculta o fracionamento da execução) merecem aplausos, pois, nada obstante o procedimento de tutela coletiva de direitos (v.g., ações propostas por sindicatos para pagamento de expurgos inflacionários em favor de servidores afiliados) vise evitar o manejo excessivo de ações individuais, é comum que as execuções de tais valores se deem de forma individualizada, seguindo o rito previsto no Código de Processo Civil, muitas vezes com trinta (se não mais) litisconsortes. Embora se deva procurar uma prestação jurisdicional célere, não se pode comprometer, por outro lado, as garantias processuais das partes, o que pode acontecer nas hipóteses de litisconsortes em excesso.

O § 2º, por sua vez, dispensa a Fazenda Pública do pagamento de multa pela ausência de pagamento do valor exequendo no prazo de quinze dias a contar da intimação respectiva. Note-se, todavia, que tal disposição não afasta o pagamento de honorários de advogado no valor de dez por cento do débito exequendo.

O art. 550 trata da impugnação da execução, equivalente aos atuais embargos à execução. Na prática, as disposições do *caput* e do seu § 4º não trazem alterações substanciais em relação ao art. 741 do CPC (*caput* e parágrafo único). Apenas o § 1º traz um tratamento minucioso maior, ao inferir que, no caso de excesso de execução, a parte impugnante deve declarar o valor que entende devido. No caso de haver parcela incontroversa, esta última continuará a ser executada (art. 550, § 3º).

Finalmente, o art. 550, § 2º, equivalente ao art. 730 do CPC atual, altera o atual contorno das requisições de pagamento (isto é, precatórios e requisições de pequeno valor) para adaptar a sistemática processual para incluir estas últimas. Embora, por força do advento da lei 10.259/2001 e do art. 87 do ADCT (acrescentado pela EC 37/2002), juntamente com o art. 13, § 3º, da Lei 12.153/2009, já haja uma definição do valor de referência

para pagamento sob o regime de pequeno valor (art. 100, § 3º), não há, até agora, nenhuma referência explícita no CPC a respeito de tal regime.

Adite-se, que, embora não haja referência quanto às medidas cabíveis para o caso de preterição da ordem de pagamento da requisição expedida, por força do princípio da supremacia constitucional, continua a vigor a regra insculpida no art. 100, § 3º, da CF, que determina o sequestro do numerário para a hipótese de preterição.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, espera-se ter sido feita uma exposição, ainda que sucinta, bastante sistemática sobre as possíveis repercussões que o Projeto do Novo CPC pode acarretar sobre a Fazenda Pública.

Ademais, conforme visto, são bastante diversos e numerosos os institutos processuais possivelmente afetados, que demandarão, ainda, harmonização jurisprudencial para soluções de divergências interpretativas.

Resta, agora, acompanhar as etapas ulteriores do projeto para se saber qual será o tratamento jurídico dispensado aos institutos ora analisados.

## 10. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012.
- BUENO, Cássio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD; Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). *Direito Processual Público – a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 31-44.
- COOTER, Robert. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo CAMINATI. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- HILLBRECHT, Ronaldo. Uma introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115-138.

KOMESAR, Neil K. *Imperfect Alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

MANKIW, n° Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: O empurrão para a escolha certa*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

# SUGESTÕES PARA APRIMORAMENTO DOS RECURSOS CÍVEIS: ESTUDO CRÍTICO DE ASPECTOS RELEVANTES DO RELATÓRIO-GERAL DO PROJETO DE NOVO CPC DIVULGADO PELA CÂMARA EM 19/09/2012<sup>1</sup>

*BRUNO GARCIA REDONDO<sup>2</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Necessidade de ampliação dos poderes monocráticos do relator para negar ou dar provimento a recurso manifestamente improcedente ou procedente – 3. Intimação para complementação de documentos deve caber apenas para os facultativos, não alcançando os obrigatórios – 4. Sustentação oral no agravo (de instrumento) deve caber inclusive quando a decisão agravada denegar ou revogar a tutela de urgência (ou “antecipada”) – 5. Desvantagem do cabimento de instauração *preventiva* do incidente de resolução de demandas repetitivas – 6. Desvantagem do protocolo da apelação diretamente em 2ª instância, em razão da multiplicação excessiva e desnecessária das folhas dos autos físicos – 7. Regulamentação ainda confusa sobre o efeito suspensivo automático (*ope legis*) da apelação – 8. Ampliação das hipóteses tipificadas de cabimento de agravo (de instrumento) – 9. Inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio do valor da multa por litigância de má-fé para cabimento do recurso subsequente – 10. Desvantagem do cabimento de embargos de declaração para impugnar erro na análise de requisito extrínseco de admissibilidade do recurso – 11. Conclusão.

---

- 
1. Grande parte das formulações que embasaram a presente reflexão crítica resulta de debates que tive a oportunidade de realizar no âmbito de grupo de estudos que contou com a participação de André Luís Monteiro, Eider Avelino Silva, Hélio Barros e Welder Queiroz dos Santos, sob a coordenação do Prof. Arruda Alvim e do Dep. Hugo Leal. Isso não significa, evidentemente, que os posicionamentos aqui defendidos consistam na opinião dos demais amigos aqui mencionados, sendo o presente estudo inteiramente individual e pessoal de seu subscritor. A referência ao grupo de estudos e seus integrantes serve ao propósito exclusivo de agradecer, a cada um deles, pelo privilégio dos debates, de inigualáveis qualidade e profundidade, que já deixam saudades.
  2. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela ESAP (PGERJ/UERJ-CEPED). Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ (TJRJ/UNESA). Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil, Direito Processual Coletivo e Direito Processual Tributário na Graduação da PUC-Rio e Pós-Graduações da PUC-Rio, UFF, UERJ, EMERJ, FESUDEPERJ, AMPERJ, ESA (OAB-RJ), CEPAD, CEDJ e ABADI. Professor convidado na EPD. Membro efetivo do IBDP, da ABDPC e do IIDP. Secretário-Geral da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ. Procurador da OAB-RJ. Procurador da UERJ. Advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 19.09.2012, a Câmara dos Deputados divulgou o Relatório-Geral<sup>3</sup> do Projeto de Novo Código de Processo Civil, isto é, a versão mais recente do texto do Substitutivo que a Comissão Especial (formada por Deputados e Juristas) está elaborando para aprimoramento da redação do PL 8.046/2010, atualmente em curso na Câmara. O referido Projeto foi de iniciativa do Senado, tendo sido aprovado, naquela Casa Legislativa, em 15.12.2010 (onde tramitou como o PL 166/2010) e remetido, à Câmara, em 22.12.2012.

Os Coordenadores da presente obra coletiva reuniram grande número de estudos com o objetivo específico de estimular o debate científico sobre os pontos mais relevantes da versão atual do Projeto, buscando que o maior número possível de sugestões e “correções” possam ser incorporadas ao texto projeto, já que o calendário legislativo ainda permite que sejam promovidas alterações no Substitutivo.

Para respeitar o objetivo da obra, este ensaio destaca, exclusivamente, pontos que consideramos “negativos”, sendo merecedores de revisão e modificação, pelos fundamentos expostos adiante. Ainda que nossa missão seja apenas a de apontar pontuais deficiências, isso não significa que sejamos contrários à promulgação de um Novo CPC, nem que consideramos o texto do Projeto como “insatisfatório”. Pelo contrário, somos defensores declarados da necessidade de um Novo CPC; aplaudimos com entusiasmo o trabalho cuidadoso, difícil e de excelente qualidade que os Juristas, Senadores e Deputados vêm realizando sobre o texto do Projeto; e consideramos que o texto projeto, a cada dia que passa, vem-se aprimorado mais e mais, condizente com o avançado estágio de desenvolvimento da Ciência do Direito Processual Civil brasileiro deste início de Século XXI.

Porém, como nenhuma obra humana é infalível, cabe-nos destacar alguns pontos do Projeto, relativos aos recursos cíveis, que, em nosso modesto entender, devem merecer alterações e maior atenção por parte do Congresso Nacional.

Finalmente, alertamos que a numeração dos artigos, referida neste texto, é aquela constante do Relatório-Geral da Câmara divulgado em 19.09.2012.

---

3. O texto do Relatório-Geral divulgado pela Câmara dos Deputados, em 19.09.2012, pode ser conferido em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeraAutenticaDoem18091222h47.pdf>

## 2. NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DOS PODERES MONOCRÁTICOS DO RELATOR PARA NEGAR OU DAR PROVIMENTO A RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE OU PROCEDENTE

Os incisos IV e V do art. 954<sup>4</sup> do Relatório-Geral da Câmara não preveem o cabimento de decisão monocrática do relator para negar ou dar provimento a recurso pelo fundamento da manifesta improcedência ou procedência, respectivamente.

Trata-se de inovação *supressiva*, uma vez que a hipótese de improvimento monocrático por manifesta improcedência vem prevista no *caput* do art. 557 do CPC de 1973 desde sua redação originária, tendo sido mantida por ocasião das reformas promovidas pelas Leis 9.139/1995 e 9.756/1998. Já o provimento monocrático, fundado na manifesta procedência, vem implicitamente consagrado, no § 1º-A do art. 557 (no trecho “confronto com jurisprudência dominante”), desde a Lei 9.756/1998.

Ainda que a decisão monocrática seja a exceção, ante a regra geral da colegialidade dos julgamentos nos tribunais, o Direito Processual Civil brasileiro tem caminhado, a passos largos (como visto pelas Reformas do Código de 1973 acima indicadas), no sentido da ampliação dos poderes decisórios monocráticos do relator.

A existência do recurso de agravo interno contra a decisão singular, por permitir ao recorrente levar a questão para o colegiado, possibilita a observância do princípio da colegialidade sempre que o recorrente assim o desejar,

---

4. “Art. 954. Incumbe ao relator: (...)

IV – negar provimento a recurso:

- a) que contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

V – dar provimento ao recurso:

- a) se a decisão recorrida contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) se a decisão recorrida for contrária a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) se a decisão recorrida contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. (...)”.

afastando, com contundência, qualquer imputação de inconstitucionalidade que pudesse ser feita ao dispositivo.

Como o Projeto do Novo CPC consagra o cabimento amplo de agravo interno no art. 1.043<sup>5</sup> (e esse instrumento é o que torna constitucionais os poderes decisórios monocráticos), permitindo que a colegialidade seja observada, deve o texto projetado permitir a ampliação dos poderes do relator, em nome da divisão de trabalhos e da racionalização do procedimento que contribuem para a efetividade da tutela jurisdicional.

Por essa razão, consideramos indesejável a redução dos poderes monocráticos, devendo-se permitir a decisão singular sempre que o relator considerar o pedido recursal como manifestamente improcedente ou procedente, desde que observado o prévio contraditório.

Eis a nossa proposta de redação para o dispositivo:

Art. 954. Incumbe ao relator: (...)

IV – negar provimento a recurso: (...)

*d) que seja manifestamente improcedente.*

V – dar provimento ao recurso: (...)

*d) que seja manifestamente procedente, garantido o contraditório.*

### **3. INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAÇÃO DE DOCUMENTOS DEVE CABER APENAS PARA OS FACULTATIVOS, NÃO ALCANÇANDO OS OBRIGATÓRIOS**

O parágrafo único do art. 954<sup>6</sup>, assim como o § 3º do art. 1.032<sup>7</sup> e o § 3º do art. 1.039<sup>8</sup>, todos do Relatório-Geral da Câmara, estabelecem que o

- 
5. “Art. 1043. Das decisões proferidas pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão fracionário, observadas, quanto ao processamento, as regras dos regimentos internos dos tribunais. (...)”.
  6. “Art. 954. 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.”.
  7. “Art. 1.032. A apelação, interposta por petição perante o tribunal competente para julgá-la, conterá: (...) § 3º. Caso falte alguma cópia, o apelante será intimado a complementar a formação do instrumento em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso.”.
  8. “Art. 1.039. A petição de agravo será instruída: (...) § 3º. Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo, deve o relator aplicar o disposto no parágrafo único do art. 954.”.



relator, antes de negar conhecimento ao recurso, deve intimar o recorrente para, em 05 (cinco) dias, sanar o vício de admissibilidade ou complementar a “documentação *exigível*”.

Consideremos o caso do agravo (de instrumento): os documentos que podem ser juntados em seu bojo são de duas ordens: *obrigatórios* (expressamente previstos em lei, isto é, cópia da decisão agravada, cópia das procurações outorgadas pelas partes e comprovante da data da intimação da decisão) ou *facultativos* (apesar de não referidos no texto legal, podem ser apresentados para trazer, ao julgador do agravo, maiores elementos de convicção e meios de prova sobre as alegações do agravante).

Quanto aos *facultativos*, a jurisprudência criou a subespécie *documentos que, apesar de facultativos, são indispensáveis à compreensão da controvérsia*. Esses documentos são *facultativos* porque não referidos em lei como obrigatórios, mas são, no entender do julgador (e não no do agravante), *essenciais para a compreensão das alegações*.

O adjetivo “*exigível*” utilizado no texto projetado é insatisfatório por duas razões: (i) é impreciso, gerando dúvida sobre se se refere somente aos documentos obrigatórios, ou apenas aos facultativos, ou a ambos; e (ii) se considerado como referindo-se também às peças obrigatórias, enseja vantagem totalmente indevida ao recorrente, ao beneficiá-lo com a possibilidade de correção de grave defeito, que é a ausência de documento expressamente indicado na lei.

Sugerimos, portanto, a seguinte redação para os dispositivos:

Art. 954. (...) 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 facultativa indispensável à compreensão da controvérsia.

Art. 1.032. (...) § 3º. Caso falte alguma cópia facultativa indispensável à compreensão da controvérsia, o apelante será intimado a complementar a formação do instrumento em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Art. 1.039. (...) § 3º. Na falta da cópia facultativa indispensável à compreensão da controvérsia ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo, deve o relator aplicar o disposto no parágrafo único do art. 954.”.

Parece evidente que o Novo CPC não deve permitir que o recorrente supra a ausência de documento obrigatório, já que o mesmo está clara e expressamente previsto na lei. Sendo inescusável tal defeito, deve gerar a sanção

da inadmissão liminar do recurso, e não o benefício da complementação de peça obrigatória. A benesse da intimação do recorrente para complementação de peças deve restringir-se aos documentos *facultativos* que venham a ser considerados, pelo julgador, como *indispensáveis à compreensão da controvérsia*.

#### 4. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO (DE INSTRUMENTO) DEVE CABER INCLUSIVE QUANDO A DECISÃO AGRAVADA DENEGAR OU REVOGAR A TUTELA DE URGÊNCIA (OU “ANTECIPADA”)

O inciso V do art. 959<sup>9</sup> do Substitutivo em análise prevê a sustentação oral no agravo (de instrumento) interposto contra decisão interlocutória que “*concede* tutela antecipada” ou que versa “sobre o mérito da causa”.

Não encontramos razão que ampare a sustentação oral no agravo apenas quando a decisão recorrida tiver *concedido* a tutela de urgência (ou “antecipada”), sendo essa distinção flagrantemente violadora da *isonomia*. Afinal, quando o magistrado *denega*, *confirma* ou *revoga* a medida pleiteada, o teor de gravosidade de cada uma dessas decisões é o mesmo daquela que *concede* a providência. Tratam-se de duas faces da mesma moeda, variando a ótica apenas da parte prejudicada: quando a decisão *concede* ou *confirma* a tutela, o prejudicado é o requerido, ao passo que a decisão que *denega* ou *revoga* a medida volta-se contra os interesses do requerente.

A sustentação oral no agravo (de instrumento) deve caber quando a decisão interlocutória recorrida *apreciar* o pedido de tutela de urgência (ou “antecipada”), decidindo-o em qualquer sentido (concedendo, denegando, confirmando ou revogando).

Sugerimos, assim, a seguinte redação para o dispositivo:

Art. 959. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente (...)

---

9. “Art. 959. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, bem como ao representante do Ministério Público, nos casos de sua intervenção, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões nas seguintes hipóteses: (...)”

V – no agravo interposto de decisões interlocutórias em que se *conceda* tutela antecipada ou que versem sobre o mérito da causa; (...)”.

V – no agravo interposto de decisões interlocutórias em que se *conceda, denegue, confirme ou revogue* tutela antecipada ou que versem sobre o mérito da causa; (...).

## 5. DESVANTAGEM DO CABIMENTO DE INSTAURAÇÃO PREVENTIVA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O *caput* do art. 997<sup>10</sup>, que regula o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, permite sua instauração tanto *repressiva* (quando houver *efetiva* repetição de processos), quanto *preventiva* (quando houver *potencial* repetição de processos).

Em nosso entender, a instauração preventiva do incidente poderá ser extremamente maléfica, já que ensejará a (suposta) pacificação de uma questão cujo debate e divergência sequer chegou a amadurecer. Não há que se cogitar da prolação de uma decisão paradigmática quando ainda não houver contraditório efetivo (aprofundado e adequado) sobre a questão, isto é, enquanto inexistir número significativo de petições, teses, fundamentos e decisões favoráveis e contrárias a todas as possíveis soluções que a matéria controvertida pode ensejar.

A pacificação prematura de uma divergência ainda não amadurecida para resolução é tão prejudicial para o sistema jurídico quanto a não prolação de uma decisão paradigmática quando já existente uma controvérsia aprofundada, aprimorada e suficientemente debatida.

Por essa razão, sugerimos que o trecho “ou *potencial*” seja suprimido do dispositivo, a fim de que o incidente de resolução de demandas repetitivas possa ser instaurado somente quando já amadurecido o debate sobre a questão controvertida:

Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver *efetiva* ou *potencial* repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

---

10. “Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver *efetiva* ou *potencial* repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.”.

## 6. DESVANTAGEM DO PROTOCOLO DA APELAÇÃO DIRETAMENTE EM 2ª INSTÂNCIA, EM RAZÃO DA MULTIPLICAÇÃO EXCESSIVA E DESNECESSÁRIA DAS FOLHAS DOS AUTOS FÍSICOS

Os arts. 1.032 e 1.033<sup>11</sup> do Relatório-Geral preveem a interposição da apelação diretamente na segunda instância, isto é, perante o tribunal competente para julgá-la. Essa sistemática gera o inconveniente da necessidade de juntada, em anexo à apelação, de cópias (previstas no § 1º do art. 1.032) das folhas dos autos físicos originais, já que os mesmos estarão em primeira instância e a apelação estará sendo dirigida diretamente à instância *ad quem*.

Note-se que o § 1º do art. 1.032 elenca poucas peças obrigatórias (incisos I a III), mas seu inciso IV permite a juntada, pelo apelante – e, evidentemente, pelo apelado nas contrarrazões – de “qualquer outro documento que lhe parecer conveniente”, abrindo brecha para a juntada de cópia integral dos autos principais, como ocorre com frequência, na prática forense dos dias atuais, em grande parte dos agravos de instrumento.

Em dispositivos aparentemente ilógicos, o § 3º permite que o relator intime o recorrente para apresentar cópias de peças que aquele venha a entender como necessárias, enquanto o § 4º do mesmo dispositivo enseja o relator a requisitar a remessa da íntegra dos próprios autos físicos originais. Ora, se a nova sistemática que se buscou consagrar prevê que na segunda instância existirão apenas cópia dos autos, cuja íntegra original permanecerá na primeira instância (como se vê dos §§ 1º e 3º), por qual razão o § 4º permite o retorno à sistemática que se buscou eliminar, possibilitando a remessa dos autos originais? Se os autos originais poderão ser remetidos, qual terá sido a necessidade e a vantagem da juntada de diversas cópias pelo apelante e pelo apelado?

Essa juntada de cópias das folhas dos autos físicos em anexo à apelação e às contrarrazões gerará indevida e excessiva multiplicação de folhas do processo. Mais grave ainda, quando houver litisconsórcio ativo e/ou passivo com sucumbência recíproca, caso em que haverá diversos apelantes e ape-

---

11. “Art. 1.032. A apelação, interposta por petição *perante o tribunal competente* para julgá-la, conterà: (...)

Art. 1.033. A apelação será protocolada *perante o tribunal competente* para julgá-la, interposta por via postal, por meio eletrônico ou por outra forma prevista em lei. (...)”.

lados, ocasionando repetição de cópias por parte de todos os apelantes, em multiplicação absolutamente desnecessária de folhas.

O § 5º do art. 1.032 diz caber à Secretaria do Tribunal unificar os autos recursais “evitando duplicação de peças”, mas essa regra não resolve o problema, já que as apelações já terão sido protocoladas com os seus anexos duplicados. No caso de apelação por mais de um sucumbente, os recorrentes incorreção em custos adicionais com cópias para serem anexadas às suas apelações (uma vez que essa providência é obrigatória pelo § 1º), as quais, logo em seguida, quando recebidas pela Secretaria, serão eliminadas, porquanto será escolhido apenas um conjunto de cópias para instruir os autos recursais “unificados”.

Como se já não fosse aberrante o excesso e a multiplicidade de cópias em segunda instância, os §§ 6º e 7º do art. 1.032 exigem a juntada obrigatória, em primeira instância, de cópia(s) da(s) apelação(ões) no prazo de 03 (três) dias, sob pena de inadmissibilidade da(s) apelação(ões). Em suma, na primeira instância haverá os autos originais com cópias de todas as apelações e, na segunda instância, autos recursais que conterão os originais das apelações com cópias provavelmente integrais dos autos originais.

E quando a(s) apelação(ões) for(em) julgada(s) e o(s) acórdão(ões) transitar(em) em julgado, o que será feito com esses diversos autos recursais, cada um instruído com grande número de cópias das folhas dos autos principais? Esse significativo número de cópias será eliminado, jogado literalmente no lixo?

Como se vê, o procedimento é demasiadamente confuso e inefetivo. Não há qualquer benefício processual resultante dessa multiplicação excessiva de cópias dos autos que serão descartadas logo após a prática de poucos atos processuais subsequentes. Além de gerar multiplicação indevida de autos apartados e de cópias, e ir frontalmente de encontro à sustentabilidade ambiental, essa prática em nada contribuirá para a celeridade dos atos processuais nem para a efetividade da tutela jurisdicional.

Caso o objetivo buscado pelo Projeto seja a eliminação do primeiro juízo de admissibilidade da apelação realizado na instância *a quo*, seria suficiente – e muito mais simples – manter o protocolo da apelação e das contrarrazões em primeira instância e determinar a remessa imediata dos autos físicos originais para o tribunal, sem verificação de admissibilidade pelo juiz, passando o relator a efetuar o primeiro juízo de admissibilidade. Nesse caso, sugerimos a seguinte redação para os dispositivos:

Art. 1032. A apelação será interposta por petição dirigida ao juízo de primeira instância e conterá: (...).

Art. 1033. *Protocolada a apelação, o juízo de primeira instância intimará o apelado para apresentar as suas contrarrazões e, após o esgotamento do prazo para tanto, remeterá os autos, de imediato, ao tribunal competente para os juízos de admissibilidade e de mérito da apelação.*

Art. 1034. *No tribunal, a apelação será, em regra (...).*

Por outro lado, se o objetivo buscado pelo Projeto for evitar o tempo perdido em primeira instância com o protocolo da apelação e das contrarrazões, talvez uma solução intermediária seja diferenciar o procedimento nos casos em que o processo já for “eletrônico” (autos eletrônicos).

O procedimento acima sugerido – protocolo das petições em primeira instância e remessa imediata para a instância *ad quem* – seria aplicável aos processos de autos ainda “físicos”. Já no caso de “autos eletrônicos”, a interposição da apelação e o protocolo das contrarrazões poderiam ser realizados diretamente em segunda instância, uma vez que não seria necessária a apresentação de qualquer cópia física, evitando a confusão e o grande inconveniente acima demonstrados, gerados pela necessidade de apresentação de inúmeras cópias.

## 7. REGULAMENTAÇÃO AINDA CONFUSA SOBRE O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO (OPE LEGIS) DA APELAÇÃO

O *caput* e o § 1º do art. 1.034<sup>12</sup> do Projeto modificam o efeito suspensivo da apelação. Enquanto pelo *caput* art. 520 do Código de 1973 a apelação tem, em regra, efeito suspensivo automático (*ope legis*) até o seu julgamento de mérito, o texto projetado busca diminuir a duração temporal do efeito suspensivo *ope legis* da apelação, para que o mesmo perdure apenas até a realização do juízo de admissibilidade pelo relator.

Ocorre que os dispositivos do Projeto acima destacados não têm redação suficientemente clara nesse sentido, porquanto deixam de regular, expressamente, os efeitos da apelação no interregno entre seu protocolo e o juízo de admissibilidade pelo relator.

---

12. “Art. 1034. A apelação será, em regra, recebida sem efeito suspensivo. Será, todavia, *recebida com este efeito*, a requerimento do apelante, se o relator considerar que da imediata produção de efeitos da sentença poderá resultar dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo provável o provimento do recurso.

§ 1º Recebida a apelação sem efeito suspensivo, a sentença apelada começará a produzir os seus efeitos. (...)”.

Sugerimos, assim, uma redação mais clara sobre a ineficácia automática (*ope legis*), como regra geral, da sentença até o juízo de admissibilidade pelo relator:

Art. 1034. *A apelação, em regra, impedirá a eficácia da sentença até a realização do juízo de admissibilidade pelo relator. A requerimento do apelante, o relator manterá o efeito suspensivo se considerar que da imediata produção de efeitos da sentença poderá resultar dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo provável o provimento do recurso.*

§ 1º *Recebida a apelação sem efeito suspensivo, a sentença apelada começará a produzir os seus efeitos. (...).*

## 8. AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES TIPIFICADAS DE CABIMENTO DE AGRAVO (DE INSTRUMENTO)

O art. 1.037<sup>13</sup> do Substitutivo traz, em seus quatorze incisos, rol não taxativo de cabimento do agravo (de instrumento). Ainda que se trate de elenco exemplificativo (*numerus apertus*), sugerimos a inclusão de mais alguns incisos.

Primeiramente, parece mais lógica a conversão dos § 1º e 2º do referido dispositivo em novos incisos XV e XVI, já que se tratam, igualmente, de decisões recorríveis por agravo (de instrumento), fazendo mais sentido virem referidas nos incisos do que em parágrafos:

*XV – for proferida nas fases de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário;*

*XVI – vem referida no parágrafo único do art. 362 e no art. 364;*

Além disso, entendemos benéfica a inclusão de inciso XVII no art. 1.037, para que seja feita referência à decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito, nos moldes da sistemática proposta no § 2º do art. 364<sup>14</sup>:

*XVII – promover o julgamento antecipado parcial do mérito.*

Sugerimos, ainda, a adição de derradeiro inciso XVIII, referindo-se ao indeferimento *parcial* da petição inicial, tendo em vista que, no caso de inde-

---

13. “Art. 1037. Além de outros casos previstos em lei, cabe agravo contra decisão interlocutória que: (...)”.

14. “Art. 364. O juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: (...)”

§ 2º A decisão que julgar parcialmente o mérito é impugnável por agravo.”.

ferimento integral da exordial, o recurso cabível é a apelação, conforme art. 313 do Projeto<sup>15</sup>:

*XVIII – indeferir, parcialmente, a petição inicial.*

## 9. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ PARA CABIMENTO DO RECURSO SUBSEQUENTE

O Projeto, tal como o Código de 1973, consagra, além das previsões gerais de litigância de má-fé, regras específicas para o caso de abuso do direito de recorrer. Nessa linha, o § 2º do art. 1.043<sup>16</sup> e o § 3º do art. 1.048<sup>17</sup> do texto projeto preveem multas por litigância de má-fé em sede de agravo interno e de embargos de declaração, respectivamente.

Ocorre que as propostas de § 3º do art. 1.043<sup>18</sup> e de § 5º do art. 1.048<sup>19</sup> exigem o depósito imediato do valor da multa como condição de admissibilidade do recurso seguinte. Em outras palavras, havendo condenação em multa em sede de agravo interno ou de embargos de declaração (caso o relator venha a considerar o recurso como meramente protelatório ou manifestamente inadmissível ou improcedente), para que o recorrente possa interpor os recursos subsequentes (*v.g.*, recursos especial e extraordinário), faz-se necessário o depósito do valor da multa, sob pena do não conhecimento liminar do

---

15. “Art. 313. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de cinco dias após ser informado da interposição do recurso, retratar-se.”

16. “Art. 1.043. Das decisões proferidas pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão fracionário, observadas, quanto ao processamento, as regras dos regimentos internos dos tribunais. (...)

§ 2º Quando *manifestamente inadmissível ou improcedente* o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado *multa* fixada entre um e cinco por cento do valor corrigido da causa.”

17. “Art. 1.048. Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. (...)

§ 3º Quando *manifestamente protelatórios* os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado *multa* não excedente a dois por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos manifestamente protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento sobre o valor da causa.”

18. “Art. 1.043. (...) § 3º A interposição de qualquer outro recurso ficará *condicionada* ao depósito prévio do respectivo valor, ressalvados os beneficiários da gratuidade de justiça e a Fazenda Pública que farão o pagamento ao final.”

19. “Art. 1.048. (...) § 5º A interposição de qualquer outro recurso ficará *condicionada* ao depósito prévio do valor de cada multa, ressalvados os beneficiários da gratuidade de justiça e a Fazenda Pública, que a recolherão ao final.”



recurso subsequente, salvo quando se tratar de beneficiário da gratuidade de justiça e de Fazenda Pública, que têm o direito de realizar o pagamento no fim do processo.

É evidente que nenhum direito pode ser exercido de modo abusivo, sendo plenamente constitucional a punição da parte, mediante multa por litigância de má-fé, pelo abuso da ação (entendida esta como o direito de pedir, ao Estado-juiz, a tutela jurisdicional). Entretanto, a exigência de depósito imediato desse valor como condição de admissibilidade do recurso seguinte não nos parece medida compatível com a Constituição, por violar, frontalmente, as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV do art. 5º da CRFB) e do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do arts. 5º)<sup>20</sup>.

Sugerimos, assim, a *supressão integral* do § 3º do art. 1.043 e do § 5º do art. 1.048, a fim de que seja possível a aplicação da multa por litigância de má-fé em grau recursal, devendo seu pagamento, contudo, ocorrer somente no momento da execução da sentença e das verbas de sucumbência.

## 10. DESVANTAGEM DO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA IMPUGNAR ERRO NA ANÁLISE DE REQUISITO EXTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O art. 1.044<sup>21</sup> do Relatório-Geral da Câmara elenca as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, recurso eminentemente de fundamentação vinculada. O Projeto mantém a referência aos tradicionais vícios, constantes do Código de 1973, que ensejam a interposição de embargos declaratórios (obscuridade, contradição, omissão e erro material), mas acrescenta nova hipótese no inciso IV: *corrigir erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso*.

Os pressupostos e requisitos de admissibilidade dos recursos cíveis são classificados, doutrinariamente, de diversos modos. Há quem os divida em

---

20. Sobre esse tema, já tivemos a oportunidade de nos manifestar no seguinte ensaio: GARCIA REDONDO, Bruno. Agravo interno: principais aspectos controvertidos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nº 110, mai. 2012, p. 09-22.

21. “Art. 1.044. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

- I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II – suprir omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal;
- III – corrigir erro material;
- IV – corrigir erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso.”.

*pressupostos e condições* dos recursos; há quem os separe em *objetivos e subjetivos*, e há, finalmente, o entendimento predominante que os classifica em requisitos de admissibilidade *intrínsecos* (cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (tempestividade, regularidade formal e preparo).

De acordo com o sistema do Código de 1973, a decisão que nega conhecimento ao recurso deve ser impugnada pelo meio recursal seguinte (*v.g.*, agravo interno, recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso), e não mediante embargos de declaração. O recurso típico seguinte é o meio correto para a impugnação de equívoco no juízo de admissibilidade ou de mérito do recurso anterior. Já o cabimento de embargos de declaração refere-se a hipóteses diversas, restritas à obscuridade, contradição ou omissão.

O dispositivo do texto projetado, porém, amplia a hipótese de cabimento dos embargos de declaração, tornando-os o meio adequado para impugnação de erro, no juízo de admissibilidade do recurso, relativamente apenas a requisito extrínseco. Essa modificação, em nosso entender, complicará, desnecessariamente, o cabimento dos recursos. Caso a parte entenda que o relator equivocou-se no juízo de admissibilidade quanto a requisito *extrínseco* de admissibilidade, deverá interpor embargos de declaração; caso entenda que o erro do relator refere-se a requisito *intrínseco* de admissibilidade, ou ao próprio juízo de mérito, deverá interpor o recurso típico subsequente (*v.g.*, agravo interno); e, se entender que o erro se refere a requisito tanto intrínseco, quanto extrínseco, a decisão será impugnável, primeiramente, por embargos de declaração (relativamente ao requisito extrínseco), para, logo em seguida, ser objeto de outro recurso, dessa vez, *v.g.*, agravo interno (quanto ao requisito intrínseco e ao mérito).

Não identificamos a razão pela qual o equívoco de julgamento sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos passará a ser impugnado por duas espécies recursais distintas (embargos de declaração e/ou o recurso típico subsequente). A nosso ver, a sistemática do Código de 1973 é muito mais simples, lógica e célere: embargos de declaração destinados a sanar, exclusivamente, quatro tipos de vícios (obscuridade, contradição, omissão e erro material) e os demais recursos típicos voltados a impugnar erro quanto a juízo de admissibilidade e/ou de mérito do recurso anterior.

Sugerimos, assim, a *supressão integral* da proposta de inciso IV do art. 1.044, a fim de que os embargos de declaração não passem a ter cabimento para a impugnação dos requisitos de admissibilidade apenas extrínsecos dos demais recursos.

## 11. CONCLUSÃO

Como destacado no início, o Projeto de Novo CPC consagra inúmeros avanços: regula institutos e procedimentos sobre os quais o Código de 1973 é omissivo (*v.g.*, desconsideração da personalidade jurídica); aprimora a regulamentação da flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes (atos e negócios processuais, típicos e atípicos); esmiúça as regras de direito probatório (*e.g.*, prova pericial); regula a execução de modo a torná-la ainda mais efetiva; permite a conversão de demanda individual em ação coletiva; cria o incidente de resolução de demandas repetitivas, etc.

Quanto aos recursos, há, igualmente, diversos pontos positivos: uniformização dos prazos em 15 (quinze) dias como regra geral; criação da sucumbência recursal; possibilidade de correção de vícios processuais ligados à admissibilidade dos recursos; previsão do contraditório sempre que necessário – ex.: embargos de declaração com efeitos infringentes, provimento monocrático de agravo (de instrumento), etc. –; prequestionamento por meio do voto vencido; “fungibilidade” entre recursos especial e extraordinário; indicação mais precisa do cabimento de alguns recursos (*v.g.*, apelação e agravo), etc.

Os pontos positivos são inúmeros e vastos. Particularmente, considero que a elaboração de um Novo CPC é necessária e que o texto do Projeto de Novo CPC é elogiável. Não obstante, há dispositivos que ainda exigem maior aprimoramento. Esperamos que este nosso modesto estudo crítico, sobre alguns pontos do Projeto relativamente aos recursos, possa contribuir para a conclusão da lapidação desta obra que está em vias de ser aprovada pelo Congresso e entregue aos jurisdicionados e ao Poder Judiciário.



# DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E CONTROLE DA JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CPC

ANDRE VASCONCELOS ROQUE<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Apresentação – 2. Revisitando o dever de motivação das decisões judiciais – 3. Dever de motivação no projeto do novo CPC – 4. Dever de motivação e controle da jurisprudência – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas

---

## 1. APRESENTAÇÃO

A compreensão do ordenamento jurídico e de seu papel na sociedade, a partir da segunda metade do século XX, com a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo jurídico, ingressou em nova fase, de contornos ainda bastante indefinidos e imprecisos.

Na falta de melhor denominação, tornou-se comum a utilização do gênero *pós-positivismo*, como algo que vem após o positivismo, mas que ainda não se sabe o que é<sup>2</sup>. Pode-se, todavia, definir como algumas de suas bases fundamentais os seguintes pontos: a) superação da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto; b) normatividade dos princípios, que deixam de ser meras exortações ou mesmo fontes subsidiárias, aplicadas apenas no si-

- 
1. Doutorando e mestre em Direito Processual (UERJ). Professor de Direito Processual Civil. Membro do IBDP e do CBAr. Advogado no Rio de Janeiro. Contato: andreroque@uerj.br
  2. Assim como as denominações pós-modernidade, pós-freudiana ou pós-marxista, que evidenciam a realidade fragmentada que se vive na sociedade contemporânea. Vive-se o fim de uma era e o início de algo novo, ainda não identificado. Por isso que há autores como BARROSO, Luis Roberto, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro *in* BARROSO, Luis Roberto (Org.), *A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2, que afirmam ser esta uma época “aparentemente pós-tudo”.

lência da lei<sup>3</sup>, passando a ser considerados verdadeiras normas jurídicas; c) compreensão do ordenamento jurídico não mais como se fosse um sistema fechado e auto-suficiente, mas como um sistema jurídico aberto de valores<sup>4</sup>.

Como a Constituição constitui, por excelência, o arcabouço normativo para os princípios mais gerais do ordenamento jurídico e o ponto de contato entre as esferas jurídica, política e social, é natural que o pós-positivismo estivesse relacionado também a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição. Embora o conceito não seja encontrado em todos os países, tornou-se frequente no Brasil a utilização do termo *neoconstitucionalismo* para designar esta nova fase<sup>5-6</sup>.

Assim como a denominação genérica (e talvez provisória) do pós-positivismo, o conceito de neoconstitucionalismo também é ainda bastante impreciso, abrangendo uma série de visões e teorias bastante heterogêneas sobre o tema<sup>7</sup>. Nada obstante e ressalvada desde logo a posição crítica do autor do presente estudo ao neoconstitucionalismo, discussão esta que extrapolaria em muito os limites aqui propostos, é possível delimitar alguns de seus aspectos mais gerais.

Não se concebe mais a Constituição como mera exortação ou simples declaração dirigida aos governantes ou ao legislador. Torna-se ela verdadeira norma jurídica, de tal modo que a lei ordinária já não mais pode ser consi-

- 
3. A superada compreensão dos princípios como fonte subsidiária do direito está por trás, por exemplo, do art. 126 do atual Código de Processo Civil, segundo o qual no julgamento da lide, caberá ao juiz “aplicar as normas legais; *não as havendo*, recorrerá à analogia, aos costumes e aos *princípios gerais de direito*” (grifos nossos).
  4. V. BARROSO, Luis Roberto, cit., p. 35; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel, *um novo Código de Processo Civil para o Brasil*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 86.
  5. Como ensina SARMENTO, Daniel, Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade in LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord), *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra, 2009, p. 11, o conceito de “neoconstitucionalismo” foi formulado na Espanha e na Itália, reverberando bastante na doutrina brasileira nos últimos anos.
  6. Como aponta STRECK, Lenio Luiz, A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo in ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155, haveria uma série de incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo e o positivismo jurídico.
  7. Por isso, é ilustrativo o título de obra organizada por Miguel Carbonell (CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003), porque talvez não se possa cogitar mesmo de um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o papel da Constituição no ordenamento jurídico contemporâneo.

derada a única fonte do direito<sup>8</sup>. A Constituição, indo além da simples tarefa de organização do Estado, passa a delimitar a esfera de atuação possível para os governantes e para o legislador e, às vezes, até a determinar positivamente o que eles devem fazer<sup>9</sup>. Assegura-se normatividade máxima aos direitos fundamentais, que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, a fim de implementar os valores protegidos constitucionalmente, visto que não mais se admite um Estado formal como simples ordem normativa, desvinculado de qualquer concepção moral. Observa-se o alargamento da jurisdição constitucional, inclusive do controle de constitucionalidade, de maneira a assegurar a proteção e a efetivação dos ditames contemplados na Carta Magna<sup>10</sup>.

O neoconstitucionalismo pressupõe, assim, a normatividade dos princípios, em especial daqueles contemplados na Constituição, de tal maneira que se torna insuficiente a interpretação como simples atividade de subsunção entre uma premissa maior (texto normativo) a uma premissa menor (fatos juridicamente relevantes). Isso porque, além da impossibilidade de se atingir a objetividade plena em qualquer âmbito normativo<sup>11</sup>, como se sabe, os princípios são caracterizados por uma menor densidade normativa, exigindo do intérprete atividade mais intensa, direcionada à concretização do seu sentido segundo o caso concreto<sup>12</sup>. Além disso, a tarefa do intérprete é redobrada pelo fato de que os princípios possuem uma dimensão até então não levada em consideração nos tradicionais esquemas interpretativos de subsunção: a do

- 
8. Entre muitos outros, v. CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, *Panóptica*, nº 6, fev. 2007, p. 6/7.
  9. V. SANCHÍS, Luis Prieto, El constitucionalismo de los derechos in CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007, p. 213/214.
  10. V. SANCHÍS, Luis Prieto, cit., p. 214; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel, cit., p. 97; CAMBI, Eduardo, cit., p. 8.
  11. Como bem ressaltado por PULIDO, Carlos Bernal, Refutación y defensa del neoconstitucionalismo in CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 317, ao afastar a crítica de Juan Antonio García Amado, em artigo publicado na mesma coletânea (*Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo*), segundo a qual as decisões em matéria de direitos fundamentais estariam melhor fundamentadas em um esquema subsuntivo e interpretativo, uma vez que a ponderação de interesses seria uma atividade irracional, na ausência de um “ponderômetro”. Para AARNIO, Aulis, La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, *Doxa*, nº 8, 1990, p. 24/25, não pode haver, sequer em tese, uma única resposta correta para o raciocínio jurídico, embora esta seja uma posição longe de alcançar unanimidade. Para uma visão crítica, v. ATIENZA, Manuel, Sobre la única respuesta correcta, *Revista Jurídica Universidad de Caldas*, v. 6, nº 2, p. 13-26, jul./dic. 2009.
  12. V. SAMPAIO JR., José Herval, *Proceso constitucional – nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 51.

peso ou da importância<sup>13</sup>, permitindo que eventual conflito entre princípios não se resolva por simples relações de validade, mas sim de preponderância (ponderação de interesses).

A intensificação do papel do intérprete (e também do juiz), entretanto, acarreta um grande problema: o risco de se recair em uma situação de decisionismo judicial<sup>14</sup>. Nesse sentido, estudo elaborado por pesquisadores da UFPR e recentemente divulgado, por exemplo, concluiu que os juízes do Estado do Paraná, de forma geral, primeiro buscam a solução para o caso concreto, dentro daquilo que eles entendem como Justiça segundo seus critérios pessoais, para depois encontrar o Direito<sup>15</sup>.

Como assegurar que os juízes (que sequer são eleitos, em regra) não imponham seus próprios juízos morais sobre aqueles delineados pelo Parlamento, passando por cima das escolhas políticas realizadas pelos escolhidos para representar a sociedade? Enfim, como evitar que a democracia representativa seja colocada em risco?

## 2. REVISITANDO O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A releitura de todo o direito processual sob a ótica dos direitos fundamentais e da normatividade direta dos princípios constitucionais que vem sendo promovida nas últimas décadas tem produzido resultados importantes<sup>16</sup>. Além da ampliação do acesso à justiça e da construção de técnicas processuais mais adequadas à realização dos direitos materiais, com a valorização das tutelas de urgência e preventiva, outra consequência a ser observada consiste no fortalecimento das garantias processuais, que igualmente têm amparo em sede constitucional, em especial no que se refere ao devido processo legal, ao

---

13. Por isso é que, para Robert Alexy, os princípios são “mandados de otimização”, que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. V. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

14. Por isso é que, para AMADO, Juan Antonio Garcia, *Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo in* CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 243 sustenta que o neoconstitucionalismo seria uma espécie de “judicialismo metafisicamente vinculado”, em que o juiz realiza o prodígio de manifestar como determinado um texto normativo aberto, vago.

15. V. reportagem intitulada *Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo*, divulgada na página do Consultor Jurídico ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) em 6.7.2012 (acesso em 7.7.2012).

16. Há, por isso, quem denomine esta nova fase de releitura do direito processual, com base nas premissas do neoconstitucionalismo, de “neoprocessualismo”. V. CAMBI, Eduardo, cit., *passim*.



contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à publicidade dos atos processuais, à motivação das decisões judiciais e à duração razoável do processo<sup>17</sup>.

As formas processuais que dizem respeito a deveres, ônus e direitos dos sujeitos no processo não mais podem ser vistas como um fim em si mesmas e nem como mero instrumento de realização do direito material, de forma absolutamente neutra e alheia às circunstâncias do caso concreto. O processo como um todo sofre uma releitura, de tal modo que sua estruturação deve estar conformada a valores fundados na Constituição, notadamente quanto aos direitos fundamentais<sup>18</sup>. Assim como a Constituição, o direito processual não pode ser concebido como um mero instrumento formal, desvinculado de qualquer concepção moral. E, assim, com o objetivo de promover justiça sem abrir mão da segurança jurídica, uma das principais finalidades do processo consiste em conter o arbítrio judicial<sup>19</sup>, desembocando em uma das grandes preocupações que circundam o neoconstitucionalismo, como visto anteriormente.

Pode-se dizer, portanto, que há uma simbiose: o neoprocessualismo retira suas premissas filosófico-metodológicas do neoconstitucionalismo<sup>20</sup> e, em troca, lhe propõe meios de controlar o arbítrio judicial, conferindo legitimidade à intensificação do papel do juiz em um sistema jurídico inundado por valores e princípios.

Dados os limites do presente estudo, não seria possível explicitar todos os meios através do qual se propõe o controle dos poderes do juiz. No entanto, um desses meios, sem dúvida nenhuma, está no dever de motivação das

---

17. Por isso é que a doutrina já fala na existência de um Direito Constitucional Processual, que consiste nas diretrizes básicas do Direito Processual traçadas pela Constituição. V. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel, cit., 95 e NERY JR., Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

18. Essa é uma das idéias principais por trás da teoria do formalismo-valorativo, desenvolvida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual as formas do processo devem estar conformadas pelos valores justiça, cooperação, segurança e efetividade. V., sobre o ponto, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*. Como se vê, o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo, embora não se confundam, estão fundados nas mesmas premissas metodológicas e representam a superação da fase instrumentalista do processo. V. MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50/52.

19. V. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, cit., p. 7: “Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”.

20. Devido a isso, naturalmente, a posição crítica do autor deste estudo se estende também ao chamado neoprocessualismo. Essa discussão, porém, extrapola em muito o objeto do presente trabalho.

decisões judiciais. Nesse sentido, a doutrina já há muito tempo aponta que uma das principais finalidades do dever de motivação das decisões judiciais estava na contenção do arbítrio judicial<sup>21</sup>. Mais do que possibilitar às partes atacarem de forma especificada os fundamentos da decisão, tal exigência de motivação consiste em um meio de controle da sociedade sobre a atuação dos juízes, de sua legalidade e imparcialidade, razão pela qual até as decisões de última instância, que não comportem recurso, devem estar fundamentadas. Além do controle processual, a justificação se presta também ao controle extraprocessual e difuso sobre o modo como o Estado administra a justiça na sociedade.

O dever de motivação das decisões judiciais, portanto, assegura legitimidade à atuação dos juízes, mesmo que esses não sejam eleitos pelo povo<sup>22</sup>.

Ocorre que, superada a interpretação como simples atividade de subsunção na era do neoconstitucionalismo, também o dever de fundamentação precisa ser reforçado. Não basta, assim, que se recorra a um mero silogismo entre uma premissa maior (texto normativo) e uma premissa menor (fatos juridicamente relevantes), uma vez que essas premissas também carecem de justificação<sup>23</sup>. O julgador necessita demonstrar de forma racional por qual motivo considerou determinado texto normativo em prejuízo de outros possivelmente aplicáveis ao caso concreto, por que realizou a atividade de concreção de textos normativos abertos (cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados) em certo sentido, por que, tratando-se de princípios em confronto, conferiu maior peso a um deles em detrimento de outro e, finalmente, por

---

21. V., entre muitos outros, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito *in Temas de Direito Processual* (Segunda Série), São Paulo: Saraiva, 1988, p. 87/88; NERY JR., Nelson, cit., p. 286; MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 104; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68; AMORIM, Letícia Balsamão, Motivação das decisões judiciais *in* TORRES, Ricardo Lobo *et al.* (Org.), *Dicionário de princípios jurídicos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 843/844.

22. Nesse sentido, BERGHOLTZ, Gunnar, *Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, *Doxa*, nº 8, 1990, p. 81 assevera que as razões constituem uma justificação do poder e que o poder somente pode ser usado dentro dos limites de sua justificação. Uma decisão fundamentada, assim, ajuda a integrar o direito e a justiça na sociedade.

23. Por isso que TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 156 já aduzia que a estrutura silogística é incompleta como uma teoria da motivação das decisões judiciais. O silogismo é apenas um dos instrumentos lógicos possíveis de aplicação, sem prejuízo de outros recursos necessários para justificar racionalmente uma decisão judicial. No mesmo sentido, v. AMORIM, Letícia Balsamão, cit., p. 845, exemplificando com a situação em que o juiz justifica, de forma genérica, que um contrato fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

que emprestou maior relevância a determinados fatos em prejuízo de outros que tenham sido trazidos ao processo.

Sendo a decisão judicial muito mais complexa que um silogismo, sua motivação não pode se realizar de forma estruturalmente unitária e homogênea, sob pena de ser incompleta e não representar efetivamente o raciocínio realizado pelo juiz<sup>24</sup>. É preciso, assim, que o dever de motivação seja desempenhado pelo julgador em pelo menos dois níveis: a) *justificação interna*, que nada mais é que a atividade de subsunção dos fatos aos textos normativos aplicáveis ao caso concreto; b) *justificação externa*, que consiste exatamente na tarefa de justificação, concretização e argumentação das premissas a serem utilizadas para a atividade de subsunção<sup>25</sup>.

O uso exclusivamente da justificação interna, como se pode observar, somente será suficiente se não houver controvérsia quanto aos textos normativos aplicáveis, nem em relação à adequada interpretação desses enunciados e tampouco quanto aos fatos jurídicos relevantes a serem considerados. Situação rara, especialmente em um modelo jurídico inundado de valores e princípios, normas com menor densidade normativa, de acordo com as premissas metodológicas do neoconstitucionalismo. Entre outros fatores, a insuficiência do silogismo para o cumprimento do dever de motivação pode decorrer: a) da imprecisão da linguagem; b) da possibilidade de conflitos entre as normas, sobretudo quando esteja em jogo pelo menos um princípio; c) da possibilidade de haver casos que não se enquadrem em nenhuma norma validade existente; d) da possibilidade, em casos excepcionais, de decisões que contrariem textualmente a lei<sup>26</sup>; e) do risco de utilização do silogismo para encobrir arbitrariedades e decisionismos<sup>27</sup>.

Daí a necessidade de disciplina não apenas da justificação interna das decisões judiciais, mas também de sua justificativa externa<sup>28</sup>. Seria impossível, em um breve estudo, discutir as principais teorias filosófico-jurídicas sobre a

---

24. Nesse sentido, v. TARUFFO, Michele, cit., p. 208: "Invero, ogni modello omogeneo rischia di essere unilaterale, sicché l'omogeneità rimane fittizia".

25. Sobre a distinção, entre outros, v. AMORIM, Letícia Balsamão, cit., p. 848.

26. V. ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 17.

27. V. TARUFFO, Michele, cit., p. 162. V. tb. CASTRO, Fabio Caprio Leite de, Aspectos filosóficos de la motivación judicial, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 6, 2002/2003, p. 209.

28. V. SAMPAIO JR., José Herval, cit., p. 83.

justificação externa das decisões judiciais<sup>29</sup>. É essencial destacar, entretanto, a preocupação verificada na maior parte dessas teorias em se controlar a atuação do julgador para além de uma motivação exclusivamente formal, de natureza silogística.

### 3. DEVER DE MOTIVAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CPC

O projeto do novo Código de Processo Civil, que atualmente se encontra em discussão na Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010) é um texto concebido na era do neoprocessualismo que, como não poderia deixar de ser, reconhece normatividade aos princípios e procura consagrá-los também em sede legal.

Como resultado de seu momento histórico, o projeto também procura disciplinar o dever de motivação das decisões judiciais em seu aspecto externo, exigindo que o juiz desenvolva a fundamentação analítica sempre que estiver diante de textos normativos abertos. Trata-se, sem dúvida, de iniciativa bastante elogiável.

Os dispositivos que disciplinam o assunto no projeto do novo CPC, na versão aprovada pelo Senado Federal, encontram-se reproduzidos abaixo:

Art. 476. (...)

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – (...)

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

Art. 477. (...)

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.

A tentativa do projeto de disciplinar um tema bastante complexo e de acentuada importância deve ser encorajada, representando inegável avanço

---

29. Exemplos importantes são a teoria tópica do raciocínio jurídico, desenvolvida a partir dos estudos de Theodor Viehweg, e a teoria retórica da argumentação jurídica, desenvolvida por Chaïm Perelman.

do projeto em relação ao CPC atual. Como já se apontou em doutrina, a disciplina sobre o tema teria o mérito pedagógico de despertar os aplicadores do direito para o necessário aprimoramento da fundamentação das decisões, em tempo de enunciados normativos tão abertos e do reconhecimento da normatividade dos princípios<sup>30</sup>.

A previsão contida no art. 476, parágrafo único, inciso II do projeto era bastante oportuna: sempre que o juiz empregar conceitos jurídicos indeterminados, deveria expor de forma explícita e analítica de que modo ocorreu a concreção de seu sentido no caso concreto<sup>31</sup>. Dispositivo análogo deveria ser previsto para as cláusulas gerais.

Ressalte-se, entretanto, que o parágrafo único do art. 477 do aludido projeto embaralhava conceitos básicos, incorrendo em imperfeições técnicas.

Segundo o entendimento correntemente aceito entre os autores contemporâneos, as normas jurídicas podem ser princípios ou regras, conforme o grau de sua densidade normativa<sup>32</sup>. Tal classificação, aparentemente, é aceita pelo projeto do novo CPC. No entanto, o parágrafo único do art. 477 fazia referência a regras (ou seja, normas dotadas de maior densidade normativa) que contenham conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou até mesmo princípios (!).

Isto não parece possível. Regras não podem conter princípios porque se tratam de duas espécies normativas distintas. O dispositivo em análise confunde conceitos básicos desenvolvidos na doutrina, tais como normas jurídicas, princípios, regras, textos normativos<sup>33</sup>, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

---

30. V. DIDIER JR., Fredie, A teoria dos princípios e o projeto de novo CPC in DIDIER JR., Fredie et al., *O projeto do novo Código de Processo Civil*, Salvador, Juspodivm, 2011, p. 148.

31. Interessante notar que, no âmbito do controle dos atos administrativos, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a mera indicação de conceitos jurídicos indeterminados não atende à exigência de devida motivação: “Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito” (RMS 19.210/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235).

32. Para outros critérios de distinção, v. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086/1087 (propondo cinco critérios de distinção entre regras e princípios: grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética).

33. De acordo com a tese do professor alemão Friedrich Muller, que tem sido aceita atualmente no Brasil, texto normativo e norma não se confundem. A norma jurídica seria o resultado da

Conceitos jurídicos indeterminados são enunciados normativos caracterizados por uma indeterminação em sua hipótese fática, a ser concretizada pelo aplicador do direito. Exemplos disso são encontrados no art. 557, *caput* do CPC vigente (recurso manifestamente improcedente, com uma consequência jurídica já determinada em lei, qual seja, o julgamento monocrático do recurso) e no art. 273, I do mesmo diploma legal (receio de dano irreparável ou de difícil reparação, com consequência jurídica já determinada, que é a antecipação dos efeitos da tutela). Cláusulas gerais, por sua vez, são dotadas de ainda maior indeterminação, que atinge não só a hipótese fática, mas também a sua consequência jurídica, tal como ocorre, por exemplo, com as normas que mandam observar o devido processo legal e o contraditório.

Por isso mesmo, grande passo foi dado por ocasião da versão final do relatório apresentado pelo Relator-Geral do projeto, Dep. Sérgio Barradas Carneiro. Suprimiu-se, de forma elogiável, o dispositivo que correspondia ao parágrafo único do art. 477, na versão aprovada pelo Senado.

Além disso, o projeto do novo CPC também não regulava a questão da colisão entre normas jurídicas, notadamente entre princípios ou entre um princípio e uma regra, ocasião em que se deverá realizar a ponderação de interesses. A oportunidade para que o assunto receba a adequada disciplina legislativa não pode ser perdida.

Interessante, nesse sentido, a proposta contida no relatório final do Relator-Geral do projeto. Propõe-se o acréscimo de um parágrafo 2º ao antigo art. 476 (atual art. 499, na versão final do relatório) do projeto, que ganharia a seguinte redação, disciplinando a colisão entre normas jurídicas:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

É verdade que, na prática, o dispositivo em questão não traduz efetiva inovação, porque o dever de motivação das decisões judiciais, especialmente na dimensão de sua justificativa externa, já impõe ao julgador o dever de explicitar os critérios pelos quais se realizou a ponderação envolvendo princípios jurídicos. Ainda assim, o dispositivo em discussão possui elogiável caráter pedagógico e deve ser aplaudido, até para fortalecer o dever de adequada motivação das decisões judiciais.

---

interpretação de um texto normativo. Muitas vezes, a interpretação de textos normativos abertos (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) permite extrair um princípio (norma de menor densidade).

#### 4. DEVER DE MOTIVAÇÃO E CONTROLE DA JURISPRUDÊNCIA

O dever de motivação das decisões judiciais, além de permitir o controle sobre a adequada interpretação e resolução de conflitos de normas jurídicas envolvendo textos normativos abertos, pode revelar outra importante função no ordenamento processual brasileiro: o controle sobre a correta aplicação da jurisprudência.

A tendência de fortalecimento da jurisprudência no processo civil brasileiro vem se desenhando, de forma gradativa e persistente, desde o final do século XX. Reformas no CPC, em especial no seu art. 557, permitiram substancial incremento dos poderes do relator no âmbito dos tribunais, admitindo-se o julgamento monocrático de recursos sob o fundamento da aplicação da jurisprudência dos tribunais superiores. Anos mais tarde, essa tendência se intensificaria de forma inquestionável, sendo implementados, através de sucessivas reformas na Constituição e no CPC, institutos como a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos e a sentença liminar de improcedência, todos fundados na invariável perspectiva de valorização da jurisprudência.

O projeto do novo Código de Processo Civil dá mais um passo em direção ao fortalecimento da jurisprudência. Nesse sentido, o projeto estabelecia no art. 882, na versão aprovada pelo Senado (art. 508, no relatório final do Dep. Barradas Carneiro), entre outras disposições, que os órgãos fracionários dos tribunais devem seguir a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores; a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões dos órgãos a ele vinculados e a jurisprudência do STF e dos demais tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país.

O fortalecimento da jurisprudência no Brasil tem sido defendido por parte da doutrina sob o fundamento de proporcionar maior previsibilidade, estabilidade, respeito à confiança dos jurisdicionados, isonomia, economia processual, duração razoável dos processos e desestímulo à litigância<sup>34</sup>. No entanto, todos esses benefícios potenciais somente poderão ser transformados

---

34. V., entre outros, MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120/190; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de, *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 136/142 e NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no Direito comparado e brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31/69.

em realidade, sem prejuízo de relevantes garantias processuais, se a formação e a aplicação dos precedentes forem realizadas de forma adequada<sup>35</sup>. Tais premissas, todavia, nem sempre têm sido observadas pelos tribunais, dando origem a uma espécie inusitada de *common law* à brasileira.

Nem poderia ser diferente, aliás. A doutrina do *stare decisis* foi construída e amadurecida nos países da *common law* ao longo dos séculos. O tempo demonstrou a necessidade de mitigar a rigidez dos precedentes em inúmeras circunstâncias, através de técnicas como o *distinguishing* (distinção entre casos para efeitos de subordinação, ou não, a um precedente) e o *overruling* (revogação de precedente por razões de grave injustiça ou em virtude de mudanças das condições que lhe deram origem).

No Brasil e em outros países da *civil law*, todavia, busca-se o fortalecimento dos precedentes jurisprudenciais, com todas as vicissitudes que lhes são inerentes, a fórceps e em apenas alguns poucos anos. Seu fundamento imediato não está em uma evolução gradual do sistema jurídico, como ocorreu na *common law*, mas na solução urgente da crise numérica de processos no Poder Judiciário. Sem o amadurecimento necessário, no entanto, o resultado prático observado tem sido preocupante.

Assim, por exemplo, a utilização do art. 557 do CPC para fins de julgamento monocrático da apelação, com aplicação de precedentes inadequados e sua reiteração mecânica em decisões proferidas nos agravos internos, dá ensejo a uma justiça lotérica, decidida conforme o entendimento pessoal de cada relator e, não poucas vezes, em sentido contrário a outros precedentes do próprio tribunal. Nesta situação, o que ocorre é justamente o inverso do que se prometeu: insegurança jurídica, instabilidade, perda de confiança dos jurisdicionados e um processo sem qualidade.

Não é da tradição do ordenamento jurídico brasileiro o estudo dos precedentes jurisprudenciais, com a análise das circunstâncias do caso e a extração adequada de sua *ratio decidendi*. Muito pelo contrário: ainda hoje, não são poucos os que se limitam a invocar ementas de acórdãos ou enunciados de súmula como se isso fosse o suficiente para delimitar o campo de abrangência

---

35. V., nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre, Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o 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*, nº 189, nov. 2010, p. 25/27 (ênfatizando que se viola a isonomia não só quando situações idênticas ensejam decisões judiciais distintas, mas também quando se aplica a mesma “tese” jurídica abstrata a casos concretos díspares).



dos precedentes<sup>36</sup>. Nestas circunstâncias, o risco de aplicação inadequada da jurisprudência é evidente.

Enunciados de súmula e precedentes são costumeiramente invocados de forma abstrata, desconectados com as questões e circunstâncias que lhe deram origem, algo muito diferente do que ocorre nos países de *common law*. Argumentos secundários, que constituem apenas *obiter dictum*, são alçados a motivos determinantes e aplicados sem maior reflexão a outros casos que não lhe dizem respeito. E a ordem jurídica acaba engessada, porque a falta de consciência acerca da necessidade de investigação das circunstâncias jurídicas, sociais e econômicas que originaram o precedente elimina as condições para a evolução do direito mesmo em um ambiente de obrigatoriedade de precedentes, com a aplicação do *distinguishing* e do *overruling*. O litigante que, mesmo com argumentos sérios, pretenda rever a jurisprudência estará provavelmente fadado ao insucesso, diante da sistemática resistência dos tribunais em discutir a tese.

Os limites do presente estudo não permitem uma exposição aprofundada acerca de todas essas questões. Nada obstante, para que o fortalecimento dos precedentes traga os resultados prometidos, sem prejuízo das garantias processuais, é preciso buscar certo amadurecimento da matéria nos meios judiciários brasileiros<sup>37</sup>.

O projeto do novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo Senado Federal, continha um dispositivo atinente à técnica do *overruling*, prevendo que os regimentos internos deveriam disciplinar a revisão da ju-

---

36. V., nesse sentido, as ponderações de MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios...*, cit., p. 218: “Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto. Nem os juízes nem os advogados investigam os julgados que embasam a súmula quando se deparam com a sua aplicação”. V. ainda, aludindo à utilização inadequada dos precedentes nos meios jurídicos no Brasil, NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Stare decisis...*, cit., p. 226/227.

37. V. 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*, disponível em <http://www.diritto.it/docs/31927-o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a-tendencia-de-padroneira-o-decisoria-uso-de-precedentes-iter-minimo-para-sua-aplicacao?page=1> (acesso em 30.6.2012), em que se sustentam as seguintes premissas essenciais para o necessário amadurecimento: 1) esgotamento da temática antes de entendê-la como um precedente; 2) integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou do instituto pelo tribunal; 3) estabilidade decisória dentro do tribunal (*stare decisis* horizontal); 4) aplicação discursiva do precedente pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical); 5) estabelecimento da *ratio decidendi* e sua separação dos *obiter dicta* da decisão; 6) delineamento de técnicas idôneas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overruling*) dos precedentes.

risprudência em procedimento autônomo, com a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, ou seja, de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria (art. 882, § 2º). Não se encontrava, porém, nenhum dispositivo disciplinando a técnica do *distinguishing* naquela versão do projeto do novo CPC.

No relatório elaborado pelo antigo relator-geral, Dep. Sérgio Barradas Carneiro, sobreveio proposta digna de aplausos, que consiste no acréscimo de mais dois incisos ao antigo parágrafo único do art. 476 (atual art. 499, § 1º), a serem redigidos nos termos abaixo destacados:

§ 1º Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

(...)

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.

A inclusão desses dois incisos, no âmbito do dever de motivação das decisões judiciais, tem por evidente finalidade incrementar o controle sobre a aplicação dos precedentes jurisprudenciais. Os dispositivos em análise obrigam o julgador a, sempre que invocar ou afastar algum precedente ou enunciado de súmula na decisão, extrair previamente a *ratio decidendi* deles, ou seja, os motivos necessários e imprescindíveis que deram amparo ao precedente ou enunciado de súmula utilizado. Além disso, o juiz também deverá demonstrar na fundamentação que, no caso concreto, aquela mesma *ratio decidendi* será ou não igualmente aplicável, conforme o caso.

Em síntese, portanto, estimulam tais dispositivos a adequada utilização da técnica do *distinguishing* no ordenamento jurídico brasileiro, que não se confunde, como visto, com a mera transcrição de ementas de acórdão ou enunciados de súmula, desconectados das circunstâncias específicas dos casos que lhe deram origem. O dever de motivação das decisões judiciais será, portanto, utilizado como um importante meio de controle sobre a correta aplicação da jurisprudência pelos tribunais.

Destaque-se, ainda, que o projeto do novo CPC, na versão atual, em mais outro dispositivo refere-se à técnica do *distinguishing*. Nesse sentido, o art. 508, § 5º prevê que o precedente “pode não ser seguido, quando o ór-

ção 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”.

Os dispositivos em análise, como já se disse, são dignos de aplausos e poderão contribuir para o amadurecimento, em terras brasileiras, com a operacionalização de precedentes. Ainda que a obrigação de o juiz fundamentar de forma adequada a sua aplicação possa ser deduzida independentemente de aprovação do novo CPC, seria importante aproveitar a oportunidade para que o projeto, adotando postura pedagógica, estimulasse a adequada utilização da jurisprudência.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto do novo CPC reforça o dever de motivação das decisões judiciais, preocupando-se em disciplinar a adequada interpretação de textos normativos abertos. Entretanto, as discussões na Câmara dos Deputados demonstram que o projeto pode ir além da versão aprovada no Senado Federal, para disciplinar igualmente a colisão entre normas jurídicas, notadamente entre princípios ou entre um princípio e uma regra. Além disso, o dever de motivação pode vir a ser utilizado também para controlar a correta aplicação dos precedentes jurisprudenciais.

O relatório final apresentado pelo Dep. Barradas Carneiro enfrenta tais questões de forma corajosa e elogiável, razão pela qual se espera sua aprovação com relação aos pontos examinados no presente estudo, de modo a aprimorar ainda mais a garantia de fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis, La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, *Doxa*, nº 8, 1990.
- ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel, *um novo Código de Processo Civil para o Brasil*, Rio de Janeiro: GZ, 2010.

- AMADO, Joan Antonio Garcia, *Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo* in CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007.
- AMORIM, Letícia Balsamão, Motivação das decisões judiciais in TORRES, Ricardo Lobo *et al.* (Org.), *Dicionário de princípios jurídicos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de, *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2012.
- ATIENZA, Manuel, Sobre la única respuesta correcta, *Revista Jurídica Universidad de Caldas*, v. 6, n° 2, p. 13-26, jul./dic. 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito in *Temas de Direito Processual* (Segunda Série), São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARROSO, Luis Roberto, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro in BARROSO, Luis Roberto (Org.), *A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERGHOLTZ, Gunnar, *Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas, *Doxa*, n° 8, 1990.
- CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, *Panóptica*, n° 6, fev. 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CASTRO, Fabio Caprio Leite de, Aspectos filosóficos de la motivación judicial, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 6, 2002/2003.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIDIER JR., Fredie, A teoria dos princípios e o projeto de novo CPC in DIDIER JR., Fredie *et al.*, *O projeto do novo Código de Processo Civil*, Salvador, Juspodivm, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NERY JR., Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no Direito comparado e brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- 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, disponível 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-minimo-para-sua-aplica-o?page=1> (acesso em 30.6.2012).
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- PULIDO, Carlos Bernal, Refutación y defensa del neoconstitucionalismo in CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007.
- SAMPAIO JR., José Herval, *Processo constitucional – nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.
- SANCHÍS, Luis Prieto, El constitucionalismo de los derechos in CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007.
- SARMENTO, Daniel, Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade in LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord), *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz, A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo in ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre, Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o 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*, nº 189, nov. 2010.



# O CRESCIMENTO DO PAPEL DO *AMICUS CURIAE* NO NOVO CPC: PERSPECTIVAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O Papel do *Amicus Curiae* de Acordo com a Jurisprudência do STF – 3. O *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro – 4. O “*Amicus Curiae*” no Novo CPC – 5. Considerações Finais. – 6. Referências Bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O papel do “*amicus curiae*”, conquanto esteja razoavelmente delineado no controle concentrado de constitucionalidade – onde sequer se discute acerca dele possuir ou não interesse na causa, mas somente sua “relevância” para a matéria – por outro lado, seu uso nos processos “subjetivos” ainda carece de maiores discussões.<sup>2</sup>

Quanto ao seu uso no julgamento da repercussão geral, reputamos de grande valia sua admissão. Entendemos que, se a repercussão geral representa a reunião de vários processos para que dali surja um precedente que determinará o julgamento não apenas dos processos sobrestados, mas também de todos os pendentes e futuros sobre o mesmo “tema”, quanto maior o leque de teses trazidas à consideração, melhor será o precedente formado.

- 
1. Doutor em Direito Constitucional, Professor adjunto Universidade Federal de Ouro Preto, IB-MEC-BH e FDSM. Professor do Programa de Mestrado da FDSM. Associado ao IBDP.
  2. Seja num caso, seja noutro, aquele que se habilita para atuar como “amicus” o faz justamente por ter interesse em que um certo ponto de vista prevaleça, o que não deveria ser considerado demérito, mas, sim, vantagem ao sistema.

De igual forma, a novidade trazida pelo CPC Projetado, qual seja, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, prevê igualmente a participação do “*amicus curiae*”, com o agravante de que, exceto as partes que deram origem ao Incidente, todas as demais apenas poderão figurar como “interessados” na causa, dividindo tempo e espaço com quaisquer “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”.

Para representar o atual entendimento da jurisprudência do STF a respeito do papel e dos requisitos de admissão do “*amicus curiae*” toma-se como paradigma recente manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF): trata-se de decisão monocrática dada pela Ministra Rosa Weber no RE. nº 592.891, assim ementada:

Recurso extraordinário. Processual civil. Repercussão geral reconhecida. Pedido de ingresso no feito. Admissão de *amicus curiae*. Interpretação extensiva do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999. Matéria de significativa relevância e requerentes que ostentam representatividade adequada. Presença dos requisitos legais exigidos. 1. Segundo precedente da Corte, por força do requisito de representatividade adequada, não se admite o ingresso no feito, na qualidade de amici curiae, de pessoas físicas ou jurídicas interessadas apenas – ou fundamentalmente – no desfecho de seu processo como aquelas que têm recursos sobrestados na origem, aguardando o desfecho de processos com repercussão geral reconhecida por esta Corte (RE 590415, rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. 29.09.2011). 2. No caso concreto, estão presentes os requisitos legalmente exigidos para a intervenção dos requerentes na qualidade de amici curiae, assim como a utilidade e a conveniência da sua atuação. 3. Deferimento do pedido do Estado do Amazonas e da Aficam para que intervenham no feito na condição de amici curiae, podendo apresentar memoriais e, inclusive, proferir sustentação oral.<sup>3</sup>

A esta será contraposto o histórico crescimento do papel dos “*amici curiae*” no direito brasileiro e as inovações que o CPC Projetado (na atual redação dada pela Câmara dos Deputados) trás não apenas corrigindo problemas, mas também impulsionando aquele movimento que entende a importância do “*amicus curiae*” nos processos em geral (de 2º grau e instâncias extraordinárias) e, especificamente para o julgamento da Repercussão Geral das Questões Constitucionais e Recursos Repetitivos, além do novel “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”.

---

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012 (em itálico no original).



## 2. O PAPEL DO *AMICUS CURIAE* DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Recurso Extraordinário nº 592.891 foi interposto em 2008 pela União.<sup>4</sup> O STF reconheceu repercussão geral<sup>5</sup> nesse Recurso em 2010. Em 16 de agosto de 2011 o Estado do Amazonas requereu seu ingresso no feito como “*amicus curiae*”, o mesmo fazendo a AFICAM – Associação das Indústrias e Empresas de Serviços do Polo Industrial do Amazonas – em 23 de novembro de 2011. Em 18 de maio de 2012 a Ministra deferiu o ingresso de ambos requerentes

- 
4. A União entende como violadora da Constituição (art. 153, § 3º, II) a decisão do TRF da 1ª Região – que havia reconhecido o direito de aproveitamento de créditos do IPI decorrente de aquisição de insumos, matéria-prima e material de embalagem –, considerando-se o regime de isenção da Zona Franca de Manaus.
  5. A *repercussão geral* é um novo requisito necessário para a apresentação de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, que só poderá negá-la mediante o voto de dois terços (oito votos) de seus ministros (art. 102, inc. III, § 3º da Constituição Federal). Foi ele criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, mas, como se tratava de norma dependente de lei regulamentadora para que pudesse produzir efeitos, apenas com a edição da Lei 11.418/06 e, ainda, com a ulterior normatização de tal requisito, em abril de 2007, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é que passou ele a ser exigido. Nos termos do art. 543-A, parágrafo único do Código de Processo Civil (CPC), existirá repercussão geral *quando a matéria discutida na causa debater questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse (transcenda) os interesses subjetivos da causa*. Pela interpretação do dispositivo, extrai-se, portanto, a necessidade de *relevância* (importância) e *transcendência* (interesse não meramente individual) para que o recurso seja admitido. O surgimento deste instituto decorreu de preocupação política com o elevado número de recursos julgados por aquela Corte, que, como se sabe, possui apenas onze ministros. Assim, quis-se permitir ao STF que pudesse filtrar os casos por ele recebidos, para que julgasse apenas aqueles tidos como relevantes sob o ponto de vista político, econômico, social ou jurídico, imitando prática comum a diversas Cortes Constitucionais do mundo, muito embora isso gere o contrassenso de se admitir a violação da Constituição em casos que não tenham *repercussão geral*, o que, a nosso ver, nega vigência à própria noção de supremacia constitucional desses casos não possuidores de repercussão geral, consoante melhor explicitado ao longo deste artigo. Não obstante, é comum dizer-se que o Supremo Tribunal Federal “não seria o lugar para se discutir brigas de cachorro entre vizinhos” (sic) para se defender a validade do referido instituto. Sobre estas questões, cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 161 *et seq.*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, nº 177, p. 9-46, nov. 2009; THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle José Coelho, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburg, ano 44, vol. 3, p. 381-408, 2011; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 169, p. 116-139, março de 2009; BAHIA, Alexandre, VECCHIATTI, Paulo R. Iorti. Inconstitucionalidade do Requisito da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e da Técnica do Julgamento por Pinçamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 911, p. 243-258, setembro de 2011.

como “*amici curiae*” (DJe. 21/05/2012),<sup>6</sup> dissertando acerca dos requisitos de admissibilidade do “*amicus curiae*” no STF: o ingresso dos Requerentes foi admitido porque tais entidades teriam cumprido os requisitos de relevância da matéria,<sup>7</sup> da representatividade adequada<sup>8</sup> e da utilidade/conveniência.<sup>9</sup>

Quanto ao entendimento sobre a “representatividade”, algumas considerações. Primeiro que, quanto aos Recursos Extraordinário e Especial, se aplicam as regras do CPC que têm redação mais ampla que a norma relativa ao controle concentrado de constitucionalidade. Aquele fala em “manifestação de terceiros” (art. 543-A, § 6º) ou “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia” (art. 543-C, § 4º), como citado acima. Segundo, também criticável a limitação imposta pelo STF que proíbe o ingresso de “amicus” que tenham seus recursos sobrestados na origem. Ora, supondo-se que o STF/STJ tenham “pinçado” um RE/REsp (ou seus respectivos agravos), deixando sobrestado o recurso interposto o recurso interposto em ação coletiva promovido por uma Associação de defesa dos direitos ali envolvidos (por exemplo, de defesa do consumidor, como a ADEC).<sup>10</sup> Essa

- 
6. Após essa decisão a Federação das Indústrias do Estado do Amazonas – FIEAM, em 22/06/2012, veio ao STF peticionar também sua inclusão na condição de “*amicus curiae*”, pedido que ainda será objeto de decisão da Relatora.
  7. “O requisito da relevância da matéria requer que a questão jurídica controversa extrapole os interesses subjetivos das partes, repercutindo em amplo segmento econômico, político e/ou social, em direitos difusos ou coletivos ou, ao menos, numa vasta gama de direitos individuais homogêneos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012). Para o STF, esse requisito pode orientar justamente a “discricionariedade” do julgador em entender que o caso mereça/não a presença do “amicus”, uma vez que a admissão ou não do mesmo fica a cargo do Relator no STF.
  8. “[N]ão se admite o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, de pessoas físicas ou jurídicas interessadas apenas – ou fundamentalmente – no desfecho do seu processo, como aquelas que têm recursos sobrestados na origem, aguardando o desfecho de processos com repercussão geral reconhecida por esta Corte (RE 590415, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida em 29.9.2011)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012). Isso decorreria do § 2º do art. 7º da lei 9868/99, “que se refere a ‘órgãos ou entidades’, e não, de modo geral, a pessoas físicas ou jurídicas”.
  9. “A utilidade e a conveniência da intervenção do *amicus curiae* também deverão ser previamente examinadas pelo relator, ao decidir sobre o seu pleito de ingresso no processo. Por isso é que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 lhe confere um poder discricionário (‘o relator [...] poderá, por despacho irrecorrível, admitir...’), e não vinculado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012).
  10. Como efetivamente ocorreu no REsp. nº 911.802 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJe. 01 de setembro de 2008), em que o STJ discutia “recursos repetitivos” a respeito do pagamento de assinatura telefônica – vale a pena ler as importantes ponderações do Min. Herman Benjamin, voto vencido no caso. Porque ela tem

questão se torna mais problemática considerando que o CPC Projetado trás disposição específica sobre o “*amicus curiae*” e amplia o seu uso, como veremos.

A Ministra fundamenta sua decisão em jurisprudência do STF que, para ela, teria feito “interpretação extensiva” do § 2º do art. 7º da lei 9868/99, para admitir a presença de “*amici curiae*” mesmo nos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida. Lembra que não se poderia admitir os pedidos caso os interessados fossem apenas “pessoas físicas ou jurídicas”<sup>11</sup> interessadas no desfecho do seu processo ou dos que têm recursos sobrestados na origem (e que, por isso, pediriam o ingresso, como *amici curiae* no Recurso selecionado para julgamento). No entanto, apesar de admitir que os dois requerentes têm interesse na causa, entende que hoje já se admite que o “amigo da corte” possa estar em juízo defendendo uma das partes da ação.<sup>12</sup> No entanto, uma vez aceitos, eles não são “partes nem terceiros interessados”, por isso, como lembra a Ministra: não podem recorrer (STF, ED.AgR. ADIn 3934); não são aceitos no Mandado de Segurança (STF, AgR.AgR. MS 26552); e não serão aceitos se a ação de controle concentrado já tiver data de julgamento fixada (art. 9º da lei 9868/99) (AgR. ADIn 4067)<sup>13</sup>.

Antes do STF haver dado tal decisão havíamos proposto justamente o uso do “*amicus curiae*” nessas hipóteses, de forma que a parte que tenha o recurso sobrestado possa usar do instituto para trazer à Corte outras teses que aquelas esposadas no recurso “pinçado”.<sup>14</sup> Mantemos a posição de que essa é a melhor solução não apenas para o que o instituto do “*amicus curiae*” se pretende (como instrumento pluralizador do debate etc.), mas também para a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

---

um recurso sobrestado isso lhe retira a “expertise” sobre a matéria que poderia tanto contribuir para o julgamento da questão jurídica envolvida?

11. Corroboram tal entendimento precedentes do STF, como, *v.g.*: voto do Min. Celso de Mello (Relator), acompanhado de outros em um julgamento ainda não finalizado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgR.ADI. nº 3396, Rel. Min. Celso de Mello, voto dado na sessão do dia 10 de maio de 2012.
12. Aliás, lembra, com Taylor, que a Suprema Corte dos EUA – país aonde melhor se desenvolveu esse instituto – coloca até como requisito de admissibilidade que o requerente seja *alguém interessado no julgamento, porque a decisão pode lhe afetar em algum outro processo* ou então que o requerente venha para *suprir eventual deficiência de representação* que pretende auxiliar.
13. Precedentes citados no voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012).
14. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *ob. cit.*

Seja no controle difuso seja no concentrado o Relator da ação tem o poder de aceitar ou não a participação do “*amicus curiae*”. A questão que se coloca é que nessa avaliação o magistrado há que considerar se há um interesse para o processo que seja maior – exclusiva ou predominantemente – do que o interesse somente de uma das partes envolvidas. É dizer, não faz sentido a aceitação do “amicus” se sua contribuição não for nem “desejável” nem “útil”<sup>15</sup> ao aporte de um maior número de diferentes teses (jurídicas ou não) sobre o caso. Perceba-se, no entanto, que essa ideia – de que trazer o máximo de contribuições para o processo gera um “plus” na decisão – somente subsiste se o órgão julgador realmente levar a sério todas as teses “ventiladas”, o que, segundo a jurisprudência atualmente dominante, não é um requisito nem frente às teses das partes<sup>16</sup>. Se nem aos argumentos trazidos pelas partes é dado o status de merecer consideração integral pelo órgão julgador, haver-se-ia de conferir maior destaque a quem sequer possui interesse na causa?

Ainda, a limitação do seu acesso porque o “amicus” busca defender apenas o seu interesse há que se encarada com cuidado, avaliando se, como lembra a Min. Rosa Weber, “[m]esmo que os defendam, como usualmente ocorre, devem fazê-lo conscientes de que a sua intervenção é admitida apenas para enriquecer o debate jurídico e contribuir para a Suprema Corte chegar à decisão mais justa [...]”<sup>17</sup> – sob pena, mais uma vez, do instituto ficar prejudicado em sua missão.

### 3. O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

Lembra-nos a Ministra Rosa Weber, na decisão no RE nº 592.891, que “a intervenção na qualidade de *amicus curiae* foi autorizada originalmente para certas entidades reguladoras e fiscalizadoras, que deveriam ser intimadas para, querendo, se manifestar nos processos judiciais relativos à matéria de sua

15. Cf. STF, MC ADI 2321, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/00 (citado em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012).

16. Apenas para citar um caso: “Não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder a ‘questionários’ postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profliga o que considera injustiças decorrentes do decísum de inadmissibilidade dos embargos de retenção” (BRASIL, 1990). Contra isso, entendemos que se há de repensar o contraditório no Brasil, que não se encerra em “dizer e contra-dizer”, mas em, efetivamente, “influenciar” a formação da decisão. Ver: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, nº 26, v. 1, p. 79-98, jan./jun. 2008.

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012.

competência”.<sup>18</sup> Daí prossegue lembrando do art. 31 da lei Lei 6.616/1978, que determina a intimação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos judiciais que afetem a competência fiscalizadora daquela, de forma que a CVM possa oferecer parecer ou prestar esclarecimentos. Lembra também do art. 89 da lei 8.884/1994 (atualmente art. 118 da lei 12.529/2011) que dispõe: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Apesar dessas referências, o fato é que a figura do “*amicus curiae*” apenas ganhou importância no Ordenamento Jurídico brasileiro com as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999. Estas duas leis de 1999 procuraram regulamentar as ações de controle concentrado no STF – ADIn, ADInO, ADC e ADPF. A previsão do “*amicus curiae*” no controle concentrado de normas – art. 7º, § 2º da lei 9868/99 e art. 6º, § 1º e 2º da lei 9.882/99<sup>19</sup> – surgiu como uma das grandes novidades destas leis.<sup>20</sup>

Argumentava-se – de forma semelhante ao que faz a Ministra Rosa Weber no caso acima citado<sup>21</sup> – que o Brasil estaria dando cumprimento à proposta

- 
18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012.
  19. Possivelmente o primeiro precedente a admitir o instituto foi decisão monocrática dada pelo Min. Celso de Mello em 2001 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIn. nº 2130, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20 de dezembro de 2000, DJ. 02 de fevereiro de 2001).
  20. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 211, p. 125-134, jan./mar. 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed. & IBDC, 1998; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Gilmar Mendes, noutro texto, lembra que a primeira vez que o Tribunal Constitucional alemão admitiu o ingresso de “*amici curiae*” foi no caso *Lebach*, de 1973, (MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, nº 122, mai./jul. 1994, p. 300). Contra essa tese – segundo a qual a concentração do controle de constitucionalidade em detrimento da via difusa pode ser justificada por mecanismos de “abertura” como o *amicus curiae* – publicamos alguns artigos à época, ver: BAHIA, Alexandre. Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis e Espaço Público no Brasil. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix*, v. 3, p. 11-24, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://pe.metodistademinas.edu.br/ojs/index.php/dih/article/view/133/123>>. Acesso em 15 de julho de 2012; BAHIA, Alexandre. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista CEJ*, v. 30, p. 10-12, jul./set. 2005; ver também: GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
  21. Por exemplo, nesse trecho: “A intervenção de *amicus curiae* no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de infor-

de Peter Häberle (1997) de abertura pluralista da jurisdição constitucional à “sociedade de intérpretes da Constituição”; isto é, que se aumentaria o rol dos que podem participar, de alguma forma, no julgamento dessas ações, para além do que dispõe o art. 103 da CR/88.

Essa abertura residiria especificamente nas previsões de que o Relator *poderá* requisitar informações dos órgãos dos quais adveio a lei (art. 6º da lei 9.868/99); de que o Relator, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, *poderá* solicitar “informações adicionais”, pareceres, “depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” e “informações dos Tribunais Superiores, Federais e Estaduais” sobre como têm eles aplicado a norma impugnada (art. 9º, § § 1º, 2º e 3º); e ainda de que o Relator *poderá* também receber informações de outros órgãos ou entidades, caso considere conveniente em vista da “relevância da matéria e a representatividade dos postulantes” (art. 7º, § 2º). Assim, defende Inocêncio M. Coelho que o STF deve possuir mecanismos que “densifiquem a intervenção de terceiros no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental”, de forma que o STF possa, da melhor forma, “captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social”.<sup>22</sup>

De fato, a atuação dos “*amici curiae*” no STF tem sido de extrema relevância, principalmente naqueles julgamentos mais polêmicos, como pesquisas com células-tronco (ADIn. nº 3510)<sup>23</sup>, aborto de anencéfalos (ADPF. nº 54)<sup>24</sup>,

---

mações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional, o que se mostra salutar diante da causa de pedir aberta das ações diretas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012).

22. COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. *ob cit.*, p. 130 e 131, respectivamente. Nossa discordância, esposada nos manuscritos citados acima (nota 3), está em que, se para o contexto de controle (unicamente) concentrado alemão a aberta via “amicus” é um ganho, num sistema como o nosso, no qual em qualquer processo pode haver interpretação “aberta” da Constituição, isso só poderia ser tido como um ganho se não viesse acompanhado de progressiva limitação do controle difuso de constitucionalidade.
23. Da qual participaram, como *amici curiae*: CONECTAS Direitos Humanos; Centro de Direito Humanos – CDH; Movimento em prol da Vida – MOVITAE; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Todos estes e mais outros convidados pelos Ministros do STF foram convocados para a realização da primeira audiência pública que o STF realizou para abalizar seu julgamento, em 20 de abril de 2007. Assim, além dos *amici curiae* citados, foram convocados outros 17 especialistas.
24. Entre os dias 26 de agosto e 16 de setembro de 2008 houve várias sessões de audiência pública da qual participaram as seguintes pessoas/entidades: da CNBB, Igreja Universal, Associação Nacional

união homoafetiva (ADPF. nº 132/ADIn. nº 4277)<sup>25</sup> e outros em que, além de prototocar petições e fazerem sustentações orais<sup>26</sup>, eles têm participado das Audiências Públicas promovidas pelo STF, que contam, outrossim com outras entidades convidadas pelo Relator do caso (cf. previsão legal acima citada); essa participação possuiria o benefício de minimizar o problema de legitimidade democrática do STF:

(...) PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “*AMICUS CURIAE*”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. – O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em conseqüência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria

---

Pró-Vida e Pró-Família, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Médico-Espírita do Brasil, Conselho Federal de Medicina, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Sociedade Brasileira de Genética Médica, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Dep. Fed. José Aristodemo Pinotti, Dep. Fed. Luiz Bassuma, Profa. Lenise A. Martins Garcia, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Ministro da Saúde José Gomes Temporão, Associação de Desenvolvimento da Família, Escola de Gente, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Dra. Cinthia Macedo Specian, Dr. Derval da Silva Brandão, Conselho Federal de Direitos da Mulher, Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, Conselho Nacional de Direitos da Mulher, Associação Brasileira de Psiquiatria.

25. Além das partes e do Ministério Público Federal, foram instados a participar os Tribunais de Justiça dos Estados e a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para que prestassem informações. Além disso, a Ação contou com a participação dos seguintes *amici curiae*: CONECTAS Direitos Humanos; EDH – Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais; GGB – Grupo Gay da Bahia; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFGM; Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBT; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual – CELLOS; Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais – ASSTRAV; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; Associação Eduardo Banks.
26. A possibilidade de sustentação oral pelo “*amicus curiae*” foi firmada na resolução de Questão de Ordem à ADIn. nº 2777, como lembrado aqui: “**Assinalo, por necessário, que, em face de precedentes desta Corte, notadamente daquele firmado na ADI 2.777-QO/SP, o “*amicus curiae*”, uma vez formalmente admitido no processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o § 3º do art. 131 do RISTF, na redação conferida pela Emenda Regimental nº 15/2004**” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC. nº 18, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03 de abril de 2012, DJe. 26 de abril de 2012) (grifos no original).



controvérsia constitucional. A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. – A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade (MC. ADI 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000, DJ. 10/06/2005, RTJ 195/812).

A questão da legitimidade fica mais evidente, como dissemos, quando o STF tem de lidar com temas “fraturantes” – ocasião na qual o Tribunal exerce função contramajoritária –, o que traz questionamentos particularmente se a questão ainda não passou pelo Legislativo.<sup>27</sup>

Pelo que se pode ver do grande número de participantes, seja como *amicus curiae* ou somente como convidado das audiências públicas, percebe-se que os institutos, no controle concentrado de leis, vêm sendo largamente utilizados e, de fato, proporcionado substanciais contribuições aos Ministros do STF. José Luiz Bolzan de Moraes e outros, em texto recente, defendem que há uma “aposta [do uso] das audiências públicas no STF enquanto resposta possível para o esgotamento do modelo individualista e para a construção de um (novo) modelo democrático e participativo”.<sup>28</sup> Isso porque, como dissemos, nos casos em que o STF é convocado a decidir questões que envolvem grande repercussão política e social, ele permite que setores da sociedade possam vir e trazer suas contribuições. Assim, nesses casos:

(...) é preciso reconhecer que somente por intermédio dessa jurisdição aberta à sociedade é que o processo responderá às

27. Sobre isso cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburg, a. 44, v. 3, p. 381-408, 2011.

28. MORAIS, José L. Bolzan; SALDANHA, Jânia M. Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela A. da Silveira. Por uma Tradução Democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto n° de Miranda (*et al*) (orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. RJ: Lumen Juris, 2011, p. 208.



exigências republicanas de seu exercício democrático, enquanto poder estatal que tem por finalidade maior concretizar os valores constitucional em um contexto de Estado Democrático de Direito onde a democracia se produz representativa e participativa. (...)

A abertura do processo à participação de outros sujeitos, para além das partes do processo ou das figuras interventivas clássicas, inaugura uma nova fase, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, através do processo, tendo, assim, abertas as possibilidades para uma atuação do sistema de justiça em conformidade com os princípios da democracia constitucional, os quais pautam a ação estatal em suas diversas áreas de atuação, tanto nas funções de governo quanto na função de garantia.<sup>29</sup>

A lei 9.868/99, além de criar a figura do “*amicus curiae*” no controle concentrado de normas, também estendeu o instituto a certas fases do controle difuso, ao alterar o procedimento da arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais, acrescentando os §§ 1º a 3º ao art. 482 do CPC.<sup>30</sup>

De forma semelhante, junto com as reformas em razão da “repercussão geral”, o CPC sofreu mais de uma alteração. Em sua redação atual, tanto o art. 543-A (repercussão geral das questões constitucionais no Recurso Extraordinário), quanto o art. 543-C (procedimento quanto aos recursos repetitivos no Recurso Especial) preveem a figura do “*amicus curiae*”:

- 
29. MORAIS, José L. Bolzan; SALDANHA, Jânia M. Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela A. da Silveira. Por uma Tradução Democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã, *ob. cit.*, p. 208-209. Especificamente sobre a importância das audiências públicas, os autores ainda ressaltam: “Tais audiências públicas [por ocasião do julgamento da ADPF 101 e ADIn 3510] carregam um valor simbólico e um valor real. Simbólico, no marco da abertura do Estado, em todas as suas esferas de atuação, ao diálogo com a sociedade, resultado de uma cultura constitucional participativa e cidadã. Diálogo que é condição de legitimidade do poder judiciário, contrário à intolerância, que pode ser seu pior vício. Real, porque as audiências públicas realizadas no marco de ação de controle de constitucionalidade abrem um valioso espaço de diálogo da jurisdição constitucional com segmentos da sociedade. Etapas de um processo que conduz ao reconhecimento progressivo da pluralidade e exercício de democracia direta pela participação da coletividade na tomada de decisões” (*idem*, p. 211).
30. “Art. 482 [...]. § 1º. O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal; § 2º. Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos; § 3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Art. 543-A. (...)

§ 6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Art. 543-C. (...)

§ 4º. O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.<sup>31</sup>

A possibilidade de intervenção de “*amicus curiae*” em processos “subjetivos”, pois, já não é algo novo no direito brasileiro, mesmo no que tange à novidade que é o procedimento da repercussão geral<sup>32</sup>. Um bom exemplo de atuação e influência de “amigos da corte” (apesar de não ter sido formalmente julgado pelo procedimento da repercussão geral) foi a decisão do STF no que toca à questão de (obrigatoriedade ou não de) compra de remédios pela Administração Pública: na decisão monocrática às STA 178 e 244, o Ministro Gilmar Mendes, munido de dados trazidos por Audiência Pública realizada perante o Tribunal em março de 2009, estabeleceu parâmetros a partir dos quais, naqueles casos, poderia ou não o juiz ordenar a compra de remédios.<sup>33</sup>

---

31. De forma semelhante, a Lei dos Juizados Especiais Federais (lei 10.259/01), como lembra a Min. Rosa Weber: “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. [...]§ 7º. Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.

32. Logo, não cremos que sua permissão no julgamento da repercussão geral se trate de “interpretação extensiva ao § 2º do art. 7º da lei 9868/99”, como sugeriu a Min. Rosa Weber (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 15/05/2012, DJe. 22/05/2012), mas de aplicação direta do CPC citado.

33. Cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. In: THEODORO JR.; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição*. RJ: GZ, 2010, p. 17. A partir dessa decisão, inclusive, o CNJ publicou a Recomendação nº 31/2010, visando “(...) a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>).

#### 4. O “*AMICUS CURIAE*” NO NOVO CPC

O PL nº 8.046/2010 (projeto de novo CPC, atualmente na Câmara dos Deputados<sup>34</sup>) tem suscitado muitos debates em torno do papel do “*amicus curiae*” em processos “subjetivos”. Para começar, a Comissão na Câmara reposicionou o instituto no Capítulo III (Livro III – “Dos Sujeitos do Processo”, Parte Geral): “Do juiz e dos auxiliares do processo”, retirando-o do Capítulo “Da intervenção de terceiros” (que o Senado havia posto), por entender que o “*amicus*” não é um terceiro em sentido técnico porque não possui interesse na causa (corroborando o que é a jurisprudência do STF, como vimos):

Art. 131. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria judicial, o assessor judicial, 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, o regulador de avarias e o *amicus curiae*.

(...)

Art. 157. 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 de que trata este artigo, definir os poderes do *amicus curiae*.

Na Justificativa é lembrado que a figura do “*amicus curiae*” está tradicionalmente relacionada ao controle concentrado de normas. No entanto, acrescentamos, percebe-se que há uma ampliação do instituto, que agora não se circunscreve ao controle de constitucionalidade (difuso/concentrado) e ao julgamento da repercussão geral, mas poderá ser usado em qualquer processo, mesmo no primeiro grau. Os requisitos ficarão mais claros: relevância da matéria, especificidade do tema discutido ou sua repercussão social e representatividade adequada (como comentamos *supra*). O ingresso advém

---

34. O andamento pode ser acompanhado no *site* da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 20 de julho de 2012.

de decisão interlocutória, irrecorrível, do juiz – de ofício, a requerimento das partes<sup>35</sup> ou a requerimento do “amicus” interessado – questão que, segundo a Câmara, contribui para “que haja ampla participação e discussão no processo, revelando-se salutar a ampliação do debate em torno da tese jurídica a ser fixada pelo juízo ou tribunal”.

Outro ponto interessante é que o “caput” deixa claro que o “*amicus curiae*” poderá ser “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada com representatividade adequada”. Isso também vai contra o entendimento esposado, por exemplo, pela Min. Rosa Weber (no julgado citado supra) e da jurisprudência existente no STF sobre o tema, é dizer, da limitação até hoje imposta ao não reconhecimento de “amici” que sejam “pessoa natural ou jurídica”. Há, pois, um avanço significativo no projeto. Da questão da “representatividade” já tratamos ao citar a decisão da Ministra Rosa Weber; esperamos, contudo, que com o novo Código a jurisprudência supere os obstáculos impostos até então, não admitindo aqueles que tenham interesse no desfecho do seu próprio processo (em caso de processos sobrestados), pelas razões que expusemos.

Ainda, o § 2º dá ao juiz/relator a prerrogativa de determinar quais poderes terão os “amici curiae” – o que, definido desde a decisão que aceita seu ingresso, pode acabar com discussões futuras sobre o que ele pode ou não fazer.<sup>36</sup>

O “*amicus curiae*” aparece também Capítulo II – “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, cujo art. 958 traz redação idêntica ao que atualmente rege o CPC (§ 1º e 2º do art. 482).<sup>37</sup>

---

35. Estranho é pensar, como querem os redatores do Projeto, que esse “amicus” seja alguém “neutro” quando seu ingresso for pedido por uma das partes no processo.

36. Segundo Justificativa da Comissão na Câmara: “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. Acolhe-se, quanto ao ponto, sugestão do Min. Luiz Fux, apresentada na audiência pública do Rio de Janeiro, em 07.11.2011. Acolhe-se, também, em parte, a emenda nº 500/2011, de autoria do deputado Arthur Maia”.

37. “Art. 958. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e as condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição da República poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo fixado pelo regimento interno, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de docu-

De forma semelhante, quanto à Repercussão Geral das Questões Constitucionais, é tratada na Seção II referente aos Recursos Extraordinário e Especial (do Capítulo VII – “Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça”; Título II – “Dos Recursos”, Livro III – “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”). A participação do “*amicus curiae*” está tratada nos arts. 1049, § 5º, 1050 e 1052,<sup>38</sup> nos mesmos termos do atual art. 543-A, § 6º, art. 543-B e 543-C. Anote-se, contudo, para a particularidade de que, uma vez colocada técnica do pinçamento de recursos repetitivos sem que se faça diferença entre RE. e REsp. o CPC Projetado trouxe para o RE dispositivo até então exclusivo do art. 543-C, que é, de acordo com o art. 1052, § 2º: “O relator, conforme dispuser o Regimento Interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”. Há, pois, um reforço do papel do “*amicus curiae*” no julgamento da Repercussão Geral e dos recursos repetitivos.

Novidade no CPC Projetado, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Capítulo VI – “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”; Livro III – “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”; Título I – “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”) também trata do uso do “*amicus curiae*”:

Art. 988. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias

---

mentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

38. “Art. 1049. (...) § 5º. O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Os arts. 1050 e 1052 tratam do mecanismo de “pinçamento” (atualmente previsto nos arts. 543-B e 543-C): “Art. 1050. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. (...) Art. 1052. O relator poderá requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia; cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. § 1º Os prazos respectivos são de quinze dias e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico; § 2º O relator, conforme dispuser o Regimento Interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia; § 3º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*”.

para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

(...)

Art. 990. Na sessão de julgamento, o órgão competente do tribunal realizará novo juízo de admissibilidade do incidente, levando em consideração os requisitos do art. 930 [*rectius*, art. 984] e a existência de interesse público na adoção da decisão paradigmática. Não admitido o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o incidente será julgado com a observância das regras previstas neste artigo.

§ 1º Feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência.

O Incidente é uma das grandes apostas do CPC Projetado para lidar com o problema da chamada “litigância de interesse público” e da “litigiosidade em massa”.<sup>39</sup> Dado o alcance que o mesmo possui, não apenas para os processos em curso, mas também para os futuros, o CPC Projetado dedica aqui também espaço para a participação do “*amicus curiae*”. Desde o início do procedimento se estabelece que o relator do incidente deverá preliminarmente ouvir não apenas as partes e os interessados, mas também “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” que possam contribuir para um melhor conhecimento sobre a “questão de direito controvertida”.

É que o Incidente dá ao Judiciário um poder muito grande, qual seja, paralisar dezenas ou centenas de processos “seriais” em razão dos mesmos possuírem uma certa questão “de direito” comum que, por isso, poderiam ter preliminarmente resolvida tal questão por um órgão judicial único e, a partir de então, cada processo teria decidido seu mérito particular. Isso

---

39. Sobre isso, cf. NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. O Código de Processo Civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*, v. 190, Abr./Jun. 2011, p. 93-120; NUNES, Dierle. Alguns Pontos Cegos das Reformas Processuais – a falta de um olhar panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático), as tendências “não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas da execução por quantia. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, p. 83-117, 2012 (especialmente p. 92 *et seq.*); BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, v. 186, agosto 2010, p. 97-98.

não é algo totalmente novo no Direito brasileiro e, na verdade, se insere no mesmo movimento de padronização decisória que se liga à criação das Súmulas Vinculantes, da Repercussão Geral, do julgamento de recursos repetitivos e mesmo do efeito vinculante nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Por isso, da mesma forma que foi feito nesses casos, também no Incidente se previu a necessidade de abertura do debate. Essa abertura não apenas auxilia (como dito no artigo 988 citado) que se tenham maiores elementos ao deslinde da *quaestio iuris*, mas também obedece aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa,<sup>40</sup> vez que a decisão dada ao Incidente não apenas alcançará as partes dos processos envolvidos, mas também se constitui em “precedente” para casos futuros.

De igual forma, também na sessão de julgamento todos os que têm “interesse” na causa poderão, em prazo comum de 30 minutos, se manifestarem oralmente. É claro que, havendo centenas de interessados o prazo pode se mostrar exíguo, razão pela qual entendemos que estes poderiam aderir a algo semelhante à técnica alemã do *Musterverfahren* alemão<sup>41</sup> e escolher no grupo um “litigante-modelo” que fale em nome dos autores e um que fale em nome dos réus (*Musterkläger* e *Musterbeklagte*, respectivamente) dos processos sobrestados – e que poderia incluir ou não as demais “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” –, de forma que sejam reunidas e articuladas de forma ordenada as principais teses. Isso porque, apesar de inspirado no *Musterverfahren* alemão, o procedimento do “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” dele se difere num ponto fundamental: lá as partes originárias de todos os processos sobrestados têm o poder de participar do julgamento do incidente: isso se dá justamente através da nomeação, pelo

---

40. Princípios estes vistos sob uma concepção constitucionalmente adequada do Estado Democrático de Direito, o que vai implicar, por exemplo, que o contraditório não seja concebido apenas como “dizer e contradizer”, mas a partir de um conceito dinâmico, como “garantia de não surpresa” e “garantia de influência”. Sobre isso ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, ano 34, nº 168, p. 107-141, 2009.

41. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive. Disponível em: <[http://www.academia.edu/215399/Il\\_nuovo\\_Procedimento-Modello\\_Musterverfahren\\_tedesco\\_unalternativa\\_alle\\_azioni\\_collettive](http://www.academia.edu/215399/Il_nuovo_Procedimento-Modello_Musterverfahren_tedesco_unalternativa_alle_azioni_collettive)>. Acesso em 20/05/2012; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER, Fredie. (Org.). *Teoria do Processo – panorama mundial – Segunda série*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 159-180.

Tribunal, de “litigantes-modelo” que representem autores e réus (os demais podem participar contribuindo com aqueles).

No CPC Projetado, ao contrário, somente as partes do processo que deu origem ao Incidente participam obrigatoriamente, estando todos os demais relegados à posição de “interessados”, que disputam lugar lado a lado com “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (art. 988, supra). Daí que, sugerimos, as demais partes envolvidas se juntem na figura do “litigante-modelo”, de forma a otimizar não apenas sua participação na sessão de julgamento, mas também para concentrar em peças únicas as principais teses a serem postas.

Reputamos fundamental a participação a mais ampla e plural nesse Incidente, pelas razões acima expostas, de forma que não se trata aqui – mais do que em qualquer outro caso tratado –, de uma mera faculdade ou “perfumaria”, mas elemento essencial para que a decisão dada, além de respeitar o processo constitucional, seja “representativa da controvérsia”, isto é, possa realmente servir de paradigma para os processos em curso e para futuras ações seriais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Lembramos que toda a doutrina que justifica os “*amici curiae*” desde sua introdução no Brasil faz referência aos benefícios decorrentes da “pluralização” do debate oportunizado por aqueles; e isso independe deles possuírem ou não “interesse” em que uma certa interpretação prevaleça. Aliás, tal discussão sobre o “amicus” ser “neutro” ou não é algo que, como lembrado pela Ministra Rosa Weber no caso citado, não faz sentido nos EUA (país no qual nos inspiramos para a reprodução do instituto) e, a bem da verdade, além da ideia de “neutralidade” ser um conceito ultrapassado, entendemos que é justamente porque aqueles estão ali defendendo diferentes (e antagônicas) posições é que se vai garantir a tão falada “pluralidade” – o que se torna particularmente importante no julgamento da Repercussão Geral, dos Recursos Repetitivos e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O objetivo da previsão do “*amicus curiae*” é que o órgão julgador possa ser munido de elementos e teses que contribuirão para o julgamento do(s) caso(s) pendente(s). No caso do controle concentrado de normas a experiência com a participação de *amici curiae* tem mostrado as potencialidades de incremento das discussões. Os mesmos benefícios já apontados da participação de *amici curiae* (e dos que são convidados pelo Relator para audiências públicas) podem ser levados em conta para a importância destes nos processos tratados



no CPC, como nos casos citados dos julgamentos em que o STF definiu critérios aos juízes face à “judicialização da saúde”.

Discutimos a questão relativamente nova no STF a respeito da discussão da repercussão geral é a admissibilidade e o papel do “*amicus curiae*”. Para a jurisprudência do STF há três requisitos para que seja admitido o pedido de “*amicus curiae*”: a relevância da matéria (já suposta em casos nos quais se esteja diante do julgamento de “repercussão geral das questões constitucionais”), a representatividade adequada do interessado (que restringe aqueles que tenham “interesse na causa”, mas que não sejam parte em processos sobrestados) e a utilidade/conveniência para o Tribunal. Questionamos o entendimento pelo qual não se poderia admitir pedidos de inclusão daqueles que tenham interesse na causa (inclusive os que tiveram os seus recursos sobrestados – art. 543-B do CPC) –, haja vista a própria ideia de “pluralidade” que se pretendeu com a inserção do instituto do “*amicus curiae*” no Brasil e também quanto aos efeitos pretendidos com a repercussão geral, com o julgamento de recursos repetitivos e com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (para só falar destes). Aquelles que tiveram seus recursos sobrestados têm condições de contribuir para a formação do precedente de forma tão (boa e ampla) ou melhor que terceiros que até então não participaram dos debates – inclusive porque, como exemplificamos, esse recorrente preterido pode ser uma entidade especializada justamente na defesa daquele direito debatido. A jurisprudência restritiva do STF pune novamente o recorrente que não teve a “sorte” de ter o seu recurso “pinçado” (ou agora também do processo que deu origem ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) e, pois, de ser ouvido no Tribunal. Esperamos que, com a disciplina específica no CPC Projetado (e o papel que este atribui ao “*amicus curiae*”) aquele entendimento restritivo seja superado.

Por fim, há que se ressaltar que a atuação dos *amici curiae* (bem como dos que são chamados a prestar informações) só configurará um *upgrade* de pluralização do debate e de melhoria das decisões se os Ministros do STF ou os membros dos TJ/TRF – ou mesmo juízes de primeiro grau, já que o CPC Projetado estende também a estes o instituto, como vimos –, possibilitarem a participação e o debate amplos e, ao final, levarem em consideração as teses trazidas por aqueles, superando, pois, jurisprudência dominante segundo a qual o Tribunal não é obrigado a responder a todas as teses.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre. Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis e Espaço Público no Brasil. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix*, v. 3,

- p. 11-24, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://pe.metodistademinas.edu.br/ojs/index.php/dih/article/view/133/123>>. Acesso em 15 de julho de 2012.
- BAHIA, Alexandre. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista CEJ*, v. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.
- BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAHIA, Alexandre. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 366-369.
- BAHIA, Alexandre; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. Inconstitucionalidade do Requisito da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e da Técnica do Julgamento por Pinçamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 911, p. 243-258, setembro de 2011.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, v. 186, agosto 2010, p. 97-98.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ED. REsp. n° 739, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 23 de outubro de 1990, DJ. 12 de novembro de 1990.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, REsp. 911.802, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJe. 01 de setembro de 2008.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rp. n° 1016, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20 de setembro de 1979, RTJ 95/993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIn. n° 2130, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20 de dezembro de 2000, DJ. 02 de fevereiro de 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ED. ADIn. n° 3.615, Rel. Min. Ministra Cármen Lúcia, j. 17/03/2008b, RTJ 205/680.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. *STF reconhece repercussão geral em recursos sobre direito tributário*. Publicado em 22 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164547>>. Acesso em 15 de julho de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n° 592.891, Pleno Virtual, Rel. Ellen Gracie, j. 22 de novembro de 2010, DJe. 25 de novembro de 2010.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC. n° 18, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03 de abril de 2012, DJe. 26 de abril de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgR.ADI. n° 3396, Rel. Min. Celso de Mello, voto dado na sessão do dia 10 de maio de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE. n° 592.891, decisão monocrática, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15 de abril de 2012, DJe. 21 de maio de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgR.ADI. n° 3396, Rel. Min. Celso de Mello, voto dado na sessão do dia 10 de maio de 2012, DJe. 25 de maio de 2012.

- CABRAL, Antonio do Passo. Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive. Disponível em: <[http://www.academia.edu/215399/Il\\_nuovo\\_Procedimento-Modello\\_Musterverfahren\\_tedesco\\_unalternativa\\_alle\\_azioni\\_collettive](http://www.academia.edu/215399/Il_nuovo_Procedimento-Modello_Musterverfahren_tedesco_unalternativa_alle_azioni_collettive)>. Acesso em 20/05/2012.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 211, p. 125-134, jan./mar. 1998.
- GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, nº 122, p. 297-301, mai./jul. 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed. & IBDC, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MORAIS, José L. Bolzan; SALDANHA, Jânia M. Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela A. da Silveira. Por uma Tradução Democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto nº de Miranda (*et al*) (orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. RJ: Lumen Juris, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle. Alguns Pontos Cegos das Reformas Processuais – a falta de um olhar panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático), as tendências “não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas da execução por quantia. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83-117.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade Direito do Sul de Minas*, nº 26, v. 1, p. 79-98, jan./jun. 2008.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, nº 169, p. 116-139, março de 2009.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER, Fredie. (Org.). *Teoria do Processo – panorama mundial – Segunda série*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 159-180.
- NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. O Código de Processo Civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*, v. 190, p. 93-120, abr./jun. 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, ano 34, n° 168, p. 107-141, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, v. 34, n° 177, p. 9-46, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle José Coelho, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee*, ano 44, vol. 3, p. 381-408, 2011.

# TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DE UM REGIME ÚNICO

MARCELLO SOARES CASTRO<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2 Breve panorama da trajetória das tutela de urgência e tutela da evidência no sistema processual civil brasileiro – 3 Tutelas de urgência e tutela da evidência no CPC em vigor – 4 Tutelas de urgência e tutela da evidência no debate do Novo CPC; 4.1 Terminologia e estrutura; 4.2 Definições e outros aspectos – 5 Conclusão – 6. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A tutela de urgência e a tutela da evidência, espécies de tutelas diferenciadas, são uns dos temas mais debatidos na comunidade jurídica, tanto pela doutrina – que se dedica a estudá-las e apresentar reflexões no sentido de otimizar sua aplicabilidade – quanto na jurisprudência – que as aplica cotidianamente. Como demonstraremos neste ensaio, o diálogo entre doutrina e jurisprudência prestou fundamental contributo para a elaboração e aceitação de um *regime único para a tutela de urgência e a tutela da evidência*, ideia presente em todas as versões do Novo Código de Processo Civil em debate.

Afirmamos que as *tutela de urgência e tutela da evidência* são espécies de tutela diferenciadas pois, ao contrário das tutelas jurisdicionais fundadas em uma racionalidade unitarista – que pretendem apresentar um tipo de tutela

---

1. Mestrando em Direito pela PUC-SP. Professor Assistente na graduação do Curso de Direito da PUC-SP. Pesquisador convidado do Núcleo de Direito Processual Contemporâneo – NPC-UFMA. Membro do Núcleo de Direito Processual Civil da PUC-SP. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – ABPI. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

jurisdicional padrão supostamente aplicável a todas as situações —, as *tutelas diferenciadas são pautadas na efetividade* e alinhadas a partir de um elemento que possibilita a sua aplicação sensível e flexibilizada ao caso concreto: a *adaptabilidade*.<sup>2</sup>

Esta *adaptabilidade* é um elemento importante no exercício interpretativo de determinados textos de lei, pois permite, partindo de uma flexibilização, a melhor conformação da norma aplicada ao caso concreto.

A disciplina processual da tutela de urgência e da tutela da evidência exigem tal flexibilidade, sob pena de minimizar a capacidade dessas tutelas diferenciadas em cumprirem seu desiderato de efetividade e suscetibilidade às exigências do direito em juízo.

Nestes casos, como técnica legislativa, opta-se pela adoção de cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados que são manejados caso a caso, majorando a capacidade das tutelas de urgência e evidência, e os instrumentos a estas inerentes, em captar elementos do mundo fático e realizarem a proteção adequada a determinado direito.<sup>3</sup>

Contudo, esta adaptabilidade tem sua amplitude regulada na medida em que o legislador apresenta critérios objetivos que devem ser levados em conta quando realizada a interpretação destas cláusulas gerais e conceitos vagos e indeterminados.

Ilustrando essa assertiva: para a aplicação de uma tutela de urgência satisfativa, devem ser identificados certos critérios, como a existência de uma situação de perigo causada pelos efeitos negativos do tempo no processo, assim como a demonstração robusta de um direito a partir da verossimilhança. Vejamos que a cláusula geral, composta por conceitos vagos e indeterminados, presente no atual art. 273 do CPC, permite a fruição imediata de determinando direito a partir de uma juízo sumário, diferenciando-se do trâmite normal e ordinário exigido em um juízo exauriente. Contudo, para

- 
2. Para aprofundamento sobre o tema tutela jurisdicional diferenciada, recomendamos: ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. Doutrinas Essenciais de Direito Processual Civil. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 443-459; PEYRANO, Jorge Walter. Nuevas tácticas procesales. Rosario: Nova Tesis Editorial Juridica, 2010. pp. 144 e 145.
  3. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. RePro 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

tanto, necessita restarem demonstrados aqueles critérios objetivos (perigo dos efeitos causados pelo tempo, prova inequívoca e verossimilhança do direito) para que, e somente assim, se aplique a tutela de urgência satisfativa conforme as exigências do direito tutelado e observando o ambiente em que se encontra este direito.

Isto demonstra o esforço do legislador em pensar a disciplina de tais tutelas diferenciadas, no mais das vezes tendo que buscar *o equilíbrio entre a amplitude da estabilidade e a flexibilidade* que determinado dispositivo de lei deve dispor ao intérprete do direito.

Respeitado este esforço, o presente ensaio pretende analisar como se encontram os debates do Novo Código de Processo Civil em torno da tutela de urgência e da tutela da evidência.

Para tanto, entendemos por bem deixar claro com quais textos legislados pretendemos trabalhar no exercício desta comparação: (i) o Código de Processo Civil em vigor<sup>4</sup>; (ii) o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil<sup>5</sup>, consubstanciado no PLS nº 166/2010; (iii) a versão aprovada pelo Senado Federal, no trâmite do PL nº 8046/2010<sup>6</sup>; (iv) o Parecer apresentado à Câmara de Deputados, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.<sup>7</sup>

Analisaremos, por fim, *o tratamento da tutela de urgência e da tutela da evidência em um regime único*, ideia esta com a qual concordamos.

- 
4. 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.
  5. Texto do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil; conferir: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> acessado em 09.02.2013.
  6. Versão do PL nº 8046/2010, aprovada no Senado Federal; 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.
  7. 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 o Relator-Geral Deputado Sérgio Barradas Carneiro, e Relator-Geral Substituto, o Deputado Paulo Teixeira; identificado neste ensaio como “Relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro”, publicado em 07 de novembro de 2012. Conferir: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=-Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=-Tramitacao-PL+6025/2005)> acessado em 09.02.2013.

## 2. BREVE PANORAMA DA TRAJETÓRIA DAS TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O CPC em vigor foi afetado por diversas reformas, algumas de impacto macroestrutural, outras pontuais, que possibilitaram um tratamento diferenciado às situações apontadas como urgentes ou evidentes.

Tal fenômeno decorreu, dentre outras razões, pela mudança de paradigma que atingiu o modo de pensar o direito processual civil. Pautados em um *modelo constitucional de processo*<sup>8</sup>, os estudiosos e intérpretes do direito processual civil encamparam bem o desígnio de superação dos obstáculos *econômicos, organizacionais e processuais*<sup>9</sup>, para pensar a técnica processual como instrumento da tutela jurisdicional; e esta – tutela jurisdicional – como instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

Neste *modelo constitucional do processo*, dentre os vários princípios que podem ser capturados, destaca-se o *princípio da efetividade*. Certo é que a tutela de urgência cautelar já se fazia presente, sendo comumente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro. Mas foi em atenção àquele princípio constitucional do processo que se sustentou a macrorreforma processual, que inseriu a tutela de urgência satisfativa e a tutela da evidência no ordenamento jurídico pátrio, e assim apresentaram-se outras possibilidades de aplicação de tutelas diferenciadas pautadas na *efetividade processual*.

É perceptível que, após estas reformas na legislação processual, a doutrina nacional se propôs a sistematizar essas modalidades de tutela diferenciada, e a jurisprudência, muitas vezes, acolheu corretamente as ideias apresentadas.

---

8. É este *modelo constitucional do direito processual civil* que, como explica Cassio Scarpinella Buneo, apresenta os *princípios constitucionais do processo civil*, os *procedimentos jurisdicionalmente diferenciados*, a *organização judiciária* e as *funções essenciais à Justiça*, que devem ser adotados como o elementos essenciais para o exercício da tutela jurisdicional e a estruturação do método institucional de solução de conflitos: o processo. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124 – 279.

9. Hodiernamente existe um *movimento de acesso à justiça e de constitucionalização do processo*. Buscou-se superar três obstáculos: o *econômico*, o *organizacional* e o *processual* – o econômico, relacionado ao direito amplo acesso à justiça, caracterizou-se por garantir àqueles desfavorecidos economicamente a possibilidade de buscar em juízo a proteção de seus direitos; o organizacional, relacionado à proteção dos direitos difusos e coletivos, esquecidos em codificações de caráter eminentemente individualista; e o processual, relacionado à efetividade e racionalidade das técnicas processuais, noutras palavras, *ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva*. BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010. p. 24.



Arruda Alvim destaca esta interpretação conformadora das normas processuais quando a examina a mutação da tutela jurisdicional, com a finalidade de correspondência às necessidades da sociedade, de sobremaneira as tutelas de urgência no direito brasileiro. Segundo o autor, esta evolução “envolve, além da alteração de valores do âmbito do processo [...], uma alteração no próprio modo de encarar a lei e o direito.”<sup>10</sup>

Entretanto, a alteração legislativa que ampliou a aplicabilidade daquelas tutelas diferenciadas, assim como outras nas últimas décadas, afetaram incisivamente o CPC em vigor, acarretando algumas anomalias estruturais e topológicas. Mesmo com todo o cuidado das adaptações realizadas, percebe-se que a atual legislação processual é carente de uma reestruturação dos dispositivos atinentes às tutelas de urgência – cautelares e satisfativas – e tutela da evidência.

Neste raciocínio, entendemos que o mérito da Comissão de Juristas responsável por elaborar o Anteprojeto de Novo CPC foi exatamente em identificar as similitudes e distinções entre as tutelas de urgência e tutelas da evidência, conferindo um regime unificado e diferenciado.

Sustentamos a adequação de um regime unificado quando nos referimos às similitudes entre as tutelas de urgência e evidência. Também identificamos distinções entre estas tutelas jurisdicionais, devidamente capturadas e postas do Anteprojeto de Novo CPC.

Certamente, a sistematização das tutelas de urgência e evidência, delimitando exatamente sua aplicabilidade, finalidade, estrutura, dentre outros aspectos, foi um dos tantos acertos do Anteprojeto de Novo CPC.

Na versão aprovada no Senado Federal, consubstanciada no PL nº 8046/2010, não ocorreram alterações significativas, mas simplesmente ajustes da redação dos respectivos dispositivos.

Contudo, na versão apresentada como Parecer da Comissão Especial da Câmara de Deputados, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, ocorreram algumas modificações dignas de nota, algumas elogiáveis e outras que poderão ocasionar dúvidas.

Em momento oportuno sustentaremos neste ensaio porque a versão aprovada no Senado Federal, bastante semelhante à apresentada no Anteprojeto

---

10. ALVIM, Arruda. A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. In ARMELIN, Donaldo (coord.) Tutelas de Urgência e Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157.

de Novo CPC, PLS nº 166/2010, é a mais adequada, ressalvando, quando necessário, os contributos prestados pela propostas pela Comissão Especial da Câmara de Deputados.

### 3. TUTELAS DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CPC EM VIGOR

Atualmente, as tutela de urgência e tutela da evidência encontram-se espalhadas no CPC. Isto porque o CPC de 1973 previa somente as tutelas de urgência cautelares, com livro próprio na codificação processual. Entretanto, com as reformas de 1994 e a inserção da técnicas de antecipação de tutela, as referidas tutela de urgência satisfativa e tutela da evidência, mesmo comportando um regime único, o tratamento destas tutelas diferenciadas restou pulverizado.

Consideramos que a disciplina conferida à tutela de urgência cautelar no CPC de 1973 é de uma racionalidade positiva<sup>11</sup>, disposta no arts. 796 a 889 do CPC. É a tutela de urgência cautelar pautada na plausividade do direito, nos efeitos negativos do tempo no processo e na existência de fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação. Além de estar devidamente estruturada – com a disposição clara de sua finalidade, pressupostos, processamento, efetivação –, disponibilizou-se um rol de cautelares específicas que cobriam considerável parcela das situações que exigiam uma proteção urgente. Quanto à outra parcela de situações que também reivindicavam uma proteção urgente, mas que o legislador não poderia prevê, proporcionou-se o manejo de uma tutela de urgência cautelar inominada, adaptável às exigências da realidade.

Com as alterações proporcionadas pela Lei nº 8.952/1994, inclui-se a tutela de urgência satisfativa, sendo prevista especificadamente no art. 273 do CPC, sendo referenciada, ainda, no art. 461 do CPC. A sua utilização depende, como exige o art. 273, I, do CPC, da existência de um direito mais robusto, demonstrado com prova inequívoca e verossimilhança, assim como da demonstração de um fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

---

11. Por isso utilizamos a expressão *racionalidade positiva*, pois a preocupação do legislador não foi somente de tentar prevê especificadamente todas as possibilidades às quais a tutela de urgência seriam úteis – o que ocorreria com uma racionalidade negativa –, mas deixou a aberta a via para o manejo de um tutela cautelar inominada, pensando-se na importância da adaptabilidade do direito e a necessidade de capturar os elementos mais variados da realidade.

Além da tutela de urgência satisfativa, a Lei nº 8.952/1994, inseriu na codificação processual a previsão de uma tutela da evidência. Como dispõe o art. 273, II, do CPC, caso fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela, em evidente medida sancionatória àquele que faz má utilização dos meios e recursos disponibilizados ao contraditório.

Quanto à tutela da evidência, não há como se analisar o tema sem necessariamente imprimir uma leitura atenta do que sustentou Luiz Fux em sua tese de titularidade na cátedra de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro, avaliada por banca composta por José Carlos Barbosa Moreira, Adroaldo Furtado Fabrício, Candido Rangel Dinamarco, Egas Dirceu Moniz de Aragão e Gustavo José Mendes Tepedino, intitulada tutela de segurança e tutela de evidência. Foi a partir daquele momento, em meio à macrorreforma processual de 1994, além de se debater as similitudes e diferenças entre as tutela de segurança, tutelas de urgência cautelares e satisfativas, passou-se a conferir atenção à referida tutela da evidência.

Mesmo que incipiente este debate em âmbito nacional, a tese apresentou, com robusta fundamentação, as linhas mestras dessa nova modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Apresentando algumas noções sobre o que seria este direito evidente, Luiz Fux sustenta que, diferentemente do âmbito civil, “sob o *prima processual*, é evidente o direito cuja a prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”.<sup>12</sup>

Posteriormente, com a Lei nº 10.444/2002, outra modalidade de tutela da evidência foi incluída, esta como § 6º do art. 273 do CPC, permitindo a antecipação dos efeitos da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso; sendo assim, à evidência do direito da parte, que esta possa usufruir desde logo deste direito, não sendo necessário que a mesma aguarde o desfecho do processo e todos os efeitos negativos decorrentes desta circunstância.

Esta breve digressão sobre a trajetória das tutela de urgência e tutela da evidência no CPC vigente demonstra como as referidas tutelas diferenciadas encontram-se desorganizadas na codificação processual. Também demonstra, contudo, que tais tutelas jurisdicionais conferem cuidadosa atenção aos efeitos do tempo no processo e a exigência de efetividade.

---

12. FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

Fundando-se nestas similitudes é que podemos afirmar que existe um regime único de tutela de urgência e tutela da evidência, mesmo que os dispositivos que disciplinam cada uma dessas modalidades de tutela diferenciada encontram-se espalhado no CPC vigente.

Outro elemento importante que nos permite sustentar um regime único entre estas tutelas diferenciadas é a existência expressa no art. 273, § 7º, do CPC, que permite a fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e satisfativa. Em processo, somente são fungíveis técnicas processuais que apresentam similitudes; observado o princípio da instrumentalidade do processo, afastam-se peculiaridades formais e busca-se concretizar a finalidade exigida.

No caso das tutelas de urgência, mesmo identificando as diferenças entre a naturezas da tutela cautelar e da tutela satisfativa, mas observando que o interessado não fez o uso correto da técnica processual, recebe-se uma pela outra, preconizando a concretização dos objetivos de ambas que é combater os efeitos negativos do tempo no processo e garantir a efetividade processual.

Sustentando a convivência harmônica entre tutela de urgência cautelar e tutela de urgência satisfativa, Mirna Cianci e Rita Quartieri afirmam que “evoluiu o sistema de fungibilidade, instaurada pelo § 7º do art. 273 ao permitir que a pretensão, sej acautelar, seja antecipatória, possa ser recebida e, coincidentes os requisitos, sofra a adaptação à sua natureza.”<sup>13</sup>

Neste raciocínio, afirmam as autoras supracitadas que a fungibilidade é elemento que fundamental para este tratamento unificado; escrevem que “esse é o passo mais importante na direção do tratamento unificado das tutelas de urgência e na sua sistematização, respeitada a adequação e terreno de atividade de cada uma dessas medidas.”<sup>14</sup>

Entendemos que atualmente, realizando-se uma análise sistemática, existe um regime único disciplinador da tutela de urgência e da tutela da evidência. Contudo, a pulverização dos respectivos dispositivos disciplinadores dessas tutelas diferenciadas no CPC acarreta alguns equívocos, principalmente pelos

---

13. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Unificação do regime das tutelas de urgência*. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. (coordenadores). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 605.

14. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Unificação do regime das tutelas de urgência*. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. (coordenadores). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 606.

aplicadores diários do direito, já que para a doutrina parece claro o manejo dessas tutelas e das técnicas processuais a estas inerentes.

Também notando esta situação, a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Novo CPC captura essa perspectiva e apresenta um regime unificado para as tutela de urgência e tutela da evidência. Nestes termos, analisaremos a proposta apresentada no item subsequente.

## **4. TUTELAS DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO DEBATE DO NOVO CPC**

### **4.1. Terminologia e estrutura**

O Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, que posteriormente tornou-se PLS nº 166/2010, reservou um título para o tratamento unificado das tutela de urgência e tutela da evidência. Isto é mantido tanto na versão aprovado no Senado Federal no PL nº 8046/2010, quanto no Relatório Geral de Atividades apresentado à Câmara de Deputados.

Esta disciplina localiza-se no Livro I, o que demonstra o caráter geral de aplicabilidade das tutela de urgência e tutela da evidência. Assim sendo, encontra-se no Título IX, “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”, que é composto pelo Capítulo I “Disposições Gerais”, sendo este composto por três seções: (i) disposições comuns; (ii) tutela de urgência cautelar e satisfativa; (iii) tutela da evidência; já o Capítulo II ocupa-se “Do Procedimento”, dividindo-se em duas seções: (i) procedimento das medidas requeridas em caráter antecedente; e (ii) procedimento das medidas requeridas em caráter incidental.

O PLS nº 166/2010 e a versão aprovada no Senado Federal do PL 8046/2010 mantêm as mesmas terminologias – *tutela de urgência e tutela da evidência* –, assim como a estrutura.

Contudo, o texto apresentado no Relatório de Atividades da Comissão Especial à Câmara de Deputados, mesmo afirmando que “mantêm-se as linhas mestras do tema, já bem delineadas no Projeto, propondo-se apenas nova sistematização da matéria”, realizou alguns alterações de ordem terminológica que poderão ocasionar complicações se assim conservarem-se.

Nesta linha, de acordo com esse relatório, o Título IX, do Livro I, do projeto do CPC passa a prevê a técnica da antecipação da tutela, afirmando ser esta designação consagrada em nosso ordenamento. Sustenta que “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.”

Trata-se de evidente equívoco, que merece urgente atenção e correção para que, sob fundamento de respeito a uma expressão comumente utilizada, ou consagrada, não se acarrete dúvidas caso o texto seja assim aprovado.

Sabemos que a expressão tutela antecipada, atualmente, é comumente empregada pela doutrina e jurisprudência, mas somente quando referem-se à tutela de urgência satisfativa, nunca cautelar. Este é o erro da proposta presente no relatório apresentado à Câmara dos Deputados, pois como expressamente expõe, “todo o capítulo cuida da concessão de tutela fundada em cognição sumária. Rigorosamente, tutela antecipada satisfativa ou cautelar.” Não é correto designar a tutela de urgência cautelar também como tutela antecipada.

Teresa Arruda Alvim Wambier, utilizando critérios objetivos extraídos das finalidades das tutelas de urgência, distingue exatamente as modalidades de caráter satisfativo e acautelatório. Escreve com lucidez que “a função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva”, ao passo que, “a função da tutela cautelar é a de gerar tutela jurisdicional eficaz.”<sup>15</sup>

Marinoni e Arenhart distinguem de forma inequívoca as tutelas cautelares e antecipadas, não restando dúvida de que a tutela cautelar não pode ser inserida com variação da tutela antecipada. Como lecionam, “já restou clara a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória.”; para os autores supracitados, a tutela de urgência cautelar “é uma tutela de segurança; assegura a viabilidade da obtenção da tutela satisfativa do direito material”, e a tutela de urgência satisfativa, tutela antecipatória, “é a própria tutela almejada através da ação, porém concedida com base em cognição sumária.”<sup>16</sup> Definem estas como tutelas interinais de urgência cautelar ou satisfativa.

Teori Albino Zavascki sistematiza a antecipação de tutela em três hipóteses: assecuratória, punitiva e do pedido incontroverso. Neste entendimento, os pressupostos complementares são apontados nos incisos I e II, e § 6º do art. 273, do CPC, que articulam: “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o

---

15. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 533.

16. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. v. 4. Processo Cautelar. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

manifesto propósito protelatório do réu”; e “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”<sup>17</sup> Percebe-se que o autor, mesmo considerando as hipóteses de tutela de urgência satisfativa e tutela de evidência como integrantes da antecipação de tutela, não inserem neste grupo a tutela de urgência cautelar.

Assim como estes autores, a maior parte da doutrina não confunde tutela antecipada com tutela cautelar como o faz o relatório apresentado à Câmara de Deputados.

Entretanto, aprofundando a pesquisa, identificamos um artigo científico que sustenta existir a possibilidade de tutela antecipada cautelar no ordenamento jurídico atual; usaremos as proposições deste trabalho para demonstrar que é inviável se tratar de tutela antecipada cautelar no sistema proposto no CPC projetado.

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira sustentam que a tutela provisória, que é sumária e precária, é a própria tutela antecipada, que antecipada os efeitos da tutela definitiva, podendo ser: (i) antecipada satisfativa; ou (ii) antecipada cautelar. A tutela antecipada satisfativa atrela-se às tutelas definitivas satisfativas, de certificação (cognição) ou efetivação (execução); já a tutela antecipada cautelar é útil para as tutelas definitivas não satisfativas, que é a cautelar.<sup>18</sup>

Tal entendimento pode ser sustentado tendo em vista o atual ordenamento processual, isto porque a tutela definitiva cautelar (que não é satisfativa) teria como finalidade preservar os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa. Assim, sendo a cautelar uma tutela definitiva, poderia-se antecipar os seus efeitos via tutela antecipada; mas lembramos, atualmente, sejam as cautelares específicas, seja a cautelar inominada, comumente estas são pleiteadas por meio de ação autônoma.

De acordo com a proposta do CPC projetado, a tutela cautelar deverá ser solicitada de forma estritamente instrumental à tutela principal, antecipadamente ou incidentalmente, mas não por ação autônoma. Portanto, como sustentado em todas as versões debatidas do Novo CPC, deixa de existir a

---

17. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 77 e 78.

18. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. (coordenadores). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 265-281.

tutela definitiva cautelar e, conseqüentemente, deixa de existir também a tutela antecipada cautelar.

Tendo em vista o CPC projetado, existirão tutelas definitivas cognitivas e executivas. Instrumentalmente, como apoio à concretização efetiva destas tutelas definitivas, apresentam-se as tutela de urgência, que pode ser cautelar ou satisfativa, e a tutela da evidência.

Mudando o que deve ser mudado, se a proposta disposta no relatório apresentado à Câmara de Deputados for recepcionada nestes termos, retornar-se-á ao mesmo erro do anterior à macrorreforma de 1994, das tão úteis, mas erroneamente denominadas, tutelas cautelares satisfativas. No caso em análise o erro seria indicar como tutela antecipada uma medida de natureza cautelar. Repetimos, tutela antecipada é expressão que a doutrina e a jurisprudência utiliza, mas para designar as tutelas de urgência satisfativas e não as cautelares.

Alguns podem afirmar que a opção por uma ou outra nomenclatura, e as críticas sobre essa escolha, podem se resumir a pormenores processuais; disto discordamos. Se a justificativa do relatório apresentado à Câmara dos Deputados em alterar a redação dos dispositivos fundou-se no prestígio e no uso correto de uma expressão, nos parece que objetivo pretendido não foi alcançado. E se a doutrina e a jurisprudência já manejam tão bem as expressões “tutela de urgência” e “tutela de evidência”, não se justifica trazer a expressão “tutela antecipada” para o texto processual, pois isto poderá acarretar diversas dúvidas e críticas.

Por isso pesamos que a proposta terminológica sustentada pela Comissão de Juristas responsável por elaborar o Anteprojeto de Novo CPC, e mantida na versão aprovada no PL nº 8046/2010 perante o Senado Federal é a melhor, veja-se: (i) tutela de urgência (satisfativa ou cautelar); e (ii) tutela da evidência.

Quanto à estrutura do título destinado às tutela de urgência e tutela da evidência, entendemos que a proposta apresentada pelo Anteprojeto de Novo CPC foi mantida tanto na versão aprovada pelo Senado Federal, quanto no relatório disponibilizado à Câmara de Deputados, restando poucas alterações.

## **4.2. Definições e outros aspectos**

Nas disposições gerais percebe-se o cuidado de deixar explícito que a tutela de urgência e a tutela da evidência, mesmo presentes em um regime unificado, não se confundem, além de deixar incontroverso a possibilidade de requerer medidas de natureza cautelar ou satisfativa em momento antecedente ao processo ou incidentalmente; assim dispõe o PLS nº 166/2010:



Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Na versão aprovada no Senado Federal, referente ao PL nº 8046/2010, contribuiu-se com a inclusão de dois parágrafos nos quais se diferencia medidas satisfativas e medidas cautelares. Veja-se:

Art. 269. 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.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

§ 3º As medidas satisfativas poderão ser requeridas na petição inicial ou no curso do processo.

§ 4º As medidas cautelares poderão ser requeridas antecedentemente à causa principal ou incidentalmente.

No texto apresentado no Relatório de Atividades da Comissão Especial à Câmara de Deputados, também ocorreram modificações que, fora o equívoco da terminologia, como já sustentamos, manteve-se as linhas dos textos anteriormente aprovados na outra casa legislativa.

Art. 295. A tutela antecipada pode:

I – ser satisfativa ou cautelar;

II – ser concedida em caráter antecedente ou incidental;

III – fundamentar-se em urgência ou em evidência.

Art. 296. A tutela antecipada requerida incidentalmente independe do pagamento de novas custas.

Notamos que a primeira seção traz o regramento comum às tutelas de urgência e tutela da evidência, especificamente: i) finalidade; ii) interinidade das tutelas de urgência; iii) o caráter provisório do provimento urgente ou evidente; iv) as técnicas processuais de efetivação; v) a importância e exigência expressa de fundamentação da decisão que concede, nega ou modifica a tutela de urgência ou a tutela da evidência; vi) a competência para apreciação e a tramitação dessas tendo em vista a ordem de processos; vii) meio de impugnação manejável.

O art. 270 do PL nº 8046/2010 aprovado no Senado Federal, que manteve na íntegra a redação apresentada pelo art. 278 do PLS nº 166/201, pode ser identificado respectivamente com os arts. 798 e 805 do CPC em vigor, o que nos leva à conclusão que foi ampliado o tradicional *poder geral de cautela*, a um *poder geral de urgência e evidência*. A ampliação deste poder,

que é redigido nos moldes de uma cláusula geral, exigirá uma delimitação e adequação por parte da doutrina e da jurisprudência. Assim se sugeriu:

Art. 270. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Quanto ao tema, parece que na versão proposta no relatório apresentado à Câmara de Deputados, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, ocorreu a diminuição deste poder geral, resumindo-se às medidas cautelares. Esta foi uma alteração importante pois assim limita-se o atuar do juiz somente ao manejo, caso seja necessário, da utilização de medidas que preservem os efeitos úteis das tutelas definitivas, não possibilitando a concessão de ofício de tutela de urgência satisfativa ou tutela da evidência.

Art. 302. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz, incidentalmente, poderá conceder tutela antecipada cautelar de ofício.

Em seguida, os arts. 271 e 273 do PL n° 8046/2010, aprovados no Senado Federal, mantendo as linhas do PLS n° 166/2010, utilizam boa parte da disciplina do art. 273 do CPC em vigor, referente à antecipação de tutela. Desta forma, expande-se a boa dicção do texto legal referente à técnica de antecipação de tutela do CPC em vigor, à tutela cautelar e à tutela da evidência do CPC projetado. Indica-se, ainda, para solucionar controvérsias, o meio de impugnação cabível da decisão em sede dessas tutelas diferenciadas.

Art. 271. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 273. A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório, no que couber.

Na versão apresentada à Câmara de Deputados, transferiu-se a inteligência do art. 273 do PL n° 8046/2010, para o art. 298, parágrafo único, do relatório; o art. 271, do PL n° 8046/2010 manteve-se quase que intacto, agora figurando no art. 299 do relatório:

Art. 299. Na decisão que conceder ou negar a tutela antecipada, o juiz justificará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo.

Na versão apresentada à Câmara de Deputados há uma visível redução do número de dispositivos que tratam das disposições comuns entre as tutela de urgência e as tutela da evidência.

Finalizando a análise das disposições comuns, importa destacarmos a proposta presente no art. 300 do Parecer apresentando à Câmara de Deputados, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro; veja-se:

Art. 300. A tutela antecipada será requerida ao juiz da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada regra especial, nas ações de competência originária dos tribunais e nos recursos, a tutela antecipada será requerida perante o órgão competente para apreciar o mérito.

Tal dispositivo cuida da competência para analisar os pedidos em sede de tutela de urgência e tutela da evidência, ou como prefere esta última versão em análise, tutela antecipada.

Neste ponto, nos interessa destacar a questão referente à suspensão dos efeitos de acórdão impugnável por recurso extraordinário ou recurso especial. Percebemos que, nas propostas apresentadas no Anteprojeto de Novo CPC, PLS nº 166/2010, e PL nº 8046/2010 aprovado no Senado Federal, a solução para esta questão não restou esclarecida. Para nós, a sugestão presente no Parecer apresentando à Câmara de Deputados, art. 300, parágrafo único, e art. 1042, § § 4º, 5º e 6º, resolve bastante as dúvidas sobre a *possibilidade, competência para análise e instrumentos* do pleito de suspensão dos efeitos de acórdão impugnável por recursos excepcionais.

## 5. CONCLUSÃO

As diversas reformas na atual codificação processual trouxeram efeitos positivos, com a inclusão de tutelas jurisdicionais diferenciadas que encamparam a exigência de um processo efetivo.

Dentre estas tutelas diferenciadas destacam-se as tutela de urgência e tutela da evidência; ambas buscam, além de concretizar a efetividade processual, flexibilizar o ônus temporal no processo.

Contudo, algumas dessas reformas acarretaram efeitos tão incisivos no CPC vigente que, do ponto de vista estrutural, faz-se necessária uma nova codificação, um Novo CPC.

Com este desígnio, uma Comissão de Notáveis Juristas foi efetivada para a elaboração de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Presidida pelo Ministro Luiz Fux, e sob a relatoria geral da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, a comissão apresentou o Anteprojeto de Novo CPC, no qual, dentre outros temas, ocupou-se em disciplinar em um regime unificado as tutelas de urgência e evidência.

No atual momento legislativo, o anteprojeto de Novo CPC, consubstanciado no PLS 166/2010, foi debatido no Senado Federal, tornado-se o PL 8046/2010, do qual resultou a versão aprovada nesta casa legislativa. Posteriormente, direcionado à Câmara dos Deputados, instituiu-se uma Comissão Especial incumbida de apresentar um parecer ao PL nº 6.025, de 2005, ao PL nº 8.046, de 2010, e outros projetos de lei, para subsidiar o debate.

Com base nestas versões do CPC projetado, o presente ensaio pretendeu verificar os avanços e retrocessos atinentes a essas tutelas diferenciadas.

Comparando as diversas versões, constatamos que a ideia de um regime único das tutelas de urgência e tutela da evidência foi bem recepcionado, restando alterados somente algumas terminologias e a redação de certos dispositivos.

Entretanto, entendemos que, dentre a versão apresentada no relatório à Câmara dos Deputados, e as versões aprovadas no Senado Federal, estas últimas apresentaram melhores terminologias; quanto à estruturação do regime único em análise, é importante reconhecermos o aperfeiçoamento existente entre cada versão.

Percebe-se, satisfatoriamente, que em todas as versões analisadas, capturou-se bem os debates existentes na doutrina e na jurisprudência, e os empregaram corretamente na proposta textual legislativa. É evidente que o resultado final do processo democrático de elaboração deste Novo CPC será a apresentação de uma legislação mais sensível e próxima à realidade do Judiciário e da sociedade brasileira.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. *In* ARMELIN, Donaldo (coord.) Tutelas de Urgência e Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Doutrinas Essenciais de Direito Processual Civil*. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

- BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Unificação do regime das tutelas de urgência*. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. (coordenadores). Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, RAFAEL. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. (coordenadores). Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira Freire; CASTRO, Marcello Soares. Tutela de Urgência para suspender os efeitos de acórdão impugnável por Recurso Especial – breves comentários às normas do CPC vigente e do projetado. In Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Vitória-ES: 2011.
- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira Freire; CASTRO, Marcello Soares. Recurso Extraordinário e Tutela de Urgência: algumas considerações comparativas entre as normas do CPC em vigor e do projetado. Anais do XXI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Niterói-RJ: 2012.
- FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. v. 4. Processo Cautelar. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PEYRANO, Jorge Walter. Nuevas tácticas procesales. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2010.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. RePro 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



# A TUTELA ANTECIPADA NO PROJETO DO NOVO CPC

VICENTE DE PAULA MACIEL JÚNIOR<sup>1</sup>

*“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, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.)*

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Uma visão sistemática do CPC brasileiro de 1973. 3. Uma visão sistemática do projeto de lei de reforma do CPC/73. 4º tratamento das tutelas de urgência no projeto de reforma do CPC/73. 4.1As tutelas de urgência. 4.1.1A estrutura da proposta da comissão: como foi tratada a matéria... 4.2Premissas teóricas necessárias a uma melhor compreensão doutrinária das tutelas de urgência. 4.2.1º que é tutela de urgência? 4.3º impacto da generalização das tutelas de urgência satisfativas no CPC/73. 4.4Um critério prático para a identificação das tutelas de urgência satisfativas e preventivas no CPC/73. 4.5ºs equívocos da comissão na estruturação da matéria das tutelas de urgência. 4.6º outros equívocos dignos de revisão: como deveria ter sido... 5.A tutela inibitória. 5.1º tratamento da tutela inibitória no projeto de reforma. 6.Estabilização da decisão de antecipação de tutela. 6.1Uma resposta possível à luz do CPC/73. 6.2Uma resposta possível à luz do texto do projeto de reforma. 6.3Retomando o tema da estabilidade da decisão. 7.Conclusão. 8.Bibliografia

---

## 1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o Direito Processual Civil procura equacionar o problema do tempo razoável do processo com a sua eficácia e eficiência<sup>2</sup>. Essas

- 
1. Doutor em Direito pela UFMG; Pós-Doutor em Direito Processual pela Università di Roma – La Sapienza; professor adjunto de direito processual civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nos cursos de graduação e pós-graduação; Juiz do Trabalho Presidente da 28ª.Vara do Trabalho de Belo Horizonte.
  2. “ O tempo é inimigo do processo e o seu decurso destempera a boa qualidade do provimento jurisdicional, quando a demora deste traz prejuízos, sofrimentos, ansiedades e quando, quantas vezes, o provimento tardado acaba por se tornar dispensável ou quicã inútil. Por isso é que o direito processual, em sua disciplina positiva e na interpretação correta que se espera dos tribunais e demais destinatários, há de ser um sistema equilibrado entre dois ideais: de um lado, o zelo pela perfeição e boa qualidade

duas expressões que muito se distanciam em significado remetem-nos ao problema dos princípios processuais<sup>3</sup> da segurança e da celeridade.

Enquanto pelo princípio da segurança o foco é a observância de procedimentos que garantam o exercício pleno do contraditório e a possibilidade de produção de provas que justifiquem as razões de cada parte; a celeridade tem por objetivo assegurar que haja um limite e não se eternize a discussão no processo, garantindo, de preferência, uma resposta rápida ao litígio.

Embora possa parecer problema de fácil solução, na verdade é questão de grande tormenta para o processualista e terreno movediço para o legislador, sempre com graves repercussões na vida do jurisdicionado.

É importante percorrermos algumas premissas para o tratamento do tema central deste artigo e para isso começaremos explicando a finalidade de cada um dos livros de nosso Código de Processo Civil que formam nosso sistema processual.

## 2. UMA VISÃO SISTEMÁTICA DO CPC BRASILEIRO DE 1973

A idéia de que cada livro do Código de Processo Civil faz parte de um sistema: o sistema processual, é algo que não chama muito a atenção da doutrina hoje em dia e não desperta interesse que mereça muito destaque em uma obra jurídica. Entretanto, a falta de visão sistemática sobre os institutos do direito processual é responsável por grandes equívocos interpretativos da jurisprudência, além de desastrosas propostas de reformas processuais, que muita vez alteram significativamente ou mutilam o sistema processual, quebram sua unidade, dificultando sobremaneira sua compreensão.

Quem na Ciência do Processo utilizou-se da expressão “sistema processual” com maior veemência, para ressaltar que cada um dos institutos do processo pertence a um todo interligado, foi CARNELUTTI<sup>4</sup>.

A idéia central dos processualistas europeus<sup>5</sup> era a de que, em tese, a jurisdição seria exercida basicamente por funções vinculadas a fins específicos, atribuídas a dois tipos de processos diferentes. A primeira seria destinada a

---

*dos resultados do processo, de outro a preocupação pela celeridade.*” (DINAMARCO, 1987, p. 462.)  
Vide ainda sobre o princípio da eficiência em ROCHA, 2012, p. 59-64.

3. CHIOVENDA, 1941, 3v.

4. CARNELUTTI, 1936, 3v.

5. vide: CARNELUTTI, 1952, p. 64-74.; CALAMANDREI, 1945.; CHIOVENDA, 1942; COUTURE, 1951. FAZZALARI, 1994. GUASP, Jaime. 1998. LIEBMAN, 1985. MANDRIOLI, 2000. MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni, 1999. PISANI, 1999. SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine; 2000.



conhecer o objeto litigioso e sobre ele fixar a certeza através de um provimento declaratório, constitutivo ou condenatório. A segunda função essencial do processo e que seria suficiente para exaurir a atividade jurisdicional seria a de executar, e teria por finalidade transformar em atos concretos aquilo está previsto no título executivo judicial condenatório, ou em título extrajudicial equiparável por lei, em efeitos, à sentença.

Posteriormente e por grande influência de CALAMANDREI<sup>6</sup>, foi incrementada e desenvolvida a idéia de um terceiro gênero de processo, sendo ele destinado a tutelar pessoas, provas e bens para outro processo. Ou seja, em face da possibilidade de a duração do processo principal de conhecimento ou execução demorar muito, as situações concretas que envolvessem pessoas, provas e bens poderiam se alterar, causando danos irreversíveis e comprometendo o resultado útil do processo principal, por não haver o que entregar ao final ao vencedor.

O processo cautelar seria marcado pela idéia de prevenção. A ele não importaria o objeto do processo principal porque seu objetivo é garantir que pessoas provas e bens disputados em juízo se mantivessem íntegros durante a demanda e pudessem ser entregues àquele que lhes fizer jus.

Os processos especiais, ou procedimentos especiais como admitido em nosso CPC, são na verdade processos de conhecimento. Mas não são processos de conhecimento que se enquadrem em um rito comum, ordinário. A idéia central desses tipos processuais é que o direito material apresenta especificidades e nem todos eles são iguais. Por isso os doutrinadores e o legislador do CPC/73 entenderam ser fundamental a existência desses tipos especiais para que melhor pudesse ser realizado o direito material, criando para tanto um tipo especial de processo.

É a tutela específica do direito por um tipo específico de processo, mais adequado à sua realização. Na Itália, dentre outros, temos como defensores dos processos especiais PISANI<sup>7</sup>; na Espanha, GUASP<sup>8</sup>; entre nós MARINONI<sup>9</sup>.

Segue abaixo um quadro expondo o modelo do sistema processual segundo as finalidades de cada livro do processo e que serviram para inspirar o legislador brasileiro na elaboração do CPC de 1973:

---

6. CALAMANDREI, 1936.

7. PISANI, 1999.

8. GUASP, 1998.

9. MARINONI; ARENHART, 2003. MARINONI, 2000.

<b>Processo de conhecimento</b>	Processo de conhecimento que tem por finalidade buscar, através de atividade desenvolvida em contraditório, a CERTEZA a respeito de uma situação controvertida, gerando uma sentença que pode ser: 1) declaratória; 2)constitutiva; 3)condenatória.
<b>Processo de execução</b>	Processo que tem como pressuposto de sua existência a CERTEZA, que é corporificada em um TÍTULO EXECUTIVO judicial ou extrajudicial. Sua finalidade é TRANSFORMAR EM ATOS CONCRETOS aquilo que está previsto no título.
<b>Processo cautelar</b>	Processo cuja finalidade é PREVENIR pessoas, provas, e bens, que são objeto de disputas em um processo principal existente ou a ser proposto. Seu objetivo não é resolver o problema de mérito do processo principal, mas apenas tutelar pessoas, provas e bens para que eles não pereçam no curso do processo principal, em razão da sua demora. Justifica-se pela urgência e necessidade da atividade preventiva.
<b>Processos Especiais</b>	A idéia central desses processos é que há direitos materiais que exigiriam tutelas processuais diferenciadas, específicas, que melhor atendessem à natureza desses direitos. Por isso seriam criados tipos processuais para melhor servir ao direito material e torná-lo efetivo. Em razão dessa finalidade os processos especiais reúnem características que não são comuns ou ordinárias, dentro da idéia do processo de conhecimento. Ele une atos de conhecimento com atos de execução, fazendo um modelo híbrido de processo de conhecimento, que permite, por exemplo, a concessão de liminares satisfativas bem como o efeito executivo imediato das decisões de primeiro grau.

### 3. UMA VISÃO SISTEMÁTICA DO PROJETO DE LEI DE REFORMA DO CPC/73

O relatório final do projeto de lei da reforma do CPC/73 apresentou diversas novidades no campo das tutelas de urgência.

Como já era esperado pelos doutrinadores e de certo modo já estava delineado na reforma processual feita em 07 de maio de 2002, através da lei n.10.444, seria necessário um tratamento unitário no CPC para a matéria das tutelas de urgência. O parágrafo 7º. do art. 273, que estabeleceu a possibilidade de fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar já assinalava a necessária aproximação dos temas dentro do CPC.

Para procurar entender a lógica do legislador reformista é necessário antes de tudo perceber uma grande alteração na técnica legislativa de redação da lei processual.

As categorias gerais do CPC/73 eram divididas em “Livros”. Cada livro correspondia a um tipo de processo em razão de sua finalidade. O “Livro

I” correspondia ao processo de conhecimento. O “Livro II” ao processo de execução. O “Livro III” ao processo cautelar. O “Livro IV” aos procedimentos especiais. O “Livro V” foi destinado às disposições finais e transitórias.

O legislador reformista dividiu o CPC em “Partes”. A “Parte Geral” é constituída de cinco livros, que tratam de normas fundamentais de aplicação do CPC; função jurisdicional; sujeitos do processo; dos atos processuais e o livro dedicado à tutela antecipada.

A outra “metade da fatia do bolo” o legislador reformista denominou “Parte especial”, composta de três livros, que são respectivamente: “do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”; “do processo de execução”; “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

O projeto de reforma não eliminou por completo os chamados procedimentos especiais, que continuam na “Parte Especial”, no “Título III”.

Segue o quadro abaixo com a exposição da matéria como ficou organizada no projeto:

Parte Geral	Parte Especial
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Função jurisdicional;</li> <li>• Sujeitos do processo;</li> <li>• Dos atos processuais;</li> <li>• Tutela antecipada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Processo de conhecimento e o cumprimento de sentença (abrange o processo de conhecimento, o cumprimento de sentença e procedimentos especiais);</li> <li>• Do processo de execução;</li> <li>• Dos processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões</li> </ul>

*Data vaenia* da ilustre comissão para a reforma do CPC, o projeto apresentado piora muito em termos de distribuição técnica o nosso sistema processual.

Ao invés de aprimorar ou mesmo propor uma quebra de paradigma, inovando na metodologia, linguagem e lógica de implementação de um processo participativo, nos moldes exigidos pela Constituição Federal para a conformação a um modelo de Estado Democrático de Direito, a comissão fez um “desmanche” da arquitetura do CPC/73, propondo um projeto desorganizado, incoerente e ultrapassado.

O projeto dificulta e muito ao intérprete e ao aplicador do direito até mesmo o seu manuseio, porque o texto tem de ser praticamente todo consultado e em diversos artigos para que possa haver uma interpretação integrativa de suas “partes”.

Tratar, por exemplo, o processo de conhecimento dentro de uma “parte especial” é uma idéia infeliz porque ele deve ser o geral, o comum, aquilo que ocorre de ordinário e que pode servir de arrimo à aplicação subsidiária dos demais tipos processuais...

Aliás, o próprio projeto quando trata da chamada “ação inibitória para remoção do ilícito”, em seu art. 592, expressamente menciona que “*as normas relativas ao procedimento comum aplicam-se subsidiariamente ao processo regulado por este capítulo.*”

#### **4. O TRATAMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DE REFORMA DO CPC/73**

No que se refere às tutelas de urgência, que é o que nos interessa como foco do presente artigo, a sua abordagem jurídica foi lamentável. O tema foi posicionado na “Parte Geral”, no “Livro V”, sob a seguinte rubrica: “Da tutela antecipada”.

Em verdade o que ocorreu foi a extinção do “Livro III” do processo cautelar presente no CPC/73 e a conseqüente fusão do tratamento das tutelas de urgência em um livro próprio, na chamada “Parte Geral” do projeto e fora do processo de conhecimento e de execução, que estão na “Parte especial” do mesmo.

O que se infere de plano desse posicionamento é que o livro dedicado às tutelas antecipadas se aplica de modo geral, podendo em tese ser aproveitado como fonte para demais livros toda vez que houver necessidade de utilização das tutelas antecipadas.

E aqui começa nossa árdua tarefa no sentido de tentar compreender e explicar os acertos e equívocos do projeto de reforma do CPC.

##### **4.1. As tutelas de urgência**

###### ***4.1.1. A estrutura da proposta da comissão: como foi tratada a matéria...***

O projeto do novo CPC indica no “Livro V”, como gênero, a nomenclatura “Da Tutela Antecipada”.

Logo após estabelece o “Título I”, indicando o seu conteúdo: “Das Disposições Gerais, Da Tutela Urgência e Da Tutela da Evidência.”

Depois disso a comissão reformista dispõe em três capítulos sobre cada um dos temas indicados no “Título I”.

Encerra-se o “Livro V” com um “Título II” dedicado a traçar o procedimento da tutela cautelar requerida de modo antecedente.

Enumeramos no quadro abaixo os principais aspectos tratados pela comissão de reforma e que constam do projeto em votação no “Livro V, dos art. 276 a 293:

<p>Disposições gerais</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A tutela antecipada pode ser satisfativa ou cautelar;</li> <li>• ser concedida em caráter antecedente ou incidente;</li> <li>• fundar-se em urgência ou evidência.</li> <li>• Compete ao juiz nas antecipações de tutela antecedentes determinar as medidas que julgar necessária a sua implementação, tendo por parâmetro as normas referentes ao cumprimento de sentença.</li> <li>• A tutela antecipada incidente não depende de novas custas;</li> <li>• Conserva a eficácia na pendência do processo, mas pode ser modificada a qualquer tempo.</li> </ul>
<p>Tutela de Urgência</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Devem ser provados o <i>fumus boni iuris</i> e o <i>periculum in mora</i>;</li> <li>• É possível contracautela para deferimento da tutela de urgência;</li> <li>• Possibilidade de deferimento liminar;</li> <li>• Pode ser deferida <i>inaudita altera pars</i>;</li> <li>• Responsabilidade por danos decorrentes de prejuízos causados pela efetivação da tutela cautelar liminar;</li> <li>• Possibilidade da indenização ser apurada nos próprios autos em que foi apurada;</li> <li>• A responsabilidade civil do requerente da tutela antecipada nos termos da execução provisória;</li> <li>• Possibilidade de deferimento da tutela urgente satisfativa tanto na inicial quanto nos fundamentos e provas, bem como a confirmação do pedido (tutela final);</li> <li>• Foi criada a estabilização da decisão de antecipação de tutela da qual a parte não tenha recorrido.</li> </ul>
<p>Tutela da Evidência</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prescinde da demonstração de perigo de demora da tutela jurisdicional,</li> <li>• É deferida nas seguintes hipóteses:             <ol style="list-style-type: none"> <li>1) abuso do direito de defesa;</li> <li>2) instrução com prova documental contra a qual o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável;</li> <li>3) fatos provados só por documentos e há tese firmada em julgamentos repetitivos ou súmula vinculante;</li> <li>4) contrato de depósito formalizado por documento que pode gerar ordem de entrega do bem.</li> </ol> </li> </ul>

<p>Procedimentos cautelares antecedentes</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Petição inicial com descrição da lide e seu fundamento, <i>fumus boni iuris</i> e <i>periculum in mora</i>;</li> <li>• contestação em cinco dias;</li> <li>• Se ocorrer revelia, decisão em cinco dias;</li> <li>• Após contestação, segue o rito comum;</li> <li>• Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser feito em trinta dias, apresentado nos mesmos autos da tutela cautelar, independentemente de novas custas;</li> <li>• Pode ser feito o pedido principal junto com o cautelar;</li> <li>• Faculta-se o aditamento da causa de pedir no momento da formulação do pedido principal;</li> <li>• apresentado o pedido principal, segue-se audiência para tentativa de conciliação, com intimação podendo ser feita aos advogados constituídos ou pessoalmente às partes;</li> <li>• Ausente a conciliação, contestação em quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação;</li> <li>• Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente se:             <ol style="list-style-type: none"> <li>1) não deduzido pedido principal no prazo de 30 dias;</li> <li>2) não efetivada a medida em 30 dias;</li> <li>3) for julgado improcedente o pedido principal ou extinto sem julgamento do mérito;</li> <li>4) cessada eficácia da tutela cautelar pode ser renovado só por novo fundamento;</li> <li>5) não há coisa julgada material na tutela de urgência, a não ser no acatamento de prescrição ou decadência.</li> </ol> </li> </ul>
--	---

A seguir passaremos a analisar criticamente as alterações propostas no projeto, não sem antes esclarecer algumas premissas teóricas fundamentais para a compreensão das tutelas de urgência.

## **4.2. Premissas teóricas necessárias a uma melhor compreensão doutrinária das tutelas de urgência**

### **4.2.1. O que é tutela de urgência?**

A expressão “tutelas de urgência” representa o conjunto de situações jurídicas cujos pedidos são feitos e as decisões tomadas tendo por objeto a necessidade de respostas céleres, urgentes. Se não houver a apreciação e o deferimento rápido, ou não haverá como garantir o resultado útil do processo, diante da iminente possibilidade de destruição de pessoas, provas e bens para o processo; ou o processo será um longo e frustrante caminho ao qual o autor estará condenado. Somente após todos os atos do script processual

ele poderia ter acesso aos bens que, diante da evidência inicial das provas trazidas para a lide, desde o princípio lhe deveriam ter sido reconhecidos.

Tutelas de urgência são, portanto, o gênero, do qual as tutelas preventivas e satisfativas são espécies.

As tutelas de urgência preventivas são aquelas deferidas através do processo cautelar.<sup>10</sup> Podem ainda ser concedidas por medidas cautelares.<sup>11</sup> Se o objetivo do requerimento da tutela de urgência for para proteger pessoas, provas e bens antes ou no curso do processo principal, para que ao final possam ter um resultado útil ao processo principal, a tutela é preventiva, cautelar.

Se o objetivo do requerimento da tutela de urgência for para antecipar os efeitos do provimento (da sentença), ou seja, entregar desde já o bem objeto da pretensão para gozo imediato do autor, em face de prova que evidencie o direito afirmado na petição inicial, então estamos diante das tutelas satisfativas.

O *modus operandi* das tutelas de urgência é a liminar. A liminar é de fundamental importância porque ela corporifica a urgência em uma decisão antecipada, sendo esta normalmente interlocutória<sup>12</sup>. Ela é a decisão que efetivará a antecipação de tutela, quando for de natureza satisfativa ou implementará a medida cautelar, quando tiver natureza preventiva.

Embora possa parecer que signifiquem a mesma coisa, as liminares satisfativas e preventivas são efetivamente diferentes em fundamentos, finalidade e efeitos.

---

10. O processo é uma garantia constitucional do cidadão para o acesso ao judiciário de modo a solucionar em contraditório com a outra parte uma situação jurídica conflituosa na qual esteja envolvido, utilizando-se de provas e argumentos no sentido de formar o convencimento do julgador a respeito de dos fatos alegados e tendo por parâmetro de julgamento o direito vigente em dado país.

11. Medida é uma providência concreta determinada pelo juiz dentro do processo, considerando situações urgentes e necessárias que a justifiquem, o que deve ocorrer em caráter excepcional. A medida depende de a ação ter sido ajuizada pela parte, porque o juiz não pode instaurar a jurisdição por ato seu, uma vez que o princípio da demanda impõe a iniciativa do processo à parte. Portanto a medida é sempre incidental, normalmente tomada a requerimento da parte, excepcionalmente por iniciativa do magistrado.

12. Não é fácil ao estudante e até mesmo aos juristas explicar ou entender o conceito de liminar. Liminar é, antes de tudo, uma decisão no início da lide (*in limini litis*), ou antes do momento em que normalmente a decisão deveria ser dada em um processo. A decisão liminar é fundada na demonstração de situações de urgência e necessidade que justifiquem essa antecipação de efeitos dados na decisão antecipada.

Normalmente a decisão do processo coincide com o ato final do procedimento. A liminar é uma decisão que provoca a antecipação de uma providência concreta, seja em caráter preventivo (para a tutela do processo), seja em caráter satisfativo (para inverter o ônus do tempo do processo e conceder àquele que aparentemente tem razão o direito de uso e gozo imediato do bem pretendido através do processo).

As tutelas de urgência preventivas não têm como objetivo resolver qualquer situação controvertida (o mérito) existente em um processo judicial pendente ou a ser proposto.

Seu foco é a proteção de pessoas, provas ou bens que são objeto de disputas e que podem sofrer danos se não houver o deferimento de uma decisão que os ponha a salvo.

Essa decisão não pode esperar o resultado do processo principal, porque a demora na solução definitiva da causa que passasse por todos os atos do processo previstos no CPC, poderia fazer com que se chegasse a uma solução da controvérsia, mas já não houvesse o que entregar ao vencedor, em razão desses bens, pessoas, ou provas, terem se perdido no curso da demanda.

Por isso é que se pede uma tutela preventiva através de uma liminar e se ela tem em sua gênese a finalidade “preventiva para um outro processo”, ela será de natureza cautelar.

Já a lógica das tutelas de urgência satisfativas é completamente diferente. O objetivo da liminar de natureza satisfativa é antecipar os efeitos do provimento, ou seja, conceder ao autor o direito de usar e gozar o bem que é objeto da controvérsia, desde o momento em que se defira o pedido na liminar.

As razões que justificam e tornam isso possível no processo se prendem à idéia da evidência do direito do autor. Porque se o autor formula pedido no qual apresenta provas robustas de sua afirmação de direito, não haveria motivo para negar-lhe o direito do uso e gozo imediato dos bens que reivindica através do processo.

O objetivo primordial das tutelas satisfativas é inverter o ônus do tempo no processo, seguindo a idéia de que o autor que se apresenta com uma prova forte de sua afirmação de direito acaba “condenado ao processo”. Ele tem de esperar todo o *iter* do processo de conhecimento, do processo de execução, para somente aí poder receber o bem da vida que, desde o início deveria estar consigo.

Os que defendem essas tutelas argumentam que os réus sem razão acabam abusando do direito de defesa e exercendo uma resistência infundada à pretensão do autor, pelo simples fato de que foi previsto um processo padrão em que todas as fases devem ser ultrapassadas para que se tenha, a final, acesso válido aos bens disputados.

Por isso sustentam a possibilidade de que haja o deferimento liminar de tutelas satisfativas, para que o autor, que se apresenta com uma prova forte de seu direito, goze e use o bem desde já e transfira ao réu o ônus do tempo



da solução da lide. Ou seja, é o réu que, privado do bem objeto de disputa, terá de esperar toda a solução da lide para tentar provar que o pedido inicial é improcedente. Com isso ele teria pressa na resolução da controvérsia (porque não mais estaria com o bem) e somente recorreria se lhe pudesse advir algum resultado prático útil decorrente do recurso, pois, a cada fase o processo se tornaria mais caro para ele.

O pressuposto de uma tutela de urgência satisfativa é que o autor que afirma ser titular de um direito subjetivo em uma situação controvertida apresente provas que revelem as evidências de seu direito e que levem provavelmente à confirmação de sua pretensão.

Isso se dá ou porque a prova por si só é aquela contra qual não há outra melhor prevista no ordenamento jurídico; ou porque, mesmo havendo a possibilidade de outras provas, aquelas apresentadas são suficientes para atestar os fatos alegados de modo firme, mesmo havendo outras provas possíveis, o que justifica o deferimento da liminar satisfativa, principalmente quando haja urgência e necessidade da tutela. Com isso a lesão ou ameaça ao direito do autor seriam restaurados de pronto.

A grande questão de oposição às tutelas satisfativas liminares é que elas antecipam os efeitos do provimento, ou seja, disponibilizam desde já ao autor o uso e gozo do bem, tal qual a execução estivesse se concretizando naquele momento, antecipadamente.

No pressuposto de que o autor tem razão e o réu resiste sem motivo plausível defere-se ao autor, no início da lide, em um juízo de delibação, sem que o contraditório tenha sido aprofundado sobre as questões controvertidas e sem que sequer tenha havido a decisão de primeira instância, o direito de uso e gozo pleno do bem.<sup>13</sup>

---

13. Os problemas que envolvem a discussão sobre a antecipação de tutela são plenos de questionamentos, como nos casos em que os pedidos iniciais, que aparentemente são procedentes, podem ser improcedentes em face da defesa e da atividade probatória posterior. Então, se aquele autor que aparentemente tinha razão perde a causa, ele terá usado e gozado do bem e privado o réu que tinha razão do legítimo exercício de seu direito...

Isso se agravaria em face da previsão em nosso sistema de que ninguém pode ser privado de seus direitos e bens sem o devido processo legal, o que normalmente é invocado em favor desses argumentos.

Um dos maiores defensores do instituto em nosso sistema, LUIZ GUILHERME MARINONI entende que a antecipação de tutela se justifica por muitas razões e defende que a possibilidade de erro é minimizada em virtude da prova inicial (evidência) e do cumprimento de requisitos objetivos que devem ser feitos pelo autor. Além disso, argumenta que, se há sacrifícios, porque eles deveriam ser suportados pelo autor e não pelo réu aparentemente sem razão de resistir? Porque a jurisdição é pensada a partir do réu em detrimento do autor com evidência de suas razões?

Vamos ressaltar no quadro abaixo o que foi dito, indicando a classificação das tutelas a partir do gênero das tutelas de urgência e, em linhas gerais, as respectivas diferenças de finalidades, forma e efeitos.

TUTELAS DE URGÊNCIA	
Preventivas	Satisfativas
Tem a finalidade de proteger pessoas, provas e bens para um outro processo, de modo que eles não se percam enquanto dura o processo principal.	Antecipa os efeitos do provimento, pressupondo que o autor tem razão em virtude de uma prova por ele apresentada que demonstre a evidência de seu direito.
Normalmente devem ser analisadas dentro de um processo cautelar, podendo excepcionalmente ser deferidas como medidas incidentais em um processo principal em curso.	São decisões interlocutórias incidentais em um processo principal em curso.
Excetuada a hipótese de acatamento da prescrição e decadência, nenhuma outra questão resolvida no processo cautelar afetará o mérito do processo principal.	Há uma tendência de <i>recrudescimento</i> <sup>1</sup> da decisão liminar, ou seja, que em face da evidência apresentada inicialmente pelo autor seu pedido seja confirmado a final. A decisão envolve uma avaliação de questão que se confunde com o próprio mérito.
É possível a concessão de liminares fundadas no risco da demora de solução do processo principal ( <i>periculum in mora</i> ) e na plausibilidade do direito afirmado ( <i>fumus boni iuris</i> ).	É possível a concessão de liminares fundadas na evidência do direito da parte; no risco da demora para o direito do autor; na inversão do ônus do tempo do processo, para que o réu aparentemente sem razão o suporte; além de outros requisitos que podem ser exigidos na lei.
É possível, mediante prova ou justificação, a concessão da liminar sem ouvir a parte contrária ( <i>inaudita altera parte</i> ), desde que se demonstre que, tendo ciência do pedido o réu poderá precipitar o efeito danoso ao bem, pessoa ou prova envolvida no processo.	Não é nem deve ser usual a concessão da tutela antecipada sem ouvir a parte contrária. Como vai ser dado o bem ao autor para que ele desfrute desde já dele, é necessário que o réu seja ouvido, a fim de que se lhe possibilite juntar contraprova que justifique o indeferimento da liminar, ou mesmo que se confirme que a liminar deve realmente ser deferida, porque o réu não trouxe nenhum elemento novo e resiste sem razão aos pedidos da inicial.

---

Junte-se aos argumentos dos que defendem a antecipação de tutela, que o CPC, ao prevê-la, inseriu a possibilidade da tutela satisfativa como instituto ordinariamente previsto em nosso sistema processual, sendo esse o devido processo legal para os casos de urgência em nosso sistema.

### **4.3. O impacto da generalização das tutelas de urgência satisfativas no CPC/73**

O local dentro do CPC de 1973 em que foram permitidas tutelas liminares satisfativas no direito brasileiro foram nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Os chamados processos especiais são processos que não adotam o modelo padrão, o modelo ordinário. Dentro da técnica processual, esses processos se destacam por características que os cientistas processuais identificaram como específicas a partir da comparação com o procedimento comum. São características dos procedimentos especiais:

- 1) A limitação do objeto a uma questão normalmente vinculada a um direito material específico, previsto ou no Código Civil ou no Código Comercial.
- 2) Esse direito material define e limita o objeto do processo especial, que tem um conjunto de questões conexas com esse objeto.
- 3) Sempre foi característica dos processos especiais a possibilidade de concessão de tutelas de urgência, liminares de natureza satisfativa, com antecipação dos efeitos do provimento.
- 4) O rito adotado é sumarizado em parte e adaptado à exigência do direito material e depois de superada essa fase inicial o processo normalmente segue o rito ordinário.
- 5) As decisões (sentenças) proferidas nos processos especiais normalmente são executadas de imediato, não ficando sujeitas ao efeito impeditivo (suspensivo) dos recursos eventualmente interpostos. A sentença também antecipa os seus efeitos.
- 6) O livro dos processos especiais é um livro aberto no sentido de que não se limitam apenas àqueles institutos que foram previstos no CPC. Fazem parte dos processos especiais todas as matérias processuais que sejam regulamentadas por leis específicas referentes a certos direitos materiais. Portanto, a matéria processual prevista no Código de Defesa do Consumidor, relativa aos direitos processuais individuais e coletivos são também processos especiais. Da mesma forma a lei da Ação Civil Pública, a lei da Ação Popular, a lei do Mandado de Segurança, a lei dos Juizados Especiais são todos processos especiais, dentre outros.

Com a reforma processual parcial ocorrida a partir de 1994 no Brasil<sup>14</sup>, houve uma alteração muito mais profunda do que se possa imaginar no sistema processual.

Em verdade foi quebrada a lógica do sistema que atribuía ao processo de conhecimento a atividade apenas de cognição e ao processo de execução o objetivo exclusivo de transformação em atos concretos daquilo que estava previsto no título executivo.

Uma característica que existia apenas de modo excepcional, como marca do processo especial, passou a fazer parte do processo comum, ordinário. Ou seja, todo processo de conhecimento de rito ordinário em que se comprovem os requisitos previstos para a antecipação de tutela podem gerar o deferimento da tutela de urgência satisfativa.

Por outro lado, não foi boa a técnica legislativa, porque o legislador trouxe a regulamentação da antecipação de tutela para o processo de conhecimento, sendo que ela deveria na verdade ser tratada no processo de execução.

Pode soar estranha nossa afirmação ao aluno ou mesmo ao profissional já acostumado a ver a antecipação de tutela no bojo do processo de conhecimento, mas não se pode perder de vista que o “DNA” desse instituto está na regulamentação de um procedimento que culmina com a prática de um ato executivo, com antecipação dos efeitos da tutela, que é exatamente aquilo que se pretende como resultado final do processo. O que a liminar satisfativa proporciona é a entrega do bem da vida objeto da pretensão.<sup>15</sup>

É preocupante a desinformação ou mesmo o descuido com que o tema vem sendo tratado e que tem causado tantos equívocos. Dentre eles podemos apontar a proposta presente no projeto de lei do novo CPC apresentada como relatório final pela comissão, como veremos a seguir.

---

14. Leis 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e 10.444, de 07 de maio de 2002

15. O instituto da antecipação de tutela tem estreita relação com a execução provisória. Nesta a execução é processada embora não exista ainda o trânsito em julgado da decisão. Entretanto, enquanto na tutela antecipada antecipa-se os efeitos do provimento mesmo sem haver ainda uma decisão definitiva, na execução provisória executa-se sem poder concretizar os efeitos do provimento, mesmo já havendo uma decisão definitiva de primeira instância, sujeita a recurso com efeito suspensivo. Nos parece contraditória a situação, o que conduz ao raciocínio de que ou a antecipação de tutela revogou a execução provisória e generalizou a possibilidade de que a tutela antecipada seja deferida também quando já se tenha a decisão definitiva do processo, ou a antecipação de tutela deve ser executada nos termos da execução provisória, o que limitaria e esvaziaria os seus efeitos. Como a antecipação de tutela é instituto posterior ao da execução provisória, entendo que houve evidente revogação deste por aquele.

#### **4.4. Um critério prático para a identificação das tutelas de urgência satisfativas e preventivas no CPC/73**

As diferenças apontadas entre as tutelas cautelares e antecipadas não se resumem ao campo teórico.

A partir das diferenças estabelecidas pela própria lei brasileira, podemos estabelecer critérios objetivos para a aplicação de ambos os institutos.

Diante de um caso concreto e considerando a matéria das tutelas de urgência segundo o CPC/73, como o profissional poderia identificar na prática quando usar um processo cautelar e requerer uma liminar preventiva e quando ele deveria propor uma demanda principal e nesta pleitear antecipação de tutela?

O critério é simples. Quando o que eu pretendo com o pedido liminar for exatamente igual ao que eu pretendo com o pedido da demanda principal estou diante de uma tutela satisfativa e, então, devo ingressar com uma demanda principal e pedir a antecipação de tutela, comprovando os requisitos do art. 273 do CPC.

Atente-se que não há previsão legal no direito brasileiro para pedido de antecipação de tutela antes do ajuizamento da própria ação principal. O pedido deverá ser sempre incidente (CPC/73).

Quando o que eu pretendo com o pedido liminar for proteger pessoas, provas e bens, de modo a tutelá-los para o processo principal, a fim de que não pereçam no curso da demanda, o pedido terá natureza preventiva, cautelar.

Desse modo terei de recorrer ao livro do processo cautelar e ali tentar encontrar dentre os processos cautelares típicos um que descreva as condições do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* idênticas aos fatos do caso que tenho em mãos.

Se nenhum dos procedimentos cautelares típicos descrever hipóteses de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que enquadrem as hipóteses de meu caso concreto, então deverei lançar mão do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, descrevendo as hipóteses de urgência e necessidade que, por analogia, correspondam ao *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

#### **4.5. Os equívocos da comissão na estruturação da matéria das tutelas de urgência**

Não se justifica a adoção no projeto da comissão reformista do CPC da nomenclatura que define como gênero do “Livro V” a expressão “Da Tutela Antecipada”.

Deveria ter havido um aperfeiçoamento no tratamento da matéria, para que fosse criado a partir do gênero “tutelas de urgência” as respectivas espécies “tutelas satisfativas” e “tutelas preventivas”.

O “Livro V” deveria ser assim indicado: “Das Tutelas de Urgência”.

Já no “Título I” a comissão inseriu no projeto como espécies da “tutela antecipada” as tutelas de urgência e a tutela da evidência.

Em relação às tutelas de urgência restou claro no tópico anterior que elas constituem no gênero, do qual a tutela satisfativa e a preventiva são espécies. Portanto, a colocação da tutela de urgência como espécie da tutela antecipada é evidente equívoco.

Mas erro grosseiro e perceptível a olho nu é a inserção de uma invenção de mal gosto chamada de “tutela da evidência”.

Criou-se aqui uma nova forma de tutela, como um *tertium genus*.

A evidência é instituto vinculado ao direito americano<sup>16</sup> e diz respeito às provas que devem ser apresentadas pelas partes que justifiquem a existência da demanda.

O “Título I”, do projeto menciona a evidência como uma nova modalidade de tutela, ao lado das tutelas de urgência.

O título I do projeto refere-se às “TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA”.

No primeiro artigo do capítulo I, quando vai regulamentar as disposições comuns a ambos os tipos de tutela, a comissão reformista já demonstra toda a imprecisão e desinformação no trato da matéria.

Senão vejamos:

*“Art. 276. A tutela antecipada pode:*

*I – ser satisfativa ou cautelar;*

*II – concedida em caráter antecedente ou incidental;*

*III – fundamentar-se em urgência ou em evidência.*

Ora, a evidência é fundamento da tutela satisfativa, mas não da cautelar, que é preventiva e pressupõe apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*..

---

16. Confira FIUZA; SOUZA, 1998, v.1, no.1 (jan-jul).g

A evidência é fundamento das tutelas satisfativas. Porque existe prova (evidência) das alegações do autor justifica-se a urgência na apreciação do pedido de antecipação de tutela, invertendo-se o ônus do tempo no processo e impondo que o réu que resiste sem motivos, suporte os efeitos da tutela em prol do autor aparentemente com razão.

A evidência não é, portanto, uma nova forma de tutela, um terceiro gênero.

O “Título I” do projeto trata inicialmente a evidência como uma espécie de tutela antecipada, coloca-a ao lado da tutela de urgência, distinguindo-as como se se tratassem de idéias que deveriam ser extremadas e não pudessem se relacionar em um mesmo instituto. Depois, no art. 276 afirma que a tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou em evidência...

Ora, toda antecipação de tutela tem obrigatoriamente de ser fundada na evidência de um direito que justifique a antecipação dos efeitos do provimento e inverta o ônus do tempo no processo. A urgência que autoriza o deferimento liminar decorre da evidência do direito demonstrado pela parte e justifica ser injusto que o autor, aparentemente com razão, seja “condenado” ao processo. Ou seja, se o direito do autor é evidente, urge que o receba logo e o réu suporte os ônus do tempo e os custos do processo.

O correto seria, portanto, em face das justificações expostas, adotarmos a seguinte redação, como sugerimos:

*Art. 276. As tutelas de urgência, concedidas em caráter incidente ou antecedente, poderão ser:*

*I – satisfativas, quando em razão da evidência do direito anteciparem os efeitos do provimento, nas hipóteses previstas em lei;*

*II – preventivas, quando houver a necessidade da preservação de pessoas, provas e bens para outro processo em razão da demonstração da plausibilidade do direito e dos riscos decorrentes da demora do processo principal.*

#### **4.6. Outros equívocos dignos de revisão: como deveria ter sido...**

A chave geral do “Livro V” deveria se referir ao gênero tutelas de urgência e não tutela antecipada.

A tutela antecipada é o nome de uma espécie de tutela de urgência de natureza satisfativa já conhecida e consolidada no direito processual brasileiro em face de sua previsão legal no art. 273 do CPC. Mas ela (a tutela antecipada) é espécie do gênero tutela de urgência. A tutela antecipada é assim chamada em

*razão do momento em que é deferida* e dos efeitos que produz, no sentido de antecipar os efeitos do provimento, mas isso não a transforma em um gênero.

As tutelas cautelares também são concedidas antecipadamente, através da concessão de liminares. Não é a antecipação que estabelece o critério para a fixação do gênero de uma tutela. O que faz com que uma tutela antecipada e uma cautelar sejam deferidas liminarmente (sejam antecipadas) são os requisitos da urgência e da necessidade de a mesma ser implantada de imediato. Se não houver urgência não há razão para se deferir tutela antecipada nem tutela cautelar...

## 5. A TUTELA INIBITÓRIA

Os estudos da comissão que resultaram no projeto de reforma do CPC/73 desconheciam as sugestões da doutrina que vinham sendo implementados, na tentativa de delinear o instituto da chamada “tutela inibitória”.

Quem entre nós vinha se dedicando aos estudos sobre a tutela inibitória com mais entusiasmo era o brilhante professor LUIZ GUILHERME MARINORI<sup>17</sup>, que inclusive publicou conhecida e pioneira obra sobre o tema intitulada “Tutela Inibitória (individual e coletiva)”, publicada pela editora Revista dos Tribunais em 1998.

Fundado no argumento da necessidade de nova tutela que reputa “preventiva” o Mestre paranaense defende que:

*“A tutela de prevenção do ilícito, como é óbvio, requer um procedimento estruturado com tutela antecipada, pois o direito a que se visa proteger através da tutela preventiva tem, em regra, grande probabilidade de ser lesado no curso do processo.”<sup>18</sup>*

A meu ver, em que pese o brilhantismo e empenho do autor, a tutela inibitória nunca passou de uma tentativa de justificar, a partir de uma idéia de prevenção oriunda do processo cautelar, a admissão em nosso sistema de uma antecipação de tutela **antecedente**. Pretendia-se uma tutela de urgência satisfativa, que não tinha previsão legal em nosso sistema processual.

Ou seja, como tínhamos a **tutela cautelar antecedente e incidente** vocacionadas apenas para casos de urgência **preventiva** e contávamos, por outro lado, com a antecipação de tutela do art. 273 do CPC/73, apenas para questões

17. MARINONI, 1998.

18. MARINONI, 1998, p. 22.



de tutelas de urgência **satisfativas**, o autor quis propor **uma ampliação para que permitíssemos a antecipação de tutela ANTECEDENTE**.

Calcado em argumentos constitucionais de acesso à justiça, dignidade da pessoa humana, MARINONI busca aderir a “alma” satisfativa a qualquer “corpo” que o coubesse, usando para isso o já “prostituído” processo cautelar, muitas vezes forjado no passado para socorrer situações em que não havia previsão expressa para as tutelas de urgência satisfativas.

Particularmente não concordo com esses argumentos, ainda mais em face dos princípios da legalidade e do devido processo legal presentes em nosso sistema jurídico. Ora, a garantia do cidadão é que todos estejam submetidos ao comando da norma, que em princípio deve ser a todos aplicada. O sistema processual é instituído por lei ordinária, votada no Congresso Nacional e estabelece um conjunto de normas que organizam a regência do processo em juízo, sendo o paradigma a ser seguido em todos os processos. A reforma desse sistema somente pode ser feita por outra lei ordinária, não competindo ao Poder Judiciário, às partes e aos doutrinadores, negar-lhe vigência ou alterá-lo ao bel sabor de suas teses.

E com certeza a comissão de reforma deve estar sentindo toda a dificuldade que é alterar uma norma dessa envergadura e que afeta a vida das pessoas quando recorrem para a solução de seus conflitos de interesse.

Por isso o princípio do devido processo legal, que é de importância vital para o cidadão, impõe como corolário que ninguém seja privado ou prive alguém de seus bens e direitos senão em virtude de lei e em decorrência do processo legal.

A proposta de tutela de urgência satisfativa antecedente (tutela inibitória) não tem qualquer respaldo jurídico no sistema processual de 1973 ou na CF/88, mesmo porque ela imporia a uma das partes ato executivo sobre seus bens e direitos, sem que houvesse regulamentação específica nesse sentido. Os princípios gerais da CF/88 não autorizam que o Poder Judiciário ou mesmo os diversos intérpretes do sistema jurídico criem normas e direitos onde eles não foram previstos.

Isso geraria a instabilidade de nosso sistema, dando azo à possibilidade de arbitrariedades e a situações de extrema subjetividade do julgador.

Por essas razões e em função das restrições já expostas, a tutela inibitória não se instalou em nosso sistema sob a regência do CPC/73.

## 5.1. O tratamento da tutela inibitória no projeto de reforma

Mais uma vez a comissão estabeleceu um critério técnico insatisfatório para regulamentar a tutela inibitória.

No art. 276 do projeto, no inciso II a comissão previu a possibilidade de ser concedida antecipação de tutela em caráter antecedente e incidente. E antes havia dito que a antecipação de tutela poderia ser satisfativa, conforme constante no inciso I do mesmo artigo 276.

Logo, se não havia autorização no CPC/73 para as tutelas de urgência satisfativas antecedentes, segundo o projeto não haverá mais esse impedimento. Está criada pelo projeto, a tutela inibitória, sob o nome de antecipação de tutela antecedente.

Mas aqui quem cometeu grave equívoco que merece reparo foi a comissão de reforma, porque ela idealizou a “alma” (a tutela inibitória), mas esqueceu-se do “corpo” (não regulamentou o procedimento antecedente em que a mesma poderá ser deferida!!!). Ou seja, pode haver o deferimento de uma tutela de urgência de natureza satisfativa incidente, como no art. 273 do CPC/73. Pode também ser deferida a tutela de urgência satisfativa antecedente, mas não se sabe aonde, nem quando ou como?!!!

No projeto de reforma, a tutela inibitória ficou regulada no Título III que trata dos procedimentos especiais, no capítulo IV sob a seguinte rubrica: “Da ação inibitória e da remoção do ilícito.”

Diz o art. 584 do projeto que:

*“... A ação inibitória poderá ser porposta para impedir a prática a repetição ou a continuação de ato ilícito.”*

O art. 587 permite ainda a inibitória deferida em caráter incidente e final, mas não de modo antecedente. Portanto, o sistema criou uma tutela mas não regulamentou o procedimento para que ela seja aplicada!!!

Essa é falha grave do projeto que merece ser reparada para que não pairam dúvidas sobre o instituto.

**A meu ver o legislador deveria simplesmente suprimir todo o capítulo IV do Título III do projeto.** Em verdade o que o legislador fez foi especificar um procedimento para as conhecidas ações cominatórias ou de preceito cominatório.

Isso teve o inconveniente de transparecer que haveria tutela de urgência satisfativa antecedente (tutela antecipada antecedente) prevista no art. 276

do projeto e teria ainda a tutela inibitória do art. 587, e que esses institutos tratariam de situações completamente diferentes a justificar inclusive procedimento especial, o que não é verdade.

A antecipação de tutela não estabeleceu limitação quanto ao conteúdo, servindo como forma para decisão de toda situação jurídica conflituosa, podendo gerar pronta reparação por liminar, que pode ser deferida nos termos em que foi regulamentada.

A meu ver não há qualquer impedimento para que as situações que foram previstas no art. 574 e seguintes do projeto e que criaram um tipo especial de processo não possam ser apreciadas no âmbito do livro dedicado à antecipação de tutela. A regulamentação da tutela inibitória foi completamente desnecessária nos termos em que foi idealizada no projeto, constituindo-se em *bis in idem* e ainda com efeitos restritos e mais acanhados do que aqueles da antecipação de tutela.

**O que o legislador reformista deve fazer é retificar o projeto, para incluir no Livro V da Tutela Antecipada, no Título II dedicado ao procedimento da tutela cautelar antecedente, a regulamentação do procedimento da tutela de urgência satisfativa antecedente.**

**O Título II deveria então regular tanto o procedimento para as tutelas preventivas como para as tutelas satisfativas antecedentes.**

## 6. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Outra situação jurídica prevista no projeto de reforma do CPC e que causa perplexidade, merecendo melhor esclarecimento é a chamada “estabilização da decisão de antecipação de tutela”, prevista em seu art. 286.<sup>19</sup>

---

19. Art. 286. *A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 285, torna-se estável se da decisão que concedê-la não for interposto o respectivo recurso.*

§ 1º. *No caso previsto no caput, o processo será extinto.*

§ 2º. *Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de discutir o direito que tenha sido objeto da tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do caput.*

§ 3º. *A tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.*

§ 4º. *Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º., prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida.*

A primeira questão que surge é saber o que é “estabilidade da decisão”?! É preclusão, é coisa julgada material e/ou formal?! Refere-se à decisão interlocutória ou à definitiva?! Extingue o processo com julgamento do mérito, ou sem julgamento do mérito?!

O capítulo XV do Livro I da parte especial do projeto, que prevê a sentença e a coisa julgada, não faz qualquer referência ou regulamentação desse efeito de estabilização da decisão de antecipação de tutela, o que nos remete, como parâmetro da matéria, apenas aos limites art. 286 do projeto.

Pelo que se deduz do texto do projeto, essa estabilidade da decisão que concede a antecipação de tutela refere-se a uma transmutação que pode ocorrer se a decisão interlocutória não for impugnada pelo respectivo recurso. Ou seja, dada a decisão de antecipação de tutela, se a parte não interpuser recurso adequado, a decisão torna-se estável e o processo é extinto. Ela se transforma, na ausência de impugnação pela via recursal, em decisão definitiva. Mas qual a natureza dessa decisão e qual será, por consequência, o recurso cabível?

### **6.1. Uma resposta possível à luz do CPC/73**

Partindo da análise da questão sob a ótica do CPC/73 a situação não seria fácil de se resolver.

Ocorre que a decisão que concede a tutela antecipada não é, em princípio, decisão definitiva ainda, porque o que se decide é em caráter interlocutório e provisório.

Mas o problema, mesmo sob a ótica do CPC/73 não é de fácil solução, porque a decisão de antecipação de tutela proferida nos termos do projeto de reforma pode se converter em decisão definitiva, caso não haja recurso, e passar a ter estabilidade de seus efeitos, gerando inclusive a extinção do processo em que foi proferida.

Ou seja, essa decisão proferida tem natureza híbrida. Se por um lado é interlocutória e, havendo recurso, não extingue o processo; por outro lado, se recurso não houver, a decisão é definitiva e extingue o processo, gerando estabilidade da decisão, somente impugnável por outra demanda autônoma.

Por isso seria em tese cabível, nos termos do CPC/73, o recurso de agravo de instrumento e não a apelação.

---

§ 5º. O direito de desfazer a tutela antecipada, prevista no § 2º. deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

O agravo retido não seria recomendado porque aqui o que se pretende é a revogação imediata dos efeitos da decisão interlocutória, sob pena de ela se tornar “estável”.

## **6.2. Uma resposta possível à luz do texto do projeto de reforma**

O problema não se resolve igualmente de modo claro no projeto de reforma do CPC. Saber qual é esse recurso cabível dessa decisão, segundo os critérios adotados pela comissão de reforma é uma tarefa difícil e terreno movediço.

O erro do projeto está aí. Se o objetivo é criar um novo CPC e nele agregar novos institutos, o mínimo que se pode esperar é que as questões que possam gerar questionamentos ou dúvidas em sua aplicação sejam solucionadas na própria proposta de reforma. Seria melhor que a comissão tivesse esclarecido o que é “estabilidade da decisão” e em relação ao recurso do art. 286 do projeto tivesse indicado qual o recurso cabível à espécie.

Isso porque o art. 1034 do projeto de reforma estabelece que é cabível recurso de apelação contra sentença, sendo que esta já começa a produzir efeitos imediatamente após sua publicação, quando confirme, conceda ou revogue tutela antecipada.

Já o art. 1037 do projeto de reforma, em seu inciso I, prevê ser cabível o recurso de agravo contra a decisão interlocutória que conceder ou negar tutela antecipada.

Ora, mas afinal, essa decisão é interlocutória ou definitiva?!!

Entendo que essa decisão tem notas de decisão definitiva, porque ela produz o mesmo efeito que é produzido por qualquer processo quando não é interposto recurso. O processo se extingue naquela fase e produz efeitos preclusivos e executivos. Segundo o art. 1031 do projeto entendemos que o recurso cabível seria o de apelação.

De qualquer modo, em termos práticos, como o projeto previu a impugnação por recurso, mas não o definiu claramente, deverá tanto ser admitida apelação ou agravo, em razão da aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Pelo texto do projeto, após o decurso de prazo para recurso a decisão de antecipação de tutela se estabiliza e, não é mais possível outro recurso contra a decisão, mas sim a interposição de demanda pela parte prejudicada para discutir o direito reconhecido na decisão proferida.

Note-se que, embora não dito expressamente, a demanda da parte que se sente prejudicada deverá ser aviada através de outro processo, porque aquele já se extinguiu.

Eventual revogação da tutela antecipada deferida somente poderá ser feita pela via desta outra demanda proposta pela parte que se sentiu prejudicada com a decisão.

Outro indício de que há necessidade de outro processo é que o § 4º. prevê que qualquer parte pode pedir o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, a fim de instruir a petição na qual questiona o deferimento da antecipação de tutela.

O juízo que concedeu a tutela antecipada torna-se prevento para a demanda que visa desconstituí-la.

O direito de desfazer a tutela antecipada concedida extingue-se em dois anos, o que dá a entender, pela redação, ser o prazo peremptório e de natureza decadencial.

A menção à possibilidade de desfazimento do ato no prazo de dois anos parece nos remeter ao instituto da ação rescisória, mas não se deve chegar a tanto, como veremos mais adiante. Em verdade a matéria enquadra-se no tema do vício do ato jurídico praticado judicialmente, que permite a revisão pela via de ação anulatória, ou melhor, ação declaratória negativa<sup>20</sup>. Essa seria uma demanda de rito ordinário com a finalidade de apontar e comprovar os vícios que conduziram a possível equívoco na decisão de antecipação de tutela.

### **6.3. Retomando o tema da estabilidade da decisão**

Essa definição do que é estabilidade da decisão não deveria ficar em aberto no projeto. O tema da preclusão, coisa julgada, no processo civil de 1973 já era inçado de problemas interpretativos, posicionamentos jurídicos dos mais diversos e decisões judiciais contraditórias em face das próprias dificuldades teóricas que esses institutos carregam consigo.

Aderir ao tema um outro ingrediente de conteúdo desconhecido e regulamentá-lo em separado não foi de boa técnica.

---

20. BARBI, 1976, p. 106.

A decisão de antecipação de tutela é provisória, porque tende a ser substituída por outra decisão, mas ela produz efeitos desde já e esses efeitos subsistirão até que sejam eventualmente revogados por outra decisão posterior.

Enquanto a decisão de antecipação de tutela está produzindo efeitos e não foi revogada ela é “estável”.

A comissão criou uma decisão de antecipação de tutela que se relaciona com a existência de recurso. Deferida a antecipação de tutela e não interposto recurso a decisão será definitiva e se estabiliza.

Ora, a decisão já era estável desde quando foi deferida a antecipação de tutela. O que a comissão disse é que ela continuará estável se não houver recurso, extinguindo o processo. Ou seja, na ausência de recurso a situação definida na antecipação de tutela continua a produzir efeitos, mesmo com a extinção do processo, mas ela ainda não transita em julgado.

Para compreendermos bem essa idéia de estabilidade da decisão, nada como utilizar um elemento figurativo que represente o cerne desse instituto. Para isso, nada como lembrar do incomparável poeta VINÍCIUS DE MORAES quando em seu “Soneto de Fidelidade” fala de seu amor:

*“Que não seja imortal, posto que é chama  
Mas que seja infinito enquanto dure”*

Somente após o prazo de dois anos para que a parte, por ação declaratória negativa, faça o ataque à decisão de antecipação de tutela concedida, é que a decisão transitará em julgado, não podendo mais ser revogada, a não ser por ação rescisória.

Entendemos que o prazo de dois anos previsto para a possibilidade de anulação da decisão de antecipação de tutela não abrange ou anula o prazo para a ação rescisória. Isso se explica porque o trânsito em julgado somente ocorre após o prazo de dois anos previsto após a extinção do processo que deferiu a antecipação de tutela. Como o marco para a contagem do prazo da ação rescisória é a partir do trânsito em julgado, ele somente poderia ser contado a partir do decurso dos dois anos após a estabilização da decisão de antecipação de tutela.

## 7. CONCLUSÃO

Louvamos o esforço da comissão de reforma do CPC/73, mas entendemos que um projeto criado com a perspectiva de melhora e aperfeiçoamento do sistema processual, modernizando-o, deve ser fruto de um amplo debate no meio jurídico.

Não são audiências públicas feitas mais para a divulgação do projeto do que para sua efetiva discussão, que vão legitimar um novo CPC.

O que o legitima uma lei é a possibilidade real de que as pessoas que vão sofrer seus efeitos possam participar da sua construção.

Temos hoje ferramentas como as redes sociais. Porque não votarmos primeiro o projeto nas redes sociais, após ampla discussão com os meios acadêmicos e os profissionais envolvidos na aplicação da lei? Porque não organizarmos essa discussão para que a lei tenha uma vida útil porque reconhecida e criada por aqueles que a ela se submeterão?

Hoje votamos em qual o melhor jogador do campeonato de futebol, qual a mulher mais bonita na atualidade, no big brother e outras frivolidades....

Porque não discutirmos e colocarmos em votação nas redes sociais coisas que realmente são importantes e essenciais vidas e que tendem a permanecer e regular nossas vidas por longo tempo?

Penso que o projeto tem falhas graves de estrutura, algumas propostas inconclusas e que não observam a tradição do direito processual brasileiro.

Entretanto, a falha mais grave existente, a meu ver, é o pressuposto de que alguns homens inteligentes serão capazes de representar a todos e elaborar um projeto de lei coerente e aprová-lo, inscrevendo seus nomes na pedra fundamental da história da república.

O mundo mudou e mudou principalmente na forma de “fazer o mundo”. É preciso “aprender fazendo” para, ao fazer, também ser capaz de agregar novas compreensões ao seu aprendizado...

O conhecimento não é a partir de si mesmo, mas principalmente construído com os outros.

A reforma do processo está açodada e o projeto vai trazer mais problemas que soluções, dentre eles os que apontamos ao longo deste ensaio.

## 8. BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico de provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam. 1936.



- CALAMANDREI, Piero. *Estúdios sobre el proceso civil*. Buenos Aires:Editorial bibliográfica Argentina. 1945
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, 3v.
- CARNELUTTI, Francesco. *Estúdios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. V.1, p. 64-74.1952.
- CHIOVENDA, Jose. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto Editorial Réus S/A. 1941, 3v.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. Editores. 1942
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos Del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1951.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª. ed., São Paulo, RT, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002 e 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3ª. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam.1994.
- FIUZA, César Augusto de Castro; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. A tutela antecipada e o instituto e o instituto da evidência no processo civil americano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 1998, v.1, no.1 (jan-jul).
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª. ed., Belo Horizonte:Del Rey, 2012.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. 2ª. ed., Belo Horizonte:Del Rey, 2012.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1998.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*.Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei no.5.869 de 11 de janeiro de 1973, vl.VII*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- PISANI, Andréa Proto. *Diritto processuale civile*. Napoli: Jovene editore, 1999.
- ROCHA, Daniel de Almeida. *Princípio da eficiência na gestão e no procedimento judicial: a busca da superação da morosidade na atividade jurisdicional*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 2000.
- SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e cumprimento de sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

# O EFEITO VINCULANTE E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: EM QUE SENTIDO PODE HAVER PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO?

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI<sup>1</sup> E  
THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução: as súmulas, os precedentes e a individualização do direito – 2. A doutrina do precedente vinculante no direito inglês: seus principais fundamentos filosóficos; 2.1. A doutrina do precedente vinculante em sentido frágil; 2.2. A doutrina do precedente vinculante em sentido forte – 3. *Ratio decidendi* e *obiter dictum*: sobre a determinação do elemento vinculante do precedente judicial – 4. A técnica do precedente e o novo Código de Processo Civil brasileiro

---

## 1. INTRODUÇÃO: AS SÚMULAS, OS PRECEDENTES E A INDIVIDUALIZAÇÃO DO DIREITO

Em trabalhos recentemente publicados sobre a interpretação das súmulas no direito brasileiro, sejam essas vinculantes ou não, advertimos quanto aos riscos de uma postura hermenêutica que compreende a súmula apenas a partir do denominado princípio da “praticidade”, pois esta postura pode levar a uma administração da justiça informada exclusivamente por argumentos

- 
1. Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário das Faculdades Milton Campos. Doutora em Direito pela UFMG.
  2. Professor Adjunto da UFMG. *Honorary Lecturer* na Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Doutor em Direito pela PUC-Rio, com período de investigação financiada pela CAPES na Universidade de Edimburgo, Reino Unido. Mestre em Direito pela UERJ.

pragmáticos e voltada para uma padronização massificadora da atividade jurisdicional, fazendo o juiz se afastar de sua missão institucional de promover a *individualização* do direito, ajustando-o e reconstruindo-o por meio de interpretações construtivas no contexto de sua aplicação a casos concretos.

Ao considerar o risco de uma aplicação mecânica e formalista das súmulas jurisprudenciais, principalmente quando a estas é atribuído efeito vinculante, uma das autoras deste trabalho escreveu, no contexto do direito tributário e do direito processual:

“Cabe ao Legislador a auto-tributação, o auto-consentimento ao pagamento dos tributos, a *justiça geral* (*por todos e para todos*), sem corporativismos e privilégios. Mas ao Poder Judiciário cabe pacificar os conflitos, por meio da *distribuição da justiça individual, caso a caso*. Não pode o Poder Judiciário recusar-se a examinar o caso concreto, na suposição de que o administrador ou o legislador tenham tipificado razoavelmente pela média ou segundo os casos mais frequentes. Utilizar-se o Poder Judiciário de presunções, tipificações convertidas em súmulas (vinculantes ou não) para evitar uma série de demandas e, com isso, reduzir os casos em juízo, é fugir à função constitucional que lhe foi outorgada. Na praticidade, prevalece o quantitativo sobre a qualidade (...).

Não se nega, evidentemente, que a norma judicial, extraída da jurisprudência dominante, crie expectativa normativa e imponha-se a terceiros que não integraram a lide ou casos em que ela se firmou. (...) Isso não significa, entretanto, que o Poder Judiciário fica dispensado do exame profundo de cada caso concreto que se lhe apresenta, pois a súmula e a jurisprudência dominante somente podem ser aplicadas **se e na medida em que** o caso *sub judice* demonstre preencher e enquadrar-se nos pressupostos e casos sumulados. Súmulas, súmulas impeditivas de recursos, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante, qualificada pela repercussão geral são instrumentos para garantir – tão somente – uniformidade e estabilidade de decisão igual para todos, na medida em que se igualam os casos concretos. Apenas isso. Não podem ser instrumento de decisões massificadas, de recusa ao exame das peculiaridades dos casos concretos, simples meta de desafogamento dos encargos daquele Poder. Se isso ocorrer, o Poder Judiciário converter-se-á em Poder Legislativo, com radical quebra do princípio da separação de poderes.<sup>3</sup>

---

3. DERZI, Misabel de Abreu Machado. “A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário: a separação de poderes em jogo”, em Eduardo Maneira e Heleno Taveira Torres (orgs.). *Direito Tributário e a Constituição – Homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 599-646, 2012, esp. p. 611-612.

A longa citação acima se justifica por apontar o que consideramos o principal desafio do jurista prático na interpretação das súmulas e enunciados jurisprudenciais dotados de eficácia geral e vinculante, que consiste na realização de um “discurso de aplicação” das súmulas jurisprudenciais, é dizer, de um discurso sobre a “pertinência da *aplicação* de uma norma geral a um caso particular”<sup>4</sup>.

Nesta perspectiva, exige-se uma construção judicial pautada pela *universalizabilidade* da solução dada a *cada caso concreto*. O denominado princípio da “justiça formal”, argumenta MacCormick, exige uma espécie de coerência diacrônica<sup>5</sup> entre os precedentes, na medida em que todos os falantes devem se “comprometer em estabelecer os fundamentos para a decisão de hoje e de todos os casos futuros que lhe sejam semelhantes”<sup>6</sup>. Sem esse comprometimento, é incorreto dizer que qualquer decisão esteja propriamente justificada, na medida em que a universalizabilidade é uma condição essencial para qualquer justificação:

“Justificar [uma decisão] exige que o falante estabeleça a sua pretensão, defesa, ou decisão na asserção de que *porque* os fatos F1, F2,.. .. Fn estão presentes, o julgamento *j* deve ser pronunciado. Mas esse ‘porque’ exige um comprometimento com a regra universal, ‘sempre que *f1, f2,.. .. fn*, então *j*”<sup>7</sup>.

Quando sustentamos, portanto, que a individualização das normas judiciais contidas em súmulas e precedentes ocorre por meio de um discurso de aplicação, não estamos advogando um particularismo jurídico que desconecta os casos particulares das normas universais que devem ser enunciadas para justificá-los corretamente. Um discurso de aplicação implica apenas, como vimos de ver, que as normas judiciais a serem aplicadas em cada caso concreto devem ser reinterpretadas e ajustadas a cada nova situação que se apresente perante o julgador, na medida em que os âmbitos de incidência dessas normas judiciais se restringem aos casos que sejam idênticos àqueles que deram ensejo à enunciação da súmula jurisprudencial. Por conseguinte, a universalizabilidade

- 
4. GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para la teoría de la argumentación jurídica”. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 17-18, 1995, p. 271-302, esp. 273.
  5. MELISSARIS, Emmanuel. “Diachronic Universalization and the Law”, em Zenon Bankowski e James MacLean (orgs.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Aldershot: Ashgate, 2006, pp. 129-141.
  6. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1978, p. 76.
  7. MACCORMICK, Neil. “Why Cases have *Rationes* and What These are”, em Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, pp. 155-182, esp. 162 (tradução livre dos autores).

reclamada pelo princípio da justiça formal é inteiramente compatível com a concretização do direito e com a consideração das circunstâncias específicas de cada caso concreto, uma vez que mesmo a ideia de “equidade” não deve ser lida como “contrastando com a universalizabilidade da justiça”, já que esses juízos de equidade, ao exigirem a criação de exceções a regras gerais em função de aspectos particulares desconsiderados na sua formulação originária, devem ser *justificados* por meio de exceções enunciadas em normas *universais* e que possam ser repetidas sempre que estiverem presentes os seus pressupostos de aplicação<sup>8</sup>.

A aplicação das súmulas jurisprudenciais exige, portanto, uma consideração específica das circunstâncias de cada caso concreto, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte do direito. Com efeito, abstrair-se do contexto determinado pela situação concreta de cada caso posto sob a esfera do Judiciário implica o abandono da própria perspectiva hermenêutica do intérprete em relação ao seu objeto. O jurista já não é mais visto como alguém que reflete sobre o direito e que – por via do discurso e do emprego de argumentos sobre a sua interpretação correta – interfere no ‘contexto de uso’ dos enunciados jurídicos, participando dos jogos de linguagem em que o significado desses enunciados é construído pela via da interpretação.

Como advertiu-se em um trabalho anterior, essa interpretação que desconecta a súmula dos fatos específicos do caso em que ela foi elaborada é tão nociva quanto a antiga doutrina interpretativa da Escola da Exegese, pois ela implica uma fragmentação da razão prática e uma aplicação amoral e avalorativa da norma jurisprudencial:

“Os textos – súmulas, orientações normativas, leis e demais fontes formais do direito – passam a ser tratados como se o ‘objeto’ do conhecimento jurídico deixasse de se determinar pelos próprios sujeitos que o aplicam e o conhecem, como se fora possível cindir os momentos de ‘interpretação’ e ‘aplicação’ do direito ou, como ingenuamente pretendem os juristas adeptos do positivismo contemporâneo, como se se pudesse decompor a razão prática em dois estágios, sendo o primeiro o estágio ‘deliberativo’ – onde o legislador ou o tribunal superior realiza uma ponderação definitiva de razões, estabelecendo uma diretriz ou ‘razão excludente’ que pode ser aplicada no estágio posterior ‘sem recorrer a quaisquer valorações’ – e o segundo o estágio ‘executivo’ – onde o juiz

---

8. MACCORMICK, *op. cit.*, nota 4, p. 97-99.

ou o aplicador do direito meramente aplica/executa de forma neutra a decisão do agente que autoritativamente estabeleceu a regra jurídica”<sup>9</sup>.

Essas considerações constituem, em nossa opinião, uma importante advertência quanto às reformas processuais por que passa o processo civil brasileiro e quanto ao apego cada vez mais frequente ao instituto da súmula jurisprudencial; pois, como já tivemos a oportunidade de sustentar, “a própria existência de súmulas pode constituir um risco para a independência das instâncias ordinárias do Poder Judiciário”, na medida em que o desenho institucional adotado parece exacerbar o princípio da praticidade, “estendendo-o não apenas à esfera da Administração e da Legislação, mas também à Administração da Justiça”<sup>10</sup>.

A súmula jurisprudencial deve ser, portanto, cuidadosamente interpretada e contextualizada, na medida em que a sua própria presença no sistema jurídico constitui um incentivo ao formalismo, à desconsideração das circunstâncias específicas de cada caso concreto e a uma padronização decisória que “tende à inconstitucionalidade” porque a interpretação da Constituição ou da lei é inteiramente construída com base em presunções e padrões fixos estabelecidos em uma fonte do direito de grau hierarquicamente inferior<sup>11</sup>.

Cabe indagar, portanto, se o projeto de Novo Código de Processo Civil<sup>12</sup> em tramitação no Congresso Nacional amplia ou reduz esse risco, e se a adoção expressa do instituto do *precedente vinculante* – não apenas para os tribunais superiores (art. 509, II e III), mas também para todos os tribunais de jurisdição ordinária (art. 509, III e IV) – constitui ou não um incentivo

- 
9. BUSTAMANTE, Thomas. “Súmulas, praticidade e justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi”, em Sacha Calmon Navarro Coelho (org.). *Estudos em homenagem a Misabel de Abreu Machado Derzi*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo. O trecho entre aspas, no interior da citação, refere-se à teoria de Joseph Raz, em especial em RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon, 1994, p. 206.
  10. DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “A Súmula Vinculante no Direito Penal Tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.037/ES”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 200, 2012, pp. 78-94, esp. p. 93.
  11. DERZI, Misabel. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 326.
  12. BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo aos Projetos de Lei n<sup>os</sup> **6.025, de 2005**, 8.046, de 2010, e aos seguintes Projetos de Lei apensados: 1.824, de 1996; 491, de 1999; 4.386, de 2004; 6.025, de 2005; 212, 2.139 e 2.500, de 2007; 3.387, 3.839 e 3.919, de 2008; 5.748, 6.178 e 6.649, de 2009; 8.046, de 2010; 1.628, 1.650, 1.956 e 2.627, de 2011; e 3.743 e 4.110, de 2012 (Relator: Deputado Sérgio Barradas Carneiro).

ao formalismo, trazendo à tona os mesmos riscos que pudemos observar na aplicação da súmula jurisprudencial.

Em particular, indagamos: a introdução do precedente vinculante, no projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro, contribui ou não para a individualização do direito e para a instauração de uma *cultura argumentativa* na prática jurídica nacional? Em que medida a técnica do precedente judicial, tal como regulada pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, contribui para a fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro?

Nossa resposta a essas perguntas toma em consideração, na seção 2 deste trabalho, a experiência jurídica estrangeira, buscando elucidar qual é a base filosófica da doutrina do precedente vinculante no direito inglês, bem como quais foram os problemas que essa teoria encontra no próprio sistema jurídico onde ela foi adotada.

Em seguida, na seção 3, procuraremos demonstrar que a prática do precedente judicial, a despeito da teoria que lhe serviu de fundamento, é sempre flexível e argumentativa, na medida em que por mais que se afirme, do ponto de vista teórico, a vinculação do precedente judicial, a técnica do precedente judicial, quando aplicada na prática, deixa inexoravelmente aberto o âmbito da argumentação.

Finalmente, na seção final deste ensaio, defendemos que a técnica do precedente judicial, tal como implementada no novo Projeto de Código de Processo Civil, pode contribuir em relevante medida para a fundamentação de decisões judiciais, incrementando e fomentando a coerência ou integridade do ordenamento jurídico, e submetendo a argumentação jurídica a uma série de restrições e regras procedimentais que muito contribuem para a racionalidade da prática jurídica.

## **2. A DOCTRINA DO PRECEDENTE VINCULANTE NO DIREITO INGLÊS: SEUS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS**

Embora a doutrina do *stare decisis* seja normalmente associada apenas aos sistemas jurídicos do *common law*, é uma inexatidão histórica dizer que ela seja uma idiosincrasia desses sistemas, ou que o fenômeno do precedente judicial não fosse uma técnica de unificação do direito universal, estando ausente, por exemplo, nos sistemas jurídicos da tradição continental européia.

No período da formação do Estado Moderno, nos três séculos que antecederam a Revolução Francesa e a codificação do direito privado, a unificação



do direito *por meio da jurisprudência* é um fenômeno que se verificou em praticamente todos os sistemas jurídicos da tradição continental europeia.

Ademais, há antecedentes históricos de regras tão fortes quanto as do direito inglês inclusive na tradição jurídica continental. Como relata Gero Dolezalek, “nos anos de 1746 e 1777, respectivamente, os dois Estados alemães de Hessen-Kassel e Hessen-Darmstadt conduziram esse princípio [do *stare decisis*] ao extremo. Eles estabeleceram por lei que os seus tribunais de apelação não detinham mais autoridade para modificar os seus próprios precedentes. Em Hessen, desde aquele momento, somente o legislador poderia decidir abandonar um precedente considerado não mais aceitável”<sup>13</sup>. Essa legislação – informa ainda o autor – vigorou por longo lapso de tempo, somente vindo a ser abolida no século seguinte<sup>14</sup>. A doutrina estrita do precedente, portanto, não foi uma ideia absolutamente original dos ingleses.

A formação da doutrina do *stare decisis* na *House of Lords* e nas Cortes de Westminster não foi fruto de um fenômeno exclusivamente britânico. Os estudos histórico-jurídicos de Gino Gorla mostram conclusivamente que o *ius commune* continental, durante todo o período compreendido entre os séculos XII e XVIII, caracterizou-se pelo seu caráter aberto e cosmopolita. Especial autoridade era conferida, por exemplo, à *communis interpretatio* dos vários países que constituíam a órbita do direito comum europeu<sup>15</sup>. Um dos mais importantes problemas desse direito com fortes pretensões cosmopolitas foi a “uniformização do direito através da interpretação, em um sentido lato, de um *corpus* de leis comuns ou semelhantes”<sup>16</sup>. Embora inicialmente – nos séculos XII a XV – esse trabalho de construção de uma *communis interpretatio* a constituir *auctoritas* internacional ou cosmopolita fosse exercido pelos grandes professores (*dottori*) que se dedicavam ao estudo e à sistematização do direito romano e do direito canônico, no período mais relevante para a uniformização do direito, por se tratar do período de formação do Estado Moderno – séculos XVI a XVIII –, essa atividade foi exercida quase que com exclusividade pelos grandes tribunais e seus juristas “forenses”<sup>17</sup>. Nesse

---

13. DOLEZALEK, Gero. “1 precedente giudiziale nello *ius commune*”, em Umberto Vincenti (org.). *Il Valore dei Precedenti Giudiziale nella Tradizione Europea*. Pádua: CEDAM, pp. 55-80, 1998, p.

14. Idem, *ibidem*.

15. GORLA, Gino. “Unificazione ‘legislativa’ e unificazione ‘giurisprudenziale’”, em *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*. Milão: Giuffrè, pp. 651-703, 1981, p. 658.

16. Idem, p. 659.

17. Idem, p. 665.

período foi reconhecido importante valor à jurisprudência como fonte do direito, que exercia uma missão de *unificar o direito* do Estado.

Como observa Dolezalek, do século XVII em diante “afirma-se a exigência de se desenvolverem técnicas mais eficientes para o governo do Estado”, em cujo âmbito se encontrava especialmente uma “específica tendência à homogeneização do direito em todo o Estado”. Era necessário, para a consolidação do Estado Moderno, que todas as leis fossem interpretadas de modo igual<sup>18</sup>. Duas vias foram adotadas para atingir esse objetivo: uma delas, de “escassa praticabilidade”, foi “concentrar toda a atividade interpretativa em uma única instituição” (como, por exemplo, aconteceu em França em 1790, com a criação do *référé législatif*); a outra, mais promissora e que apresentou maior sucesso histórico, foi “atribuir força de lei aos precedentes do Tribunal Supremo”<sup>19</sup>. Há vários exemplos:

(1) Na Toscana, ainda no século XVII, foi desenvolvida uma regra consuetudinária segundo a qual “dois precedentes da *Rota Senese* (ou *Fiorentina* ou *Luchese*) tinham força de lei”. “Qualquer decisão de grau inferior que não se adequasse a essa regra era cassada sem entrar no mérito da causa”<sup>20</sup>.

(2) No *Stato Pontificio* as decisões da *Sacra Rota* eram também vinculantes; uma *costituzione* do ano 1561, confirmada no ano de 1611, “estabelecia que os precedentes contidos em uma coleção de decisões publicadas com a estampa oficial não poderiam ser desatendidos senão com a maioria de dois terços de todos os julgadores”<sup>21</sup>.

(3) Uma *única decisão* era por si só considerada *vinculante*, durante o período dos séculos XV e XVI, na Suprema Corte do Reino de Nápoles (*Sacro Regio Consiglio*)<sup>22</sup>.

(4) O mesmo se deu no período de 1729-1837 nos *Senati* dos Estados Sardinenses<sup>23</sup>.

18. DOLEZALEK, *op. cit.*, nota 11, p. 77-78.

19. *Idem*, p. 78.

20. *Idem*, p. 79.

21. *Idem*, p. 79.

22. GORLA, Gino; MOCCIA, Luigi. “A ‘revisiting’ of the comparison between ‘continental law’ and ‘English law’ (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> century)”. *Journal of Legal History*, vol. 2, pp. 143-156, 1981, esp. p. 150.

23. *Idem*, *ibidem*.

(5) No Piemonte e na Savóia foi estabelecida uma legislação em 1729 que reconhecia o caráter de fonte do direito aos precedentes publicados *a stampa*<sup>24</sup>.

(6) Na Baviera, o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* estabelecia que os juízes deveriam ter “sumo respeito aos precedentes do Tribunal Supremo”<sup>25</sup>.

Como nota ainda Dolezalek, essa tendência se fortificou ainda mais no século XIX:

“No século XIX vieram à luz tentativas ulteriores deste gênero. Entre 1816 e 1831, no Estado de Sachsen-Weimar, os precedentes do Tribunal Supremo, quando considerados importantes, eram publicados no *Diário Oficial*. A França, em 1836, obrigou todas as *Cours d'Appel* a seguir certos precedentes da *Cour de Cassation*, que eram conhecidos como *arrêts en robes rouges*. No estado de Hannover, a partir de 1838, todos os tribunais deveriam seguir os precedentes do Tribunal Supremo publicados na *Gazeta do Estado*. Esta regra foi ab-rogada em 1848, pois o Parlamento temia que pudesse resultar comprometido o próprio monopólio legislativo. A mesma razão induz os parlamentos da Saxônia, Bavária e de Wüttemberg, respectivamente em 1821, 1837 e 1839, a rejeitar um projeto de lei análogo destinado a introduzir regra semelhante. De 1850 a 1870, a Áustria foi o penúltimo Estado a constringer todos os tribunais inferiores a seguir cegamente as decisões do Tribunal Supremo. A última, como já dito, foi a Inglaterra”<sup>26</sup>.

A rica contribuição de Dolezalek mostra que o reconhecimento de um certo efeito vinculante à jurisprudência foi um fenômeno que se estendeu por toda a órbita do *ius commune* no período de formação do Estado Moderno. O único reparo que se pode fazer em suas conclusões é à afirmação de que a Inglaterra teria sido o “último Estado” a adotar um sistema de vinculação ao precedente judicial. É claro que a Inglaterra, estando aberta à influência do *ius commune* por todo esse período, vivenciou esse fenômeno de fortalecimento do direito judicial com pelo menos a mesma intensidade. Aliás, não há qualquer garantia de que boa parte dessas técnicas não tenha sido importada da própria Inglaterra.

A afirmação de que a Inglaterra teria sido a última a consagrar uma teoria do precedente é incorreta porque Dolezalek considera apenas as deci-

---

24. DOLEZALEK, *op. cit.*, nota 11, p. 80.

25. *Idem*, p. 80.

26. *Idem*, p. 80.

sões da *House of Lords* que consagraram a *autovinculação* do juiz ao próprio precedente, de 1861 (*Beamish v Beamish*<sup>27</sup>) e 1898 (*London Tramways Co. v London County Council*<sup>28</sup>), ou seja, a radicalização em grau máximo da regra do *stare decisis*, a ponto de interpretá-la de modo que apenas o Parlamento pode revogar o *case law* estabelecido pela *House of Lords*. Desconsidera-se, portanto, que a regra do precedente vinculante em seu sentido próprio (ou, como chamaremos abaixo, “frágil”) – que estabelecia a obrigatoriedade para as cortes *inferiores* de seguir os precedentes das que estão acima delas – já estava completamente estabelecida na Inglaterra no final do século XVIII<sup>29</sup>. Explica Holdsworth que no século XVI, após a substituição do sistema de *oral pleadings* pelo sistema de petições escritas, o desenvolvimento da teoria moderna do precedente se tornou possível: “Na segunda metade do século XVI e no início do XVII, a regra geral de que casos decididos constituem autoridades estava reconhecida nas *Courts of the Common Law*, na *Court of Chancery* e na Corte da *Star Chamber*”<sup>30</sup>. Desde o início do século XVII e ao longo de todo o século XVIII a teoria moderna do precedente – ou seja, do precedente vinculante – foi gradativamente implantada no Judiciário inglês.

Ainda que ao longo desse período se admitissem certas exceções, pode-se dizer que vigorava a regra que ficou cristalizada nos escritos de Blackstone, para quem “os precedentes devem ser seguidos salvo quando ‘manifestamente absurdos e injustos’; e essa regra vale mesmo se eles parecem injustos para nós, mas estabelecem com clareza o direito e não são repugnantes à justiça natural; pois eles ‘constituem a evidência do que é o *common law*’”<sup>31</sup>. Da mesma forma, pode-se ver nos julgados de Mansfield, ao longo da segunda metade do século XVIII, “vários casos em que ele seguia precedentes judiciais, apesar de desaprová-los” – por exemplo, *O’Neil v. Marson*<sup>32</sup>, *Bayntun v. Watton*<sup>33</sup>, *Hogsdon v. Ambrose*<sup>34</sup> –, o que indica que já havia uma teoria do precedente vinculante em sentido frágil no apagar das luzes do século

---

27. [1861] 9 HL Cas 273; 11 ER 735.

28. [1898] AC 375.

29. HOLDSWORTH, W. S., “Case law”. *Law Quarterly Review*, vol. CXCVIII, pp. 180-195, 1934, p. 180.

30. *Idem*, p. 182.

31. *Idem*, p. 184.

32. [1771] 5 Burr. 2814.

33. [1774] 1 Cowp. 191-2.

34. [1780] 1 Dougl. 340-1.

XVIII<sup>35</sup>. Em uma palavra, sintetizada por Holdsworth, “a regra geral era clara. Casos decididos que estabeleçam uma regra de direito são autoritativos e devem ser seguidos”<sup>36</sup>. Sem embargo, esse precedente, apesar de vinculante, não o era de forma estrita e absoluta, pois o julgador não estaria obrigado a respeitá-lo quando isso levasse a conseqüências absurdas.

O que esse excursus histórico sobre os séculos XVI a XVIII até agora revela é que não apenas na Inglaterra, mas em toda a Europa os tribunais superiores desempenharam um papel importante na unificação do direito, o que era um requisito imprescindível para o fortalecimento do Estado Moderno. Com efeito, a evolução do *common law* inglês e do *ius commune* continental para uma teoria moderna do precedente judicial pode ser vista como uma certa conseqüência natural da evolução desses ordenamentos jurídicos, pois um direito não-codificado e dotado de uma pretensão de racionalidade não pode prescindir de mecanismos de racionalização e desenvolvimento coordenado e coerente do direito.

No entanto, se, de um lado, são as idéias de racionalidade e coerência do direito que fundamentaram o surgimento de uma teoria dos precedentes vinculantes em sentido frágil, foi o positivismo novecentista *à la* Bentham que acabou gerando a doutrina do precedente absolutamente vinculante, estabelecida pela *House of Lords* em “London Tramways” (1898). Como procurarei demonstrar a seguir, as duas doutrinas – a doutrina do precedente vinculante em sentido frágil e a doutrina do precedente absolutamente vinculante – têm fundamentos e inspiração teórica radicalmente diferentes.

## 2.1. A doutrina do precedente vinculante em sentido frágil

A doutrina do precedente vinculante *em sentido frágil* radica-se na exigência de “justeza” (*fairness*) ou justiça formal, e exige que se siga o precedente salvo se verificarem conseqüências manifestamente inaceitáveis ou desarrazoadas. Ela foi um produto do século XVII e uma construção jurisprudencial universal que, no plano histórico-político, coincide com a formação do Estado Moderno e, no plano jurídico-teórico, encontra fundamento nas teorias jurídicas humanistas dos séculos XVI e XVII. Como já vimos, tratava-se de um período em que o *common law* e o *ius commune* estavam abertos

---

35. HOLDSWORTH, W. S., “Precedents in the eighteenth century”. *Law Quarterly Review*, vol. CCIII, pp. 441-442, 1935, p. 441.

36. HOLDSWORTH, *op. cit.*, nota 27, 184.

à fertilização recíproca e em que se buscava uma sistematização do direito: “Na época do Renascimento, sob a influência das correntes de pensamento humanístico, que era particularmente sensível, como sabemos, aos problemas do método de instrução jurídica, começa a aparecer no ambiente do *common law* uma exigência de estudo mais ordenado e racional desse direito de formação local”<sup>37</sup>. O mesmo se deu no Continente, onde o direito romano tal como interpretado pelos glosadores passou a ser seriamente questionado, especialmente pelos humanistas franceses<sup>38</sup>.

Uma das ambições do Humanismo continental era “re-sistematizar o *civil law* de acordo com um sistema mais racional que aqueles do *Digesto* e do Código de Justiniano”; “a tarefa do jurista seria colocar o estudante (e, em certo sentido, o juiz) diante dos princípios fundamentais do direito, de modo que, à medida que seu conhecimento aumentasse, ele pudesse agrupar as regras particulares em sua mente de forma mais ordenada”<sup>39</sup>. Em todos os cantos da Europa, de modo geral, passou-se a buscar um desenvolvimento do direito a partir da *razão*, a romper com os métodos tradicionais dos glosadores, que faziam simples comentários literais aos documentos de direito romano; o jurista humanista, diante da complexidade das fontes do direito no *ius commune*, tenta reconstruir as bases do sistema jurídico a partir de princípios de largo alcance, com a finalidade de fazer progredir a própria ciência do direito<sup>40</sup>.

Especificamente no direito inglês, que atrai nossa atenção no momento, a primeira tentativa de peso de ordenar o *common law* segundo um sistema racional foi a de Francis Bacon (1561-1626), que procurou recolher um catálogo de máximas das quais poderiam ser inferidas várias regras particulares que constituiriam um todo “harmônico e congruente”, a ser refletido no próprio *case law*<sup>41</sup>.

Mas o real progresso veio nos séculos XVII e XVIII, com Hale (1609-1676) e Blackstone (1723-1780). Buscou Hale não apenas descrever isoladamente um número reduzido de máximas supostamente evidentes e com

37. MOCCIA, Luigi. *Comparazione Giuridica e Diritto Europeo*. Milão: Giuffrè, 2005, p. 938.

38. STEIN, Peter. “*Regulae Iuris*” – *From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 1966, p. 162.

39. Idem, 164-165.

40. ASCHERI, “I giuristi, l’Umanesimo e il sistema giuridico dal Medioevo all’Età Moderna”, em Aquilio Iglesia Ferreirós (org.). *El Dret Comú i Catalunya: Actes del IIon Simposi Internacional, Barcelona, 31.5-1.6.1991*. Barcelona: Fundació Noguera (pp. 145-162), 1992.

41. STEIN, *op. cit.*, nota 36, 170-s.

validade *a priori*, como havia feito Bacon, mas construir, através de uma análise racional, “um novo esquema compreensivo para sistematizar todo o direito”<sup>42</sup> – inclusive e em especial a relação entre o *common law* e o direito praticado pelos *civilians*<sup>43</sup> –, modelado sob o esquema das *Institutas* de Justiniano e, mais remotamente, Gaius. Foi a sistematização de Hale que permitiu, algumas décadas depois de sua publicação, que os *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone – talvez o *book of authority* mais importante da história do direito inglês –, se tornassem possíveis<sup>44</sup>.

Como nota Simpson<sup>45</sup>, o grande evento do século em termos de literatura jurídica foi o aparecimento dos *Commentaries* de Blackstone, entre 1765-1769. “Blackstone foi – explica Simpson – um *institutional writer*, não um autor de monografias, e ostensivamente escreveu não para juristas, mas para o que hoje se denomina *intelligent layman* – um conceito que inclui estudantes de direito no início do curso dos seus estudos”. Tratava-se essencialmente de um *civilian* e um acadêmico, cujos *Commentaries* não surgiram propriamente do *common law*: “Apesar de o esquema em que foi escrito remontar a Hale, nada remotamente semelhante a eles na forma de execução tinha surgido em língua inglesa anteriormente”<sup>46</sup>. O interesse de Blackstone pelo *common law* surge apenas após sua nomeação para *Vinerian Professor of English Law*:

“Depois de se tornar o primeiro *Vinerian Professor of English Law*, em 1758, Blackstone mergulhou na tarefa de fazer para o *common law* aquilo que já havia sido feito para o *civil law*, e se propôs a exercer esse encargo de sorte a vindicar o *common law* como um sistema racional ‘construído sob as fundações mais razoáveis [*soundest*] e aprovado pela experiência dos tempos [*approved by the experience of ages*]”<sup>47</sup>.

A partir de Blackstone, tem-se o desenvolvimento de uma literatura jurídica que buscava racionalizar e pôr em ordem o *common law*, expondo-o a partir de princípios que pudessem tornar o direito compreensível, acessível e substancialmente correto: os *treatises* – “produzidos sob um espírito reconhecidamente seletivo e metodológico” – passam a substituir os simples *practitioner’s books*. E essa distinção, de grande relevância histórica, “reflete

---

42. SIMPSON, A. W., “The rise and fall of the legal treatise: legal principles and the forms of legal literature”. *University of Chicago Law Review*, vol. 48, pp. 632-679, 1981, esp. p. 640.

43. MOCCIA, Luigi, *op. cit.*, nota 35, p. 943.

44. MOCCIA, Luigi, *op. cit.*, nota 35, p. 943 SIMPSON, A. W., *op. cit.*, nota 40, p. 640-641.

45. SIMPSON, A. W., *op. cit.*, nota 40, p. 652.

46. *Idem*, p. 655.

47. *Idem*, p. 658.

um contraste entre uma concepção de direito fundada na *razão* e outra na *autoridade*”<sup>48</sup>.

A teoria do precedente, neste contexto, era a denominada *teoria declaratória*. Segundo essa teoria o juiz, ao decidir casos concretos, não cria – e nem está autorizado a criar – direito, mas meramente *declara* e *expõe* as regras jurídicas existentes<sup>49</sup>. Portanto, uma decisão judicial representa o principal indício de qual é o direito, mas sem a força de um ato originário de produção de regras jurídicas, de modo que essa teoria é compatível tanto com uma leitura tradicionalista, segundo a qual o *common law* é produzido por *costumes* (*it is a matter of custom*), quanto com um *approach* jusnaturalista, segundo o qual ele é constituído por um sistema ideal de princípios últimos de caráter intrinsecamente racional. Nessa última vertente, princípios jurídicos ideais existem independentemente de sua promulgação formal, e “podem ser revelados através de processos de deliberação, raciocínio e argumentação”<sup>50</sup>.

Mas, qualquer que seja a vertente da teoria declaratória que se adote, o *fundamento* do precedente judicial, nesse modelo, parece estar inequivocamente na *racionalidade* e na aceitabilidade do *common law*, seja porque ele é objeto de um amplo consenso social (na interpretação convencionalista) ou porque ele advém diretamente da razão (na interpretação jusnaturalista).

Como se vê, essa teoria declaratória não nos parece compatível com as premissas fundamentais da teoria do precedente que se verificou no Reino Unido a partir das últimas décadas do século XIX, pois é parte da sua essência admitir a possibilidade de o juiz, de um lado, ter se *equivocado* ao verificar o fato da existência da norma costumeira que ele aplica ou, de outro, não ter sido capaz de compreender/reconhecer as regras que derivam do direito natural em determinado caso concreto. Como explica MacCormick: “Esse tipo de *approach* teórico, que predominou durante os séculos XVII e XVIII

---

48. Idem, p. 665.

49. WESLEY-SMITH, Peter “Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*”, em Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, pp. 73-87; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: OUP, 2005, pp. 262-266; SIMPSON, A. W., “The common law and legal theory”, em A. W. Simpson (org.). *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*. Oxford: Clarendon, pp. 75-99, 1973; POSTEMA, Gerald J. “Some roots of our notion of precedent”, em Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, pp. 9-33, 1987.

50. MACCORMICK, Neil. “Precedent as a source of Law”, em Elspeth Attwool e Paolo Comanducci (orgs.), *Sources of Law and legislation – Proceedings of the 17<sup>th</sup> World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Bologna, June 16-21, 1995, vol. III*. ARSP-B Vol. 69, pp. 177-185, 1998, p. 182.



no Reino Unido, dá base a uma hostilidade para com qualquer doutrina do precedente absolutamente vinculante, e tende para uma visão dos precedentes como no máximo vinculantes em sentido frágil [*defeasibly binding*], sob o fundamento de que asserções errôneas sobre o direito são logicamente possíveis, e os precedentes são apenas declaratórios ou evidenciários [*evidentiary*], e não estritamente constitutivos do direito. Onde eles o tenham declarado erroneamente, eles devem ser corrigidos”<sup>51</sup>.

## 2.2. A doutrina do precedente vinculante em sentido forte

A teoria do precedente absolutamente *vinculante* (e, inclusive, horizontalmente vinculante), por outro lado, foi fruto de um contexto substancialmente diverso, já no século XIX. Seu fundamento foi um *positivismo jurídico* que inverteu por completo a balança entre *ratio* e *auctoritas*.

Trata-se de um movimento típico do positivismo jurídico da época, que pregava um enrijecimento da doutrina das fontes do direito de modo geral. Em França, sustentava-se a possibilidade de um direito integralmente contido no Código Civil. A lei, expressão da vontade geral, é vista como a única fonte do direito, de modo que o precedente é descartado porque carece da dignidade normativa para figurar no catálogo das fontes do direito. Na Inglaterra, por outro lado, o precedente é apresentado como vinculante justamente porque se lhe reconheceu, explicitamente, o caráter de uma fonte autoritativa do direito positivo<sup>52</sup>.

Como vimos, até o século XIX predominou no Reino Unido a já mencionada teoria da natureza *declaratória* da atividade judicial. Foi contra essa teoria que o positivismo novecentista inglês dirigiu suas mais duras críticas. O positivismo procura “desmistificar” o direito e enfatiza o caráter humano (*man-made*) de todo o sistema jurídico<sup>53</sup>. Embora talvez seja precipitado sustentar que o positivismo tenha sido a única causa da ascensão de uma teoria do precedente tão estrita a ponto de reivindicar um caráter eterno para os precedentes judiciais, certamente foi uma das mais importantes. A ascensão

---

51. Idem, *ibidem*.

52. Sobre essa ideia de que o precedente “ou” é uma fonte jurídica absolutamente vinculante, como na Inglaterra, “ou” completamente carente de autoridade, como na França, ver: ENG, Svein. “The doctrine of precedent in English and Norwegian law – Some common and specific features”. *Scandinavian Studies in Law* vol. 39, pp. 275-324, 2000.

53. HART, H. L. A., *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon, 1982, pp. 21-39.

das teorias de Bentham e Austin foi uma importante *causa intelectual* da mudança de atitude em relação ao precedente judicial<sup>54</sup>.

O projeto político de Bentham era, como já vimos, reformar todo o *common law*. Para ele, *case law* era, na verdade, *judge-made law*. “Ele o detestava” – informa Evans –, pois o *case law* “representava tudo de pior que há no sistema de *common law*, constituindo um direito sem forma determinada ou fronteiras definidas”<sup>55</sup>. Bentham e seus discípulos iniciaram uma campanha – extremamente influente, apesar de não ter conseguido levar adiante o projeto de codificação do *common law*<sup>56</sup> – destinada a alcançar a *certeza* jurídica, “removendo de uma vez por todas a discricionariedade dos juízes para ponderar entre a segurança jurídica e outras considerações”<sup>57</sup>, qualquer que seja a natureza destas últimas.

Bentham desprezava, às vezes sem se preocupar com a elegância, a teoria tradicional e os ensinamentos de homens como Coke, Blackstone e Hale<sup>58</sup>, e acreditava que o *case law* produzido pelos juízes ingleses era fruto de um puro ato de vontade – de arbítrio – que poderia ser explicado através de uma analogia grosseira com a forma pela qual um adestrador cria normas para serem obedecidas por um cachorro:

“São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Do mesmo modo que um homem faz leis para o seu cão. Quando o seu cão faz algo que você quer evitar que ele faça, você aguarda até que ele repita, e então lhe bate por isso. Esse é o modo pelo qual você faz leis para o seu cachorro; e esse é o modo pelo qual os juízes fazem leis para mim e você. Eles não irão dizer de antemão a um homem o que é que ele não deve fazer (...). Eles esperam até que ele tenha feito algo que eles dizem que o homem não deveria ter feito, e então eles o enforcam por isso. De que modo, então, pode qualquer homem tomar ciência dessa *dog-law*? Apenas observando os seus procedimentos: observando em quais casos eles enforcaram um homem, em quais casos

54. EVANS, Jim. “Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century”, em Laurence Goldstein (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, pp. 35-72, 1987, p. 64-72.

55. Idem, p. 66.

56. Para se sentir essa influência, basta verificar que a matriz fundamental da teoria jurídica produzida em solo inglês após a segunda metade do século XIX é a analítica. Para algumas das causas do fracasso de outras abordagens teóricas na Inglaterra, ver DUXBURY, Neil. “Why English jurisprudence is analytical”. *Current Legal Problems* vol. 57, pp. 1-51, 2004.

57. EVANS, *op. cit.*, nota 52, p. 67.

58. POSTEMA, *op. cit.*, nota 47, pp. 15-23.

ele foi mandado para a cadeia, em quais casos eles tomaram suas posses, e assim por diante”<sup>59</sup>.

Bentham, apesar do tom cínico, nutre uma preocupação legítima com a segurança jurídica, e chegou a advogar, apaixonadamente, a codificação de todo o direito inglês: “Bentham defendia a codificação em nome da cognoscibilidade (uma expressão que ele cunhou), e sentia que um direito embalhado em milhares de casos espalhados ao longo de séculos não poderia ser cognoscível pelo povo”<sup>60</sup>.

O direito era visto apenas como um comando. Um resultado do trabalho de Bentham foi desencantar o direito, ao negar qualquer valor à teoria declaratória, tida por ele e seus discípulos como uma “ficção infantil empregada por nossos juízes”<sup>61</sup> cuja única função prática seria a de camuflar o arbítrio judicial e encobrir as fronteiras do poder de criação do direito exercido pelos magistrados. A ênfase da teoria de Bentham no sentido de que o direito é apenas um comando do soberano impediu a ele e a Austin de aceitarem a natureza costumeira do *common law*, segundo a qual se poderiam produzir normas pela aceitação paulatina e costumeira. O direito positivo necessitava, acima de tudo, ser *certo*; e foi essa visão “do direito como um conjunto de atos positivos” que influenciou a abordagem do precedente judicial<sup>62</sup>.

O direito judicial passou a ser compreendido apenas como uma criação humana, um ato de produção do direito por delegação do soberano. De acordo com Bentham, “a deferência que é devida à determinação de julgamentos anteriores é originada não da sua sabedoria, mas da sua *autoridade*... Por que as decisões devem ser uniformes? Por que as que sucederem devem ser construídas de tal maneira que apareçam como conseqüências naturais e esperadas das que as precederam? Não porque elas *devem ser estabelecidas*, mas porque elas *estão estabelecidas*”<sup>63</sup>.

O fundamento do precedente é, portanto, a autoridade, o poder que é atribuído aos juízes para criar normas jurídicas vinculantes.

---

59. BENTHAM, Jeremy. “Truth *v* Ashhurst”, em *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring), vol. V. Edinburgh/Tait/Londres: Simpkin (pp. 231-237), 1843.

60. VAN CAENEGEM, R. C. *Judges, Legislators and Professors – Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 47.

61. AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (5.ed.). Londres, 1911, p. 634,

62. EVANS, *op. cit.*, nota 52, p. 70.

63. BENTHAM, citado por WESLEY-SMITH, nota 47, p. 84.

### 3. *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*: SOBRE A DETERMINAÇÃO DO ELEMENTO VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL

A conclusão alcançada na seção anterior leva, muitas vezes, à conclusão de que o precedente judicial, com o advento da teoria vinculante em sentido estrito, opera uma espécie de engessamento da prática jurídica e promove uma “mecanização” da atividade jurisdicional, convidando o juiz a um formalismo metodológico na interpretação do direito.

Sem embargo, essa premissa teórica jamais encontrou confirmação na prática jurídica, uma vez que a denominada *ratio decidendi* de um precedente judicial é deixada *indeterminada* por parte do tribunal que prolatou esse precedente judicial.

Com efeito, o positivismo jurídico inglês levou a maioria de seus operadores a uma distinção artificial e desarrazoada entre o elemento vinculante de uma decisão – a *ratio decidendi* – e o elemento meramente persuasivo – o *obiter dictum*. Tendo em vista que o precedente é inexoravelmente vinculante, os tribunais passaram a adotar um método estritamente restritivo para determinar a *ratio decidendi*, o que permite sempre para o intérprete uma decisão entre, de um lado, estender o precedente judicial por parte da analogia – de modo a fazê-lo abarcar casos semelhantes, mas não idênticos – e, de outro lado, diferenciá-lo por meio da técnica do *distinguish*.

De modo geral, a *ratio decidendi* pode ser definida como uma *regra* jurídica que é “expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar a sua conclusão”<sup>64</sup>. Uma decisão anterior somente pode vincular uma posterior “nas questões fáticas e jurídicas *levantadas e discutidas* perante a corte”<sup>65</sup>.

Sem embargo, com o obscurecimento do positivismo jurídico a partir do fortalecimento, no final do século XX, das terias da argumentação jurídica e de uma teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios, o modelo positivista oferecido pela teoria inglesa tradicional, que sustentava que a *autoridade* do juiz é o único fundamento para a prática do precedente judicial, deixa de constituir uma alternativa viável para orientar a interpretação e aplicação do direito judicial.

64. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon, 3. ed., 1979, p. 76.

65. WHITTAKER, Simon. “Precedent in English law: a view from the citadel”. *European Review of Private Law*, vol. 5-6, pp. 705-746, 2006, esp. p. 715.

Em primeiro lugar, o próprio fundamento da obrigação de seguir precedentes judiciais – seja essa entendida em um sentido frágil (obrigação de *levar em consideração* o precedente) ou em um sentido forte (obrigação de *decidir* segundo o precedente) – muda radicalmente. Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria idéia de “razão prática”<sup>66</sup>. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo. Podemos observar, na interpretação e aplicação dos precedentes, a tensão entre *ratio et auctoritas* que caracteriza o direito positivo de modo geral<sup>67</sup>. Em um dos pólos dessa tensão há um elemento de *autoridade* no direito que se manifesta desde o início de sua institucionalização até o ato final de sua aplicação. Nas palavras de Viola, “é isso que diferencia o direito de outras esferas da vida prática”<sup>68</sup>. Mas no outro pólo o direito e a moral compartilham o fato de que ambos necessitam um ao outro: o direito sem a moralidade perde seu aspecto ideal e se transforma em uma prática arbitrária, onde o mais forte cria leis para o mais fraco; ao passo que a moral sem a facticidade do direito é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia.

Não há apenas razões institucionais para se seguir precedentes, mas também razões morais. Ao mesmo tempo, é possível que em casos concretos essas razões morais – que desempenham um papel decisivo na argumentação jurídica, a partir do momento em que nós reconhecemos a mútua dependência entre direito e moral – demandem uma reinterpretação do direito e o *overruling* de uma regra jurisprudencial que não possa mais ser moralmente justificada.

Em segundo lugar, abrandam-se a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Com efeito, até muito recentemente os juristas ingleses em geral concordavam com Goodhart quando este afirmava que “a razão que o juiz

---

66. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. “Introduction”, em Neil MacCormick e Robert Summers (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate (pp. 1-15), 1997, p. 4.

67. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 4ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madri, Trotta, 2005; BERGHOLTZ, Gunnar. “*Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 8, pp. 75-85, 1990.

68. VIOLA, Francesco. “Ermeneutica e Diritto”. *“Ars Interpretandi”: Annuario di Ermeneutica Giuridica*, vol. 1, pp. 181-190, 1996.

dá para sua decisão nunca é a parte vinculante de um precedente”<sup>69</sup>. Hoje em dia, entretanto, parece que a máxima oposta é muito mais apropriada: “é na enunciação das *opinions* para o fim de *justificação* de decisões que os juízes estabelecem precedentes e constroem o *case law*”<sup>70</sup>. Mesmo nos casos de decisões formalmente tidas como vinculantes, há sempre lugar para discussões e revisão de regras há muito estabelecidas e consagradas em precedentes judiciais.

As pressuposições de que há sempre *uma ratio decidendi* e de que esta inevitavelmente tem uma autoridade *absoluta* são ficções que, apesar de ainda serem relativamente frequentes no discurso de certos positivistas, não encontram nem confirmação na prática jurídica, nem fundamento filosófico – na medida em que se passa a exigir do direito não apenas a característica da vigência fática, mas também a da aceitabilidade racional.

Com efeito, mesmo sem romper as fronteiras do positivismo já se podia criticar severamente tais pressuposições. Stone, por exemplo, consegue demonstrar com a análise de casos que sempre há uma larga margem de “fatos” que podem ser considerados “materiais” e, portanto, parte da *ratio decidendi*<sup>71</sup>. Após apontar uma série de ambigüidades semânticas que surgiram na interpretação do célebre caso *Donoghue v. Setevenson*<sup>72</sup>, Stone conclui que os *material facts* “podem ser enunciados em vários níveis de generalidade” e pode haver um grande número de “*rationes* potencialmente vinculantes competindo entre si para governar casos futuros em que os fatos possam incidir em um nível de generalidade, mas não em outro”<sup>73</sup>. A *ratio decidendi* seria, portanto, uma “categoria de referência ilusória” (*category of illusory reference*), pois o direito deixa à corte posterior uma escolha substancial quanto aos fatos que devem ser compreendidos na *ratio decidendi* de um precedente<sup>74</sup>.

Devemos reconhecer que Stone tem um bom argumento. Mas seu argumento não deve nos conduzir a renunciar ao esforço de determinar racionalmente a *ratio decidendi* de um precedente antes de decidir sobre sua aplicação a casos futuros. Se definirmos a *ratio decidendi* como uma *norma* universalizável que pode ser extraída de um precedente judicial, percebemos

---

69. GOODHART, Arthur L. “Determining the *ratio decidendi* of a case”, em *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge, Cambridge University Press pp. 1-26, 1931, 2.

70. MACCORMICK, *op. cit.*, nota 47, p. 144.

71. STONE, Julius. “The *ratio decidendi* of the *ratio decidendi*”. *Modern Law Review*, vol. 22, pp. 597-620, 1959, esp. p. 603-604.

72. [1932] A.C. 562.

73. STONE, *op. cit.*, nota 69, p. 607.

74. Idem, *ibidem*.

que na maioria dos casos se pode encontrar não apenas *uma*, mas diferentes *rationes decidendi*, que podem ter graus diferentes de vinculatividade em casos futuros. Ao invés de tentar encontrar *uma e única ratio decidendi* em cada caso, devemos admitir que há sempre um grau de indeterminação no direito jurisprudencial (*case law*) e que nós podemos extrair diferentes *rationes decidendi* de um mesmo caso.

Não parece correto, portanto, que *ou* uma regra extraída da fundamentação de uma decisão é uma norma absolutamente vinculante, *ou* um mero *obiter dictum*, que não tem qualquer autoridade.

Uma teoria adequada dos precedentes deve, na linha dos estudos de Svein Eng<sup>75</sup>, ir contra a denominada *either – or assumption*, ou seja, essa forma dicotômica de pensar o precedente judicial.

Tomemos como exemplo o já mencionado caso *Donoghue v. Stevenson*, que constitui um dos mais célebres do *common law* britânico. No caso em questão, uma senhora de idade, ao consumir, no interior de um *pub*, uma cerveja de gengibre de determinada marca, é surpreendida com um corpo estranho, uma lesma em avançado estágio de decomposição, no interior da embalagem do produto por ela consumido. A senhora sofre um choque e uma gastrite, o que a leva a pleitear indenização do fabricante da bebida, embora este não tivesse qualquer relação contratual com ela. Como explica Lord Macmillian, um dos juízes com atuação na House of Lords no julgamento em questão,

“Dois princípios rivais do direito se aplicam a este caso, sendo que cada deles um reclama supremacia. De um lado, há o princípio bem estabelecido de que ninguém além da parte em um contrato pode reclamar de uma quebra de obrigação contratual. De outro lado, há a doutrina igualmente estabelecida de que a negligência fora do âmbito das relações contratuais atribui um direito de ação à parte lesada por tal negligência – e aqui eu uso o termo negligência, obviamente, em seu sentido técnico jurídico, que implica um dever assumido e negligenciado”<sup>76</sup>.

Esses princípios, tal como os fatos particulares e circunstâncias individuais tanto do caso paradigma como do caso futuro, em que se cogite a aplicação do precedente, podem ser reinterpretados e reclassificados de diferentes maneiras, de modo que há que se concordar com MacCormick quando ele sustenta que

---

75. ENG, *op. cit.*, nota 50.

76. *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 609-10.

“o dogma de que cada precedente possui uma única e clara *ratio decidendi*” é uma “falácia”, uma “ficção enganosa” (*mischievous fiction*)<sup>77</sup> porque não leva em conta a circunstância de que a *ratio decidendi* é uma norma jurídica que, embora dotada de uma pretensão de universalizabilidade, só pode ser construída por meio da *interpretação* do precedente, em um processo construtivo que não apenas *descreve* um fato histórico, mas *constrói* essa norma a partir dos princípios jurídicos que justificaram a decisão anterior.

A cada vez que se aplica um precedente, portanto, a “proposição” jurídica que constitui a *ratio decidendi* da decisão anterior pode ser “re-expressa” e estendida para abarcar novos casos que sofrem a influência dos mesmos princípios jurídicos que fundamentaram a decisão anterior. Assim, por exemplo, quando a House of Lords sustentou que a solução do caso *Donoghue v. Stevenson* – que estabelece um dever de cuidado dos produtores em relação aos consumidores finais de seus produtos independentemente de existência de vínculo contratual entre eles – poderia ser estendida para abarcar também os prestadores de serviços, em um caso onde uma empresa de manutenção de elevadores foi negligente e causou a queda de um elevador ocupado por pessoas que não tiveram qualquer relação contratual com ela, a *ratio decidendi* teve que ser redefinida e ampliada para poder abarcar a nova situação jurídica em questão<sup>78</sup>.

Neste ponto, importa frisar uma característica do *common law* inglês que é salutar e diverge totalmente da prática adotada no direito brasileiro de se editar súmulas expressando a *ratio decidendi* em termos gerais e abstratos. No direito inglês, vigora o denominado *Mootness Principle*, ou “princípio da vinculação ao debate”, que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto<sup>79</sup>. Esse princípio implica uma especificação do âmbito do debate, a fim de permitir uma consideração de todas as particularidades e circunstâncias individualizadoras do caso concreto.

77. MACCORMICK, *op. cit.*, nota 4, p. 83.

78. *Idem*, p. 85. O caso mencionado é *Haseldine v. C.A. Daw & Co.* [1941] 2 K. B. 343.

79. HARRIS, J. W. “Towards principles of overruling – When should a final court of appeal second guess?”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, pp. 135-199, 1990. Para um aprofundamento do princípio em análise no contexto do *overruling* de precedentes judiciais ver, além do texto citado, BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 400.



Ele implica, também, que a decisão acerca de quais casos hão de ser regulados pelo precedente não é definitiva, já que é o tribunal futuro que deve decidir, no caso semelhante, mais ainda não expressamente regulado, sobre se o precedente judicial deve ser “estendido”, pela técnica da analogia, ou “diferenciado”, pela técnica do *distinguishing*. Ambas as operações constituem, portanto, uma argumentação em que se busca verificar qual deve ser a “regra do caso”, por meio de uma ponderação de princípios.

A ideia reguladora do processo de aplicação de precedentes é, como explica MacCormick, a exigência de *coerência*: “a característica geral da argumentação jurídica em que se baseia esta busca pelos princípios subjacentes [à *ratio decidendi*] me parece ser uma. .. exigência ideal de coerência – ou seja, coerência normativa em sentido geral – em um sistema jurídico”<sup>80</sup>.

Essa coerência, no entanto, só pode ser obtida por meio de uma argumentação pautada por um elemento de “princípio”, o qual constitui a razão justificadora da analogia que o intérprete pretende estabelecer entre os casos que estão sendo comparados. A argumentação por analogia, portanto, “é em si uma forma de argumentação por princípios”<sup>81</sup>.

A decisão de aplicar cada precedente a um novo caso concreto é, portanto, presidida e informada por uma ponderação de princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias (*disanalogies*)<sup>82</sup>.

---

80. MACCORMICK, Neil. “Donoghue v. Stevenson and Legal Reasoning”, em Peter Burns e Susan J. Lyons (orgs.), *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*. Vancouver: University of British Columbia, pp. 191-213, 1991, p. 201.

81. *Idem*, p. 207.

82. A asserção de que a aplicação de precedentes judiciais envolve um raciocínio *per analogiam* é defendida neste trabalho como uma afirmação geral, aplicável todas as vezes que se toma um precedente judicial como uma razão para decidir determinado caso concreto. Importa frisar, quanto a este ponto, que essa afirmação não é incompatível com a tese, que sustentamos em trabalhos anteriores, de que há determinados setores do ordenamento jurídico – o direito penal e o direito tributário, por exemplo – onde vigora o princípio da legalidade estrita, que funciona como uma norma geral exclusiva que torna obrigatório o uso do argumento *a contrario* nesses setores, já que a ausência de previsão típica de uma conduta implica automaticamente a sua permissão (Bustamante, *op. cit.*, nota 77, p. 493).

Aplica-se, nesse terreno, a regra da legalidade estrita, consubstanciada no aforisma latino “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que pode ser desdobrado em quatro outros: *Nullum crimen sine praevia lege*; *Nulla poena sine praevia lege*; *Nemo iudex sine lege*; *Nemo damnetur nisi per legale iudicium* (uma vez que o devido processo, ou o juízo regrado em lei, deve ser observado em qualquer condenação penal) (Cf. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires, Losada, 1951, pp. 383-4. A bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema é vastíssima. Ver, em especial, DERZI, *op. cit.*, nota 9, p. 122, nota 25).

É incorreta, portanto, a asserção de que a técnica do precedente implica um engessamento ou uma paralisia do processo argumentativo, pois o precedente precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de um processo de argumentação por princípios.

É na busca da adequação da regra jurisprudencial ao caso que se concentra todo o esforço do intérprete, que tem o encargo argumentativo de buscar a solução mais acertada para cada caso que se coloca sob sua análise. Como explicam de forma lapidar Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, é nesse sentido que deve ser interpretada, por exemplo, a asserção de Dworkin de que o juiz deve se comportar como se houvera uma única resposta correta para cada caso sob sua jurisdição. É dizer:

“A sua (de Dworkin) afirmação de uma única decisão correta para o caso assenta-se na unicidade e irrepetibilidade que marca cada caso (...). Por isso mesmo, o caso em sua concretude e irrepetibilidade deve ser reconstruído de todas as perspectivas

---

Nossas concepções teóricas sobre esses princípios já foram previamente publicadas, e podem ser sintetizadas nos parágrafos que se seguem:

“Os quatro aforismas latinos cumprem a mesma função: a de segurança jurídica, completando-se uns aos outros. E, em determinados sistemas jurídicos, nos quais se inclui o nosso, a segurança jurídica esteia-se na limitação das fontes formais de criação jurídica, a qual, por sua vez, só se viabiliza na separação e no equilíbrio das funções estatais.

Como limitação às fontes de criação jurídica, o *nullum crimen sine lege* significa, pois, que o crime e a pena somente podem ganhar existência se estiverem expressa e previamente indicados na lei, como ato próprio do Poder Legislativo. (...) Afastar-se-ão, por conseguinte, atos normativos emanados de outros órgãos do Estado, ineptos para legislar, assim como aqueles que, embora oriundos do Poder Legislativo, sejam posteriores ao fato; da mesma forma, têm sido rejeitados, tradicionalmente, pela doutrina e pela jurisprudência, a analogia e os costumes como fontes diretas de criação de delitos e cominação de penas. Igualmente, os juízes-executores da lei penal recebem sua função e competência diretamente da lei (senão da Constituição), assim como devem aplicá-la, por meio de processo legalmente disciplinado” (Derzi, *op. cit.*, nota 9, p. 123-124).

Sem embargo, a asserção de que o argumento por precedentes opera por meio de uma analogia entre casos não nos obriga a permitir a punição por meio de analogia ou a criação de tributos em violação ao preceito constitucional que estabelece a legalidade tributária estrita.

Quando sustentamos que a extensão de um precedente deve ser feita por um raciocínio analógico, não estamos sustentando qualquer tipo de flexibilização da regra da legalidade estrita, mas tão somente que, se houver dois casos que, abstratamente considerados, possam ser igualmente compreendidos no quadro das possibilidades semânticas do texto de uma norma legal N, a regra jurisprudencial R<sup>1</sup>, segundo a qual o caso C<sup>1</sup> está compreendido hipótese de incidência de N, só pode ser estendida caso se conclua que o caso C<sup>2</sup>, a ser resolvido pela nova regra jurisprudencial R<sup>2</sup>, também é enquadrável na hipótese de incidência de n<sup>o</sup> A fundamentação de R<sup>2</sup>, porém, só pode estar baseada em um precedente judicial se ao se *comparar* os casos C<sup>1</sup> e C<sup>2</sup> for possível concluir que há razões de princípio que justificam a mesma solução para os dois casos em julgamento. É apenas nesse sentido que afirmarmos haver um raciocínio analógico para estabelecer R<sup>2</sup> a partir de R<sup>1</sup>.

possíveis, consoante as próprias pretensões a direito levantadas, no sentido de se alcançar a norma adequada, única capaz de produzir a justiça naquele caso específico”<sup>83</sup>.

É simplesmente impossível, portanto, a aplicação de qualquer precedente ou, mais genericamente, de qualquer regra ou princípio jurídico, sem atenção detalhada a todas as circunstâncias específicas para cada caso concreto, com vistas a realizar o ajustamento da norma à realidade, por meio da individualização do direito.

#### 4. A TÉCNICA DO PRECEDENTE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Um dos pontos fundamentais da proposta de Novo Código de Processo Civil em andamento no Congresso Nacional é atribuir expressamente força vinculante ao precedente judicial no direito brasileiro.

Sem embargo, parece-nos que o novo projeto busca dar ao precedente judicial um caráter argumentativo e racional que esteve ausente na maior parte das propostas anteriores de criação de mecanismos processuais de unificação do direito por parte da jurisprudência.

Esse caráter argumentativo e racional da prática do precedente judicial já vinha sendo reclamado pela melhor doutrina nacional, que pugnava por por uma construção discursiva e democrática da jurisprudência e por uma aplicação fundamentada do precedente judicial, como se pode ler no seguinte fragmento:

“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 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:

---

83. CARVALLHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 1ª. Reimp, 2012, p. 32-33.

1º – 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.

2º – 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 desconsiderando 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.

3º – 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.

4º – 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.

5º – 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 (...)

6º – 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*<sup>84</sup>.

Essas condições para a legitimação discursiva dos precedentes judiciais, propostas por Dierle Nunes, coincidem com as nossas reivindicações mais importantes para uma teoria brasileira – que ainda está por ser estabelecida – do precedente judicial.

Acreditamos, porém, que o projeto de Novo Código de Processo Civil supracitado constitui um avanço importante nessa direção.

Diferentemente da legislação sobre súmulas, que atribui efeito vinculante a um verbete geral e abstrato enunciado pelos tribunais superiores com o mesmo nível de generalidade da lei e enunciando, já de antemão e de forma definitiva, a suposta interpretação da *ratio decidendi*, a nova proposta busca, também, “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”<sup>85</sup>.

Esse ânimo de permitir a ampla discussão sobre a aplicabilidade do precedente faz a nova proposta se aproximar do modelo argumentativo e discursivo do *common law* inglês, o que para nós é um grande avanço tendo em vista a ilegitimidade que a súmula jurisprudencial adquire no sistema ju-

---

84. 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, set. 2011, pp. 41-82, esp. p. 66-69. A fim de contribuir para a concisão de nosso texto, no entanto, omitimos na citação acima as valiosas referências bibliográficas feitas pelo autor citado no corpo de sua exposição. Para uma análise mais completa do tema, remetemo-nos ao artigo citado.

85. BRASIL, *supra*, nota 10 (Relatório), p. 39.

rídico brasileiro, já que ela pretende ser uma enunciação de normas tão gerais e abstratas quanto a lei, abarcando *ex ante* não apenas o caso específico dos autos, mas também uma série de casos hipotéticos que nunca foram discutidos com informações completas e observando-se o denominado *Mootness Principle* (princípio da vinculação ao debate).

O modelo de precedentes vinculantes adotado pelo Novo CPC exige expressamente, sob pena de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, um discurso de aplicação dos precedentes judiciais, por meio de analogias e contra-analogias (*distinguish*) informadas por princípios jurídicos e pelo princípio da universalizabilidade, que é uma exigência do princípio da “equidade” ou “justiça formal”.

O art. 500, § 1º, do projeto estabelece, nesse sentido, que “*não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que*”:

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”.

Esses três preceitos nos parecem fulcrais para compreender a sistemática do precedente vinculante no direito brasileiro, pois tornam obrigatória uma *cultura argumentativa* na práxis jurídica nacional.

O inciso IV, ao tornar obrigatório enfrentar todos os argumentos aduzidos pelas partes, evoca um discurso de aplicação sobre o precedente judicial, fazendo com que os juízes, necessariamente, tenham de tomar em conta *todas as circunstâncias específicas do caso concreto*, e todas as razões dadas pelas partes para a interpretação ou re-interpretação do precedente, bem como seu ajustamento a novos dados empíricos e normativos que eventualmente não tenham sido considerados anteriormente.

O inciso V, por outro lado, reforça essa obrigação, exigindo que a aplicação do precedente – é dizer, a sua extensão por analogia para casos semelhantes – seja expressamente pautada pelos *princípios e razões justificatórias* que fundamentam o precedente. Neste particular, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro se afasta da doutrina positivista do precedente judicial, que

predominou no Reino Unido, principalmente na Inglaterra, durante o século XIX e a maior parte do século XX. Segundo esta ultrapassada doutrina, que não se aplica nem mesmo naquele sistema jurídico, como explicamos nas seções II e III deste trabalho, o precedente é vinculante apenas em razão da autoridade que o sistema jurídico atribui a determinados órgãos jurisdicionais.

O inciso V parece acatar, expressamente, a concepção pós-positivista ou discursiva do precedente judicial, tal como defendida por MacCormick e reforçada neste trabalho, que defende expressamente que a vinculação ao precedente é na verdade uma vinculação aos *fundamentos* da decisão, aos *princípios* que a justificam e que devem ser repetidos com fundamento nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do direito. O fundamento do precedente não é apenas a *auctoritas*, mas também a *ratio*, que se determina pelas exigências de coerência, integridade e racionalidade do sistema jurídico.

O inciso VI, por seu turno, exige o mesmo tipo de procedimento intelectual e ônus argumentativo para a diferenciação do precedente. Na realidade, *distinguishing* e extensão por analogia constituem duas facetas do mesmo processo hermenêutico, diferenciando-se apenas pelo resultado desse procedimento. Os incisos V e VI exigem unicamente, portanto, que esse procedimento cumpra o dever de motivação das decisões judiciais e obedeça a todas as restrições que esta impõe sobre a argumentação jurídica.

O inciso VI adota ainda, expressamente, o princípio da *inércia* na aplicação de precedentes, que havia sido defendido por Perelman e Alexy em suas teorias da argumentação jurídica<sup>86</sup>. Como já se teve oportunidade de explicar em outra ocasião,

“o caráter evolutivo do direito repele as cristalizações e a estagnação. Entre os movimentos de continuidade e de evolução, é verdade, existe contínua tensão, a que ALEXY chamou de universalidade e de princípio da inércia (*Trägheitsprinzip*)”<sup>87</sup>

---

86. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'Argumentation*. Bruxelas: Université Libre de Bruxelles, 1979, p. 140; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 192.

87. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 284.

O princípio da inércia exige que o afastamento do precedente encontre justificação racional: “quem quer que deseje se afastar de um precedente detém o ônus da argumentação”<sup>88</sup>.

Na mesma direção, a vinculatividade estabelecida no art. 509, II, III e IV do novo CPC para os precedentes judiciais (e não apenas as súmulas), é temperada pela abertura que o código deixa para a interpretação do precedente judicial, quando o código estabelece, no § 5º do mesmo dispositivo, que o precedente vinculante “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”.

Essa disposição impede a separação entre a prática de se seguir precedentes e a argumentação, sendo de crucial importância para a individualização do direito e para os discursos de aplicação. Ela torna a prática de se seguir precedentes – que, aliás, já existe mesmo onde eles não são vinculantes, em vista tanto de razões de justiça quanto de razões de praticidade – mais racional e controlável pelo intérprete, fomentando o caráter argumentativo do direito.

Aliás, o Novo Código, ao dizer, no mesmo § 5º do artigo 509, que o mesmo processo de diferenciação e comparação de precedentes se aplica também às súmulas jurisprudenciais, *corrige* boa parte das distorções apontadas na seção I deste ensaio, na medida em que fica terminantemente proibido ler as súmulas jurisprudenciais isoladamente, sem referência aos *casos* que levaram à sua promulgação, que passam a ser tidos como parte da súmula.

Se, na sistemática atual, o Poder Judiciário brasileiro é severamente criticado por aplicar súmulas de maneira mecânica e simplista, com o Novo Código isso deixará de ser mera inconveniência para se tornar uma ilicitude, uma razão para anulação da sentença judicial.

Concluimos, portanto, que as novas regras de interpretação do precedente judicial e de motivação das decisões podem contribuir, em importante medida, para a racionalização do processo decisório do poder judiciário. Isso, no entanto, se elas forem efetivamente respeitadas e interpretadas de forma correta, como propusemos nesse trabalho, pois caso contrário os precedentes serão apenas mais uma válvula de escape para o arbítrio judicial.

---

88. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, em Neil MacCormick e Robert Summers (orgs.), *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot, Ashgate (pp. 17-64), 1997, p. 30.



# OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL NO NOVO CPC

*LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO<sup>1</sup>*

---

**Sumário.** 1. Introdução. 2. A redação original do anteprojeto (art. 73, § § 6º, 8º e 9º) e as modificações realizadas no Senado Federal (art. 87, § 7º). 3. As modificações realizadas no texto que trata da sucumbência recursal pelo relatório-geral do Deputado Sérgio Baradas Carneiro, na Câmara dos Deputados (art. 85, § 10º). 3.1. O critério de criação dos honorários recursais. 3.2. A arbitramento em julgamento monocrático ou colegiado. 3.3. As condições para o cabimento dos honorários recursais. 3.4. As alternativas para o relator ou órgão colegiado na fixação de honorários recursais. 3.5. Os critérios para a fixação de honorários recursais. 4. Conclusão.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento geral, tramita no Poder Legislativo Brasileiro projeto de lei que visa a introduzir um novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Esse projeto já passou por duas fases, está no meio da terceira, e, ao que tudo indica, passará pela quarta fase antes de ser remetido à sanção presidencial.

A *primeira fase* foi a de elaboração do anteprojeto, por meio da Comissão de Juristas criada pelo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney. Tal texto foi confeccionado entre outubro de 2009 e julho de 2010 e continha 970 artigos. Depois de recebê-lo, como parlamentar, o Senador

---

1. Doutorando (PUC/SP), mestre (PUC/SP) e especialista (UCDB/INPG) em Direito Processual Civil. Professor do curso de graduação e especialização da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Integrou a Comissão de Juristas que assessorou o relator-geral no Senado Federal na análise do PLS nº 166, de 2010 e integra a outra Comissão de Juristas que assessora o relator-geral na Câmara dos Deputados na análise do PL nº 8046, 2010. Advogado.

José Sarney o subscreveu e o apresentou ao Senado Federal dando início formal à tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010.

Com isso, teve início a *segunda fase*, qual seja, a de apreciação do texto em primeiro lugar pela Comissão Especial composta por alguns Senadores e, depois, pela composição completa, ou seja, pelo órgão plenário do Senado Federal. Entre julho e dezembro de 2010 o relator-geral do projeto, Senador Valter Pereira (PMDB/MS), assessorado por outra Comissão de Juristas, elaborou um texto substitutivo no qual realizou modificações, acréscimos e supressões do texto inicial do anteprojeto. Este texto, depois de apreciado tanto na Comissão Especial de Senadores quanto no Plenário da Casa Alta do Congresso Nacional, foi aprovado com 1007 artigos e remetido à Câmara dos Deputados para a revisão na forma prevista no parágrafo único do art. 65<sup>2</sup> da Constituição Federal.

Com a remessa do texto para a Câmara dos Deputados teve início a *terceira fase* do projeto. Na Casa Revisora o texto foi rebatizado e renumerado. Assim, em substituição à denominação “Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010” se criou a denominação “Projeto de Lei nº 8046 de 2010”. Na mesma linha do que aconteceu no Senado Federal, a Câmara dos Deputados criou uma Comissão Especial de alguns Deputados para fazer a análise inicial e, depois, o texto será submetido à composição completa, ou seja, ao plenário da Câmara dos Deputados. Na Comissão Especial, inicialmente foi designado como relator-geral do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA). Aconteceu que, antes de finalizar o relatório-geral, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que era suplente, deixou a Casa, pois o titular do mandato retornou à Câmara dos Deputados. Com isso, em sua substituição, o Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP) foi designado para a função de relator-geral. Depois de alguns meses, eis que o Deputado Sérgio Barradas Carneiro reassumiu o mandato e a função de relator-geral, tendo o Deputado Federal Paulo Teixeira passado a ocupar a condição de relator-geral substituto. O Deputado Sérgio Barradas Carneiro, assessorado por outra Comissão de Juristas, elaborou um texto substitutivo no qual realizou modificações, acréscimos e supressões do texto de 1007 artigos que foi aprovado no Senado Federal, consolidando-o em 1079 arti-

---

2. Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

gos<sup>3</sup>. Aconteceu que antes de seu relatório-geral ser votado, eis que mais uma vez o Deputado Sérgio Barradas Carneiro deixou a Câmara dos Deputados por nova assunção do cargo do titular do mandato pelo Estado da Bahia, o Deputado Federal Marcos Medrado (PTD/BA), que havia se licenciado por 120 dias. Com isso, o Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP) reassumiu a condição de relator-geral e, atualmente, trabalha na parcial reformulação do relatório-geral já apresentado à Comissão Especial de Deputados para, depois de eliminar alguns pontos de divergência, possa submetê-lo à votação consensual. Espera-se que o texto final do Deputado Paulo Teixeira seja votado – e aprovado – no início de 2013 na Comissão Especial e, logo depois, no plenário da Câmara dos Deputados de modo a que possa ser devolvido ao Senado Federal para a quarta e última fase do projeto antes da sanção presidencial.

Na *quarta fase* caberá ao Senado Federal avaliar cada uma das alterações realizadas pela Câmara dos Deputados, aprovando-as ou rejeitando-as individualmente, de modo que, muito provavelmente, o texto final que será remetido para a sanção presidencial será um misto entre a versão de 1007 artigos aprovada no Senado Federal em 15-12-2010 e a versão a ser aprovada na Câmara dos Deputados, que, como dito, até o momento, apresenta-se com 1079 artigos.

Portanto, como o presente artigo foi redigido antes da revisão do novo relator-geral, Deputado Paulo Teixeira, e da votação perante a Câmara dos Deputados, os comentários observarão o texto tal como apresentado pelo então Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

Neste contexto, o presente artigo abordará os *honorários de sucumbência recursal* no novo CPC, que se constitui em uma das grandes novidades apresentadas no anteprojeto, que, por sua vez, foi mantida no Senado Federal e que, ao seu turno, foi substancialmente aperfeiçoada no relatório-geral a ser apreciado pela comissão especial de Deputados Federais.

---

3. <http://sergiobc.com.br/?p=5820>, acesso em 13-01-2013.

## 2. A REDAÇÃO ORIGINAL DO ANTEPROJETO (ART. 73, § 6º, 8º E 9º) E AS MODIFICAÇÕES REALIZADAS NO SENADO FEDERAL (ART. 87, § 7º).

Redação do anteprojeto	Redação do Senado Federal PLS nº 166, de 2010
<p>Art. 73... § 6º. Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto no § 2º e o limite total de vinte e cinco por cento.</p> <p>...</p> <p>§ 8º Em caso de provimento de recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça afastará a incidência dos honorários de sucumbência recursal.</p> <p>§ 9º O disposto no § 6º não se aplica quando a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial.</p>	<p>Art. 87... § 7º. Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos §§ 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento <i>para a fase de conhecimento</i>.</p> <p>...</p> <p>§ 8º Em caso de provimento de recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça afastará a incidência dos honorários de sucumbência recursal.</p> <p>§ 9º O disposto no § 6º não se aplica quando a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial.</p>

O anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas estabeleceu<sup>4</sup> no § 6º do art. 73 o seguinte: “Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto no § 2º e o limite total de vinte e cinco por cento.”

4. O PLS nº 478, de 2007, que foi consultado na elaboração do anteprojeto e que era de autoria do Senador Valter Pereira (PMDB/MS), continha a mesma ideia, pois projetava o seguinte: “§ 8º Quando não-conhecido ou improvido o recurso que combata pronunciamento judicial fundado no art. 267 ou 269 deste Código, o Tribunal fixará honorários advocatícios complementares em favor do advogado do recorrido, observado o seguinte: a) tratando-se processo onde os honorários devam ser fixados com base nos §§ 3º, 4º, 5º e 7º deste artigo, a verba complementar será adicionada à fixada na instância anterior e, somadas, não ultrapassarão os limites dos §§ 3º e 4º, respectivamente. b) tratando-se processo onde os honorários devam ser fixados com base no § 6º deste artigo, a verba complementar será fixada por apreciação equitativa do respectivo Tribunal e será somada à arbitrada na instância anterior.” (<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/10937.pdf>, acesso em 13-01-2013)

Como visto, a instituição de honorários recursais foi uma das grandes – e boas – novidades do anteprojeto<sup>5</sup>. Foi concebida fundamentalmente com o objetivo de evitar a utilização indiscriminada do direito de recorrer, pois previa a adição (...*nova verba honorária advocatícia*) de uma condenação pecuniária que poderia chegar a 25% do valor da causa ou do proveito econômico desta a quem recorresse e não tivesse sucesso, quer por aspectos formais (... *não admitir*), quer em relação ao mérito (... *negar...provimento*), a ser revertida a favor do advogado do vencedor. O texto exigia, como condição para a fixação da verba honorária, que o recurso não fosse admitido ou provido *por unanimidade* (... não admitir ou negar, *por unanimidade*, provimento a recurso interposto...), o que, a *contrario sensu*, significava que quando não existisse consenso entre os julgadores quanto ao resultado do recurso, a verba honorária adicional seria indevida. O texto também exigia, para cabimento da condenação adicional da verba honorária, que o recurso *não* fosse conhecido ou *não* fosse provido, ou seja, que o pronunciamento da instância anterior fosse mantido, o que, também a *contrario sensu*, significa que verba honorária adicional seria indevida, por falta de amparo legal, quando ocorresse reforma da sentença ou acórdão. Tratou-se, portanto, de mecanismo criado para desestimular – e, com isso, reduzir – a interposição de recursos infundados, para, juntamente com outras iniciativas, assegurar a celeridade processual, que é um dos escopos centrais do novo Código de Processo Civil.

Depois disso, no Senado Federal, o texto do anteprojeto, já convertido no PLS nº 166, de 2010, sofreu algumas alterações. Foi renumerado em função da adição de alguns artigos ao projeto e a regra de fixação de honorários recursais passou a constar do § 7º do art. 87, da seguinte forma: “A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos § 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento *para a fase de conhecimento*.”

A supressão da primeira parte do texto do anteprojeto decorre da completa alteração da razão de criação da sucumbência recursal, resgatando a essência

---

5. O art. 55 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, já estabelece a sucumbência recursal, com a distinção de que nas causas que tramitam nos Juizados, de regra, não há honorários em 1º grau, verbis: “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

do padrão nacional em vigor no Código de Processo Civil (art. 20, §§ 3º e 4º) combinado com a Lei 8.906/94 (art. 23). Na concepção atual, a verba honorária existe para remunerar o advogado por seu trabalho. Depende de fato objetivo: a derrota. Não é punição da parte vencida. A versão do anteprojeto, por sua vez, partia de outro pressuposto para a fixação da verba honorária recursal: seria cabível para apenar a parte que interpusesse recurso infundado, assim compreendido o não-admitido ou não-provido por unanimidade. Trata-se de reprodução da essência de regra que já existiu no sistema brasileiro entre 1939 e 1965<sup>6</sup>, período em que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios – não os honorários recursais (que não existiam), mas, sim, os honorários fixados em 1º grau – dependia da ocorrência de má-fé, dolo ou culpa do vencido.

Pois bem, ao abolir a parte que dizia “Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão,” o Senado Federal deixou claro, na esteira do sistema que vigora no Brasil desde 1965, que os honorários não devem ser fixados para punir a parte, mas, sim, para servir de fonte para remunerar o advogado da parte vencedora por seu trabalho. Vale reafirmar por palavras outras: o Senado Federal transmudou a sucumbência recursal criada no anteprojeto, resgatando o cerne do padrão atual, afastando a concepção de instrumento de *sanção da parte que interpõe recurso infundado* para deixar claro que será *fonte para retribuição financeira pelo trabalho (adicional) do*

---

6. “No Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), a condenação ao pagamento de honorários advocatícios dependia da ocorrência de má-fé, dolo ou culpa do vencido. O art. 63 dizia que tal condenação tinha lugar quando *o vencido*, seja ele autor ou réu, *alterasse a verdade dos fatos*, e o art. 64, por sua vez, previa que os honorários também eram devidos quando se reconhecesse que o *réu agiu com dolo ou culpa*. Fora desses casos, a condenação era incabível. Portanto, naquele tempo, não existia relação entre o trabalho do advogado e sua remuneração. Em verdade, os honorários advocatícios funcionavam como uma *punição* para a parte que agisse *com má-fé* ou para o requerido quando atuasse *com dolo ou culpa*. Em 1965, o art. 64 do Decreto-lei nº 1.608/39 (CPC de 1939) foi alterado pela Lei nº 4.632, de 18-5-1965. A nova redação modificou a concepção inicial do Código, pois os honorários passaram a ser fixados em todos os processos, independente da ocorrência de má-fé, dolo ou culpa. Pela então nova regra, a sua fixação dependia *apenas da derrota*, pois quem perdesse era condenado a pagar ao advogado do vencedor a verba que era arbitrada pelo Juiz *“motivadamente”* e com *“moderação”* (VOLPE CAMARGO. Luiz Henrique. **Não cabimento de honorários advocatícios em mandado de segurança: o entendimento equivocado que virou lei**. Revista de Processo, Vol.181, Ano 35, Março/2010, p. 189/230.

7. O caráter sancionatório é explícito no anteprojeto tanto que o § 7º do art. 73 diz que “Os honorários referidos no § 6º são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive a do art. 66.”

*advogado da parte vencedora* do recurso no tribunal de segundo grau ou no tribunal superior.

Em função da alteração da essência da regra para a fixação de honorários recursais, não existia mais razão para condicionar a sua fixação à existência ou não de consenso entre os julgadores, o que permitiu, portanto, a exclusão da condicionante do *juízo unânime* que existia na versão inicial, contida no anteprojeto.

Essa alteração da essência dos honorários recursais também permitiu afastar a exigência de não-reforma da sentença ou do acórdão. Tratou-se de alteração buscou observar a necessidade de tratamento isonômico entre as partes adversas e seus advogados, pois, com isso, se possibilitou a fixação de honorários tanto no caso de não-conhecimento ou não-provimento; quanto no caso de provimento do recurso. Nesta linha, no caso de provimento do recurso, haveria não só a inversão da condenação dos honorários fixados em 1º grau pelo trabalho realizado até então, mas, também, a fixação de novos honorários para o trabalho adicional no tribunal, que seriam somados aos arbitrados na instância inferior. Um exemplo pode auxiliar a demonstrar a situação que não era contemplada no anteprojeto, mas que, com a modificação do Senado Federal, passou a ser tratada no dispositivo que regula a sucumbência recursal. Suponha-se que a parte autora “A”, patrocinada pelo advogado “X”, não teve sucesso em 1º grau na ação de cobrança que promove contra a parte “B”, patrocinada pelo advogado “Y”, e é condenada ao pagamento de 10% de honorários sobre o valor da causa. Inconformada, a parte “A” ingressa com recurso de apelação que, por sua vez, é provido para acolher o pedido condenatório formulado pelo autor-apelante “A”. Neste caso, o tribunal deve inverter os ônus de sucumbência, condenando “B” a pagar ao advogado de “A” 10% sobre o valor da condenação e, também, fixar honorários recursais a favor do “X”, que é advogado de “A”, para remunerá-lo por seu trabalho adicional em 2º grau. Esses honorários recursais – que poderiam ser fixados, por exemplo, em mais 5%, pois o limite geral é de 25% –, seriam somados aos fixados em 1º grau (cuja titularidade seria invertida com o provimento do recurso), totalizando, assim, a condenação em 15% (10% do 1º grau + 5% do 2º grau).

A mudança de núcleo da razão de ser da fixação de honorários advocatícios também demandou, no Senado Federal, a supressão do § 8º do

---

8. § 8º Em caso de provimento de recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça afastará a incidência dos honorários de sucumbência recursal.

art. 73 do anteprojeto, que previa que a *sanção seria relevada* pelo Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça no caso de provimento de recurso extraordinário ou especial. É que não sendo mais *sanção* – mas, sim, retribuição por trabalho – não deve existir a possibilidade de afastamento da verba fixada. Além disso, o § 8º do art. 73 do anteprojeto também foi excluído porque, em verdade, era desnecessário. É que uma vez provido o recurso especial ou extraordinário invariavelmente a Corte haveria de inverter a condenação, pois vencedor do 2º grau se transformaria em vencido no STJ (ou STF), logo, sem dúvida a Corte *afastaria* (porque *inverteria* o montante já fixado) a incidência da sucumbência recursal.

A alteração da essência da sucumbência recursal também justificou a supressão do § 9º do art. 73 do anteprojeto, que dizia que esta não teria incidência “quando a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial”, porque a circunstância de existir ou não dissenso quanto à questão jurídica em julgamento não reduz ou elimina o trabalho do advogado no tribunal. Além disso, esse dispositivo também foi excluído porque é contrário à própria essência do projeto de novo CPC, que elege como um de seus pilares a estabilidade da jurisprudência (art. 882 da versão do Senado Federal). Vale dizer: não se afigura coerente que o projeto que prega o respeito aos precedentes, de forma expressa, admita a “divergência jurisprudencial”.

Outrossim, a versão do Senado Federal também incluiu a referência ao § 3º<sup>10</sup>, alteração que teve o objetivo de deixar claro que a sucumbência recursal *também* se aplicaria aos processos em que a Fazenda Pública é parte, situação que não estava nítida na redação do anteprojeto. Nesta, havia remissão apenas ao § 2º<sup>11</sup>, que dizia respeito aos processos onde a Fazenda

---

9. § 9º O disposto no § 6º não se aplica quando a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial.

10. “§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro seguintes percentuais, observando os referenciais do § 2º: I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos.”

11. § 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 do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.



Pública *não* é parte, mas não ao § 3<sup>o</sup><sup>12</sup> do art. 73, que cuidava da regra de fixação dos honorários nas causas em que esta figurasse como parte. Ora, não existe razão jurídica para excluir a Fazenda Pública da sucumbência recursal, daí porque a alteração realizada no Senado Federal corretamente eliminou o injustificável privilégio, especialmente levando-se em conta a nova razão de ser da sucumbência recursal, que, repita-se, é a de remunerar o trabalho adicional do advogado.

A última modificação realizada no Senado Federal diz respeito à inclusão da frase “*para a fase de conhecimento*” no final do § 7<sup>o</sup> do art. 87 para deixar claro que o teto de 25% de honorários diz respeito apenas à fase cognitiva, tudo para guardar coerência com o § 1<sup>o</sup><sup>13</sup> do art. 87 que trata do cabimento de novos honorários na fase de cumprimento de sentença, *cumulativamente* com os fixados para a fase de conhecimento. Quer isto dizer que na eventualidade dos honorários da fase cognitiva atingirem 25% isso em nada prejudicaria a fixação de novos honorários para a fase de cumprimento de sentença, tudo em prestígio ao princípio da causalidade, pois, caso o condenado resista ao cumprimento espontâneo da sentença, novos honorários hão de ser fixados ao advogado do exequente, mesmo que, no total, tudo somado ultrapasse os 25% (estabelecidos apenas para a fase de conhecimento).

### 3. AS MODIFICAÇÕES REALIZADAS NO TEXTO QUE TRATA DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL PELO RELATÓRIO-GERAL DO DEPUTADO SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO, NA CÂMARA DOS DEPUTADOS (ART. 85, § 10<sup>o</sup>).

<p style="text-align: center;"><b>Redação do Senado Federal PLS n<sup>o</sup> 166, de 2010</b></p>	<p>Art. 87.. ..</p> <p>§ 7<sup>o</sup>. A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos §§ 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento.</p>
--	---

- 
12. § 3<sup>o</sup> Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2<sup>o</sup>.
  13. § 1<sup>o</sup> A verba honorária de que trata o caput será devida também no pedido contraposto, no cumprimento de sentença, na execução resistida ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

<p><b>Redação do Relator-Geral na Câmara dos Deputados PL nº 8046, de 2010</b></p>	<p>Art. 85.. ..</p> <p>§ 10º O tribunal, de ofício, fixará honorários advocatícios a favor do advogado do vencedor do recurso, observando as seguintes regras:</p> <p>I – os honorários serão fixados no julgamento monocrático ou colegiado de todos os recursos contra decisão na qual já houver a fixação da verba honorária, salvo no agravo interno, no agravo de admissão, nos embargos de declaração e nos embargos de divergência;</p> <p>II – no caso de inadmissão ou improvimento total do recurso, os honorários arbitrados pelo tribunal serão somados aos estabelecidos anteriormente;</p> <p>III – no caso de provimento total do recurso, o tribunal inverterá a condenação inicial e fixará os honorários recursais;</p> <p>IV – no caso de provimento parcial, o tribunal, depois de fixar a verba pela sucumbência recursal, realizará a distribuição dos honorários entre os advogados de forma proporcional à vitória de cada uma das partes por eles representadas;</p> <p>V – nos processos em que a Fazenda Pública:</p> <p>a) não for parte, a fixação dos honorários recursais será de três a cinco pontos percentuais em cada tribunal, observado o § 2º deste artigo;</p> <p>b) for parte, independente do valor da causa, a fixação dos honorários recursais será de um a três pontos percentuais em cada tribunal, observado o disposto nos §§ 2º, 4º, 5º e 6º deste artigo.</p>
--	--

### 3.1. O critério de criação dos honorários recursais.

O relatório-geral apresentado na Câmara dos Deputados manteve o mesmo critério para a fixação de honorários pela sucumbência recursal introduzida no Senado Federal, qual seja, o fato objetivo da *derrota* no recurso para remunerar o advogado por seu trabalho adicional.

Como sustentou o Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro<sup>14</sup>, “instituição de honorários recursais é louvável porque se em função de recurso (ou recursos) do vencido o advogado do vencedor tem trabalho adicional no tribunal, nada mais justo do prever a remuneração suplementar para a hipótese de novo insucesso por parte do vencido. O objetivo da regra é, essencialmente, remunerar o advogado pelo trabalho adicional. É, portanto, um aprimoramento do modelo chiovendiano de condenação aos ônus da sucumbência que foi introduzido no sistema nacional pela Lei 4.632, de 18.05.1965, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil de 1939.”

14. <http://sergiobc.com.br/?p=5820>, p. 356, acesso em 13-01-2013.

Apesar de manter a essência da regra, o relatório-geral reescreveu o texto, com o detalhamento de importantes parágrafos no art. 87 que, se convertidos em lei, certamente evitarão diversas discussões quando de sua aplicação.

### 3.2. A arbitramento em julgamento monocrático ou colegiado.

A primeira virtude do texto é deixar expresso que os “honorários serão fixados no julgamento monocrático ou colegiado”, situação que não estava regulada claramente no texto aprovado no Senado Federal.

Isto quer dizer a regra geral é a de que tanto nos casos de decisão monocrática, a ser tomada nos casos do art. 945<sup>15</sup>, quanto nos casos de julgamento colegiado, unânime ou não-unânime, os honorários adicionais são devidos e deverão ser fixados por ocasião do julgamento.

### 3.3. As condições para o cabimento dos honorários recursais.

As ressalvas à regra de fixação em julgamento monocrático ou colegiado decorrem do *tipo de pronunciamento judicial questionado* e, cumulativamente, a partir da *espécie de recurso julgado*.

Há, portanto, condições para o cabimento de honorários recursais, já que, pela nova versão do projeto, estes não são admissíveis no julgamento de todos os recursos.

---

15. 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 atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida; IV – negar provimento a recurso: a) que contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V – dar provimento ao recurso: a) se a decisão recorrida contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) se a decisão recorrida for contrária a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) se a decisão recorrida contrariar 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 nos regimentos internos dos tribunais. 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.

Com efeito, só serão cabíveis honorários recursais nos casos em que, em 1º grau, for admissível a fixação dos honorários pela atuação em tal instância. Para ser mais específico, somente serão cabíveis honorários recursais quando o recurso questionar pronunciamento judicial fundado no artigo 495 ou no artigo 497<sup>16</sup>, isto é, contra sentença<sup>17</sup> (parcial ou que aborde integralmente todos pedidos do autor) ou acórdão que a confirme ou reforme, pois, o arbitramento de honorários não é admissível em decisões interlocutórias (tampouco nos acórdãos delas decorrentes)<sup>18</sup>, nem em 1º grau, nem junto a qualquer tribunal.

Outrossim, somente serão cabíveis os honorários recursais no julgamento de recurso de apelação; agravo (de instrumento<sup>19</sup>); recurso ordinário; recurso especial ou recurso extraordinário e não no caso de julgamento de agravo interno, agravo de admissão, embargos de declaração e embargos de divergência.

A escolha de apenas alguns recursos revela a opção política de que a fixação de honorários recursais ocorra *uma única vez por tribunal*, independente da quantidade de recursos interpostos junto à respectiva Corte. Portanto, mesmo quando o tribunal julgar um recurso (agravo interno; agravo de admissão; embargos de declaração ou embargos de divergência) que tiver procedência em pronunciamento judicial (decisão monocrática ou colegiada) de julgamento de recurso anterior, que, na origem, esteja fundado no art. 495 ou 497, os honorários recursais serão indevidos.

---

16. Numeração da versão do relatório-geral na Câmara dos Deputados e correspondentes, respectivamente, aos artigos 267 e 269 do CPC/1973.

17. Esse raciocínio decorre da aplicação conjunta do art. 85 com o § 1º do art. 203 do projeto que dizem: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.”; “Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 495 e 497, põe fim ao processo ou a alguma de suas fases.”

18. A versão aprovada no Senado Federal não regulava o tema de forma explícita. Mesmo assim, o mesmo raciocínio se extraía do texto quanto dizia que o tribunal arbitraría “nova” verba honorária, indicando, portanto, somente seria cabível quando já existisse “prévia” verba fixada, o que, pelo projeto, só se admite nas sentenças e não nas decisões interlocutórias.

19. Lamentavelmente o nome do “agravo de instrumento” foi alterado no relatório-geral apresentado na Câmara dos Deputados para, apenas, “agravo”, sob a justificativa de que com o processo eletrônico não há a formação de “instrumento”. Essa alteração de denominação, se mantida, gerará injustificado déficit de compreensão, sobretudo diante do fato de que o projeto contempla outros agravos (de admissão e interno). O ideal mesmo seria manter o nome agravo de instrumento, pois, mesmo no processo eletrônico, há, sim, a formação de instrumento. “Instrumento” eletrônico, é verdade, mas há, sim, “instrumento”, afinal a parte precisa instruir o recurso as peças (digitalizadas) necessárias ao julgamento do recurso pelo tribunal.

Por exemplo, se a parte interpõe recurso de apelação e este é improvido ou provido monocraticamente, haverá a fixação de honorários recursais. Mas se o vencido não se conformar e mais uma vez recorrer por meio do agravo interno, no julgamento colegiado deste não haverá novo arbitramento. O mesmo ocorre se, na sequência, contra tal acórdão, a parte ingressar com embargos de declaração. Neste caso, não haverá a nova condenação, ainda que o advogado do recorrido tenha que apresentar contrarrazões<sup>20</sup>.

Essa regra de fixação de honorários recursais uma única vez *por tribunal* só é mitigada no caso do agravo de admissão, que, pelo projeto, é o recurso cabível contra a decisão que não admite recurso especial ou recurso extraordinário. É que se o agravo de admissão for improvido, o recurso de estrito direito (especial ou extraordinário) não será julgado pelo STJ ou STF, conforme o caso, logo, não haverá a possibilidade de fixação da contraprestação financeira pelo trabalho adicional do advogado do vencedor realizado junto a qualquer destes tribunais no agravo de admissão. Por isso, para manter a coerência, o ideal seria suprimir o agravo de admissão, quando improvido, do rol de exceções do inciso I<sup>21</sup>, do § 10º, do art. 87.

Em suma, para o cabimento da condenação de honorários recursais é preciso que, ao mesmo tempo:

- a) se questione pronunciamento fundado no artigo 495 ou no artigo 497<sup>22</sup>, isto é, uma sentença ou acórdão que a confirme ou a reforme;
- b) o recurso em julgamento seja apelação; agravo (de instrumento); ordinário; especial ou extraordinário.

A coexistência dessas duas condições é indispensável para a fixação de honorários recursais, daí porque estes não são cabíveis, quando, por exemplo, o agravo (de instrumento) tiver por objeto uma decisão interlocutória.

---

20. Art. 1036. Os embargos serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, não estando sujeitos a preparo. § 1º. Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229 deste Código. § 2º Nos casos em que os embargos apresentarem potencial efeito modificativo, será aberta vista ao embargado, pelo prazo de cinco dias.

21. § 10º O tribunal, de ofício, fixará honorários advocatícios a favor do advogado do vencedor do recurso, observando as seguintes regras: I – os honorários serão fixados no julgamento monocrático ou colegiado de todos os recursos contra decisão na qual já houver a fixação da verba honorária, salvo no agravo interno, no agravo de admissão, nos embargos de declaração e nos embargos de divergência;

22. Numeração da versão do relatório-geral na Câmara dos Deputados e correspondentes, respectivamente, aos artigos 267 e 269 do CPC/1973.

Nessa linha, a análise das hipóteses de cabimento do agravo (de instrumento) previstas no projeto no art. 1028<sup>23</sup> do projeto demonstra que os honorários serão cabíveis quando o recurso versar sobre o mérito da causa; tratar de exclusão de litisconsorte; questionar o indeferimento de petição inicial de reconvenção ou julgá-la liminarmente improcedente, porque em todos esses casos, por se constituírem em pronunciamentos judiciais fundados no artigo 495 ou no artigo 497 – que, portanto, se encaixam no conceito de sentença previsto no art. 203, § 1<sup>o24</sup> –, comportam a condenação de honorários em 1<sup>o</sup> grau. De outra parte, em todos os demais casos não serão cabíveis honorários recursais porque, pela natureza do pronunciamento judicial (= decisão interlocutória no conceito previsto no art. 203, § 2<sup>o25</sup>), em 1<sup>o</sup> grau, eles já não são admissíveis. Assim, não cabem honorários recursais no julgamento de agravo (de instrumento) contra decisão interlocutória que: I – conceder, negar ou revogar tutela antecipada; II – rejeitar a alegação de convenção de arbitragem; III – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica; IV – negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de revogação desse mesmo benefício; V – determinar a exibição ou posse de documento ou coisa; VI – limitar o litisconsórcio; VII – admitir ou não admitir intervenção de terceiros; VIII – versar sobre competência; IX – determinar a abertura de procedimento de avaria grossa; X – redistribuir o ônus da prova nos termos do § 1<sup>o</sup> do art. 380; XI – converter a ação individual em ação coletiva; XII – originária de fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, processo de execução e processo de inventário.

- 
23. Art. 1028. Além de outros casos previstos em lei, cabe agravo contra decisão interlocutória que: I – conceder, negar ou revogar tutela antecipada; II – versar sobre o mérito da causa; III – rejeitar a alegação de convenção de arbitragem; IV – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V – negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de revogação desse mesmo benefício; VI – determinar a exibição ou posse de documento ou coisa; VII – excluir litisconsorte; VIII – limitar o litisconsórcio; IX – admitir ou não admitir de intervenção de terceiros; X – versar sobre competência; XI – determinar a abertura de procedimento de avaria grossa; XII – indeferir a petição inicial da reconvenção ou julgá-la liminarmente improcedente; XIII – redistribuir o ônus da prova nos termos do § 1<sup>o</sup> do art. 380; XIV – converter a ação individual em ação coletiva.
24. Art. 203.. .. § 1<sup>o</sup> Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 495 e 497, põe fim ao processo ou a alguma de suas fases.
25. Art. 203.. .. § 2<sup>o</sup> Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do § 1<sup>o</sup>.

### 3.4. As alternativas para o relator ou órgão colegiado na fixação de honorários recursais.

O texto também deixa clara a forma como o relator, em decisão monocrática, ou o órgão colegiado, em acórdão, deverá realizar a fixação dos honorários recursais. O projeto regula separadamente os casos de: *a)* inadmissão ou improvimento do recurso; *b)* provimento total; e, por fim, *c)* de provimento parcial.

Diz o texto que “no caso de inadmissão ou improvimento total do recurso, os honorários arbitrados pelo tribunal serão somados aos estabelecidos anteriormente”, ou seja, que os honorários recursais são realmente *adicionais* e devem ser acrescidos aos fixados em primeiro grau, pois, como reiteradamente repetido, têm o objetivo de remunerar o advogado por seu trabalho complementar realizado, conforme o caso, em 2º grau, no STJ ou no STF.

Já no caso de provimento total do recurso, o projeto diz que “o tribunal inverterá a condenação inicial e fixará os honorários recursais;”, mais uma vez expressando que o tribunal deve, primeiro, tratar da redefinição do beneficiário da condenação ao pagamento de honorários de 1º grau e, depois, arbitrar a verba adicional pela atuação no tribunal.

Por fim, o texto diz que “no caso de provimento parcial, o tribunal, depois de fixar a verba pela sucumbência recursal, realizará a distribuição dos honorários entre os advogados de forma proporcional à vitória de cada uma das partes por eles representadas”. O caso trata, portanto, da hipótese de sucumbência recíproca, onde, no caso de pedidos cumulados, cada uma das partes é, ao mesmo tempo, vencida e vencedora. Em casos assim, caberá ao tribunal dimensionar a vitória de cada uma delas e, nessa medida, fixar a remuneração devida ao advogado da parte adversa, sem compensar os honorários, posto que vedada expressamente pelo § 13<sup>o26</sup> do art. 87.

### 3.5. Os critérios para a fixação de honorários recursais.

O inciso V<sup>27</sup>, do § 10º do art. 87 cuida, especificamente, dos critérios para a fixação de honorários recursais.

---

26. Art. 87... § 13. 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.

27. Art. 87... § 10º. .. V – nos processos em que a Fazenda Pública: a) não for parte, a fixação dos honorários recursais será de três a cinco pontos percentuais em cada tribunal, observado o § 2º

Há duas regras distintas: uma para os processos nos quais a Fazenda Pública é parte e outro, diverso, para os casos em que não ocupa qualquer dos polos da relação processual. Isto quer dizer que, a exemplo do que acontece em relação às regras para a fixação de honorários originários, no âmbito recursal, por opção política, também se atribuiu percentuais diversos (e menores) para as causas onde a Fazenda Pública esta presente se comparados com as causas nas quais figuram, apenas, particulares.

Diz o texto que nos processos em que a Fazenda Pública não for parte “a fixação dos honorários recursais será de três a cinco pontos percentuais em cada tribunal, observado o § 2º deste artigo”. Assim, para fixar no piso de 3% ou no teto de 5% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou, em último caso, sobre o valor da causa caberá ao tribunal sopesar: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; e, IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Quanto, por outro lado, a Fazenda Pública for parte, seja como autora, seja como ré; independente do valor da causa, ou seja, independentemente de qual das faixas previstas no § 4º<sup>28</sup> do art. 87 esta se encaixar, “a fixação dos honorários recursais será de um a três pontos percentuais em cada tribunal”. Assim, para fixar no piso de 1% ou no teto de 3% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou, em último caso, sobre o valor da causa caberá igualmente ao tribunal sopesar: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; e, IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

---

deste artigo; b) for parte, independente do valor da causa, a fixação dos honorários recursais será de um a três pontos percentuais em cada tribunal, observado o disposto nos §§ 2º, 4º, 5º e 6º deste artigo.

28. “§ 4º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro dos seguintes percentuais, observando os referenciais do § 2º: I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre os valores apurados de até duzentos salários mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre os valores apurados que excederem duzentos salários mínimos, e até dois mil salários mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre os valores apurados que excederem dois mil salários mínimos e até vinte mil salários mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre os valores apurados que excederem vinte mil salários mínimos até um milhão de salários mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre os valores apurados que excedam um milhão de salários mínimos.”



O estabelecimento de piso e texto, em percentuais, é altamente louvável, pois evita, de um lado, a fixação de valor irrisório, e, de outro, o estabelecimento de valores astronômicos.

Para sintetizar, o quadro abaixo ilustra o cenário de menor remuneração e o de maior remuneração do advogado para processo onde a Fazenda Pública não integra o processo:

	Hipótese de MENOR fixação de honorários para causa levada até o Supremo Tribunal Federal	Hipótese de MAIOR fixação de honorários para causa levada até o Supremo Tribunal Federal
1º grau	10%	20%
2º grau	3%	5%
STJ	3%	5%
STF	3%	5%
<b>Total máximo</b>	19%	35%
Percentuais incidentes sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou, em último caso, sobre o valor da causa		

#### 4. CONCLUSÃO

A instituição de honorários recursais no novo Código de Processo Civil trata-se de grande novidade tanto do ponto de vista do jurisdicionado, quanto dos advogados, quanto da administração da Justiça.

Do ponto de vista do jurisdicionado, a sucumbência recursal é grande novidade<sup>29</sup>, pois, pelas regras em vigor, afora juros e correção monetária

29. Para Fernando B. Meneguim e Bruno Dantas “o CPC vigente não traz a previsão de novos honorários advocatícios quando se recorre. Isso significa que o perdedor, na primeira instância, tem todo o incentivo a recorrer, uma vez que não correrá nenhum risco em fazê-lo, mas, pelo contrário, se beneficiará por retardar o pagamento do principal, especialmente porque os juros da Justiça são inferiores aos praticados pelo mercado. Há um estímulo econômico para o devedor não aceitar a sentença, mesmo quando ele reconhece que a decisão foi justa e correta. Essa ausência de custo extra para manter o processo tramitando é um dos motivos para a morosidade do Poder Judiciário. Em contrapartida, se houvesse receio de incorrer em nova despesa antes de protocolar um recurso, o litigante talvez decidisse por não recorrer.” (DANTAS, Bruno. MENEGUIM, Fernando. **Honorários de sucumbência recursal**. Jornal Valor, Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010). Discorda-se deste argumento, pois as condenações pecuniárias são, de regra, atualizadas pelo IGPM-FGV e juros de 1% ao mês, sem capitalização. O acumulado do IGPM/FGV no ano de 2012 foi de 7,8%. Isso dividido por 12 meses resulta na média mensal de 0,65%. Essa correção mensal, somada ao

incidentes sobre condenações pecuniárias e custas recursais (CPC/73, art. 511), não existe qualquer outro fator econômico que estimule o vencido a aceitar o resultado de primeiro grau. A sucumbência recursal pode mudar esse cenário, pois será freio para a interposição de recursos infundados e protelatórios, já que, diante da perspectiva de imposição de despesa adicional, certamente o ato de recorrer será precedido de maior reflexão por parte do vencido. Isso, certamente, fará com que, de regra, os processos se encerrem mais rapidamente.

Sob a ótica dos advogados, a alteração representa avanço, pois o Código em vigor não contém regra equivalente para remunerar, gradativamente, o advogado por seu trabalho. Atualmente, não importa a dimensão do trabalho do advogado junto aos tribunais; não importa se o vencido se conforma ou não com o resultado de primeiro grau; se interpõe ou não todos os recursos admissíveis; se o processo se encerra no Tribunal de 2º grau, no STJ ou no STF, pois, ressalvadas as alterações na medida da sucumbência originária em decorrência do provimento de algum recurso, os honorários devidos pelo vencido e arbitrados em 1º grau não se alteram em qualquer dessas hipóteses. A sucumbência recursal alterará esse panorama criando mecanismo para a remuneração dos advogados de forma proporcional ao seu trabalho.

Do ponto de vista da administração da Justiça – e, conseqüentemente, do interesse público – a mudança também é salutar, pois, seguramente essa possível imposição de despesa adicional ao vencido importará na redução da quantidade de recursos interpostos. Essa medida poderá tornar o Poder Judiciário mais ágil, já que com menor quantidade de recursos para julgar, os Desembargadores e Ministros decidirão mais rapidamente os eventualmente interpostos.

Por tudo isso, acredita-se que é altamente meritória a proposição de criação dos honorários recursais contida no projeto de novo CPC, daí porque espera-se seja aprovada e convertida em lei, tal como estabelecida no relatório-geral já apresentado na Câmara dos Deputados.

---

percentual de 1% de juros, fez com que em 2012, a expressão econômica das dívidas cobradas no Poder Judiciário crescesse 1,65% ao mês, em média. No cenário atual, se desconhece a aplicação financeira que renda esse percentual mensal, logo, o ato de protelar a condenação, por si, não é economicamente interessante.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DE URGÊNCIA NO RELATÓRIO BARRADAS

*EDUARDO DE AVELAR LAMY<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Breve Introdução – 2. A análise do relatório Barradas sobre a Tutela de Urgência no Novo CPC: unificação de requisitos e esclarecimento do fim comum – 3. A modificação do conceito de antecipação da tutela: primeiras impressões – 4. Respeito à diferença entre técnica e tutela de urgência – 5. Considerações finais – 6. Referências Bibliográficas.

---

## 1. BREVE INTRODUÇÃO

A Tutela de Urgência é tema assistemático no Código de Processo Civil brasileiro. No âmbito das reformas processuais infraconstitucionais, sempre mereceu tentativas mais amplas e frutíferas de sistematização, levando em consideração a influência dos direitos fundamentais sobre o processo hodierno.

Nesta perspectiva, este estudo decorreu de análise que fizemos a respeito do relatório Barradas, no tocante ao trâmite do Projeto do Novo junto ao Congresso Nacional. Pelas razões que seguem, concordamos com as disposições do Relatório, as quais utilizamos para interpretá-lo.

## 2. A ANÁLISE DO RELATÓRIO BARRADAS SOBRE A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC: UNIFICAÇÃO DE REQUISITOS E ESCLARECIMENTO DO FIM COMUM

Nossa concordância com o texto constante do Relatório<sup>2</sup> deriva do fato de que pensamos o direito e o processo numa relação valorativa de pro-

- 
1. Advogado. Professor Adjunto dos Cursos de Graduação e Mestrado da UFSC. Diretor-Geral da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.
  2. Arts. 282 e segs.

porcionalidade, sempre com a preocupação de esclarecermos seus meios e fins. Tal esclarecimento foi objeto de nossa tese de doutoramento, intitulada “Princípio da Fungibilidade no Processo Civil: *a distinção entre os meios e os fins do processo*”<sup>3</sup>.

Pensamos, em síntese, que só existem duas espécies de resultado ou tutela jurisdicional: urgente ou definitiva. Logo, a tutela de urgência seria uma, sendo que antecipação e cautela, atualmente, seriam apenas meios para a sua consecução. Trata-se, tal unidade finalística, do tema que abordamos em nossa dissertação de mestrado: “Flexibilização da Tutela de Urgência”.<sup>4</sup>

Daí chegarmos à conclusão de que a flexibilização das medidas de urgência é tendência que decorre do aumento da complexidade social e da influência dos valores e dos direitos fundamentais sobre o positivismo processual. Durante nossa pesquisa, percebemos, por exemplo, que o direito comparado possui a tendência de não diferenciar requisitos e procedimentos<sup>5</sup> para a concessão das medidas de urgência da forma como o sistema brasileiro hoje o faz.

Em tal análise comparativa, verificamos, ainda, que a profundidade da cognição processual não está necessariamente vinculada com a complexidade procedimental. Daí a idéia, que também serve de exemplo a esta proposta para o pensamento de um novo Processo Civil, da generalização de institutos como o pedido contraposto no âmbito do procedimento comum ordinário.

Deste modo, concordamos com a nomenclatura e com a localização topográfica junto ao CPC que o relatório sugere para as reformas junto à tutela de urgência. Também concordamos com a possibilidade de se pedirem antecipações de tutela preparatórias ou mesmo satisfativas, nos casos de tutela de urgência devida, mas eminentemente irreversível.

Da mesma forma, concluímos que o relatório explicitou que os requisitos entre as medidas foram unificados (art. 282), dado que sempre versaram sobre a urgência do fato e a plausibilidade do direito, com mais ou menos intensidade. Tais diferenças, sempre pensamos, deveriam ser mantidas apenas no plano doutrinário, pois como elemento norteador da prática forense servem primordialmente como argumentos para o indeferimento de medidas cuja proteção ao direito material poderia ser necessária.

A questão da efetividade da tutela jurisdicional é a chave para a compreensão da necessidade de se modificar e adaptar o ordenamento legal pro-

---

3. Princípio da Fungibilidade no Processo Civil. São Paulo, Dialética, 2007.

4. Flexibilização da Tutela de Urgência. Curitiba, Juruá, 2007, 2ª ed.

5. Como é o caso do art. 700 do CPC italiano.

cessual às vicissitudes do direito material. Devem existir diferentes “relevos” de direito processual para a obtenção prática dos direitos materiais e suas variadas “topografias”.

Mais uma vez, faz-se necessário haver todo um trabalho de transformação da legislação aliada ao esforço de melhor gerenciamento da justiça, bem, como conscientização dos próprios operadores do direito, tão presos a valores e conceitos tradicionais.

O desafio de contribuir para a melhora da prestação jurisdicional fascina os juristas, principalmente aqueles que, como cidadãos, sentem-se capazes e responsáveis pela criação de meios para a obtenção de melhores resultados através da jurisdição, e em menos tempo, ainda que o número de processos a serem julgados aumente a cada dia.

A experiência nos mostrou que a verdadeira dosagem de requisitos nunca foi feita é feita pela lei, mas sim pelo juiz, na presença das provas, dos indícios e das alegações havidas nos casos concretos. Desta feita, as mudanças legislativas concernentes ao tema, necessitam ser concebidas sob o ponto de vista das necessidades práticas da realidade da jurisdição, e não apenas sob a visão, muitas vezes excessivamente técnica, da comunidade científica.

O ordenamento processual civil brasileiro vem passando por modificações constantes, a fim de se adequar às necessidades existentes para a efetivação do direito material. Nesse sentido, vimos que o contínuo aperfeiçoamento da tutela de urgência é imprescindível para a higidez do sistema processual. Tal evolução, entretanto, não objetiva apenas modificar a concepção da tutela urgente, operando também no âmbito da otimização do seu sistema de aplicação.

Diante desse fato, torna-se necessário redefinir conceitos e conscientizar não apenas os operadores do direito, mas principalmente os próprios estudiosos da matéria, formadores de opinião, em suas diversas searas, para pensarem o conteúdo processual sem tantos ranços do passado; amadurecerem a disciplina na perspectiva de uma constituição que contenha os pilares, ela sim, senão do ideal, ao menos do melhor processo.

### **3. A MODIFICAÇÃO DO CONCEITO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA: PRIMEIRAS IMPRESSÕES**

O relatório Barradas, a teor dos arts. 282 e segs., ratificou aquilo que o poder geral de cautela e a atual ordem constitucional já possibilitavam ao magistrado. Ficou claro que os seus dispositivos não explicitam a fungibilidade entre medidas urgentes, exatamente por que unificam os meios processuais

urgentes sob o novo conceito de antecipação de tutela, embora reconheçam que a tutela urgente possa ter caráter tanto antecipatório quanto cautelar.

A *tutela antecipada* deixa de ser a antecipação dos efeitos fáticos do provimento jurisdicional final de mérito, cuja técnica procedimental consiste em um incidente e cujo conteúdo é satisfativo. Deixa versar necessariamente sobre mérito e deixa de ser um meio urgente para se tornar um fim urgente.

A antecipação da tutela passa, no Relatório Barradas, a ser praticamente um sinônimo para a *tutela de urgência*, pois ela é que poderá ser satisfativa ou acautelatória. Trata-se de fenômeno interessante exatamente por que a denominada “tutela cautelar” continuar a existir, mas não de forma generalizada sob o prisma procedimental.

Assim, além de requisitos comuns, a tutela de urgência também será una, respondendo pelo nome de *tutela antecipada* e podendo ser concedida, tanto satisfativa quanto cautelarmente, tanto incidental quanto preparatoriamente (art. 285), desde que os requisitos comuns de fato e de direito estejam presentes.

Estudando o art. 700 do CPC italiano, bem como outros dispositivos do direito processual alienígena, cogitamos, ainda, das vantagens que a adoção de vias comuns e procedimentos comuns para a tutela jurisdicional definitiva e urgente podem trazer ao nosso sistema processual, já nos questionávamos se fazia sentido possuímos medidas de urgência apenas ou preponderantemente incidentais e medidas de urgência apenas ou preponderantemente preparatórias.

Ao contrário do Relatório Barradas, na Itália a tutela de urgência tem a denominação comum de Tutela Cautelar, embora a lógica instrumental seja a mesma. Apenas na Itália a chamada “tutela cautelar” efetivamente corresponde a uma espécie de tutela jurisdicional. No Brasil, atualmente, significa apenas uma espécie de técnica através da qual se presta uma tutela preponderantemente executiva não definitiva e, portanto, urgente, através de cognição sumária. A técnica cautelar é um meio e não um fim, pois o fim é a própria tutela urgente.

Até pouco tempo atrás, mesmo utilizando-se corretamente as técnicas<sup>6</sup> urgentes adequadas para cada situação, corria-se o risco de o julgador

---

6. Por se tratar de elemento conceitual de significativa importância, em razão da distinção por nós efetuada entre técnica e tutela de urgência, o termo “técnica” e a expressão “técnicas de urgência” serão utilizados constantemente durante o desenvolvimento das ilações. Também será utilizado, por se referir às chamadas “tutelas de urgência,” o termo “medida”, quando tal substituição não modifique o sentido do texto.

classificar a técnica utilizável de maneira diversa, estando ambas – tanto aquela utilizada quanto aquela afirmada pelo magistrado – fundadas em respeitáveis posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, mas que se revelavam divergentes.

Logo, não seria correto afirmar que o operador jurídico que possuía dúvidas quanto à técnica a ser utilizada era um mal profissional, como também não seria justo concluir apenas que o sistema de ensino jurídico fosse o responsável pela dificuldade de diferenciação e aplicação prática das técnicas.

A verdade é que, sob o prisma operativo atual, ainda existem consideráveis elementos de proximidade entre as técnicas urgentes: a rigidez na aplicação prática de tais técnicas e a compreensível dificuldade de eleição da técnica devida, em inúmeros casos concretos já criou problemas para a própria efetividade e higidez do sistema processual.

Nesse âmbito, portanto, o relatório Barradas é bem vindo. A flexibilização trazida pelo novo texto é constituída pela simplificação e modificação dos rígidos requisitos existentes para a concessão de cada técnica urgente, para que estes se tornem comuns, coadunando-se com o mesmo objetivo que a fungibilidade de meios urgentes genéricos objetivava alcançar.

A lógica de extinção do processo cautelar não passou pela extinção da denominada *tutela cautelar*. O que se tornou desnecessário foi identificar, a todo momento, uma *forma* cautelar ao conteúdo cautelar.

Por outro lado, a banalização e a generalização da antecipação da tutela fizeram com que o meio processual então criado se tornasse tão popular que sua adoção como verdadeiro sinônimo de tutela de urgência generalizada é inteligente.

O amadurecimento que conduz ao desapego à forma possibilita que também o procedimento para a concessão de técnicas de urgência seja unificado, assim como oportuniza que os pedidos urgentes sejam sempre denominados como tutela antecipada, até para que não se tenha que proceder à esdrúxula e confusa hipótese da conversão de procedimentos, sempre que a técnica antecipatória tiver sido requerida como acautelatória e vice-versa.

#### **4. RESPEITO À DIFERENÇA ENTRE TÉCNICA E TUTELA DE URGÊNCIA**

Existe uma diferença bastante significativa entre os conceitos de técnica processual e de tutela jurisdicional. A técnica processual é o meio, a maneira

prevista na lei processual, através da qual a tutela jurisdicional é prestada. Técnica, segundo Ferreira (1986, p. 1.656), significa a “parte material ou o conjunto de processos de uma arte; maneira; jeito; prática”.

A tutela jurisdicional, por sua vez, é o resultado que a jurisdição necessita realizar no mundo dos fatos, quando reconhece o direito a ser protegido. A tutela jurisdicional é o objetivo da jurisdição. O termo tutela, conforme Ferreira (1986, p. 1.729), significa “encargo ou autoridade que se confere a alguém (...); cuidado; defesa; amparo; proteção”. Trata-se, pois, do papel, do objetivo da jurisdição no estado democrático de direito: amparar, que tem direito a ser amparado, substituindo-se às partes e compondo os conflitos. Mesmo assim, percebe-se que parte da doutrina não diferencia a tutela jurisdicional da técnica processual, tratando como equivalentes conceitos que, na verdade, são bastante diversos. Segundo Jorge et. al. (2003, p. 83, grifo nosso):

As dificuldades sócio-econômicas brasileiras refletem diretamente no número e na complexidade das questões levadas ao poder judiciário todos os dias. Encontrando-se limitado até mesmo por leis de responsabilidade fiscal, que o impedem de aprovar o número suficiente de juízes, o estado muitas vezes acaba passando ao processo a responsabilidade pela ineficiência da prestação jurisdicional.

A atual ordem constitucional consagrou diversos princípios e direitos fundamentais que tiveram enorme influência sobre o direito processual civil, fomentando inúmeras re-interpretações e modificações, tais como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o direito fundamental à segurança jurídica e o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, elementos esses que convivem conjuntamente, integrando-se e, ao mesmo tempo, autodelimitando-se.

O objetivo de impedir a utilização da técnica cautelar para medidas que deveriam se dar através de técnicas satisfativas foi ingênuo e mais teórico do que pragmático. Tinha apenas o fim de não deixar a prática cotidiana utilizar ou considerar a técnica antecipatória como equivalente à técnica cautelar atípica, o que seria, à época, um *retrocesso*. A doutrina italiana já tinha esse entendimento. Como afirmou Arieta (1985, p. 62):

Più in particolare, occorre osservare che il progressivo scolorimento della natura cautelare del mezzo è il preciso risultato di una duplice linea di tendenza che, pur avendo origini diverse, há concorso in egual misura, muovendosi nella medesima direzone, ai fini di una vera e própria trasformazione della stessa funzione cautelare e precisamente:



a) la classificazione delle misure di cautela atípica nell'ambito dei provvedimenti anticipatori há indrodotto um macroscópico equivoco circa il rapporto tra funzione cautelare e funzione anticipatoria;

b) la progressiva e sempre più irreversibile crisi del processo civile ordinário ha ineluttabilmente determinato la ricerca affannosa di tutele alternative idonee a soddisfare le più impellenti esigenze di giustizia. La tutela ex art. 700 si è rivelata la più idonea sia in considerazione degli ampi poteri discrezionali del giudice, ma, soprattutto, in quanto è stato suficiente porre in collegamento la funzione assicurativa del mezzo con la funzione di anticipazione, per far si che i provvedimenti d'urgenza si trasformassero in misure strutturalmente anticipatorie della decisione sul merito<sup>7</sup>.

Havia, por conseguinte, grande interesse da doutrina brasileira, como foi o caso de Marinoni (1992), de certa forma influenciada pelos estudiosos italianos, em diferenciar a nova técnica antecipatória da técnica cautelar atípica, visando impedir fossem confundidas. Na verdade, poderia não ter havido tantos embaraços práticos, se assim tivesse acontecido.

No Brasil, o reconhecimento legal expresso das diferenças havidas entre as duas técnicas chegou a gerar danos e insegurança jurídica por alguns anos, dada a rigidez das regras procedimentais e a insensatez de alguns magistrados que indeferiam medidas urgentes, por entenderem ser incorretamente requeridas, mesmo quando a parte demonstrasse ter direito material a ser tutelado.

Hoje, está claro que as atuais técnicas antecipatória e assecuratória possuem idêntica função constitucional, consoante o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (1988), já que afastam a ocorrência de danos: ambas

---

7. Mais em particular, deve-se observar que a progressiva descoloração da natureza cautelar da medida e o preciso resultado de uma dúlice linha de tendência que por possuir origem diversa tem concorrido em igual medida, movendo-se na mesma direção, aos fins de uma verdadeira e própria transformação da função cautelar e precisamente:

a) a classificação das medidas de cautela atípica no âmbito das provimentos satisfatórios tem introduzido um macroscópico equívoco acerca da relação entre função cautelar e função antecipatória;

b) a progressiva e sempre mais irreversível crise do processo civil ordinário tem irrefutavelmente determinado a investigação trabalhosa da tutela alternativa idônea a satisfazer as mais imperiosas exigências de justiça. A tutela constante do artigo 700 tem-se revelado a mais idônea levando-se em consideração os amplos poderes discricionários do juiz, mas, sobretudo, enquanto tem sido suficiente para por em coligação a função a função assecurativa do meio com a função de antecipação, para fazer com que os provimentos de urgência se transformassem em medidas estruturalmente antecipatórias da decisão de mérito.

asseguram e satisfazem, possuindo apenas preponderância numa ou noutra característica.

Na Itália, o entendimento de que o artigo 700 do Código de Processo Civil Italiano abrangia também a técnica antecipatória é pacífico, sobretudo ante os âmbitos constitucional e principiológico. Segundo Tommaseo (1981, p. 55):

Invero, la constatazione della vasta latitudine di poteri che lê norme sui provvedimenti d'urgenza sembrano attribuire al giudice e la consapevolezza che la lettera della norma di per sé non esclude un possibile contenuto anticipatorio della tutela urgente, hanno conspirato a incoraggiare la lettura in chiave funzionale dell'istituto disciplinato negli artt. 700 ss. c.p. c. Tendenza vie piú favorita, sul piano teorico, dall'esistenza nel processo civile di un principio di effettività della tutela giurisdizionale secondo il quale l'interpretazione delle norme deve essere rivolta soprattutto a traer dalle stresse strumenti per quanto possibile idonei a realizzare tale principio<sup>8</sup>.

Portanto, a interpretação dos dispositivos legais que se referem às técnicas de urgência deve se dar segundo os mandamentos constitucionais, visando a efetividade da tutela jurisdicional. Ambas as técnicas possibilitam que os efeitos fáticos da tutela definitiva sejam efetivos, no momento em que esta for prestada, sustentando a situação fática até o provimento jurisdicional final de mérito.

Por isso mesmo, a natureza dos provimentos oriundos da tutela de urgência varia especialmente acerca da preponderância entre provimentos executivos *latu sensu* ou mandamentais, na classificação de Miranda (1998), que combinam cognição e execução. Trata-se exatamente das espécies de ação que produzem efeitos no mundo dos fatos, sem a necessidade de um processo executivo autônomo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É compreensível a oposição de parte da doutrina à tendência de flexibilização da tutela de urgência. A temática do “acesso à justiça”, que tanto

---

8. Na verdade, a constatação da vasta latitude dos poderes que a norma sobre provimentos de urgência parece atribuir ao juiz e o conhecimento que a letra da norma de per si não exclui um possível conteúdo antecipatório da tutela urgente, tem conspirado a encorajar a leitura em um sentido funcional do instituto disciplinado no artigo 700 do CPC. A tendência favorita, sobre o plano teórico, da existência no processo civil de um princípio de efetividade da tutela jurisdicional segundo o qual a interpretação da norma deve ser feita sobretudo para que sirva de instrumento à realização da tal princípio.

influenciou nossos processualistas, teve o descuido de conceber o processo como um ente distante do direito material.

Cedo ou tarde, o processo, assim como o direito material, sofreu as influências dos valores humanos e coletivos trazidos pela reconstitucionalização mundial havida após a Segunda Grande Guerra. Passado o movimento do “acesso à justiça”, o direito processual começa a abandonar o rótulo de “ciência pura”, fazendo importantes laços com outras disciplinas e melhor adequando-se à realidade sócio-econômica a que serve. Segundo Marinoni (1998, p. 13):

A questão do ‘acesso’ permitiu ver a ilusão do desejo de pensar o direito processual à distância do direito substancial e da realidade social. Quebrou-se, por assim dizer, quando se descobriu que o processo não vinha servindo às pessoas, o ‘encanto’, ou a ilusão de que o direito pudesse ser tratado apenas como ‘ciência pura’, que se mantivesse eternamente distante do direito material e das vicissitudes dos homens de carne e osso.

A tomada da consciência de que o processo deve servir plenamente àqueles que, dentro do circuito social, podem envolver-se em conflitos – sejam empresários ou trabalhadores, ricos ou pobres – fez com que o direito processual assumisse uma postura mais humana, ou mais preocupada com os problemas sociais, econômicos e psicológicos, que gravitam ao redor de suas conceituações e construções técnicas.

Dessa forma, admitir as dificuldades reais da teoria na prática constitui um grande passo para a continuidade do aprimoramento efetivo do processo e das técnicas, mais especificamente para a prestação da tutela de urgência, tanto sob o aspecto da sua aplicação como sob a redefinição substancial de seus conceitos, que tanto atrai os comprometidos e apaixonados juristas.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Egas Moniz. Dirceu de. Medidas cautelares inominadas. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 57, p. 86-101, 1994.
- ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza: ex art. 700 C.P. C.*. Padova: Cedam, 1985.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 65, p. 69-82, 1995.
- ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 100, p. 35-49, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo, 1995. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 1995.

- \_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BULOW, Oskar Von. Trad. Santiago Sentis Melendo. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam, 1936.
- \_\_\_\_\_. *O processo como jogo*. Trad. Roberto B. Del Claro. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual, n° 23, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A antecipação de tutela no direito processual civil brasileiro*. In: Carta Jurídica n° 1 – Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anteprojeto sobre a tutela de urgência, as medida cautelares e as medidas antecipatórias*. Cadernos do IBDP, vol III, 2003.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. México: UNAM, 1974. 2 v.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. e notas E. Gómez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936. v. 1.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá Editora, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um novo processo civil, reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *A instrumentabilidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Tutela antecipada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1996.
- FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.
- \_\_\_\_\_. Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal. In: ALVIM, Eduardo pellegrini de Arruda et. al. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FIGUEIRA JR, Joel Dias. *O novo procedimento sumário: Lei 9.245, de 26.12.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tutela antecipada e acautelatória – fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273, § 7º, instituído pela Lei 10.444 de 07.05.2002*. Joinville: Informativo INCIJUR, n° 34, p. 1-5.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- GRINOVER, Ada P. *Anteprojeto para a reforma da tutela de urgência*. Site do IBDP, 2007. <http://www.direitoprocessual.org.br>
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *Prisão penal e coerção processual civil*. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual, vol. 19, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*. Joinville: Informativo INCIJUR, nº 35, p. 8/12, 2002.
- LOPES, João Batista. Painel acerca da fungibilidade entre as tutelas de urgência. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PENAL E JUIZADOS ESPECIAIS, Joinville, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral cautelar*. Curitiba: Juruá, 1996.
- MELLO E SOUZA, Eduardo de. *A crise da crise da ação cautelar inominada*. Joinville: Informativo Incijur, nº 7, p. 4-5.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 6.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 4ª ed., 2000.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Painel acerca das modificações havidas no CPC. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PENAL E JUIZADOS ESPECIAIS, Joinville, 2001.
- RICCI, Edoardo. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual Civil, 1999. v. 6.
- SAPIENZA, Carmelo. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 cod. proc. civ.*. Milano: DOTT. GIUFFRÈ – EDITORE, 1957.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez, 1993.
- SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de processo civil: processo cautelar, tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3.
- TAURUFFO, Michele. *Lineamenti Del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giffè, 1996.

- TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.
- VICARI, Marcio Luiz Fogaca. *Breves considerações sobre a ação*. JURISPRUDÊNCIA CATA-RINENSE, Florianópolis, v.72, p. 75-92, jan./jun., 1993.
- \_\_\_\_\_, Marcio Luiz Fogaça. *Antecipação da tutela: natureza jurídica, execução e sujeito passivo*. R. da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v.3, p. 197-8, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 65.
- WAMBIER, Luiz Rodríguez, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: v.1 teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 1094-1101.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdiccional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000.

# PODERES DO RELATOR NO CPC PROJETADO

*PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Ampliação dos poderes do relator (evolução legislativa) – 3. Poderes do relator nos tribunais: 3.1 Dirigir e ordenar o processo; 3.2 Apreciar pedido de tutela antecipada; 3.3 Inadmitir (não conhecer) recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado os fundamentos da decisão recorrida; 3.4 Negar provimento a recurso contrário à súmula dos Tribunais Superiores, a acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas; 3.5 Dar provimento a recurso de acordo com súmula dos Tribunais Superiores, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas; 3.6 Verificar demais questões – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, das seguidas reformas no Código de Processo Civil, em especial na parte de recursos, e da Emenda Constitucional 45/2004, o sistema originário do CPC foi tão alterado, que se pode afirmar, sem receio de equívoco, que já está em vigor um novo sistema recursal civil, quando considerado o primitivo do Código Buzaid de 1973.

Salvo melhor juízo, todas as alterações ocorridas tiveram como meta acelerar o julgamento dos recursos nos tribunais. E foi esse o intuito das cinco etapas da reforma (1990, 1994-1995, 1998, 2001 e 2005-2006), traduzindo

---

1. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-PR. Professor Adjunto de Processo Civil da UFSC. Professor nos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da UFSC, da PUC-Rio, do CESUSC, da UNIVALI, da UNISUL, da UNIVILLE, da UNIDAVI, da FACTO e do Complexo Educacional Damásio de Jesus. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC e da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina – ESMPSC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Advogado e consultor jurídico.

movimentos conscientemente endereçados a objetivos bem definidos, a fim de remover os obstáculos à efetividade do processo.

Dentro desse novo sistema, são vários os instrumentos colocados à disposição dos jurisdicionados no intuito de ampliar cada vez mais o almejado acesso à ordem jurídica justa, entre eles, a ampliação dos poderes do relator que, se não foi a maior inovação inserida no sistema nos últimos tempos, com certeza foi a que mais gerou polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência, talvez por tocar em diversos princípios constitucionais, como o princípio do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

A reforma veio basicamente reforçar a recente ideia do legislador em alargar o poder de decisão singular do membro de colegiado, permitindo que o relator julgue o recurso, sem a necessidade de apreciação pelos demais membros do respectivo órgão fracionário. José Carlos Barbosa Moreira observa que “o julgamento monocrático, antes característico, entre nós, do primeiro grau de jurisdição, vai-se impondo também nos superiores, em detrimento da colegialidade”.<sup>2</sup>

Na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, “a evolução recente da legislação processual civil brasileira caminha decididamente para uma progressiva relativização do princípio da colegialidade no julgamento dos recursos, mediante ampliação dos poderes do relator”.<sup>3</sup>

Daí porque é tão atual e importante o tema da limitação dos poderes do relator no julgamento dos recursos que tramitam em nossos tribunais e dos aspectos processuais a ele relacionados.

## 2. AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO RELATOR (EVOLUÇÃO LEGISLATIVA)

Existe uma forte inclinação do direito processual civil moderno, haja vista as últimas reformas legislativas, para deixar o colegiado de um tribunal restrito a questões pertinentes à criação do direito. Dessa forma, as questões

- 
2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999. p. 321.
  3. “FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Tutela antecipada: denegação no primeiro grau e concessão pelo relator do agravo? *Ajuris*, Porto Alegre, v. 76, p. 9-23, dez. 1999. p. 20.



repetitivas, em que já exista posição reiterada e consolidada pelo STF ou pelo STJ, ainda mais se a matéria estiver sumulada, não necessitam passar pelo crivo dos órgãos fracionários da corte encarregada de apreciar a pretensão recursal.

O fato é que as sucessivas alterações legislativas inserem-se em uma longa linha evolutiva reveladora de uma tendência no sentido de potencializar os poderes do relator, cujo histórico remonta aos dispositivos regimentais e encontra campo fértil no Código de Processo Civil, sobretudo na terceira etapa da reforma do sistema recursal (1998).

A possibilidade de negativa de seguimento a agravo pelo relator do processo não é novidade introduzida no sistema recursal pelas reformas do diploma processual civil. Tal preceito já constava no primitivo art. 557 do CPC, que permitia ao relator indeferir o agravo por decisão singular na hipótese de manifesta improcedência. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído”.

Como se vê, a norma dizia respeito tão-somente ao recurso de agravo (de instrumento) e continha algumas impropriedades de redação, como a de denominar *despacho* um pronunciamento eminentemente decisório como o que *indefere* liminarmente um recurso. Chamava atenção, ainda, o fato de fazer menção a agravo *manifestamente improcedente*, dando a falsa impressão de que o dispositivo não abrangia a hipótese de recurso manifestamente inadmissível.<sup>4</sup> Vale aqui, então, a nosso ver, o argumento de que quem pode mais (julgar o mérito) pode o menos (inadmitir o recurso).

---

4. É o que constatou Manoel Caetano Ferreira Filho: “Sucede que o texto fala em agravo manifestamente *improcedente*, o que sugere a idéia de mérito e, ao mesmo tempo, em indeferir, o que mais se adequa à inadmissibilidade do recurso” (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. O indeferimento liminar do agravo de instrumento pelo relator. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 69, p. 227-234, jan./mar. 1993. p. 230). Nas palavras de José Carlos Babosa Moreira: “Não era das melhores a técnica: o indeferimento de forma alguma constituía simples ‘despacho’, à luz das definições do art. 162; e mal se entendia que a autorização dada ao relator – a considerar-se, em todo caso, justificável – valesse unicamente para a hipótese de agravo *improcedente* e não alcançasse a de agravo *inadmissível*. De qualquer sorte, parece haver sido rara a utilização do dispositivo na prática judiciária” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999. p. 322).

Para Sergio Bermudes, “ao falar em manifesta improcedência, o artigo procurou dar ao Relator a faculdade de indeferir, tanto o agravo que não preencha os requisitos necessários a um pronunciamento de mérito, quanto o agravo que, atendendo a esses pressupostos, não tem possibilidade de vir a ser provido”.<sup>5</sup>

Não obstante, Cândido Rangel Dinamarco observa que se algum juiz de segundo grau chegou a indeferir *por despacho* o seguimento de agravo manifestamente improcedente, como já autorizava o antigo art. 557 do CPC, a prática jamais chegou ao seu conhecimento. Segundo o processualista, “era um artigo em desuso”.<sup>6</sup>

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual criou o Superior Tribunal de Justiça e mudou a competência do Supremo Tribunal Federal, foi publicada a Lei 8.038/1990 (Lei de Recursos), com o objetivo de instituir normas procedimentais para os processos nos Tribunais Superiores (STJ e STF), cujo art. 38 dispunha:

“Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

De início, observa-se que das várias espécies de inadmissibilidade, só se mencionavam duas (intempestividade e incabimento), embora, por via hermenêutica, se pudesse ampliar às restantes (deserção, falta de legitimidade ou interesse de agir etc.) a área de incidência da disposição. Por outro lado, já aparecia aí a referência à súmula, que iria adquirir importância cada vez maior,<sup>7</sup> culminando com a adoção do sistema de súmulas vinculantes, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Com o propósito de incentivar a celeridade no procedimento dos recursos nos tribunais sobreveio a segunda etapa da reforma recursal (1994-1995), oportunidade em que a Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, ampliou os

5. BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 1975. p. 355.

6. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 190.

7. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999. p. 323.

poderes do relator, ao alterar o *caput* do art. 557, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”.

A nova lei tornou imperativo o preceito (“negará seguimento [...]”), de modo que o relator deve negar seguimento ao recurso, se detectada uma das hipóteses constantes no artigo. Ademais, se no texto revogado a norma se referia apenas ao agravo, na redação de 1995 a regra passou a abranger todo e qualquer recurso.

Ao comparar com a Lei 8.038/1990, José Carlos Barbosa Moreira constata que “a redação decerto melhorou: com proveito para a clareza, substituíram-se as insuficientes denominações específicas (‘intempestividade’, ‘incabível’) pelo genérico (‘inadmissível’)”.<sup>8</sup>

Prosseguindo a reforma do CPC, adveio a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, a qual teve a nítida finalidade de simplificar e agilizar ainda mais o procedimento dos recursos nos tribunais. Eis a nova redação do art. 557 do diploma de processo civil em vigor:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Como se pode observar, o principal objetivo da terceira etapa da reforma recursal foi ampliar os poderes do relator de forma a permitir, com maior frequência, as decisões monocráticas, e, em prol da celeridade, dispensar tanto quanto possível o julgamento coletivo. Além de ampliar os poderes do relator, a nova lei também ratificou a crescente tendência de valorização dos precedentes jurisprudenciais.

---

8. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999. p. 323.

Pela redação de 1995, o relator estava habilitado apenas a *negar seguimento* a recurso nas hipóteses elencadas no antigo *caput* do art. 557 do CPC. Todavia, a Lei 9.756/1998, ao inserir o § 1º-A ao dispositivo, conferiu ao relator não só o poder de negar seguimento, mas também o de dar provimento a recurso quando “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Pelo texto da segunda etapa da reforma (1995), a contrariedade à *súmula* ensejava o desprovimento do recurso. Agora, no entanto, a mera *jurisprudência dominante* provoca não só desprovimento, mas o provimento do recurso, ratificando a importância dos precedentes jurisprudenciais. Com efeito, o § 1º-A do art. 557 do CPC possui ainda maior alcance prático quando comparado com o seu *caput*, ao possibilitar ao relator dar provimento a recurso, também em análise singular, realizando juízo de mérito e antecipando a cognição que, em princípio, seria feita pelo colegiado.

No que se refere à redação, o legislador da terceira etapa da reforma recursal (1998) também deixou a desejar quanto à técnica legislativa. Aliás, a infelicidade da redação dada ao dispositivo que disciplina os poderes do relator, o agravo interno e a aplicação de multa para a hipótese de recurso protelatório, foi apontada por diversos processualistas em inúmeros ensaios publicados.<sup>9</sup>

Na verdade, toda espécie de crítica foi feita pela doutrina especializada ao art. 557. De fato, é impossível negar que é imprópria, para dizer o menos, a disposição dos parágrafos, sendo utilizada a questionável técnica legislativa de inserir o § 1º-A antes do § 1º. Ainda, uma observação de cunho terminológico: a lei de 1998, ao alterar o *caput* do art. 557, equivocadamente, substituiu o termo *contrário* pelo vocábulo *confronto*.

---

9. Entre eles destaca-se José Carlos Barbosa Moreira que, ironicamente, advertiu: “Uma coisa chama desde logo a atenção de qualquer leitor, inclusive dos leigos em direito: a numeração dos parágrafos do art. 557. Só um (adequadamente batizado de ‘único’) tinha esse dispositivo; passou a ter mais dois. Engana-se, contudo, quem cuidar que os três são designados pela maneira lógica e tradicional: 1º, 2º e 3º. Nada disso: preferiu-se a extravagância de atribuir a um deles a designação de § 1º-A. Bem, com certeza àquele que vem depois do primeiro – é o que ocorre pensar a quem quer que tenha um mínimo de bom senso. Novo engano: o § 1º-A *precede* o § 1º! Nada se pode querer, realmente, de mais esdrúxulo: no quesito ‘originalidade’, que tempos atrás valia pontos em concursos de fantasias carnavalescas, o texto faz jus, sem favor, à pontuação máxima” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999. p. 321).

José Carlos Barbosa Moreira, a respeito, adverte que “o legislador dá a impressão de haver empregado a palavra *confronto* no sentido de contraste, oposição, contradição, conflito. Ora, confronto significa mera comparação. É óbvio que de um confronto pode decorrer a conclusão de que as coisas confrontadas (isto é, comparadas) contrastam entre si, se opõem, se contradizem, conflitam uma com a outra; mas esse é apenas *um* dos resultados concebíveis”.<sup>10</sup> Por outro lado, o que pode contrariar a súmula ou a jurisprudência dominante, pondo-se *em contraste* (não *em confronto*) com qualquer das proposições nelas incluídas, é a *tese jurídica* sustentada pelo recorrente, não o recurso em si.<sup>11</sup>

A nosso ver, apesar da redação do art. 557, § 1º-A do CPC (“o relator *poderá* dar provimento ao recurso”), preenchidos os requisitos para o julgamento monocrático, em qualquer sentido que seja, o relator deve assim proceder. Trata-se de verdadeiro poder-dever atribuído ao relator, não de faculdade. Enfim, não há que se falar aqui em poder discricionário do magistrado.<sup>12</sup> É o que sustenta Sérgio Cruz Arenhart, dizendo que “não se pode imaginar que constitua a previsão mera faculdade do relator, e que ficaria a seu exclusivo alvitre julgar monocraticamente o recurso ou submetê-lo ao colegiado”.<sup>13</sup>

Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco pondera que “o legislador quis deixar ao prudente arbítrio do próprio relator a opção entre julgar por si próprio, monocraticamente, ou encaminhar o caso ao colegiado”.<sup>14</sup>

- 
10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999. p. 326.
  11. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 662.
  12. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001, p. 350 *et seq.*
  13. ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 37-58, jul./set. 2001. p. 43.
  14. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 127-144, 1999. p. 132. No mesmo norte, atualizando a obra de Pontes de Miranda, Sergio Bermudes ensina: “O relator não é obrigado a acolher o recurso, individualmente, nos casos do § 1º-A. Trata-se, aí, de faculdade, que ele exercerá, ou não, conforme o seu prudente arbítrio. Pode entender conveniente submeter o caso ao colegiado, por alguma peculiaridade da causa, ou mesmo pela magnitude dos interesses em jogo. A subjetividade pesa ampla na decisão do relator” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 228).

Com efeito, as hipóteses para o julgamento isolado são claras. Assim, sendo o recurso manifestamente inadmissível ou havendo jurisprudência dominante (ou súmula) dos Tribunais Superiores (STF ou STJ) quanto ao mérito do recurso, o relator deve proceder ao julgamento singular.

Para o Superior Tribunal de Justiça, “essa nova sistemática pretendeu desafogar as pautas dos tribunais, ao objetivo de que só sejam encaminhados à sessão de julgamento as ações e os recursos que de fato necessitem de decisão colegiada. Os demais – a grande maioria dos processos nos Tribunais – devem ser apreciados o quanto mais rápido possível, em homenagem aos tão perseguidos princípios da economia e da celeridade processual”.<sup>15</sup>

No âmbito dos tribunais, portanto, a decisão do relator, quando não atacada por meio de agravo interno ou regimental, terá a equivalência do acórdão prolatado pelos órgãos colegiados competentes.

Verifica-se, então, que ocorreu o deslocamento de parte da competência dos órgãos colegiados (turmas, câmaras etc.) para o relator, o qual poderá, monocraticamente e de plano, inadmitir o recurso, dar-lhe ou negar-lhe provimento. Tal decisão monocrática poderá recair tanto nos requisitos de admissibilidade do recurso quanto no seu próprio mérito.<sup>16</sup>

Diante dessa sucinta memória de fatos da história relativamente recente do direito processual civil brasileiro, percebe-se que o crescimento dos poderes do relator caminha passo a passo com o incremento e a valorização dos precedentes jurisprudenciais,<sup>17</sup> que têm como ápice a Emenda Constitucional 45 e o advento do sistema de súmulas vinculantes.

O projeto do novo Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional segue essa tendência.

---

15. STJ, 1ª Turma, AgRg no AG 438.548-RS, rel. Min. José Delgado, *DJU* 01.07.2002.

16. VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: RT, p. 145-177, 2003. p. 147.

17. DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 127-144, 1999. p. 130.

### 3. PODERES DO RELATOR NOS TRIBUNAIS

Igualmente ao que temos hoje no art. 557 do CPC, o art. 954 do Projeto concede ao relator os mesmos poderes conferidos ao colegiado: pode negar conhecimento ao recurso, inadmitindo-o; conhecendo-o, pode dar-lhe ou negar-lhe provimento. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o dispositivo confere poderes ao relator para inadmitir o recurso, lhe é concedido poderes para que o mesmo julgue o mérito recursal, negando ou dando provimento ao recurso.

Eis a redação do Projeto que tramita na Câmara dos Deputados dispõe:

“Art. 954. 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 atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida;

IV – negar provimento a recurso:

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

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

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

V – dar provimento ao recurso:

a) se a decisão recorrida contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) se a decisão recorrida for contrária a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) se a decisão recorrida contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

VI – decidir o incidente de descon sideração 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 nos regimentos internos dos tribunais”.

Referido artigo está inserido no Capítulo I (*Da ordem dos processos no tribunal*), o qual integra o Título I (*Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*) do Livro III (*Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*) do CPC projetado.

Como se vê, mantém-se o panorama de paulatinamente aumentar os poderes do relator, a quem é concedida competência para verificar, de forma isolada, a admissibilidade e o mérito dos recursos, como veremos a seguir.

### **3.1. Dirigir e ordenar o processo**

Por razões de economia processual e até mesmo de ordem prática, é atribuída a um dos componentes do órgão colegiado a função de conduzir o processo até o seu julgamento final, inclusive em relação à produção de prova. Tem-se, assim, a figura do relator-instrutor no novo Código.

Competirá ao relator a prática de todos os atos necessários à condução do processo rumo ao julgamento, culminando com a elaboração do relatório, onde fará uma exposição dos pontos controvertidos sobre o que versar o recurso.

### **3.2. Apreciar pedido de tutela antecipada**

Nos poderes do relator incluem-se, ainda, os referentes à preparação do recurso. O relator goza de poderes de juiz preparador, sendo-lhe facultado decidir as questões urgentes antes mesmo do exame do recurso pelo órgão colegiado.

As tutelas de urgência, por sua própria essência, devem ser prontamente apreciadas pelo Poder Judiciário. Dessa forma, as liminares são apreciadas, mesmo nos tribunais, por um único julgador e não pelo órgão colegiado. Não fosse assim, os órgãos colegiados acabariam tendo de reunir-se diariamente e permanecer de plantão, pois não é admissível que uma situação urgentíssima aguarde uma semana para ser apreciada na sessão. E ainda que isso fosse possível, imagine-se a imensa pauta tendo de ser adiada para dar preferência aos casos urgentes.<sup>18</sup>

---

18. FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000. p. 270.



Em outras palavras, a prática judiciária brasileira assinala que no âmbito dos tribunais, em regra, as liminares não são apreciadas pelo órgão colegiado. Esse *modus operandi* está correto, haja vista o congestionamento das pautas das câmaras e turmas, sobretudo em função do fator *urgência*. Também indica que o relator é a melhor solução para tal mister. Assim, como ressaltado, cabe a ele a verificação dos pedidos liminares.

### **3.3. Inadmitir (não conhecer) recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado os fundamentos da decisão recorrida**

Dispõe o inciso III do art. 954 do CPC projetado que o incumbe ao relator “negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida”.

Algumas alterações serão introduzidas se compararmos com a redação atual do art. 557, que sofreu merecidas críticas por parte da doutrina no que tange à redação do dispositivo, sobretudo pela utilização de conceitos demasiadamente vagos.

A primeira delas é a expressão “manifestamente”. Por *manifesto* entende-se o que é evidente, inequívoco, cristalino. Melhor a nova redação sem o referido vacábulo.

A expressão “negar seguimento”, por sua vez, é de uma imprecisão terminológica tamanha que chega a fazer inveja ao confuso Código de Processo Civil de 1939.

Em termos de ciência processual, *negar seguimento* simplesmente não existe. Em sede recursal há apenas as fases de admissibilidade e de mérito, em que primeiramente admite-se (conhece-se) ou não o recurso; depois, conhecendo-o, o órgão julgante deve dar-lhe ou negar-lhe provimento (no mérito). Nada mais.

Na redação vigente do *caput* do art. 557, *negar seguimento* a recurso significa decidir, sem encaminhá-lo ao órgão colegiado, o que é feito mediante o não conhecimento (se for inadmissível) ou o desprovimento (se for manifestamente improcedente ou contrário à sumula ou jurisprudência dominante).

Observa-se que a expressão *negar seguimento* simplesmente engloba (mistura) as fases de admissibilidade e de mérito (“manifestamente inadmissível”, “improcedente”), revelando uma impropriedade científica incoerente com a sistematização do Código, tão merecidamente elogiado quanto à sua cientificidade.

No Projeto, *negar seguimento* será uma locução abrangendo apenas hipóteses de recursos desmerecedores de conhecimento, porque lhes falta algum pressuposto de admissibilidade.

Melhor seria utilizar a expressão “inadmitir o recurso”. Entretanto, ainda assim, é um avanço porque não haverá mais dúvida de que nas hipóteses em que o relator negar seguimento a recurso, estará inadmitindo-o, sem que haja o efeito substitutivo.

O recurso é *inadmissível* quando lhe faltar um ou mais de seus pressupostos, subjetivos ou objetivos, como a legitimidade e o interesse recursal, a sucumbência, a recorribilidade, a tempestividade, o preparo e a regularidade formal. Ausente qualquer um desses pressupostos, o relator não conhecerá o recurso, inadmitindo-o de plano.

De acordo com Accácio Cambi, manifestamente prejudicado “é o recurso que perdeu o seu objeto, com a retratação do juiz *a quo* da decisão agravada, ou pelo julgamento, ou, ainda, pela desistência da ação principal”.<sup>19</sup>

O recurso é, portanto, *prejudicado*, quando a impugnação perde o objeto, tornando a atividade do órgão recursal inútil. É, por exemplo, a hipótese de retratação do juiz *a quo* que reforma *in totum* a decisão agravada, o que torna o agravo prejudicado (CPC, art. 529). Da mesma forma, estará prejudicado o recurso se em sua pendência as partes chegam a acordo sobre o objeto litigioso.

Como se vê, não havia necessidade de previsão de recurso prejudicado nas hipóteses de “negativa de seguimento”, pois o *recurso prejudicado é inadmissível* devido à ausência de interesse recursal superveniente.

Da mesma forma, a referência a recurso que não tenha atacado os fundamentos da decisão recorrida é completamente dispensável. A fundamentação está inserida no requisito da regularidade formal, de modo que não há necessidade de o legislador fazer menção expressa.

Como se sabe, o princípio da dialeticidade consiste na exigência de o recurso fazer-se discursivo, com força argumentativa. Nesse sentido, o recorrente deve apresentar os fundamentos de sua irrisignação, ou seja, o porquê do pedido de reexame do pronunciamento judicial.

---

19. CAMBI, Accácio. Aspectos polêmicos na aplicação do art. 557 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: RT, p. 13-24, 2003. p. 15.

A apresentação das razões recursais é imprescindível para que o recorrido ofereça sua resposta, em respeito ao princípio do contraditório,<sup>20</sup> aqui, em sede recursal. Tal exigência deriva do princípio constitucional do contraditório, que possibilita ao recorrido tomar conhecimento dos motivos do inconformismo e rebatê-los em suas contrarrazões de recurso.

Nas razões de recurso, devem ser encontrados os argumentos pelos quais ficará demonstrado, no mínimo, que a decisão foi pouco razoável, ou, em última análise, desarrazoada.

Importante mencionar que o processo lógico destinado a derrubar os fundamentos da decisão impugnada é da essência de qualquer recurso e quando ausente há de acarretar a sua inadmissibilidade.

Na doutrina tem prevalecido o entendimento de que a ausência de razões recursais implica a inadmissibilidade do recurso. Assim, ao recorrer, a parte deve expor com objetividade as razões de seu inconformismo, atacando expressamente os fundamentos de fato e de direito que lastreiam a decisão recorrida.

O recurso que for interposto ao arrepio dessa exigência será considerado inepto. Quer dizer: para poder ser admitido e julgado normalmente, o recurso precisará revestir-se da motivação. O recorrente tem de fundamentá-lo suficientemente, pois sem esse requisito formal o recurso não será conhecido.

### **3.4. Negar provimento a recurso contrário à súmula dos Tribunais Superiores, a acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas**

No que se refere ao desprovimento do recurso pelo relator, a nosso ver, há mais um avanço no Projeto. A atual redação do *caput* do art. 557 utiliza o conceito vago “jurisprudência dominante” para permitir que o relator negue

---

20. José Carlos Barbosa Moreira esclarece que “a fundamentação é imprescindível, para que o apelado e o próprio órgão *ad quem* fiquem sabendo quais as razões efetivamente postas pelo apelante como base de sua pretensão a novo julgamento, mais favorável. Podem até não ser as mesmas alegadas no procedimento de Primeiro Grau: nada impede que o recorrente use outra linha de argumentação jurídica, quiçá sugerida pelo teor mesmo da sentença, sem falar na possibilidade excepcional da proposição de novas *quaestiones facti* (art. 517)”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 427).

provimento a recurso que apresente tese jurídica contrária a entendimento predominante nos tribunais, mesmo que não sumulado.

Hoje, portanto, a contrariedade à jurisprudência é causa de desprovimento do recurso. O problema é que passados quinze anos da entrada em vigor do texto atual, doutrina e jurisprudência não conseguiram delinear o que seja *jurisprudência dominante*, o que traz grave insegurança jurídica para o sistema.

Dessa forma, a redação do art. 954 que tramita no Congresso afasta essa hipótese, mantém a hipótese de matéria sumulada e cria outras duas.

A propósito, cabe dizer que a súmula hábil a fundamentar matéria infraconstitucional será aquela proveniente do STJ. No caso de matéria constitucional, súmula é apenas aquela oriunda do STF.

O fato de o tribunal local ter editado súmula sobre determinada matéria não dá ao relator poderes para negar provimento ao recurso, se o STJ, por exemplo, ainda não pacificou seu posicionamento sobre o assunto. Afinal, a nosso ver, não tem sentido o relator, no tribunal de segundo grau, utilizar poderes monocráticos para ajustar uma decisão *conforme* a súmula local, mas *desconforme* com o posicionamento dos Tribunais Superiores.

Em outras palavras, apesar da literalidade da alínea “a” do inciso IV do art. 954 do CPC projetado, o desprovimento imediato do recurso pelo relator, a nosso ver, limita-se aos casos em que a tese recursal defendida colide com súmula do STF ou do STJ, isto é, súmulas do próprio tribunal não ensejam o julgamento singular.

Caso contrário, haverá quebra de ordem constitucional, justamente em razão da usurpação de competência dos Tribunais Superiores. Nem se diga que o texto da lei confere poderes ao tribunal local. Ao prever que possa o relator desprover recurso que confronte súmula do respectivo tribunal, a lei somente pode querer referir-se à hipótese de existir súmula que não colida com aquilo que também no STJ e no STF se tiver entendido como tal.<sup>21</sup>

Portanto, a orientação prevalecente nas Cortes Superiores constitui pressuposto para o ingresso no exame de mérito em segundo grau de jurisdição, o que significa dizer que o relator não pode valer-se apenas da orientação sumulada do seu próprio tribunal. Isso, pela simples razão de que, se adotasse a jurisprudência local (contrária ao entendimento dos Tribunais Superiores),

---

21. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 100, p. 81-87, out./dez. 2000. p. 84.

o relator estaria, obviamente, emitindo pronunciamento inútil, sob o ponto de vista prático. Mais ainda. A decisão será passível de reforma, acarretando à parte o ônus processual de interpor agravo interno e, eventualmente, recurso extraordinário e/ou especial, para fazer valer entendimento já sedimentado nas Cortes Superiores, e que deve prevalecer sempre.

O Projeto também faz referência ao desprovimento de recurso “que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” ou “contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (NCPC, art. 954, IV, alíneas “b” e “c”).

Nada mais coerente. Esses dois novos instrumentos (recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas) vêm justamente para evitar que os tribunais tenham que julgar inúmeras vezes teses jurídicas que já foram pacificadas pelos Tribunais Superiores, de modo que incumbe ao relator julgar monocraticamente nessas hipóteses. Enfim, diante do posicionamento consolidado das instâncias superiores, não há mais o que se discutir a respeito do tema, devendo o relator, portanto, isoladamente, negar provimento ao recurso.

### **3.5. Dar provimento a recurso de acordo com súmula dos Tribunais Superiores, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas**

Por fim, o relator poderá dar provimento a recurso que sustente tese jurídica compatível com súmula do STF ou do STJ; se a decisão recorrida for contrária a acórdão proferido pelos Tribunais Superiores em julgamento de recursos repetitivos; e ainda, se a decisão impugnada contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (NCPC, art. 954, V).

Na verdade, as hipóteses para negar ou dar provimento a recurso, isoladamente pelo relator, são as mesmas e devem ser aplicadas inversamente. O novo modelo não deixa dúvida de que teremos uma via de mão dupla.

### **3.6. Verificar demais questões**

De acordo com o inciso VI do art. 954 do CPC projetado incumbe ao relator, “decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o Tribunal”.

Além disso, o relator deve determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso. De fato, quando o MP atuar no processo como *custos legis* (fiscal da lei), deve manifestar-se depois das partes, haja ou não a apresentação de contrarrazões. Ressalta-se que a manifestação, no tribunal, será sempre da Procuradoria Geral de Justiça.

Por fim, o inciso VIII estabelece que cabe ao relator exercer outras atribuições estabelecidas nos regimentos internos dos tribunais.

#### 4. CONCLUSÃO

Como vimos, um dos artifícios utilizados pelo legislador para dar maior agilidade ao trâmite dos recursos nos tribunais foi ampliar os poderes do relator. Antes somente o colegiado podia julgar os processos, cabendo ao relator somente prepará-los. Hoje é possível que o relator julgue de forma singular recurso que somente o órgão colegiado podia fazer. E essa tendência será mantida no CPC projetado, que traz significativas melhorias em relação ao modelo vigente.

Ressalta-se, ainda, que a continuar dessa maneira é possível que o julgamento colegiado nos tribunais venha a ser extinto, passando cada desembargador, juiz de tribunal ou ministro a decidir isoladamente em seu gabinete, colocando em xeque o princípio do juiz natural.

Por fim, cabe dizer que não se pretendeu exaurir o tema nesse breve ensaio, mas tão-somente estimular a discussão, pois é sabido que muitas divergências se firmarão, haja vista que as normas de processo invariavelmente provocam polêmicas no que tange à sua interpretação. É exatamente aí que o estudo ganha relevância, na medida em que o debate a seu respeito está apenas começando.

#### 5. BIBLIOGRAFIA

- ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 37-58, jul./set. 2001.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 320-329, 1999.

- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 1975.
- CAMBI, Accácio. Aspectos polêmicos na aplicação do art. 557 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: RT, p. 13-24, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. v. 2. São Paulo: RT, p. 127-144, 1999.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Tutela antecipada: denegação no primeiro grau e concessão pelo relator do agravo? *Ajuris*, Porto Alegre, v. 76, p. 9-23, dez. 1999.
- FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. O indeferimento liminar do agravo de instrumento pelo relator. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 69, p. 227-234, jan./mar. 1993.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: RT, p. 145-177, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 100, p. 81-87, out./dez. 2000.





# AS IMPORTANTES ALTERAÇÕES FIRMADAS EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO DA PRECLUSÃO NO PROJETO DO NOVO CPC

*FERNANDO RUBIN<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Apresentação. 2. A preclusão como instituto de direito processual e grande limitador para o agir das partes no processo. 3. Reformas no CPC/1973 e aumento das matérias não preclusivas para o juiz: a prescrição. 4. Vertentes de aplicação da preclusão no modelo processual atual e hipóteses de supressão pelo Projeto 8640/2010: o agravo retido. 5. Outro cenário fundamental de encaminhamento de redução da técnica preclusiva pelo Projeto para um novo CPC: a flexibilização procedimental 6. Considerações finais. Pesquisa doutrinária.

---

## 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).

É, pois, objetivo do presente trabalho investigar o momento atual em que se projetam essas alterações, com foco especial no tema preclusivo, 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

---

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.

nesta casa legislativa no início do ano de 2013, especialmente após a confecção do Relatório do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro em setembro de 2012 (“Relatório Barradas”), em que sedimentado e aperfeiçoado o aludido derradeiro Projeto vindo do Senado.

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 Barradas para o Projeto final no Senado de número 8046/2010 articulado ainda com o antecessor, de número 166, também do ano de 2010<sup>2</sup> 3.

Desde já, possível fixar propedeuticamente que o Relatório Barradas – em comparação com o Projeto último do Senado – parece realmente ser fruto de maior diálogo com o meio jurídico. Percebe-se, ademais, que o Deputado Relator possui conhecimento e vivência no meio processual, entendendo que se pode fazer o possível dentro do lapso regulamentar concedido, como

- 
2. Para tanto, utilizaremos como suporte alguns trabalhos (período 2010-2012) que já realizamos a respeito do tema preclusivo 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; **A preclusão entre o CPC/73 e o Projeto do novo CPC** in Revista Bonijuris n° 589, Curitiba, dezembro 2012, p. 23/32; **Do Código Buzaid ao Projeto para um novo código de processo civil: uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação** in Civil Procedure Review v. 3, n° 1, p. 208/239, janeiro-abril 2012; **Prazos dilatatórios e flexibilização procedimental: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC** in Revista Eletrônica Âmbito Jurídico, doutrina processo civil, publicação virtual de 01-05-2012; **Preclusão: Constituição e Processo** in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38 (2010): 79/96; **Preclusão processual Versus Segurança jurídica: possibilidades práticas de aplicação minorada da técnica preclusiva na instrução** in Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Ano III, n° 5, set/2011 – abr/2012, p. 85/99.
  3. 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 Barradas, 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; 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.

também de que a melhora na letra da lei adjetiva deve vir acompanhada de (a) melhor aparelhamento do Poder Judiciário e treinamento intenso dos operadores do Direito – inclusive para enfrentar a irremediável instalação do processo eletrônico, bem como (b) deve ser forjada verdadeira cultura (jurídica) de colaboração e de boa fé dentro da relação jurídica processual.

Há avanços de simplificação e melhor redação de muitos dispositivos – como se pode exemplificar, respectivamente, com a nomenclatura do agravo de instrumento, substituída simplesmente por “agravo”, e com o procedimento de admissibilidade do recurso de apelação diretamente junto ao Tribunal – como hoje é feito justamente com o agravo de instrumento.

Com relação a uma real novidade da Parte Geral do Código, proposta na Câmara Federal e bem descrita no Relatório Barradas, 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. Quem melhor que as partes litigantes para saberem dos reais pontos controvertidos e da melhor forma de produzir provas a respeito da controvérsia para que finalmente o agente político do Estado diga então com quem está o melhor direito?

A novidade apresentada vem denominada de *acordo de procedimento*, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam<sup>4</sup>; o enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do

---

4. BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, 2012. p. 29. Acesso em 03 de janeiro de 2013 – <http://sergiobc.com.br/wp-content/uploads/2012/11/parecer.pdf>.

juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais<sup>5</sup>.

De comum acordo, assim, nos termos inovadores do art. 191 do Projeto, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, objetivando ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando 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.

Pois bem. Feito o registro inicial a respeito do estágio de tramitação do Projeto no Congresso e sendo feitas sucintas observações em relação às novidades que entendemos relevantes neste contexto, passemos ao tema central do ensaio, qual seja, o regime preclusivo.

## 2. A PRECLUSÃO COMO INSTITUTO DE DIREITO PROCESSUAL E GRANDE LIMITADOR PARA O AGIR DAS PARTES NO PROCESSO

II. A partir dos elementos centrais que configuram a razão de ser do processo estatal – seu procedimento em contraditório, onde se desenvolvem as relações múltiplas entre o Estado-juiz e as partes litigantes, pautados pela mecânica dos prazos (com seus termos preestabelecidos em lei) –, é que aparece a respeitável imagem da *preclusão processual*, em todas as etapas, como instituto limitador da atividade processual dos sujeitos envolvidos, trazendo ordem ao feito e celeridade no seu desfecho<sup>6</sup>.

Mesmo já tendo o Estado subtraído aos cidadãos a possibilidade de se valer da justiça privada – impondo a utilização do processo judicial, é obrigado ainda a impor uma série de limitações à atividade dos litigantes no curso desse instrumento público de jurisdição, para que este ande com regularidade, ordem e rapidez, dentro dos prazos preestabelecidos; subtraindo, por sua vez, a marcha do processo ao completo arbítrio do seu diretor,

---

5. BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, 2012. p. 30. Acesso em 03 de janeiro de 2013 – <http://sergiobc.com.br/wp-content/uploads/2012/11/parecer.pdf>.

6. BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**, in Revista Forense, 158 (1955): 59/66; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

o Estado-juíz, representando esta uma importante e indiscutível garantia aos litigantes (jurisdicionados)<sup>7</sup>.

Extraí-se daí que a preclusão deve ser compreendida como um instituto que envolve a impossibilidade, por regra, de, a partir de determinado momento, serem suscitadas matérias no processo, tanto pelas partes como pelo próprio juiz, visando-se precipuamente à aceleração e à simplificação do procedimento. Integra sempre o objeto da preclusão, portanto, um ônus processual das partes ou um poder do juiz; ou seja, a preclusão é um fenômeno que se relaciona com as decisões judiciais (tanto interlocutória como final) e as faculdades conferidas às partes com prazo definido de exercício, atuando nos limites do processo em que se verificou<sup>8</sup>.

Na Itália, onde o instituto da preclusão foi devidamente sistematizado, principalmente a partir dos estudos de Chiovenda<sup>9</sup>, chegou-se a criticar o fato de ter se dado destaque ao fenômeno quando vinculado às atividades das partes<sup>10</sup> – a partir do conceito de que o fenômeno preclusivo representaria *a perda, extinção ou consumação da faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício*.

Embora, de fato, a *preclusão de questões para o juiz* não conste expressamente na definição do instituto desenvolvido por Chiovenda<sup>11</sup>, não há dúvida, analisando as suas obras, de que a espécie é contemplada ao lado da *preclusão de faculdades para as partes*, tanto é que para diferenciar a coisa julgada material da preclusão (diferenciar, nas suas exatas palavras, “coisa julgada e questões julgadas”), discorre em miúdos sobre o que seja a preclusão de questões e sua ramificação interna, deixando transparecer que decisões interlocutórias ou finais inimpugnadas “transitam em julgado em sentido formal”, não podendo mais ser modificadas pelas partes e pelo julgador.

- 
7. BUZAID, Alfredo. **Inafastabilidade do controle jurisdicional** in Estudos e pareceres de direito processual civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 309/319.
  8. 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.
  9. CHIOVENDA, Giuseppe. **Cosa giudicata e preclusione** in Rivista Italiana per le scienze giuridiche n° 11 (1933): 3/53.
  10. TESORIERE, Giovanni. **Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile**. Padova: CEDAM, 1983, p. 87 e ss.; MARELLI, Fabio. **La trattazione della causa nel regime delle preclusioni**. Padova: CEDAM, 1996, p. 15 e ss.
  11. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, Vol. I, 3ª ed., notas de Enrico Tullio Liebman.

De qualquer modo, cabe o grifo, o instituto ganha, inegavelmente, brilho particular, ao se estabelecer como o grande limitador para a atividade processual das partes – sujeitas a firmes sistemáticas de prazos e formas, desde a fase postulatória, no rito de cognição, até a extinção definitiva da fase de execução do julgado; mesmo porque, por outro lado, há matérias de ordem pública não sujeitas ao regime preclusivo para o Estado-juiz<sup>12</sup>.

Justamente pela sua relevância para as partes, cabível mais algumas linhas sobre o fenômeno nesse particular. O Código Buzaid<sup>13</sup>, de fato, apresenta rigidez na aplicação da técnica, à medida que a grande maioria das decisões judiciais e dos atos de impulsionamento estão submetidos à preclusão<sup>14</sup> – as exceções seriam, respectivamente, os despachos de mero expediente e os prazos meramente dilatatórios. Desse modo, presencia-se a atuação da preclusão sobre as sentenças e as decisões interlocutórias – sujeitas a agravo de instrumento ou retido; bem como diante dos centrais atos de impulsionamento do processo – como na apresentação de contestação e documentos, quesitos, laudo do perito assistente, rol de testemunhas, impugnação à ata de audiência, impugnação à cálculo de execução, dentre outros.

Sendo constante no processo, mesmo após o trânsito em julgado do feito, e produzindo efeitos, muitas vezes, graves e imodificáveis, a preclusão acelera a marcha do processo, atuando decisivamente na moldagem dos julgamentos – levando-se sempre em conta que o ato processual final é a sequencia válida e lógica dos atos processuais anteriores<sup>15</sup>.

Colocando-se como instituto que representa a maior limitação do agir das partes no processo, impondo ordem e celeridade ao procedimento, por certo se trata a preclusão de princípio processual, sem o qual não teríamos organização e desenvolvimento das etapas em prazo razoável. No entanto, admite-se uma aplicação maior ou menor dos seus préstimos, dependendo da espécie de procedimento a ser formatado<sup>16</sup>.

---

12. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

13. MITIDIERO, Daniel. “**O processualismo e a formação do Código Buzaid**” in Revista de Processo n° 183 (2010): 165/194.

14. BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 24ª ed. p. 4/6.

15. FAZZALARI, Elio. **Procedimento e processo (teoria generale)** in Enciclopedia del diritto, n° 35 (1986): 819/835.

16. SCHIMA, Hans. **Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti**. Trad. de Tito Carnacini in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n° 7 (1953): 757/772.

A sua definição como técnica emerge, pois, justamente do fato de o instituto poder ser aplicado, com maior ou menor intensidade, tornando o processo mais ou menos rápido, impondo ao procedimento uma maior ou menor rigidez na ordem entre as sucessivas atividades que o compõem, tudo dependendo dos valores a serem perseguidos prioritariamente pelo ordenamento processual de regência de uma determinada sociedade, em um dado estágio cultural<sup>17</sup>.

Exatamente nesse contexto que se insere o Projeto para um novo CPC, já que não se cogita da mera exclusão dos seus préstimos (já que a preclusão é princípio), mas da redução dos seus préstimos (como técnica), em nome principalmente da simplicidade e aceleração do procedimento<sup>18</sup>.

### 3. REFORMAS NO CPC/1973 E AUMENTO DAS MATÉRIAS NÃO PRECLUSIVAS PARA O JUIZ: A PRESCRIÇÃO

III. O CPC/1973 na sua versão originária já tratava de diferenciar o regime preclusivo disposto para as partes e para o Estado-juiz, restringindo a aplicação do fenômeno ao diretor do processo, especialmente ao passo em que autorizava ao magistrado voltar atrás em decisão já tomada (relativização da preclusão consumativa), quando se tratasse de matéria de ordem pública: como as condições da ação e pressupostos processuais (art. 267, par. 3º), provas (art. 130, *caput, ab initio*), nulidades absolutas (art. 245, par. único), e erro material (art. 463, I).

Com as reformas implementadas no Código Buzaid, tratou-se de se alargar o rol das matérias não sujeitas à preclusão para o juiz, agregando-se a prescrição – hipótese mantida no Projeto do Senado 8046/2010.

No que toca à matéria prescricional, a novidade apresentada pelo sistema é tratar a possibilidade de *aplicação oficiosa da medida* ao disciplinar o *juízo da demanda com resolução do mérito*<sup>19</sup>.

- 
17. MILLAR, Robert Wyness. **Los principios informativos del proceso civil**, trad. de Catalina Grossmann. Buenos Aires. p. 96.
  18. FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. **O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança** in Revista de Processo nº 185 (2010): 146/50.
  19. 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 ESMAE, Distrito Federal, volume nº 8 (2011): 207/209.

A determinação para a decretação *ex officio* da prescrição, no regime do *Codex* processual, foi originariamente encaminhada pela Lei 11.280, de 2006, ao tratar da citação do processo, alterando o art. 219 do CPC vigente. Reza o aludido dispositivo, no seu parágrafo 5º: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”<sup>20</sup>.

Agora, o Projeto do Senado incrementando a medida, alça o tema ao dispositivo que trata diretamente da resolução de mérito, confirmando que cabe ao juiz pronunciar, de ofício ou a requerimento da parte, não só a decadência (como historicamente se admitia), mas também agora a prescrição (histórica matéria de defesa – exceção oportunizada ao réu – tão somente reconhecida quando requerida expressamente pelo demandado em preliminar contestacional).

Cabe referir, no entanto, que o tema prescricional, nos estritos limites da esfera laboral, não parece ser tão simples. Ocorre que sob diversa perspectiva, boa parte da doutrina trabalhista observa que no âmbito do processo laboral, não caberia aplicação subsidiária do art. 219, par. 5º do CPC, já que a decretação da prescrição virá sempre em prol do empregador; será uma vantagem diretamente vinculada à parte mais forte do conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional – logo, parece claro que seu reconhecimento de ofício pelo magistrado irá colidir, de forma impostergável, com o princípio de proteção<sup>21</sup>.

De qualquer forma, fechando o parênteses, no âmbito do processo civil, a questão está pacificada e vem tratada no art. 474, IV do Projeto do Senado para o novo CPC, e já vinha com próxima redação no anterior Anteprojeto 166-2010, art. 469, IV. No Relatório Barradas, a matéria vem disposta da mesma forma no art. 497, IV.

**IV.** É de se observar que as demais matérias não preclusivas para o juiz são mantidas pelo Projeto. Ademais, ressalta-se que é tratado nesse contexto o juízo de admissibilidade recursal – aproximando, a doutrina, a sua disciplina

---

20. ALVIM, Arruda. **Lei nº 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC** in Revista de Processo nº 143 (2007): 13/25; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua** Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara\\_presc.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara_presc.doc). 18/11/2007.

21. ANDRADE, Érico. **A prescrição das pretensões de acidente de trabalho, o Novo Código Civil e a Emenda Constitucional nº 45/2004** in Repertório de Jurisprudência IOB, nº 4 (2007): 108/114, Vol. II – Trabalhista e Previdenciário; BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma jurídica em vigor** in Revista de Processo nº 145 (2007): 163/172.



especificamente das condições e pressupostos processuais (com as peculiaridades de se tratar de tema afeito ao segundo grau)<sup>22</sup>.

Por isso mesmo, o Projeto 8046/2010 propõe mudança na atual redação do art. 518 do Código Buzaid, a fim de que a admissibilidade recursal seja efetuada diretamente pelo Tribunal *ad quem* (art. 966 do Projeto do Senado, Anteprojeto 166-2010, art. 926). No Relatório Barradas, a matéria vem disposta de forma mais clara e pormenorizada nos arts. 1023 e 1024, chegando a ser regulamentado agora que, em não sendo eletrônicos os autos, o apelante tem de juntar, no juízo que proferiu a sentença, a cópia da apelação, no prazo de três dias a contar da sua interposição, sendo que o não cumprimento desta exigência, desde que arguido e provado pelo apelado, importa inadmissibilidade da apelação.

#### **4. VERTENTES DE APLICAÇÃO DA PRECLUSÃO NO MODELO PROCESSUAL ATUAL E HIPÓTESES DE SUPRESSÃO PELO PROJETO 8640/2010: O AGRAVO RETIDO**

V. No estudo das preclusões que atuam sobre o magistrado (“preclusão de questões”)<sup>23</sup>, faz-se presente a regra da preclusividade, que muito bem pode ser confirmada com a omissão da parte prejudicada, diante de decisão gravosa, em interpor o competente recurso no prazo e na forma prevista pelo ordenamento. Revelaram-se também, por outro lado, hipóteses em que a parte não possui mais a viabilidade de ingressar com medida recursal típica, mas pode ter a questão (não preclusiva) revista, em face de mudança de posicionamento incrementada de ofício pelo próprio diretor do processo.

Teríamos aqui uma preclusão de faculdade (da parte) referente ao ato de recorrer – que, na última situação comentada não seria absoluta, já que se o juiz pode reanalisar a decisão judicial incidental a qualquer tempo (não preclusiva), poderia a parte, em tese, apresentar mesmo fora do prazo recursal pedido de reconsideração.

Essa hipótese revela-se importante para que se trate de diferenciar, dentro do mesmo gênero “preclusão para as partes (de faculdades)”, duas espécies do fenômeno: uma seria justamente essa referente ao ato processual de recorrer,

---

22. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984, 2º Volume. p. 50 e 254.

23. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 13/25.

e a outra seria a preclusão de faculdades referentes aos atos processuais necessários no desenvolvimento das fases do procedimento estabelecido por lei.

A aludida primeira espécie decorre de uma decisão judicial gravosa, que impõe uma tomada de atitude específica da parte (interposição de recurso), sob pena de não mais poder agir (*preclusão decorrente de um ato processual de recorrer*). Já a segunda espécie decorre de previsão legal-processual que impõe uma tomada de atitude da parte em impulsionar o feito da melhor maneira possível, na fase postulatória e instrutória, sob pena de ser enclausurada uma etapa e dado início à fase subsequente, ao passo que expirado o prazo de duração da fase procedimental precedente (*preclusão decorrente de um ato processual necessário no desenvolvimento das fases do rito*).

A preclusão é, pois, *instituto complexo, fator estruturante do procedimento*<sup>24</sup> que se manifesta em diversas vertentes, seja para as partes seja para o Estado-juiz. Pode-se tentar desenvolver as linhas acima reconhecendo que, pelo menos, em cinco momentos típicos é destacada a participação da técnica: a) preclusão para a parte referente ao ato de recorrer de sentença; b) preclusão para a parte referente ao ato de recorrer de decisão interlocutória de maior gravidade; c) preclusão para a parte referente ao ato de recorrer de decisão de menor gravidade; d) preclusão para a parte referente aos atos para o desenvolvimento do procedimento; e) preclusões para o Estado-juiz.

Tais vertentes estão bem presentes no sistema do Código Buzaid e simplesmente não desaparecem todas elas com o Projeto final do Senado, o que confirma aquela acepção da preclusão como princípio processual<sup>25</sup>.

Está, em linhas gerais, mantida a preclusão envolvendo a interposição de apelação (vertente alínea “a” supra) e a interposição de agravo de instrumento (vertente alínea “b” supra), como também preservada a regra geral de que o magistrado, salvo em matérias de ordem pública já aludidas, não pode *ex officio* voltar atrás em decisão tomada no processo (vertente alínea “e” supra).

Portanto, devemos tomar cuidado na análise da alteração da técnica preclusiva imposta pelo Projeto, já que, em verdade, só há uma pequena alteração na sistemática, especificamente em relação à preclusão para as partes envolvendo decisão interlocutória de menor monta; não havendo substancial

24. NUNES, Dierle José Coelho. **Preclusão como fator de estruturação do procedimento** in Estudos continuados de teoria do processo – vol. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.

25. BRASIL. **Projeto final do Senado n° 8046/2010. Acesso em 21 de julho de 2011 – <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf>.**

alteração em relação à preclusão para as partes envolvendo as principais decisões interlocutórias e a decisão final, em relação à preclusão para as partes envolvendo os atos de impulsionamento da demanda, bem como em relação à preclusão para o Estado-juiz.

O que propõe especialmente o Projeto do Senado – reduzindo o tamanho da preclusão como técnica – é a eliminação da vertente constante na alínea “c” supra, com a supressão do agravo retido do código.

Vê-se, pois, que não se trata de movimento tão ousado, mesmo porque ao que se sabe a utilidade prática do agravo retido sempre fora baixa, podendo a parte, pela nova sistemática, encaminhar a sua irrisignação como preliminar recursal sem a necessidade de apresentar o protesto (agravo) quando da publicação da decisão interlocutória de gravidade menor – como funciona hoje já no rito sumaríssimo do JEC.

De fato, atualmente a complexidade que envolve o recurso de agravo retido é significativa, ao passo que é necessário apresentá-lo na origem dentro do prazo legal e com suficiente fundamentação, fazendo-se ainda necessária a sua ratificação junto ao Tribunal ao tempo de formatação das razões recursais, conforme dispõe o atual art. 523, § 1º do Código Buzaid.

Inegavelmente a solução projetada se aproxima da construção já formatada no processo laboral<sup>26</sup>. De qualquer forma, a nova sistemática simplifica o procedimento, sendo inclusive menos burocrática que a própria estrutura existente na Justiça do Trabalho (utilizada como paradigma), em que continua havendo a necessidade de apresentação junto ao Juízo *a quo* de um *protesto anti-preclusivo*.

**VI.** 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 irrisignação ser diretamente encaminhada ao Tribunal, se houver necessidade, como preliminar ao mérito de apelação.

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

---

26. BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de direito processual do trabalho – de acordo com o Projeto do novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 518.

parte sucumbente, em preliminar, em sede de razões ou de contrarrazões de apelação<sup>27</sup>.

Claro que essa mitigação dos efeitos preclusivos é relativa, especialmente porque as decisões interlocutórias sujeitas a Agravo de Instrumento, ratifiquem-se, seguem a regra tradicional de preclusão – cabendo esse último recurso contra decisões que: versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência; versarem sobre o mérito da causa; proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; em outros casos referidos em lei.

Em relação ao Relatório Barradas, a supressão do agravo retido vem insculpida inicialmente no art. 1007, o qual deixa claro que em relação às matérias incidentais de primeiro grau a única figura recursal que permanece vigente é o agravo de instrumento, o qual passa agora a ser denominado simplesmente de “agravo”. Posteriormente, o art. 1022, § único confirma que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo, têm de ser suscitadas em apelação, eventualmente interposta contra a decisão final.

## 5. OUTRO CENÁRIO DE FUNDAMENTAL ENCAMINHAMENTO DE REDUÇÃO DA TÉCNICA PRECLUSIVA PELO PROJETO PARA UM NOVO CPC: A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

VII. Outra redução oportuna do espaço da técnica preclusiva está atrelada ao tamanho da vertente constante na alínea “d” supra. Destacamos que, *in casu*, pode se operar uma redução – e não uma eliminação, como se dá com a vertente constante na alínea “c” supra – porque a projetada redução da preclusão referente aos atos de desenvolvimento do procedimento deve se limitar à fase instrutória, sendo, ao que tudo indica, mantidas pelo Projeto as regras preclusivas referentes à fase postulatória.

Eis a razão pela qual estamos tratando a lógica da *flexibilização procedimental*<sup>28</sup> em ponto próprio, em momento posterior à investigação da supressão do agravo retido.

27. **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.

28. 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.

De fato, precisamos reconhecer que é muito vasta essa atividade preclusiva relacionada aos atos processuais de impulsionamento do procedimento: compreende desde atividades próprias da fase postulatória – como a apresentação de contestação e a apresentação de réplica – até atividades próprias da fase instrutória – como os requerimentos para produção de provas técnicas e orais.

Assim, forçoso restringir a novidade destacada no Projeto à fase instrutória, em que já vínhamos admitindo ser o espaço devido em que se poderia falar irrestritamente em prazos não sujeitos à imediata preclusão (prazos dilatatórios). 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 8046/2010 foi realmente restringir a possibilidade de dilação de prazo à fase instrutória, já que o art. 118, V ao trazer a novidade, catalogando os poderes do juiz na direção do processo, refere no mesmo inciso a possibilidade de o julgado 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).

Das duas novidades, ora debatidas, anunciadas no Projeto do novo CPC – *supressão do agravo retido e dilação de prazos instrutórios* – pensamos que essa última tende a ter maior repercussão, 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 discutido e exigido no direito estrangeiro<sup>29</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

---

29. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Preclusioni istruttorie e diritto alla prova** in *Rivista di Diritto Processuale* n° 53 (1998): 968/995.

em que o julgador deva aplicar um e outro<sup>30</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>31</sup>.

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 prazo dilatório, mas que outros importantes prazos como o do art. 407 (juntada de rol de testemunha) e especialmente o prazo do art. 433 (juntada do laudo de perito assistente) são prazos peremptórios<sup>32</sup>.

---

30. BARBOSA MOREIRA, J.C. **Sobre prazos peremptórios e dilatórios** in Temas de direito processual, Segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

31. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 196.

32. “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 nº 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 nº 828373, Rel. Min. Castro Filho, DJ 11/09/2006); “O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada de seu parecer é preclusivo,

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 dilatatórios, mesmo porque há um direito constitucional (e prioritário) à produção de provas a ser observado na devida exegese do ordenamento legal<sup>33</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>34</sup>.

Proseguimos invocando que para se atingir no processo uma louvável maior possível 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 direta ou indiretamente 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 de um fim próprio ou autônomo<sup>35</sup>.

Agora, pelo sistema do Projeto do 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.

**VIII.** Em relação ao Relatório Barradas, a novidade segue mantida nos termos do art. 139, VI. No entanto, foi acrescentado um parágrafo único neste dispositivo, regulando que: “a dilação de prazo de que trata o inciso VI deste artigo somente pode ser determinada antes do início do prazo regular”.

---

de modo que, apresentado extemporaneamente, deve ser ele desentranhado” (STJ, EDcl no Resp 800180, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 11/09/2006).

33. CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 450.
34. CALMON DE PASSOS, J. J. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 121.
35. 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.

Com relação a essa novidade, s.m.j., não encontramos fundamentação clara no Relatório Barradas que a justificasse. Na verdade, em primeira análise, parece-nos confusa essa disposição, já que se entendermos que “prazo regular” significa “prazo legal” teríamos que concluir que o julgador deverir prorrogar o prazo dilatatório antes mesmo de iniciar a sua fluência, o que não parece lógico. Ora, como o juiz poderá 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 dilatação 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.

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>36</sup>. E tal aceção 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.

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 o ideal para o célere impulsionamento do feito que a parte se manifeste dentro do prazo de cinco dias 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 muito provavelmente não irá decretar a preclusão, e por consequência não irá determinar o desentranhamento da petição.

---

36. BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 34/35.



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 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 Relatório Barradas tenha suprimido a redação do último 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 agora 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.

**IX.** Pois bem. Uma leitura atenta da redação do art. 118, V do Projeto 8046/2010, atual art. 139, VI do Relatório Barradas, 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, 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>37</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>38</sup>; ainda que se visualize tópico prejuízo à efetividade e ao cumprimento das disposições preclusivas do rito (nos termos estritos previstos em lei)<sup>39</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, deporia em desfavor da efetividade. A busca aqui se coloca (sim) em favor da prova, medida importante e louvável do Projeto – na contramão das reformas tendentes a busca (desenfreada) pela efetividade<sup>40</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.

Daí por que entendemos que mais precisa e harmônica redação do art. 139,VI seria obtida da seguinte forma: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe, ao longo da instrução, 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 e certeza à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa” (grifo nosso às passagens sugeridas, não integrantes do atual Projeto).

Dessa forma, nada obstante a discussão ainda em aberto, estar-se-ia, por ora, definindo com maior clareza os limites da atuação judicial – à fase instrutória, sendo previsto o contraditório com as partes litigantes, tudo a

37. PRUDENTE, Antônio Souza. **Poder judiciário e segurança jurídica** in Revista de informação legislativa n° 115 (1992): 571/580.

38. 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.

39. 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.

40. 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.

evitar enfim que o poder se converta em arbítrio. Por fim, fica ainda a sugestão de ser melhor pensada a redação do art. 139, parágrafo único, inclusive sendo analisada a possibilidade de sua exclusão – a fim de não haver riscos de se tolher indevidamente a prorrogação (muitas vezes necessária) de prazos (dilatatórios) referentes à produção de provas na fase instrutória.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

X. Encerramos essa apresentação ratificando o sensível avanço que o Relatório Barradas apresentou para a concretização de um novo Código de Processo brasileiro. Como obra humana, evidente que ainda pode ser melhorado, sendo inclusive por isso sugerido neste ensaio a melhora na redação do art. 139, VI e mesmo a exclusão do parágrafo único do mesmo dispositivo.

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, não imaginamos que a alteração da norma central do eixo do processo civil brasileiro terá o condão de sanar significativamente problemas de cunho cultural e social.

Por certo, o novo código, caso aprovado, deve 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 – questão complexa essa, que evidentemente não será resolvida simplesmente com a projetada mudança legislativa.

Em relação ao tema preclusivo concluímos que as alterações incrementadas são, em linhas gerais, realmente positivas; não excluindo a preclusão do sistema – mesmo porque a preclusão consolidou-se como um dos centrais princípios processuais, mas sim diminuindo os seus préstimos em questões pontuais oportunas, como: (a) a supressão do agravo retido, deixando de ser preclusivas as decisões interlocutórias de menor gravidade; e (b) a diminuição do tamanho da preclusão na fase instrutória, autorizando a dilação de prazos para a produção de provas.

## PESQUISA DOUTRINÁRIA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. “Lei nº 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC” in *Revista de Processo* nº 143 (2007): 13/25.

- ANDRADE, Érico. “A prescrição das pretensões de acidente de trabalho, o Novo Código Civil e a Emenda Constitucional nº 45/2004” in *Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 4 (2007): 108/114, Vol. II – Trabalhista e Previdenciário.
- BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milão: Giuffrè, 1983.
- BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”, in *Revista Forense*, 158 (1955): 59/66.
- BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Curso de direito processual do trabalho – de acordo com o Projeto do novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 518.
- . “Prescrição de ofício: da crítica ao direito legislado à interpretação da norma jurídica em vigor” in *Revista de Processo* nº 145 (2007): 163/172.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 24ª ed.
- . “Sobre prazos peremptórios e dilatatórios” 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* nº 94 (2000): 79/97.
- BUZAID, Alfredo. “Inafastabilidade do controle jurisdicional” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 309/319.
- . “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.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua* Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara\\_presc.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara_presc.doc). 18/11/2007.
- 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* nº 37 (2010): 56/85.
- CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione” in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* nº 11 (1933): 3/53.
- . *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, Vol. I, 3ª ed., notas de Enrico Tullio Liebman.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “Preclusioni istruttorie e diritto alla prova” in *Rivista di Diritto Processuale* nº 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.
- FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)” in *Enciclopedia del diritto*, n° 35 (1986): 819/835.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.
- 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.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984, 2º Volume.
- 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.
- MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios informativos del proceso civil*, tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires.
- MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid” in *Revista de Processo* n° 183 (2010): 165/194.
- 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](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 José Coelho. “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. 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.
- POLI, Roberto. “Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescrite a pena de preclusione e decadenza”. *Rivista de diritto processuale*, Padova, Cedam, n° 2, p. 447-470, abr./jun. 1996.
- PRUDENTE, Antônio Souza. “Poder judiciário e segurança jurídica” in *Revista de informação legislativa* n° 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 n° 166, de 2010” in *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, Distrito Federal, volume n° 8 (2011): 207/209.
- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- . “A preclusão entre o CPC/73 e o Projeto do novo CPC” in *Revista Bonijuris* n° 589, Curitiba, dezembro 2012, p. 23/32.
- . “Do Código Buzaid ao Projeto para um novo código de processo civil: uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação” in *Civil Procedure Review* v. 3, n° 1, p. 208/239, janeiro-abril 2012.
- . “Prazos dilatórios e flexibilização procedimental: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC” in *Revista Eletrônica Âmbito Jurídico, doutrina processo civil, publicação virtual de 01-05-2012*.
- . “Preclusão: Constituição e Processo” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n° 38 (2010): 79/96.
- . “Preclusão processual Versus Segurança jurídica: possibilidades práticas de aplicação minorada da técnica preclusiva na instrução” in *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Ano III, n° 5, set/2011 – abr/2012, p. 85/99.
- SCHIMA, Hans. “Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti”. Trad. de Tito Carnacini in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n° 7 (1953): 757/772.
- TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.
- 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.

# APONTAMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DO PROCESSO.

FREDIE DIDIER JR.<sup>1</sup>

A última versão do projeto de novo Código de Processo Civil, apresentada pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012, ratificou a proposta apresentada ainda no Senado, no sentido de prever enunciado expresso consagrando o princípio da eficiência do processo como uma norma fundamental processual. O art. 6º do projeto prescreve: “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”.

Este pequeno ensaio tem o objetivo de apresentar algumas ideias para a concretização desta norma, que, por recente, carece de densidade.

O processo, para ser *devido*, há de ser *eficiente*. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal<sup>2</sup>. Realmente, é difícil conceber como devido um processo ineficiente.

Mas não só.

Ele resulta, ainda, da incidência do art. 37, *caput*, da CF/88<sup>3</sup>. Esse dispositivo também se dirige ao Poder Judiciário – como indica, aliás, a literalidade do enunciado, que fala em “qualquer dos Poderes”.

- 
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 dos Institutos Brasileiro e 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. Assim, também, CUNHA, Leonardo José Carneiro da.. “A previsão do “princípio da eficiência” no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.
  3. Art. 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Assim, o *princípio do processo eficiente* é resultado de uma combinação de dois dispositivos da Constituição Federal: art. 5º, LIV, e art. 37, *caput*.

Há quem defenda que essa norma é um *postulado*, não um princípio, pois é norma que serve à aplicação de outras normas (princípios e regras)<sup>4</sup>. É uma metanorma, que estrutura o modo de aplicação de outras normas. *Postulado* é, então, uma norma com estrutura e finalidade diversas, segundo o pensamento de Ávila. Para manter a coerência de seu pensamento, o autor opta por considerar a eficiência administrativa como um *postulado*.

Optamos pela menção a “princípio da eficiência”, entretanto, por duas razões: a) o texto constitucional o menciona expressamente; b) norma é sentido que se dá a um texto; do dispositivo constitucional, pensamos que tanto se possa extrair um postulado como um princípio – uma norma que vise à obtenção da eficiência, no caso uma *gestão processual eficiente*, como estado de coisas a ser alcançado.

O princípio repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e b) a gestão de um determinado processo.

a) *Sobre a Administração Judiciária*. O Poder Judiciário também pode ser encarado, sob uma perspectiva, como ente da administração – e é exatamente por isso que o art. 37 da CF/88 também a ele se refere. A Administração Judiciária – administração dos órgãos administrativos que compõem o Poder Judiciário – deve ser eficiente.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, pela EC nº 45/2004, corrobora essa dimensão do princípio da eficiência administrativa. A simples leitura do § 4º do art. 103-A é suficiente para demonstrar o que se afirma:

“§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos

4. ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, 2005, p. 24. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br), acesso em 22.12.2012, às 06h29. Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT 2005, nº 121, item 6, p. 292-296; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “A previsão do “princípio da eficiência” no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.



regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa”.

O princípio, neste sentido, é norma de direito administrativo, sem qualquer especificidade digna de nota pelo fato de ser dirigido ao Poder Judiciário. Essa dimensão do princípio da eficiência *não* será examinada neste ensaio.

*b)* A dimensão do princípio da eficiência que ora nos interessa é a outra. O princípio da eficiência, aplicado ao *processo jurisdicional*, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional.

O princípio, aqui, dirige-se ao órgão do Poder Judiciário, não na condição de ente da administração, mas, sim, de órgão jurisdicional, responsável pela

gestão de um processo (jurisdicional) específico. Assim, é norma de direito processual.

A compreensão da eficácia processual do princípio da eficiência impõe, ainda, que se levem em consideração algumas premissas.

*i)* Esse princípio se relaciona com a *gestão do processo*.

O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: *administrador de um determinado processo*. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se, corretamente, o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público<sup>5</sup>. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo.

Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente.

*ii)* A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual<sup>6</sup>. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece no texto constitucional, mas, sobretudo, como uma técnica retórica de reforço da relação entre esse princípio e a atuação do juiz como um administrador<sup>7</sup> – ainda que administrador de um *determinado* processo<sup>8</sup>.

5. CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. 7ª ed. Paris: LexisNexis, 2011, p. 35 e 38; CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n° 192, p. 400-401.

6. CONRADO, Paulo César. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 58 e segs.

7. A eficiência como uma qualidade que contemporaneamente se busca atribuir à atividade administrativa – que se pretende uma administração gerencial – foi bem percebida por CUNHA, Leonardo José Carneiro da.. “A previsão do “princípio da eficiência” no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

8. Em sentido diverso, Eduardo José da Fonseca Costa: “O postulado da eficiência processual é norma sobre a produção de outras normas, é norma de segundo grau, norma que imputa ao juiz o dever estrutural de arquitetar criativamente regras procedimentais individuais e concretas que, uma vez efetivadas, produzam o estado fático desejado pelos princípios que as inspiram. Já o princípio da economia processual é norma de comportamento, é norma de primeiro grau, é norma que fixa como fim prático desejado um processo civil em que se obtém o máximo de proveito com o mínimo de atividade dos sujeitos envolvidos. É bem verdade que a doutrina hodierna vem tentando dar ao princípio da economia processual um novo apelido, chamando-o de “princípio da eficiência”. Trata-se de modernice dispensável, porém. A inovação terminológica tão-somente se justifica se

iii) Exatamente por conta disso, pode-se sintetizar a “eficiência”, meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observou dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)<sup>9</sup>.

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado)<sup>10</sup>. A eficiência é algo que somente se constata *a posteriori*: não se pode avaliar *a priori* se a conduta é ou não eficiente.

Assim como o princípio da adequação, o princípio da eficiência impõe ao órgão jurisdicional o dever de adaptar ou “arquitetar”, na expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, regras processuais, com o propósito de atingir a eficiência. Mas enquanto a adequação é atributo das regras e do procedimento, a eficiência é uma qualidade que se pode atribuir apenas ao procedimento – encarado como ato<sup>11</sup>. Embora se conceba um procedimento *a*

---

o inovador estiver cômico da grave distinção entre “princípio da eficiência” e “postulado da eficiência”. Todavia, a semelhança entre estas locuções só traz mais perturbações, motivo pelo qual a antiquada “economia processual” ainda é preferível à “eficiência” para designar o princípio”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”, cit., p. 294.)

9. ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”, cit., p. 19.
10. ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”, cit., p. 23-24.
11. Em sentido diverso, Eduardo José da Fonseca Costa, para quem a eficiência é um atributo das regras. O autor entende que não existe um princípio da eficiência, mas, sim, um postulado; esse postulado “não impõe o dever jurídico de promover-se um fim, mas estrutura, mediante a produção de regras jurídicas, a aplicação do dever de promover-se os fins que as infundiram. Não prescreve diretamente um comportamento, mas sim uma maneira de elaboração das regras, em que se concorda ao máximo o conteúdo delas com os valores que lhe justificaram a produção e que devem estar nelas imbricados. Enfim, o postulado da eficiência é um dever de estruturação, que estabelece uma vinculação entre princípios e regras jurídicas e que estabelece uma relação de otimização no processo de concretização dos princípios pelas regras. Definitivamente, quanto mais a criação duma regra estiver centrada na finalidade que dá suporte ao seu criador, ou nos princípios que lhe devam estar subjacentes, tanto mais *eficiente* será essa regra”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”, cit., p. 293.)

*priori* (em tese) adequado – um procedimento definido pelo legislador, com a observância dos critérios objetivo, subjetivo e teleológico –, um procedimento eficiente é inconcebível *a priori*: a eficiência resulta de um juízo *a posteriori*, como se disse, sempre retrospectivo.

Note que, assim, podemos distinguir *eficiência e efetividade*.

*Efetivo* é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. *Eficiente* é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo *pode ser efetivo sem ter sido eficiente* – atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas *jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo*: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.

Estabelecidas as premissas, podemos, agora, visualizar algumas aplicações do princípio da eficiência no processo.

I) O dever de eficiência impõe-se na escolha do meio a ser utilizado para a execução da sentença (art. 461, § 5º, CPC). O meio executivo deve promover a execução de modo satisfatório, nos termos mencionados acima.

II) O princípio da eficiência exerce uma função interpretativa. Os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de modo a observar a eficiência. Dispositivos relacionados à suspensão do processo, por exemplo, que impõem um limite temporal máximo para a suspensão (art. 265, §§ 3º e 5º, CPC), devem ser interpretados com temperamento: em certas situações, o prosseguimento do processo, após o vencimento do prazo máximo de suspensão, é medida que pode revelar-se extremamente ineficiente, sob o ponto de vista da administração do processo.

III) Do princípio da eficiência pode-se extrair a permissão de o órgão jurisdicional estabelecer uma espécie de “conexão probatória” entre causas pendentes, de modo a unificar a atividade instrutória, como forma de redução de custos, mesmo que isso não implique a necessidade de julgamento simultâneo de todas elas.

---

Nessa linha, é difícil demarcar as áreas de incidência dos princípios da adequação – sobretudo a adequação teleológica – e da eficiência, que acabam por confundir-se. O próprio Eduardo José da Fonseca Costa entende que o postulado da eficiência opera sobre a criação de regras jurídicas ainda não existentes (cit., p. 293) – exatamente o que aqui se defende pelo nome de princípio da adequação. Essa é mais uma razão para relacionarmos a eficiência à economia processual.

Imagine-se o caso em que um mesmo fato é afirmado em várias causas pendentes – nocividade de um determinado produto, por exemplo –, que não podem ser reunidas para julgamento simultâneo, porque cada uma delas possui, ainda, suas próprias peculiaridades fáticas. Pode o órgão jurisdicional, neste caso, determinar uma perícia única, cujos custos seriam repartidos entre os sujeitos interessados de todos os processos.

IV) O princípio da eficiência é fundamento para que se permita a adoção, pelo órgão jurisdicional, de técnicas atípicas (porque não previstas expressamente na lei) de gestão do processo, como o calendário processual (definição de uma agenda de atos processuais, com a prévia intimação de todos os sujeitos processuais de uma só vez), ou outros acordos processuais com as partes, em que se promovam certas alterações procedimentais, como a ampliação de prazos ou inversão da ordem de produção de provas.



# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: NOTAS SOBRE O PROJETO BARRADAS

*CAMILLA MATTOS PAOLINELLI<sup>1</sup> E  
RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS<sup>2</sup>*

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A codificação ordinária de direitos, garantias processuais-fundamentais e princípios constitucionais. 2. Estrutura técnico-sistemática do projeto Barradas: avanços e retrocessos em relação à proposta aprovada no Senado (PL 8046/2010). 3. A ausência de técnica na redação e terminologia de alguns artigos. 4. A fatídica confusão entre técnica e formalismo e a busca de celeridade a qualquer custo. 5. A celeridade e a distorção da segurança jurídica. 6. O poder excessivo dos juízes. 7. Considerações finais.

---

## INTRODUÇÃO

As propostas para a elaboração de um novo Código de Processo Civil nasceram com a pretensão de imprimir celeridade aos pronunciamentos decisórios da atividade jurisdicional – a fim de alcançar efetividade na realização de direitos – bem como harmonizar o texto da lei processual civil com as garantias fundamentais elencadas pela Constituição de 1988.

- 
1. Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra. Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa em *Direito Fundamental à Organização e ao Procedimento* vinculado ao NAP 2012/PUC Minas. Advogada militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2532984344080424>.
  2. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), nos cursos de graduação, Mestrado e Doutorado. Mestre em Direito Civil (1988) e Doutor em Direito Constitucional (2003) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Advogado militante. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia da OAB/Minas Gerais. Ex-Advogado Chefe Adjunto da Assessoria Jurídica Regional do Banco do Brasil S/A., em Minas Gerais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6702587224155530>.

A idéia da Comissão de Juristas<sup>3</sup> (mantida tanto no texto aprovado no Senado, quanto no projeto Barradas) foi de criar um texto com coesão sistêmica que pudesse ser adequado e compatível com a noção moderna de processo como *metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais*<sup>4</sup>. Certamente, a intenção foi de consagrar o processo, numa perspectiva constitucional (como co-dependente de direitos fundamentais), que fosse capaz de superar as incongruências e distorções, bem como a ausência de coesão sistêmica causada pelo excesso de “mini-reformas” (ou reformas pontuais), ocorridas nos últimos anos, no texto do Código de Processo Civil de 1973<sup>5</sup>.

Além dos conteúdos normativos propostos terem tido ganhos teóricos significativos do ponto de vista constitucional, no tocante à técnica empregada na sistematização do texto, também há evidentes avanços. A estrutura<sup>6</sup> do novo Código facilita a interpretação e compreensão dos dispositivos legais (que

- 
3. A Comissão de Juristas, composta por onze integrantes de renome, foi instituída pelo ato nº379 de 30.09.2009, assinado pelo Senador José Sarney. Em exíguo período de tempo, a referida Comissão elaborou o projeto do novo Código de Processo Civil que tramitou no Senado sob o PLS nº166/2010. Aprovado em 15.12.2010 naquela Casa, após a realização de inúmeras audiências públicas para discussão do texto inicial, o projeto passou à Câmara com nova numeração – PL 8.046/2010. Em setembro do corrente ano, o Deputado Federal Sérgio Barradas apresentou relatório geral do texto do projeto aprovado, propondo inúmeras alterações. A proposta de novo texto, contudo, ainda não foi aprovada. Não há previsão para votação do texto devido à mudança de relatoria. Todavia, a presente reflexão tem o intuito de traçar algumas observações acerca do texto proposto por Barradas, em especial no tocante à estrutura técnica e sistemática do projeto, além dos ganhos e retrocessos em relação ao texto aprovado no Senado (PL 8.046/2010).
  4. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 84-95.
  5. Fato é que tais reformas, ao criarem uma verdadeira “colcha de retalhos” dentro da lei processual civil de 1973, passaram a exigir dos operadores do direito um verdadeiro *esforço hermenêutico* para uma interpretação das regras ordinárias que fosse compatível com o texto constitucional. Vem, justamente daí, a necessidade de produção de um novo Código – bem estruturado do ponto de vista técnico e que seja coerente com a nova ordem democrática. O Código vigente, depois de tantas modificações, acabou perdendo grande parte de sua unidade lógico-técnico-sistemática, sendo conveniente a realização de uma reforma geral, que o reconstrua, de forma consistente, sob os princípios estruturantes do processo civil moderno, a fim de restaurar a sistematicidade perdida.
  6. O projeto Barradas, a pretexto de seguir a lógica da sistemática do projeto inicial, inova – propondo a divisão do Código em duas partes – uma geral (composta de cinco livros) e uma especial (composta de três livros e um livro complementar), no objetivo adequar a proposta do CPC ao previsto na Lei Complementar n.95/1998. Nesse ponto, o projeto Barradas acolheu a sugestão de emenda do Deputado Fábio Tradi. A estrutura do texto pendente de votação é a seguinte: PARTE GERAL – composta de cinco livros que regulamentam as normas gerais, princípios da ação, jurisdição, processo, bem como tutelas de urgência, dentre os quais – Livro I (arts. 1º a 15), Livro II (arts. 16 a 69); Livro III (arts. 70 a 168), Livro IV (arts. 169 a 275) e Livro V (arts. 276 a 299). PARTE ESPECIAL – Livro I (300 a 796) regulamenta os processos cognitivos, dentro dos quais estão os especiais; Livro II (art. 797 a 950) trata do processo de execução; Livro III (arts. 951 a 1066) sistematiza e regula os procedimentos nos Tribunais e impugnação das decisões judiciais



passam a obedecer uma ordem lógica do geral para o particular), permitindo sua aplicação balizada por princípios constitucionais, o que confere maior funcionalidade ao sistema (não obstante terem havido alguns retrocessos em relação ao PL 8.046/2010, nesse aspecto, conforme se verá).

Inegável, contudo, que, devido à preocupação excessiva com o combate da morosidade dos processos, busca o projeto celeridade a qualquer custo, mesmo que isto importe na supressão de direitos e garantias fundamentais. Portanto, ao mesmo tempo em que o texto proposto pretende afinar-se à Constituição, constata-se que a concepção de processo nele prevista ainda prestigia a matriz teórica da relação jurídica e possui nítido viés instrumentalista. O texto aprovado continua a abordar abertamente concepções instrumentalistas e teleológicas do processo (na pretensão de realização de *escopos metajurídicos*<sup>7</sup>), fundadas no papel de excessivo destaque conferido à figura do magistrado de poderes desmedidos.

O presente trabalho pretende destacar os principais aspectos positivos e tecer crítica aos negativos na estrutura técnica e sistemática do novo Código de Processo Civil – dentro do texto proposto pelo Deputado Sérgio Barradas.

A problematização da reflexão parte do argumento de que o texto Barradas, a exemplo dos anteriores (PLS 166/2010 e PL 8.046/2010), ao invocar as pretensões de alcançar *efetividade máxima*<sup>8</sup> na realização do direito material posto à apreciação do Estado-Juiz, apesar da intenção de prestígio ao modelo constitucional de processo, busca celeridade a qualquer custo, mesmo que isso implique na supressão de direitos e garantias fundamentais. Além disso, o texto ainda se articula com concepções instrumentalistas ligadas à idéia de processo como relação jurídica, a exemplo do que também fizeram propostas anteriores.

As vertentes metodológicas utilizadas no estudo serão a analítico-interpretativa e a jurídico-teórica. O marco teórico utilizado para reflexão e teorização

---

(recursos); e, finalmente o Livro Complementar (arts.1067 a 1087) trata das disposições finais e transitórias.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
8. A respeito do princípio da *efetividade máxima* ver: NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

é a teoria constitucionalista do processo conjugada às concepções fazzalarianas do estruturalismo, com balizamentos no procedimentalismo habermasiano<sup>9</sup>.

## 1. A CODIFICAÇÃO ORDINÁRIA DE DIREITOS, GARANTIAS PROCESSUAIS-FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uma das propostas do projeto Barradas para um novo Código de Processo Civil a ser louvada é a intenção de harmonização do sistema de direito processual ordinário com as garantias processuais, direitos fundamentais e princípios previstos no Texto Constitucional de 1988.

Houve nítida preocupação com a constitucionalização do processo, bem como com as conquistas teóricas do Estado Democrático de Direito, que implicam na compreensão de um processo como *metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais*<sup>10</sup>. Pretendeu a macroreforma edificar um arcabouço normativo em perfeita sintonia com a principiologia constitucional do devido processo.

Essa intenção de *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal*<sup>11</sup> fica evidente nos dispositivos inaugurais do projeto (art. 1º a 12). Nestes dispositivos normativos, é louvável a preocupação com o contraditório, cooperação entre partes e juiz, para garantia da efetividade e decisões “justas”, bem como com a isonomia, além da fundamentação das decisões e a duração razoável do processo.

Nesse sentido, destacam-se a redação dos artigos 7º e 10 do projeto – o primeiro assegura às partes paridade de tratamento, impondo ao juiz o dever

---

9. Esse amálgama constitui uma das vigas-mestras das concepções sustentadas pela Escola Mineira de Processo. Fala-se aqui, em *procedimentalismo habermasiano*, a fim de justificar a noção de democracia centrada no diálogo dos destinatários (também autores) da norma (ação comunicativa), como justificativa de legitimidade do sistema através do consenso. Com a proposta de Habermas, o eixo de racionalidade sai da ontologia do sujeito cognoscente, centrando-se na argumentação compartilhada dos sujeitos do processo. (Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Vol.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.)

10. *Idem* nota n.4

11. BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28.11.2012.

de velar pelo efetivo contraditório, enquanto o segundo tem a pretensão de evitar as chamadas decisões – surpresa<sup>12</sup>.

A isonomia com paridade de tratamento também é prestigiada no art. 12, eis que ali se estabelece o critério objetivo cronológico para julgamento de processos e recursos, evitando eventuais favorecimentos.

O art. 9º prestigia o exercício do contraditório de forma prévia, evitando eventuais prejuízos decorrentes de decisões proferidas sem efetiva participação das partes (e assim, evita-se o risco de arbitrariedade a elas inerente).

O art. 11, por sua vez, consagra os princípios-garantias da fundamentação racional das decisões e publicidade dos julgamentos (art. 6º), em perfeita consonância com art. 93, IX da CRFB/1988.

Os artigos 4º e 8º consagram o direito constitucional das partes à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB/1988), orientando (ainda que implicitamente) os juízes ao cumprimento dos tempos procedimentais previstos normativamente para cada ato.

Por fim, o art. 3º consagra o direito fundamental de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB/1988), em perfeita consonância com a linha teórica que conceitua a ação como espécie do gênero direito incondicionado e constitucional de petição<sup>13</sup>.

O art. 8º prestigia o princípio da cooperação entre partes e juiz, bem como a garantia de efetividade intimamente ligada à idéia de decisões justas. O artigo 5º, por sua vez, invoca o dever de lealdade processual das partes, ao impô-las a obrigação de comportarem-se de acordo com a boa-fé.

O art. 6º prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, impondo ao juiz a observância da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (em consonância com art. 37, § 6º da CRFB).

Os artigos 2º e 12, por fim, ressaltam o princípio da inércia e a iniciativa da parte como corolários do processo.

---

12. A decisão surpresa é aquela “lastreada em tema fático ou jurídico suscitado de ofício pelo agente público decisor, sem debate prévio com as partes contraditórias”. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional, p. 551-565. In: ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil*: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 554).

13. Nesse sentido ver: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 93-106.

Em que pese os inegáveis avanços alcançados com a consagração de garantias e princípios constitucionais do devido processo na proposta Barradas para um novo CPC, verifica-se que as conquistas ainda são incipientes.

Além disso, constata-se que, em relação ao PL 8.046/2010 aprovado no Senado, o texto Barradas sofreu perda teórica significativa, diante da alteração e/ ou supressão das redações originais dos artigos 5º e 7º.

Em relação ao primeiro conteúdo normativo, o projeto anterior demonstrava uma preocupação peculiar com o *contraditório dinâmico*<sup>14</sup> como *garantia de efetiva influência*<sup>15</sup> e com a participação das partes na construção do provimento final. Ao propor a redefinição dos limites do contraditório com o compartilhamento argumentativo entre partes e juiz, a proposta de texto aprovada no Senado impedia que o magistrado surpreendesse as partes com argumentos decisórios não submetidos ao debate, tornando-as construtoras dos pronunciamentos decisórios que as atingissem<sup>16</sup>.

Previu a redação original do art. 5º (PL 8.046/2010): “*As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência*”.

Na proposta Barradas, intenção pouco aproximada do referido dispositivo veio fragmentada em dois outros artigos, os quais, nem de longe, satisfazem a pretensão teórica da proposta inicial. São eles: “*Art. 7. É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório*”; e, “*Art. 8. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito*”.

Ora, enquanto o art. 5º do PL 8.046/2010 esboçava nítida intenção de consagrar a chamada formação participada do mérito, garantindo às partes a possibilidade de participação efetiva (contraditório como garantia de influência) na construção do pronunciamento decisório, seus substitutivos – artigos 7º e 8º retro transcritos – nem de longe alcançam tal propósito.

---

14. A respeito da aplicação dinâmica do princípio do contraditório no novo CPC ver: BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras, p. 15-53. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 40-42.

15. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

16. BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil*, p. 40-42.

Isso porque os referidos conteúdos normativos valem-se muito mais dos deveres de cooperação e da garantia de simétrica paridade de tratamento que de uma proposta de dinamicização do contraditório como garantia de influência e efetiva construção do pronunciamento decisório pelos seus destinatários, as partes. Assim, sugere-se, nesse ponto, o retorno do art. 5º do projeto aprovado no Senado, em substituição aos artigos 7º e 8º do Projeto Barradas, devido à perda teórica trazida pela alteração de sua redação.

Também representa certa atenuação de conquista teórica, a supressão da redação proposta no PL 8.046 para o art. 7º, segundo a qual: “*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*”.

Na redação da proposta aprovada no Senado, o art. 7º, além de assegurar às partes paridade de tratamento, em harmonia com o direito processual à isonomia e princípio da igualdade (substancial), prestigiava a garantia do exercício da ampla defesa – corolário do devido processo. Isto porque o dispositivo invocava a percepção de que o direito à ampla defesa (diretamente relacionado à produção da prova) é líquido e certo, podendo ser exercido mesmo que haja peculiaridades do caso que impeçam sua concretização<sup>17</sup>.

No projeto Barradas, a garantia de paridade vem diluída nos dispositivos dos artigos 7º e 8º, os quais não cuidam especificamente do tema em relação à ampla defesa (“*[...] meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais*”). Sugere-se, desta feita, também neste aspecto, o retorno à redação do art. 7º inicial, constante do PL 8.046/2010, aprovado no Senado.

Pelo que se viu, mormente os ganhos inegáveis de constitucionalização de garantias do devido processo, não há dúvidas de que se trata apenas do início de uma longa caminhada. Mesmo porque, o que, efetivamente, se buscou com o Projeto foi amarar o texto da lei processual ao princípio da supremacia constitucional, garantindo a expansão<sup>18</sup> das garantias processuais fundamentalizadas pela Constituição ao novo texto proposto.

---

17. Para se alcançar a isonomia e possibilitar o exercício da ampla defesa, justifica-se, por exemplo, a aplicação da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 381, § 1º do Projeto). Na intenção de corrigir uma desigualdade fática, redistribui-se os ônus de prova para aquele que tenha maiores condições de deles se desincumbir, prestigiando a igualdade substancial das partes e a concretização do direito fundamental à prova.

18. A expressão, aqui, é utilizada no sentido de *expansividade* segundo Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (*I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 11).

Não houve, contudo, detido interesse na alteração do papel do juiz, na atenuação de seus poderes ou na criação de conteúdos normativas que reduzissem o risco de ativismo e solipsismo judicial exacerbado<sup>19</sup>.

Essa visão marcadamente teleológica e utilitarista<sup>20</sup> do processo, ligada às concepções instrumentalistas que comungam com uma posição onisciente do juiz, é incompatível com as pretensões de democracia. No Estado Democrático de Direito, o diálogo incessante, ou seja, contraditório efetivo, por meio do qual as partes possam influir na construção de uma decisão judicial favorável aos seus interesses, confere legitimidade aos provimentos, sendo certo, porque a experiência forense assim indica, colocar-se o juiz no centro do sistema não o permite. Infelizmente, tal concepção ainda está presente (e com grande impacto) no projeto Barradas para um novo Código de Processo Civil, conforme se verá.

## 2. ESTRUTURA TÉCNICO-SISTEMÁTICA DO PROJETO BARRADAS: AVANÇOS E RETROCESSOS EM RELAÇÃO À PROPOSTA APROVADA NO SENADO (PL 8.046/2010)

Segundo Paulo Nader, o sistema jurídico corresponde a “*organização científica da matéria jurídica*”, que deve obedecer uma metodologia de fontes, hierarquia e coerência lógica: “*Não basta o conhecimento de teorias jurídicas,*

---

19. A proposta de constitucionalização do processo na nova codificação não teve a pretensão de amarração lógica às cogitações fazzalarianas e da vertente constitucionalista (Escola Mineira de Processo), que pretendem, por via da ressemantização e afastamento do conceito de direito subjetivo (que é base de sustentação da teoria do processo com relação jurídica), reduzir o papel do juiz ao de mero dialogador que exerce a atividade de realização do ordenamento jurídico e não deve se prestar à realização da justiça social ou econômica. Afinal, os *escopos metajurídicos* são preocupações do legislador – são pré-jurídicos –, e, como tal, já estão incorporados aos conteúdos normativos do sistema a partir do momento em que se legisla. Não deve o julgador, portanto, procurar por fins extrassistêmicos não contemplados pela lei ao decidir.

20. Trata-se de uma visão teleológica de processo, inaugurada no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco, na qual o processo se prestaria a fins úteis. Seria o processo instrumento de concretização de uma “justiça social”, servindo à realização de fins sociais, econômicos, políticos e culturais, os chamados *escopos metajurídicos*. Às concepções ligadas a essa temática, atribui-se o qualificativo de *instrumentalistas*, por descreverem o processo como instrumento da jurisdição, a serviço de fins extrassistêmicos. A linha teórica da instrumentalidade pretende que o juiz, em sua decisão, proceda à correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais, o que é incompatível com as diretrizes teóricas adotadas pela articulista. (BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil*, p. 40-42). Contempla essa visão marcadamente teleológica de processo, o art. 6º do projeto que impõe ao magistrado, na realização do ordenamento jurídico, o dever de atender *aos fins sociais e às exigências do bem comum*.

*pois é indispensável que se faça do Direito um instrumento prático acessível ao conhecimento e em condições de ser aplicado no dia a dia*<sup>21</sup>.

Para tanto, é necessária a construção de uma técnica como um “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados”, um conjunto “de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”<sup>22</sup>, de modo que “com os subsídios ofertados pela Ciência do Direito, o legislador desenvolva a técnica de redação e apresentação de projetos, dando praticidade à teoria jurídica”<sup>23</sup>.

Do ponto de vista da estrutura técnica do novo Código, o legislador brasileiro optou por seguir o sistema consagrado pelos principais Códigos do mundo<sup>24</sup>, esboçando, no projeto Barradas, uma divisão do texto entre uma PARTE GERAL – composta de cinco livros que regulamentam as normas gerais, princípios do processo, sujeitos e atos processuais, bem como tutelas de urgência, dividindo-se em: Livro I – “Das Normas Processuais Civis” (arts. 1º a 15); Livro II – “Da Função Jurisdicional” (arts. 16 a 69); Livro III – “Dos Sujeitos do Processo” (arts. 70 a 168); Livro IV – “Dos atos processuais” (arts. 169 a 275) e Livro V – “Da Tutela Antecipada” (arts. 276 a 299); e uma PARTE ESPECIAL, dividida em três livros e um livro complementar, dentre os quais: Livro I (300 a 796) regulamenta os processos cognitivos, dentro dos quais estão os especiais; Livro II (art. 797 a 950) trata do processo de execução; Livro III (arts. 951 a 1066) sistematiza e regula os procedimentos nos Tribunais e impugnação das decisões judiciais (recursos); e, finalmente o Livro Complementar (arts. 1067 a 1087) trata das disposições finais e transitórias.

Salvo melhor juízo, o arcabouço estrutural proposto encontra-se bem articulado e detém coesão sistêmica, de modo que facilitará o manuseio pelo operador do direito das regras e princípios sistematizados no texto normativo, o que dá maior racionalidade e funcionalidade ao sistema. A forma de estruturação do texto Barradas facilita a aplicação e interpretação das normas. E, nesse sentido, é possível dizer que o novo projeto apresenta uma proposta técnico-sistemática, do ponto de vista de sua estrutura, que é positiva e superior à atualmente vigente (Código de Processo Civil de 1973), ao corrigir as

21. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: parte geral* – Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 80.

22. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

23. NADER. *Curso de Direito Civil*, p. 27.

24. Nesse sentido: Código de Processo Civil Alemão (ZPO – *Zivilprozessordnung*) e *Codice di procedura civile* (CPC Italiano).

deficiências causadas pelo excesso de mini-reformas que se lhe introduziram nos últimos anos.

Entretanto, alguns pontos da nova estruturação proposta por Barradas merecem detida crítica, com todo o respeito, especialmente porque representam um retrocesso quanto ao projeto aprovado no Senado.

No tocante às tutelas de urgência, por exemplo, o projeto Barradas propõe a alteração do Título IX, do Livro I do PL 8.046/2010 – “*Tutela de Urgência e de Evidência*” para o Livro V (parte geral), sob a denominação – “*Da Tutela Antecipada*”. Ora, a tutela antecipada, assim como as tutelas preventivas (cautelares), é espécie do gênero tutelas de urgência, sendo caracterizada pela natureza satisfativa do seu provimento. Trata-se de uma espécie de antecipação dos efeitos do pronunciamento de mérito por via da inversão do ônus do tempo, justificada pela urgência (fundado receio de dano) e presença de verossimilhança das alegações, demonstrada pelas provas já produzidas.

Dessa forma, se a tutela antecipada é espécie, qual a razão para que o projeto proponha colocá-la como gênero?! Se o intuito do projeto foi unificar os requisitos para concessão de tutelas cautelares e antecipatórias, já que ambos os institutos estão marcados pela eminência ou risco de dano irreparável que justifica a antecipação de tempo procedimental com cognição sumária num *iter* processual mais delgado, deveria o Livro V (parte geral) ser designado pelo gênero “*Tutelas de Urgência*”, a exemplo do que fazia o PL 8.046/2010 – não por uma de suas espécies.

Tanto as tutelas satisfativas como as preventivas podem ser concedidas liminarmente, e o que as justificam, não vem a ser, exclusivamente, a antecipação do tempo procedimental, mas, sobretudo, a urgência na necessidade de serem concedidas de imediato, devido ao fundado receio de dano causado à parte que as requer. A colocação, por Barradas, das tutelas de urgência como espécies da tutela antecipada, com a devida vênia, é equívoco injustificado.

Outro ponto alvo de críticas é a manutenção (a exemplo do PL 8.046/2010) da inovação “*tutela de evidência*”. Até onde se sabe, a evidência refere-se à matéria de prova e deve ser fundamento para a concessão de tutelas satisfativas. Portanto, a evidência não pode ser entendida como uma modalidade inédita de tutela, já que a evidência é prova (verossimilhança), que justifica a urgência e não uma espécie autônoma e nova de provimento.

Também merece ser destacada a ligeira impressão de estranheza que causa o processo de conhecimento, como processo comum, inserido dentro



da parte especial do Código. Parece, no mínimo, contraditório, afirmar-se no art. 300 que “*aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei*”, colocando-se os dispositivos normativos do referido procedimento numa “parte especial”. Afinal, o que há de especial num procedimento que é comum e regra geral para nova modalidade normativa? Nesse ponto, sugere-se, caso aprovada a proposta Barradas, que o processo de conhecimento seja inserido como um novo Livro dentro da parte geral do Código.

Outro retrocesso, em relação ao PL 8.046/2010, é o retorno da expressão “*Procedimentos de Jurisdição Voluntária*”, na Parte Especial, Livro I, Capítulo XVI, em acolhimento às emendas nº434/2011 do Deputado Fábio Tradi e nº678/2011 – Deputado Miro Teixeira. A regulamentação aprovada no Senado propunha no Capítulo X, Título III, Livro II, a substituição da expressão “*Jurisdição Voluntária*” por “*Procedimentos não-contenciosos*”, o que, de certa forma, prestigiava o entendimento de que a jurisdição constitui-se como atividade de realização do ordenamento jurídico ou como atividade prestada pelo Estado em reação ao ilícito.

Com o retorno da equívoca denominação, permanece na proposta Barradas a contradição *interna corporis* da expressão, eis que a despeito de se entender majoritariamente que é a jurisdição atividade resolutiva de conflitos, atribui-se a ela o qualificativo – voluntária. Como poderia ser voluntária uma jurisdição se não existe conflito algum entre as partes? Na “*Jurisdição Voluntária*”, o Estado age em colaboração com o particular, administrando seus interesses<sup>25</sup>.

Portanto, devido ao entendimento equivocado da expressão jurisdição não como atividade-dever do Estado, prestada de acordo com o devido processo constitucional<sup>26</sup>, visando à realização do ordenamento jurídico, um direito fundamental conferido a qualquer do povo, mas como simples atividade resolutiva de conflitos com o fim de pacificação social, há que se convir que o recurso à expressão “*Jurisdição Voluntária*”, que retorna no texto Barradas, é absolutamente inadequado.

Mais um aspecto, no mínimo, questionável, no Projeto Barradas, é retorno na Parte Especial, Livro I, Capítulo XII, do procedimento monitório

25. Mais em: BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 31, nota nº54.

26. A respeito da Jurisdição como atividade-dever do Estado, concretizada pelo devido processo constitucional, e desta como direito fundamental, ver: BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 32-42 e p. 67-75.

(“ação monitória”), que havia sido abolido pelo PL 8046/2010. Diz-se isso porque, do ponto de vista prático, o aludido procedimento não tem a menor razão de ser.

Devido ao extenso rol de títulos executivos previstos pelo CPC/1973, a utilização do procedimento monitório ocorre apenas para o alcance de uma única pretensão – a de satisfação de obrigação formalizada em título prescrito. Nesse sentido, pergunta-se: que razão haveria na manutenção de um procedimento específico para satisfazer a uma só pretensão que não tem qualquer peculiaridade relevante que justifique a especialização procedimental? Isso sem mencionar que, na maioria das vezes em que utilizado o procedimento monitório, o mandado de pronto pagamento não é atendido e, diante da apresentação de defesa por parte do Réu, o procedimento se converte em ordinário. Assim, ao nosso sentir, também imotivado e inadequado é o retorno do referido procedimento, devendo a proposta Barradas ser reexaminada no ponto.

Apesar das perdas teóricas na sistemática do Projeto Barradas acima apontadas, verifica-se que a proposta ainda mantém alguns pontos positivos que merecem destaque, dentre os quais:

1) a sistematização na Parte Geral, do Livro I, Título Único de “*Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais*”, o que demonstra uma preocupação legislativa com a constitucionalização do processo civil e em se garantir a perfeita consonância deste com os direitos e garantias fundamentais consagrados pela CRFB de 1988<sup>27</sup>, conforme já acima destacado;

2) a eliminação do Livro destinado ao processo cautelar e unificação do tratamento legal conferido dos institutos das cautelares e tutelas antecipatórias<sup>28</sup>, reunindo-os sob o gênero *Tutelas de Urgência* (Livro V da parte geral),

---

27. Nesse sentido ver: BRASIL. *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/2010*, p. 17. Relator Deputado Federal Sérgio Barradas. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04.12.2012.

28. A despeito do Projeto ainda conservar a tradicional divisão entre cautelares como medidas de natureza conservativa e tutelas antecipadas como provimentos antecipatórios do mérito (e, portanto de natureza genuinamente satisfativa), desde sua proposta inicial, o novo CPC propõe a unificação dos requisitos para concessão dos pleitos, exigindo em ambos os casos tão somente a demonstração de elementos que evidenciem a “*plausibilidade do direito*”, bem como o “*o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional*” (art. 282). A diferenciação procedimental entre as cautelares e as tutelas antecipatórias, já não mais fazia sentido desde 2002, quando entrou em vigor o texto normativo do § 7º do art. 273 do CPC vigente, que passou a permitir fungibilidade entre tutelas antecipadas e cautelares, possibilitando ao juiz conceder tutela cautelar quando o pleito for de tutela antecipada, desde que provados os requisitos da primeira. Além disso, verificava-se que na

apesar do equívoco já tratado que, a nosso ver, representa certo retrocesso em comparação com o texto aprovado no Senado;

3) a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (Parte Especial, Livro I, Capítulo V, Seção IV – artigos 330 a 334), corrigindo os problemas causados pela ausência de previsão normativa de regras processuais que disciplinassem tal requerimento, e, finalmente, sedimentando a discussão quanto ao fato de que o requerimento é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e em processo de execução;

4) o acolhimento da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no § 1º art. 381, o que permite suprir as deficiências causadas pela aplicação da regra estática de distribuição do ônus – e, numa perspectiva situacionista –, autoriza a atribuição dos encargos de produção de determinada prova àquele que detiver melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e peculiaridade do fato a ser provado, corrigindo eventuais problemas causados pela prova diabólica<sup>29</sup>. Além disso, o projeto Barradas

---

prática, por vezes, medidas cautelares faziam as vias de pronunciamentos decisórios de natureza satisfativa, fato que não justificava a obrigatoriedade de ajuizamento de um processo principal no prazo decadencial de trinta dias. Aliás, várias cautelares já tinham em si essa característica, conforme destaca Ovídio Baptista, citando-se como exemplo as cautelares de atentado, alimentos provisionais, separação de corpos, cujas pretensões se confundem com os pedidos de mérito do processo principal. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001). Em razão disso, o projeto optou pela sistematização dos provimentos de natureza cautelar e antecipatória por via de um único gênero, inicialmente (PLS 166/2010 e PL 8.046/2010) concebido como *Tutelas de Urgência*, mas que inexplicavelmente, no projeto Barradas, assumiu a denominação *Tutela Antecipada*, contrariando a lógica inaugurada. Inegável, contudo, que em ambos os casos, a intenção do Código foi a reunir num único gênero, tutelas antecipadas e cautelares que, por sua vez, têm como característica fundamental: a eminência ou risco de dano irreparável que, por sua vez, justificam a antecipação de tempo procedimental com cognição sumária num *iter* processual mais delgado, uma premissa para a via ordinária que, no entanto, não está livre das garantias fundamentais, dentre as quais, o exercício efetivo do contraditório em simétrica paridade, ampla defesa como ampla argumentação, fundamentação das decisões e participação de um terceiro imparcial.

29. Nesse aspecto, para aplicação correta do dispositivo há que se convir que se torna essencial o fiel cumprimento do disposto no art. 365 do projeto (fase de saneamento). Isso porque, antes de inverter o ônus da prova, o juiz deve decidir as questões processuais pendentes e delimitar os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção; e, somente se preenchidas as hipóteses legais, distribuir dinamicamente o ônus da prova acerca de determinado fato. Só nesta fase, a parte poderá ter a oportunidade de efetivamente se desincumbir do ônus que recebeu, além de ter ciência do real alcance de sua tarefa probatória. Ao acolher a teoria da carga dinâmica, o projeto prestigia os princípios da cooperação e da isonomia, bem como intenciona a formação participada do mérito, eis que permite a ambas as partes produzirem prova de acordo com os instrumentos que têm a sua disposição no caso concreto, contribuindo, assim, para que ambas possam efetivamente influir na construção do pronunciamento decisório. Além

corrige as deficiências do projeto anterior (PL 8046/2010), no tocante aos encargos financeiros relativos à produção da prova. Agora, deverá arcar com os custos de produção de determinada prova, sempre aquele que receber o ônus da produção desta<sup>30</sup>.

5) a concentração de praticamente toda a matéria de defesa na contestação (art. 338), inclusive com a possibilidade de formulação de reconvenção, no equivalente pedido contraposto, dentro da mesma petição de defesa (art. 345). Apenas a alegação de existência de convenção de arbitragem fica relegada à petição autônoma, que deve ser apresentada em audiência de conciliação ou dentro do prazo de contestação, caso não haja designação daquela (artigos 346 a 351).

6) a supressão do conteúdo normativo previsto no art. 120 do projeto aprovado no Senado, que reproduzia o teor do art. 127 do CPC/1973, permitindo ao juiz decidir por equidade. O referido dispositivo atentava contra o Estado Democrático de Direito, regido pelo princípio de reserva legal, já que permitia a atividade criativa do magistrado que poderia se utilizar desse critério altamente subjetivo para decidir, “flexibilizando” o direito positivo<sup>31</sup>.

Há outros avanços que, aqui, infelizmente, não se pode ter a pretensão de analisar, devido à brevidade da reflexão.

---

disso, a regra da distribuição dinâmica do ônus pretende atenuar os poderes instrutórios do juiz, eis que determinadas condições objetivamente previstas na lei deverão ser observadas para a aplicação da inversão, limitando o grau de subjetividade do julgador. Aqui, aliás, cumpre destacar que tal aspecto infelizmente não se encontra bem delineado na redação do § 1º do art. 381. É que, além do referido artigo não prever as situações objetivas e específicas nas quais a distribuição dinâmica deve ser aplicada, a regra também não é colocada como dever do magistrado quando as hipóteses que a justificam ocorrem. A redação do modo como está, torna a regra dinâmica uma faculdade do magistrado, que pode ser aplicada ao seu bel prazer. Nesse ponto o dispositivo é verdadeiramente problemático porque a regra, ao invés de valorizar o diálogo democrático paritário, possibilitando a efetiva participação das partes na produção da prova, pode ter efeito reverso. Enquanto faculdade, a previsão da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, dá excessiva margem discricionabilidade do juiz (cujo limite divisório, na prática forense, infelizmente é muito tênue da arbitrariedade). Assim, sugerir-se-ia aqui, o acréscimo de incisos ao § 1º do art. 381 que contenham a previsão de todas as situações objetivas que justificam a aplicação da regra da distribuição dinâmica, de modo a atenuar a margem de discricionabilidade do magistrado. A redação do projeto Barradas, nesse aspecto, melhorou muito em relação aos projetos anteriores. Contudo, está longe de ser a ideal. Mais a respeito da nova dinâmica de distribuição do ônus da prova no projeto do novo CPC ver: CAMBI, Eduardo. Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus, p. 675-679. In: ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

30. Como justificativa da alteração, ver: *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*, p. 201-202.

31. Nesse sentido ver: *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*, p. 156-157.

Por tudo o que se expôs, verifica-se que, não obstante alguns ganhos teóricos e sistemáticos do PL 8046/2010, tenham sido mantidos, como analisado, houve também criticáveis retrocessos na proposta Barradas. A exemplo do que ocorria no texto anterior (PL 8.046/2010), contudo, ainda persistem no projeto Barradas deficiências técnicas e deturpações teóricas preocupantes, conforme delinear-se-á a seguir.

### 3. A AUSÊNCIA DE TÉCNICA NA REDAÇÃO E TERMINOLOGIA DE ALGUNS ARTIGOS

Muito embora, no tocante à estrutura, o projeto Barradas esteja bem articulado, apesar de alguns retrocessos em relação ao PL 8.046/2010, segundo já abordado, permanecem na proposta ainda não aprovada, a exemplo do texto aprovado no Senado, graves deficiências técnicas na redação de alguns dos seus conteúdos normativos, bem como gritantes impropriedades terminológicas. Em ocasião anterior<sup>32</sup>, já houve a oportunidade doutrinária de se alertar para algumas delas que, infelizmente, ainda permanecem no texto Barradas.

Por exemplo, há verdadeira incongruência teórica no Título III, do Livro I da Parte Especial. É que a proposta Barradas, a exemplo do que fazia o texto aprovado no Senado, confunde, literalmente, os institutos da ação e do procedimento. Apesar da palavra “*procedimento*” designar o Título III – “*Procedimentos Especiais*”, o designativo “*procedimentos*” não aparece em nenhum dos capítulos àqueles referentes.

Pois bem. O termo “procedimentos”, utilizado no Título está adequado à concepção fazzalariana de “*procedimento como conjunto de atos dentro de uma estrutura normativa em que o primeiro é sempre pressuposto do ato seguinte e este como co-extensão do ato antecedente e assim sucessivamente até o provimento final*”<sup>33</sup>.

Todavia, a utilização adequada da expressão fica restrita ao Título, como já se disse. Curiosamente, ao individuar os Capítulos do Título III (Livro I, Parte Especial), o texto Barradas substitui procedimento por “ações” (ação de consignação em pagamento, ação de prestação de contas). Há, nesse caso,

32. BRÊTAS. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*, p. 551-565.

33. LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 246.

nítida confusão entre os conceitos de ação (como direito constitucional de petição<sup>34</sup>) e procedimento.

Se a expressão foi corretamente empregada no Título III, o mesmo não ocorreu nos Capítulos que também deveriam utilizá-la, eis que a especialização necessária pela particularidade da pretensão da parte ocorre com o procedimento pelo qual o processo se desenvolve e não com a ação.

Adverte-se ainda que o mesmo problema ocorre no art. 240 do projeto que prevê o chamado procedimento edital a ser utilizado nas “ações de usucapião”, “ações de recuperação ou substituição de título ao portador”, etc. Nesse caso, também presente a incoerência teórica, já que o que define o procedimento não é a ação e sim a pretensão<sup>35</sup> da parte.

A mesma confusão entre ação e pretensão está presente também nos artigos 352, 353, I, 356 e 579 do projeto. Ora, ao réu não cabe contestar a “ação” do autor, mas a pretensão posta em juízo pelo autor. Até por conceitos carneluttianos, verifica-se que o que ainda permanece no direito brasileiro é o conceito de contestação como pretensão resistida. Se assim o é, cabe ao réu contestar o pedido do autor (nesse sentido: artigos 289, 325, I, 565, § 2º, 708, 739 e 770, § 4º) e não a “ação”.

No tocante ao procedimento de insolvência civil, o PL 8.046/2010, conforme também já fora advertido em oportunidade doutrinária anterior<sup>36</sup>, pecava pela simplicidade técnica da redação dos conteúdos normativos dos arts. 865 e 1007, os quais previam a hipótese de concurso universal de credores, quando algum deles alegar insolvência do devedor, sem regras específicas que regulamentassem a execução contra credor insolvente, tal qual existe no Código vigente.

---

34. *Idem* nota nº15.

35. A respeito da diferença entre a pretensão de direito material e a ação como direito constitucional ver: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 75-84. Salienta-se que, ao resgatar essas concepções de ação e pretensão, lastreado em Eduardo Couture e Windscheid, Ronaldo Brêtas, para conceituar pretensão, faz uma analogia com Pontes de Miranda e sua teoria da “Imagem Figurativa dos Mundos do Direito”, na qual o mundo um seria o mundo dos fatos, no dois estaria presente o direito material e no mundo três se localizaria o processo. A pretensão estaria localizada entre os mundos dois e três, já que é pré-processual, nascendo da violação de um direito material que faz surgir o pleito de reparação (ou restauração da ordem jurídica violada).

36. BRÊTAS. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*, p. 551-565.

O projeto Barradas, contudo, acolheu anterior crítica teórica<sup>37</sup>, optando pela manutenção do regramento atual no tocante à execução por quantia certa contra devedor insolvente, até que sobrevenha lei específica que cuide do tema, conforme previsão contida no artigo 1076.

Enfim, infelizmente não se é capaz de esgotar, aqui, a análise dos dispositivos defeituosos encontrados no projeto, dando-se ao leitor apenas uma visão genérica dos principais problemas enfrentados.

#### 4. A FATÍDICA CONFUSÃO ENTRE TÉCNICA E FORMALISMO<sup>38</sup> E A BUSCA DE CELERIDADE A QUALQUER CUSTO

O texto do projeto de novo Código de Processo Civil (em qualquer de suas propostas – PLS 166/2010, PL 8.046/2010 ou projeto Barradas), conforme já dito, torna evidente a preocupação do legislador em acelerar o trâmite procedimental dos processos, o que se justifica pela afirmação, constante de sua Exposição de Motivos, de que a “ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça<sup>39</sup>”. O tempo do processo é visto como inimigo da tutela efetiva<sup>40</sup>.

---

37. Nesse sentido, merece destaque o seguinte trecho do *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*: “[...] O projeto do Senado propõe a eliminação das regras atuais sobre a insolvência civil, que passaria a ser regulada por um único artigo. Essa simplificação foi exagerada: dará margem a uma infinidade de questões absolutamente desnecessárias. Assim, acolhendo-se a crítica doutrinária de Alberto Camiña Moreira e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, além de emendas parlamentares dos deputados Eduardo Cunha e Paulo Abi-Ackel, propõe-se a manutenção do regramento atual, até que sobrevenha lei específica que cuide do tema.” (Destacamos) (BRASIL. *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*. Relator Deputado Federal Sérgio Barradas, p. 49. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04.12.2012.)

38. A crítica aqui tecida é confirmada pela passagem do relatório parcial do projeto do novo CPC aprovado no Senado, apresentado pelo Deputado Federal Hugo Leal, no qual afirma: “[...] o novo Código de Processo Civil apresenta várias inovações, todas pautadas em reivindicações da comunidade jurídica em geral e norteadas pela necessidade de deixar de lado o exagerado culto às formalidades em prol de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, capaz de concretizar o ideal de pleno acesso à Justiça, garantido constitucionalmente. Saliente-se que o Projeto, ainda que preconize uma nova sistematização, não perde de vista o caráter essencialmente instrumental do Direito Processual, cujas regras devem voltar-se para a concretização do direito substancial, que verdadeiramente importa àquele que recorre ao Poder Judiciário. [...] justiça tardia não é justiça.” (BRASIL. Relatório Parcial do Projeto de Lei 8.046/10 (Livros VI e V). Relator Deputado Federal Hugo Leal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/dep>. – hugo-leal-novo-actualizacoes. Acesso em: 04.12.2012)

39. BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28.11.2012.

40. Nesse sentido ver redação art. 8º do *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*, citada na íntegra no tópico n.1 do presente artigo.

Constata-se, contudo, que essa preocupação não está ligada à *noção de tempo procedimental adequado*, com a garantia de observância da legalidade e da racionalidade prática da movimentação processual<sup>41</sup>. Persiste no texto Barradas uma compreensão distorcida da razoável duração do processo<sup>42</sup> ligada a concepções instrumentalistas da técnica, no sentido de que esta, enquanto formalismo excessivo, seria inconciliável com as garantias processuais fundamentais do devido processo (contraditório paritário, ampla defesa com todos os meios a ela inerentes, fundamentação racional dos pronunciamentos<sup>43</sup>)..

Salvo melhor juízo, parece que o Projeto Barradas, quanto à técnica, adota a mesma visão de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem a técnica está intimamente relacionada “às exigências formais ao desenvolvimento do processo”. Trata-se, a técnica, segundo o mesmo autor, de “um empecilho à realização dos direitos”<sup>44</sup>. Essa perspectiva utilitarista da técnica advém do entendimento de que o processo é instrumento de pacificação social e, por isso, deve desconsiderar formalismos inúteis que em nada contribuem para que o processo se constitua “um instrumento eficiente de realização de um direito material”<sup>45</sup>.

Adotando essa visão, na pretensão de empreender velocidade aos movimentos jurisdicionais como *garantia de “justiça”* e efetividade tipicamente instrumentalista, em detrimento da *técnica como procedimento*, o projeto de novo Código de Processo Civil busca alavancar soluções que privilegiam

41. BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 161-172.

42. Em sentido diverso Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que a duração razoável do processo deve ser compreendida como garantia de um processo sem dilatações indevidas, buscando-se evitar as chamadas “*etapas mortas*” que se constituem em longos tempos de completa inatividade procedimental. Explica o autor que o que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam um pronunciamento decisório conclusivo em tempo razoável. Defende, para tanto, a existência de um “*tempo procedimental adequado, a fim de que possam ser efetivados os devidos acertamentos das relações [...], sob reconstrução cognitiva do caso concreto, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, não havendo outro substitutivo racional e democrático de fazê-lo*”. (*Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 162-165.)

43. BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 174.

44. Para Bedaque, a prática da tutela somente produzirá resultados desejados “*se a técnica não constituir óbice a que o resultado desta se produza*”, já que na pretensão da interpretação “*do sistema vigente por uma visão instrumentalista, deve-se buscar revelar o verdadeiro sentido da forma e da técnica processual*”. É “*necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela*”. (BEDAQUE, José. Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76-92.)

45. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n.105, p. 183-190, jan./mar.2002, p. 181.



a instrumentalidade técnica<sup>46</sup> (instrumentalista) do “*protagonismo judicial como mecanismo para aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade*”<sup>47</sup>. Celeridade e efetividade devem caminhar de mãos dadas e serem *garantidas* pelo juiz, segundo a proposta Barradas.

Todavia, o que se vê é que, no texto, em muitos dispositivos, essa celeridade é perseguida a qualquer custo, num verdadeiro afã por efetividade, como se esta dependesse somente da velocidade dos pronunciamentos decisórios. A celeridade é buscada por meio de uma verdadeira amputação de garantias processuais fundamentais como a construção participada dos provimentos, o contraditório como garantia de influência, o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição.

A fim de concretizar esse objetivo, o projeto concentra forças nas alternativas conciliatórias. Para tanto, prevê a criação de “*centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição*” pelos Tribunais (art. 147), devendo a auto-composição ser estimulada de forma prioritária pelos magistrados (art. 120, V), advogados, Ministério Público e defensores públicos (art. 3º, § 2º). Há uma seção inteira (Seção VI, Capítulo II, Título III, Livro III, Parte Geral – artigos 147 a 157) dedicada à regulamentar o papel dos conciliadores e mediadores.

No procedimento comum (adotado como regra geral do projeto – art. 300 – *procedimento único e bifásico*<sup>48</sup>), corrigindo a imposição anteriormente contida no texto aprovado no Senado, a audiência de conciliação, no projeto Barradas, torna-se uma opção do autor (art. 301, VII).

A despeito dessa previsão que invoca a designação de audiência de conciliação como uma faculdade do autor, contudo, a redação do antigo art. 323, hoje art. 336, permanece praticamente inalterada. Não se faz a ressalva

---

46. Em sentido completamente diverso, Aroldo Plínio Gonçalves defende que a instrumentalidade técnica “[...] como atividade regida por uma específica estrutura normativa que prevê a participação dos destinatários do provimento” garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, como garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos”. (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 171 e 165).

47. BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil*, p. 20.

48. Mais a respeito vide tópico número cinco (p. 128-129) do artigo *Considerações sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil*, escrito pelo Professor Carlos Henrique Soares e publicado pela Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n.65 de maio/jun.2010.

de que a referida audiência somente deve ser designada “quando constar da petição inicial” o requerimento a tanto.

Assim, a redação do art. 336, tal qual se encontra, apesar da ressalva constante do § 8º, parece induzir o juiz à obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação, realizada antes mesmo da defesa. Deve constar desde logo, no mandado citatório (art. 231, IV), a intimação do réu para comparecimento ao ato, com acompanhamento de advogado.

Independentemente do requerimento de designação de audiência de conciliação ser, ou não, opção da parte no Projeto, o problema, no contexto jurisdicional brasileiro, é que a conciliação, em si, não o é.

É que, no Brasil, conforme adverte Carlos Henrique Soares, a conciliação não é uma faculdade, uma decisão fruto do livre arbítrio das partes, mas “*uma opção de cima para baixo*”, forçada “*por argumentos autoritários e que importam*”, demasiadas vezes, “*em renúncia de direitos*”<sup>49</sup>.

A opção considerada no Projeto representa nada mais que nítida intenção de sepultar o conflito, de apagar a discussão, com o fim de atingir a tão almejada pacificação social. Não se acredita que a conciliação, nos moldes em que é celebrada e ovacionada pelo Judiciário brasileiro, seja um meio eficaz para se alcançar a “justiça” nos processos, tal qual deseja o Projeto.

Esse objetivo de conciliação a todo custo nega a dimensão democrática do diálogo e construção participada da solução do conflito, característica do processo constitucionalizado, adequado ao Estado Democrático de Direito. A garantia da ampla argumentação é completamente mitigada, na medida em que as partes são literalmente forçadas ao “acordo”, temerosas de que a decisão, ao final, possa lhes ser ainda mais desfavorável. Amputa-se, com a proposta, a dimensão do contraditório paritário como garantia de influência e construção participada do pronunciamento decisório estatal.<sup>50</sup>

---

49. SOARES. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, p. 128-129.

50. Além disso, não se acredita que o Judiciário será capaz de estruturalmente se organizar para atender todas as demandas, de forma a comportar realização de audiências de conciliação em todos os processos. Ora, se na prática hodiernamente já se vê a conversão de ações propostas pelo procedimento sumário em ordinário pelo simples fato de não haver pauta disponível para a realização de audiências de conciliação, que dirá quando novo o texto entrar em vigor, praticamente impondo a realização destas em todas as demandas de procedimento comum? É evidente que o Judiciário brasileiro não detém infra-estrutura suficiente para comportar e concretizar a proposta.

Outra proposta que busca empreender celeridade aos provimentos é a redução do número de recursos e limitação do efeito suspensivo destes (art. 1017).

O recurso de apelação, como regra, a exemplo das disposições contidas no texto aprovado no Senado, continua sendo recebido somente no efeito devolutivo, ressalvada a hipótese de concessão de efeito suspensivo pelo relator, quando este, a requerimento da parte, “*considerar que da imediata produção de efeitos da sentença poderá resultar dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo provável o provimento do recurso*” (art. 1034).

Nesse aspecto, vários inconvenientes podem ser levantados.

O projeto não indica claramente quais os casos em que a apelação deve ser recebida no efeito suspensivo e essa ausência de parâmetro normativo dá margem à subjetividade do relator. Além disso, não há no texto do projeto previsão para a procedimentalização do requerimento de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (art. 1034) ou previsão de garantia do contraditório, o que só aumentará o trabalho dos relatores, “*gerando confusão e insegurança, situações que não se conciliam com a idéia de processo*”<sup>51</sup>, pois processo é ordem, sua noção básica, desde os tempos de Roma.

Essa última situação, aliás, agrava-se pelo fato de o Projeto também prever que a apelação deve ser proposta diretamente no Tribunal (§ 1º do art. 1032), instruída com cópias da sentença apelada (inciso I), petição inicial, contestação, réplica, parecer do Ministério Público, laudo pericial, se houver (inciso II), certidão de intimação da sentença ou de outro documento que ateste a tempestividade do recurso (inciso III); ou qualquer outro documento que lhe parecer conveniente<sup>52</sup> (inciso IV). O projeto Barradas adota o chamado regime de *Apelação por instrumento*<sup>53</sup>, devido à regra geral de recebimento do recurso somente no efeito devolutivo. Em razão disso, o juízo de admissibilidade da apelação somente competirá ao relator do recurso (parágrafo único do art. 1033).

---

51. BRÊTAS. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*, p. 559-560.

52. Daí a necessidade de intimação do Apelado para contrarrazoar o recurso, diante da possibilidade de juntada de documentos novos, os quais o Apelante entenda sejam convenientes para atender ao seu pedido de reforma. Poderá, muito bem, diante da amplitude da disposição do inciso IV do § 1º do art. 1032, o Apelante juntar documentos que não estejam nos autos originais. Imprescindível, nesse caso, a realização do contraditório.

53. Nesse sentido ver: *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*, p. 53.

A situação, ao invés de prestigiar a malsinada celeridade, pode contribuir para o seu comprometimento, eis que podem ser encaminhados ao Tribunal recursos manifestamente inadmissíveis, por intempestivos ou desertos, o que não possui nenhuma razão de ser, em afronta à lógica e à racionalidade.<sup>54</sup>

O projeto Barradas manteve a proposta dos projetos anteriores de eliminação do recurso de embargos infringentes, o que é, quando menos, discutível. Primeiramente, há que se convir que não existem quaisquer dados estatísticos que comprovem ser o referido recurso causa de morosidade da atividade jurisdicional.

Pelo contrário, conforme adverte Antônio Cláudio da Costa Machado, os embargos infringentes representam uma importante ferramenta de aprimoramento das decisões de segundo grau, buscando perfeita consonância com o ordenamento jurídico<sup>55</sup>. Ao que parece, o projeto propõe a eliminação do aludido recurso tão somente porque atualmente ele inexistente em outros ordenamentos. Não há motivos razoáveis, portanto, que justifiquem a eliminação dos embargos infringentes.

Também foi eliminado o recurso de agravo retido. Em razão disso, a fim de evitar cerceamento de defesa das partes, abandonou-se o regime de preclusão das decisões interlocutórias que, por sua vez, poderão ser impugnadas em sede de preliminar na apelação (parágrafo único do art. 1031), ressalvadas as hipóteses de possibilidade de interposição de agravo de instrumento.

No tocante a este último, inicialmente (no Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas) havia sido reduzido a quatro hipóteses. No entanto, após a realização de inúmeras audiências públicas e recebimento de severas críticas quanto à possibilidade de cerceamento de defesa, recurso a mandado de segurança e ainda maior delonga na atividade jurisdicional, caso viesse a ser constatada nulidade somente em sede de julgamento de apelação, o Projeto aprovado no Senado ampliou as hipóteses para o número de quatorze (dez nos incisos do art. 969 e quatro em seu parágrafo único). No projeto

---

54. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil, p. 99-117. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 105-106.

55. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *95 teses contra o Novo CPC*. Disponível em: <http://www.professorcostamachado.com/?p=1192>. Acesso em 21.11.2012, tese 54. Adverte, no mesmo ensaio, o Professor que a única estatística que se tem conhecimento a respeito do recurso de embargos infringentes é a “*de Athos Gusmão Carneiro, no Rio Grande do Sul que mostra que os embargos ocorrem em apenas 2% das causas, mas que em 50% delas o recurso é provido, o que revela, pelo contrário, a conveniência da sua manutenção*”.

Barradas, o número de hipóteses saltou para dezoito (catorze nos incisos do art. 1037 e quatro em seu parágrafo único).

Verifica-se que o texto Barradas melhorou de forma significativa, no assunto, ao enumerar maior número de situações nas quais se reconhece que há susceptibilidade de lesão ou dano grave à parte e que, por tal motivo, justifica-se a possibilidade de impugnação imediata, pela interposição do agravo de instrumento.

Exemplo disso é a inclusão do inciso XIII, no art. 1037, que prevê a possibilidade de interposição do agravo de instrumento, em caso de decisão sobre a regra dinâmica de distribuição do ônus da prova, prevista no § 1º art. 381, do Projeto. A previsão é louvável, porque evita eventuais prejuízos acarretados por futura cassação de sentença, que possa vir a determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo*, visando à produção de novas provas. No caso de entender a parte, à qual tiver sido imposto o ônus de produzi-las (por ocasião da aplicação do § 1º, do art. 381), que dele não pode ou não tem condições de se desincumbir, poderá, desde logo, recorrer ao Tribunal via agravo de instrumento. Patente que esta garantia trará menor risco à celeridade do procedimento.

Não se tem qualquer certeza do efeito prático da proposta de diminuição de recursos. Em princípio, teme-se que a limitação das hipóteses de agravo de instrumento e supressão dos embargos infringentes leve ao recurso indiscriminado a soluções alternativas<sup>56</sup>. O mandado de segurança, por exemplo, pode vir a ser utilizado quando a parte se deparar com perigo iminente de dano e que entenda ter direito líquido e certo a determinada proteção, se acaso não tiver situação jurídica contemplada como susceptível de recurso no novo CPC.

## 5. A CELERIDADE E A DISTORÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Outro exemplo da busca da celeridade a qualquer custo é a proposta de criação do incidente de demandas de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 997 e seguintes do projeto.

---

56. Advertem Flaviane Barros e Dierle Nunes que “*toda vez que o legislador aniquila um meio legal de impugnação das decisões (recurso) faz surgir em seu lugar em sucedâneo recursal, ou seja, ‘mata-se’ o recurso e cria-se outra técnica de (mais complexa e polêmica) para o cidadão, profissionais e Tribunais.*” (BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil*, p. 41.)

O referido incidente poderá ser suscitado perante os Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunal Regional Federal, sendo instaurado pelo relator ou órgão colegiado, por ofício, pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou pela associação civil, por petição (§ 3º do art. 997), toda vez que se fizer “*presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”, desde que haja “*efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual*” (art. 997, *caput*).

Admitido tal incidente, haverá suspensão dos processos individuais que versem a mesma matéria (art. 295, IV e art. 999, § 1º, I), e, uma vez julgado o incidente, ter-se-á o seguinte efeito: “*a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal*” (art. 1004);<sup>57</sup> e, 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*” (§ 1º do art. 1004).

O referido incidente segue a lógica do art. 285-A do CPC/1973 (art. 314 do Projeto Barradas), pretendendo sepultar os conflitos individuais em demandas cuja matéria repetitiva tenha decisão consolidada nos Tribunais. Aliás, é esta a intenção de todo o Projeto.

Numa inversão de lógica da segurança jurídica<sup>58</sup>, pauta-se na idéia de que a uniformização de jurisprudência, bem como sua estabilidade (art. 509, II; art. 954, IV, ‘c’; V, ‘c’ e art. 968), emprenderiam celeridade aos processos, diminuindo o trabalho dos juízes de primeiro grau, e concretizando “*plena-mente os princípios da legalidade e da isonomia*”<sup>59</sup>, ao evitar decisões conflitantes em situações idênticas, dando tranquilidade aos jurisdicionados.

---

57. Ademais, servirá a decisão padronizada de base para a concessão de tutelas de evidência quando versarem a mesma matéria cuja tese foi firmada na decisão do incidente (art. 287, III); 3) demandas fundadas em entendimento contrário à decisão do incidente serão julgadas liminarmente improcedentes (art. 314, inciso III); 4) a decisão do incidente fundamentará pedido de reclamação constitucional (art. 1009 e art. 1010, IV) quando a decisão nas demandas individuais a contrariar.

58. Mais a respeito do tema ver: GRESTA, Roberta Maia. *Segurança Jurídica*: o edifício de pontacabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eecca5b6365d9607>. Acesso em: 20.11.2012.

59. BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28.11.2012.

Fala-se em inversão da lógica da segurança jurídica porque, salvo melhor juízo, num Estado Democrático de Direito, “a busca da segurança jurídica deve ser analisada pela possibilidade de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões<sup>60</sup>” e não na interpretação consolidada dos Tribunais como intérpretes privilegiados da legislação. A segurança jurídica deve ser proporcionada pelo ordenamento jurídico (conjunto de regras e princípios) e não pela interpretação que é dada pelos Tribunais a determinadas situações que entendem ser importantes a tal ponto de merecerem uma decisão num ou noutro sentido.

Ao impor necessariamente um entendimento fixado em sede de julgamento de incidente de demanda repetitiva a determinado processo individual, o Projeto de novo Código de Processo Civil agride a legitimidade democrática do provimento, na medida em que as partes são destituídas do direito de dele participarem e efetivamente contribuírem, bem como influírem em sua formação.

As peculiaridades do caso concreto são simplesmente desconsideradas, imposta uma cognição sumaríssima para “amoldamento” de uma decisão com caráter de norma que foi entendida como “a mais correta” para uma série de casos idênticos. Pratica-se “o dogma da compulsoriedade e padronização das decisões em nome da celeridade e da efetividade do processo, sem mesmo saber qual o processo se adota entre as múltiplas teorias que encaminham a construção de um Sistema Jurídico-Democrático<sup>61</sup>”.

A partir daí entende-se que, a pretexto de empreender celeridade aos processos na busca insistente por efetivação do direito material, tanto na imposição de conciliação como nos incidentes de uniformização de jurisprudência, a proposta Barradas para o novo Código de Processo Civil não se concilia à concepção democrática de processo.

## 6. O PODER EXCESSIVO DOS JUÍZES

Conforme já dito, há questões polêmicas trazidas pelo projeto de novo Código que ampliam em demasia o poder dos magistrados.

---

60. SOARES. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, p. 125.

61. Mais a respeito do tema, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p. 185-190. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandonna. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 186.

Os artigos 279 e 283, por exemplo, permitem a concessão de tutelas de urgência (chamadas equivocadamente no texto Barradas de “tutelas antecipadas”) de ofício pelo juiz, mesmo sem requerimento da parte. Inegável que os referidos conteúdos normativos ampliam em demasia o poder geral de cautela do magistrado – temática que, acredita-se, viola o princípio de inércia, da imparcialidade e transforma um juiz num verdadeiro *tutor* da parte hipossuficiente e desprotegida que carece de ajuda/ suporte de um *ser* que tem a capacidade mágica de fazer *justiça* para realizar *escopos metajurídicos*<sup>62</sup> através do processo (figura típica de um *socialismo processual* radical<sup>63</sup>, desmedido e antidemocrático). Neste ponto, surgirá um problema. Se a decisão judicial, tomada de ofício, sem requerimento da parte, causar prejuízos à parte contrária, obviamente quem sofreu o dano poderá responsabilizar o Estado e o juiz que decidiu de ofício, em procedimento próprio, postulando indenização por perdas e danos.

O artigo 120, inciso VI, do Projeto, que permite ao juiz dilatar prazos e alterar os meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, também traz riscos à segurança jurídica das partes. Diante da ausência de definição de critérios objetivos para a aplicação da regra, o dispositivo dá margem à excessiva discricionariedade do juiz. Mesma situação, aliás, que também pode ocorrer com o dispositivo do § 1º do art. 381. Caso não sejam definidas objetivamente as hipóteses de aplicação da regra, o juiz pode vir a redistribuir os ônus quando bem entender, ao arrepio do processo constitucional.

O art. 121 do Projeto consagra o princípio da vedação ao *non liquet*. Ao não estabelecer critérios balizadores da decisão judicial em caso de lacuna ou obscuridade, o referido dispositivo consagra a previsão aberta e demasiadamente genérica do art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, permitindo ao juiz decidir por analogia ou por costume, o que, salvo melhor juízo, também viola o princípio da reserva legal.

Aliás, é essa a idéia do art. 6º do Projeto, que invoca o processo como atividade teleológica, na qual deve o juiz atender “*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*”.

---

62. *Idem* nota n.7.

63. A respeito da noção, origem e repercussões do *socialismo processual*, ver: NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 130-140.



Não há dúvidas de que os referidos conteúdos normativos privilegiam a atividade criativa do juiz por puro bom senso e sem quaisquer balizamentos teóricos, o se que torna um risco inerente e evidente no sistema proposto<sup>64</sup>.

Marco mor da valorização da jurisprudência, por fim, é a criação do incidente de demandas repetitivas, acima tratado, que permite uma verdadeira “*padronização decisória, negligenciando as garantias processuais do modelo constitucional de processo*”<sup>65</sup>.

Enfim, há uma série de conteúdos normativos que aqui poderiam ser apontados como componentes da linha teórica de supervalorização do papel dos juizes e aceleração da decisão *secundum conscientiam*.

Contudo, devido à brevidade da reflexão, optou-se por destacar algumas partes normativas do Projeto que entregam aos juizes “*o privilégio da livre interpretação do direito escrito e a atribuição de produção do direito na hipótese de ausência de normas*”<sup>66</sup>, violando a segurança jurídica das parte e a garantia constitucional da reserva legal, bem como a possibilidade de que estas sejam co-autoras dos pronunciamentos que lhes digam respeito, dentro da concepção de um processo democrático, afeiçoado ao Estado Democrático de Direito.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente reflexão pretendeu dar destaque a alguns aspectos positivos e negativos presentes na estrutura técnico-sistemática do projeto Barradas, apresentado na Câmara Federal em setembro de 2012, em substituição à proposta aprovada no Senado (PL 8.046/2010), visando à elaboração de um novo Código de Processo Civil.

No percurso do estudo, procurou-se deixar claro que, no Estado Democrático de Direito, o processo é garantia constitucionalizada e co-dependente de direitos fundamentais, que não podem ser confundida como entrave ou formalismo desnecessário à realização do direito material.

---

64. Mais a respeito do tema, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p. 185-190. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

65. BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*, p. 47.

66. LEAL. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*, p. 185.

Na construção do Estado Democrático Brasileiro, o papel do processo de promover a participação dos interessados (entendidos ao mesmo tempo como destinatários e construtores normativos) deve ser sobrelevado para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, como tais garantidos no texto da Constituição Federal.

Pela análise do texto do Projeto Barradas, percebeu-se que essa foi a uma de suas pretensões. E isso pode ser percebido particularmente nos artigos que tocam às garantias fundamentais e princípios constitucionais, os quais são corolário do devido processo, e que trarão, sem sombra de dúvidas, significativos avanços, ganhos teóricos e práticos ao sistema.

Destacou-se, também, que a estrutura sistemática do Projeto é outro ponto que lhe rende eencômios. A organização do texto e a boa divisão dos Livros, Capítulos e Sessões, que têm como ponto de auto-referencialidade a Parte Geral, dão maior funcionalidade aos conteúdos normativos, bem como lógica à aplicação e interpretação das normas que o integram,, não obstante alguns retrocessos, nessa tangente, em relação ao PL 8.046/2010, aprovado no Senado.

Verificou-se, também, que, apesar dos avanços, ainda permanecem no Projeto inegáveis concepções instrumentalistas, tanto ligadas a uma compreensão equivocada de técnica como excesso de formalismo (justificando-se a sua eliminação em busca da celeridade), como voltadas à supervalorização do papel ativo do juiz, com normas que possibilitam e/ ou fortalecem a jurisprudência criativa e o ativismo judicial, reduzindo a dimensão de diálogo das partes.

Ainda estão inegavelmente presentes no projeto Barradas para o novo Código de Processo Civil algumas concepções teleológicas de processo que podem ser facilmente ligadas à idéia de processo como relação jurídica, não mais recepcionadas pelo processo constitucional do século XXI. Lamentavelmente, o processo ainda continua a ser, com alguns ganhos da constitucionalização, no Projeto, de forma tacanha e medíocre, um simples instrumento da jurisdição.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile:** il modelo costituzionale del processo civile italiano. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ARRUDA ALVIM. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** São Paulo, n.194, nov. 2011, p. 300-318.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.
- BARBOSA, Andréa Carla. Direito em Expectativa: As tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n.194, nov.2011, p. 243-263.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 27, n.105, jan./mar.2002, p. 183-190.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras, p. 15-53. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. **Reforma do Processo Civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BEDAQUE, José. Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28.11.2012.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**: aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.09.2011.
- BRASIL. **Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10**. Relator Deputado Federal Sérgio Barradas. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04.12.2012.
- BRASIL. **Relatório Parcial do Projeto de Lei 8.046/10 (Livros VI e V)**. Relator Deputado Federal Hugo Leal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/dep. - hugo-leal-novo-atualizacoes>. Acesso em: 04.12.2012.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil, p. 99-117. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. **Reforma do Processo Civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Manual Elementar de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Primeira proposta de modificações no texto do PL nº8.046/2010** – Novo Código de Processo Civil, encaminhada ao Deputado Federal Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG). Belo Horizonte, 19/9/2011.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional, p. 551-565. *In*: ROSSI, Fernando *et alii*. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CAMBI, Eduardo. Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus, p. 675-679. *In*: ROSSI, Fernando *et alii*. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CARDOSO, Hélio Apoliano; PORTO, Sandra Maria. ABC do Projeto do Novo CPC. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, v.11, nº66, jul./ago.2010, p. 87-112.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. O Novo Código de Processo Civil – Breve análise do Projeto Revisado no Senado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Magister S/A, v. 7, n. 37, jul.2010, p. 56-85.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do contraditório e cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 20, n.79, set./ju.2012, p. 147-159.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRESTA, Roberta Maia. **Segurança Jurídica**: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ecca5b6365d9607>. Acesso em: 20.11.2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Vol.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p. 185-190. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **Direito Processual**: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.
- LEAL, Rosemiro. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LEAL, Rosemiro. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **95 teses contra o Novo CPC**. Disponível em: <http://www.professorcostamachado.com/?p=1192>. Acesso em 21.11.2012
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral – Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- REDONDO, Bruno Garcia. Projeto do Novo Código de Processo Civil: estruturação e procedimentos, p. 639-644. *In*: ROSSI, Fernando *et alii*. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SOARES, Carlos Henrique. Considerações sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n.65 de maio/jun.2010.
- TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A Codificação no Direito e a Temática Recursal no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 231-261.. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. **Reforma do Processo Civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras Considerações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, v.11, n°66, jul./ago.2010, p. 7-12.

# UMA BREVE NOTÍCIA SOBRE O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO E SOBRE AS TENDÊNCIAS BRASILEIRAS DE PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA: UM CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS BRASILEIRO.

DIERLE NUNES<sup>1</sup> E  
RAFAEL DILLY PATRUS<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1. A convergência entre os modelos de *civil law* e *common law* e a busca de uma nova práxis de formação e aplicação do direito jurisprudencial – 2. O procedimento-modelo no sistema processual alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*) – Pressuposto técnico do incidente de resolução de demandas repetitivo brasileiro – 3. Breves considerações do incidente de resolução de demandas repetitivas

---

## 1. A CONVERGÊNCIA ENTRE OS MODELOS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E A BUSCA DE UMA NOVA PRÁXIS DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

O sistema jurídico brasileiro, encontra-se há algum tempo profundamente imerso no movimento de convergência entre a *civil law* e *common law*,<sup>3</sup> com

- 
1. Doutor em Direito Processual (PUC-Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUC-Minas). Professor Permanente do Programa de Pós – Graduação em Direito da PUCMINAS. Professor Adjunto na PUCMINAS e na UFMG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Advogado e sócio do Escritório Camara, Rodrigues, Oliveira & Nunes Advocacia (CRON Advocacia). E-mail: dierlenunes@gmail.com – Site: www.dierlenunes.com.br.
  2. Graduando pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Monitor da disciplina Direito Processual Civil. Pesquisador intercambista na Friedrich-Schiller Universität Jena (Alemanha) e na London School of Economics (Inglaterra).
  3. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência*

a utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte de aplicação do direito.

Este movimento de transição foi fortalecido pela EC45/2004 que permitiu os julgamentos dos Recursos Extraordinário pelo STF em repercussão geral (regulamentado pelos arts. 543A e B, CPC) e das técnicas de julgamento repetitivos absorvidas por reformas legais na legislação processual.<sup>4</sup>

Estas modificações vêm promovendo paulatinamente um novo olhar sobre o modo de aplicação do direito e impõem a necessidade de que tematizemos o modo como os Tribunais vêm promovendo seus julgamentos.

O “velho” 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>5</sup>

---

*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.

4. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 177. 2009.
5. Acerca das premissas essenciais para o uso do precedente, 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 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: 1º – 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. 2º – 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 desconsiderando 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. 3º – 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

Os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros **padrões decisórios** 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 pudessemos extrair 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*)<sup>6</sup>.

---

(subjeto) 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. 4º – 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 *u.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. 5º – 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 nexa 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*.” 6º – 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.

6. O primeiro autor aproveita o ensejo para agradecer a Comissão Barradas e ao próprio deputado pelo acolhimento de sua sugestão de introdução de técnicas de *distinguishing* no projeto em inúmeros dispositivos: Art. 499. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: [...] 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. Art. 990. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao juízo de admissibilidade do incidente, levando em consideração a presença dos pressupostos do art. 988. [...] § 4º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do § 5º do art. 508. O requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo. Art. 1055. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de admissão para o Supremo Tribunal Federal ou para o

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que compreendemos 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 algumas das preocupações.

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 para pesquisa) 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.<sup>7</sup>

---

Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. [...] § 3º Sob pena de não conhecimento do agravo de admissão, caberá ao agravante demonstrar, de forma expressa, a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado quando: I – a inadmissão do recurso extraordinário se fundar em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida; II – a inadmissão do recurso especial ou do recurso extraordinário se fundar em entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos por Tribunal Superior. [...] Art. 1050. Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspenso o processamento dos demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior. [...] § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão que, no tribunal superior, no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal, suspende o trâmite do recurso, contra a qual caberá agravo interno dirigido ao órgão colegiado a que estiver vinculado o relator, na hipótese em que a controvérsia discutida nos autos não seja idêntica à do recurso paradigma.

7. É evidente o acolhimento do contraditório como influência e não surpresa no art. 10 do CPC Projetado (O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício) e da obrigatoriedade de fundamentação racional (Art. 499. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador). Cf. 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.



Ademais, não se pode olvidar um dos principais equívocos na análise da tendência de utilização dos precedentes no Brasil é a credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em repercussão geral ou em recurso repetitivo) 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 aplicado.

Aqui, o “precedente” do STF e STJ é visto quase como um fechamento 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.

Isto, pois, a principal utilização desta chamada padronização decisória é de ser utilizada tecnicamente para dimensionar a chamada litigiosidade repetitiva; demandas propostas por inúmeros cidadãos com pretensões isomórficas.

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, pela mal funcionalidade de cumprimento dos papéis dos outros “Poderes (Executivo/ Legislativo), entre outros fatores.

Dentro deste contexto, a litigiosidade repetitiva passou a aumentar as taxas de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro<sup>8</sup> e as propostas de

---

8. Em pesquisa realizada pelo CNJ em diversos países se constatou que taxa de congestionamento no Brasil é muito alta. Segundo o texto do documento: “O Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento, 70%, seguido de Bósnia e Herzegovina e Portugal, com 68 e 67%, respectivamente. Observa-se elevada diferença entre a taxa mais alta, de 70%, e a mais baixa, de 3%, referente à Federação Russa. Assim como a maior taxa de congestionamento, o Brasil também apresenta o maior número de advogados por magistrado, seguido por Itália e Malta, com 25 e 33 advogados, respectivamente, conforme apresentado na tabela. Como a elevada proporção de advogados em relação a magistrados pode indicar que existe elevada propensão ao litígio e relativa incapacidade de fazer frente a essa tendência, analisou-se o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrados e a taxa de congestionamento. Obteve-se como resultado um valor de 61,8%. Isso significa que há relação alta e significativa entre essas duas variáveis. Ou seja, quanto maior o número de advogados por magistrado, maior tende a ser a taxa de congestionamento desses países. [...] O Brasil possui a terceira maior produtividade quando comparado aos países da Europa. Não obstante, contrariamente à Dinamarca, essa produtividade é ainda inferior à carga de trabalho, e isso se reflete em uma taxa de congestionamento alta. Pode-se dizer que o Brasil está em posição intermediária entre a Bósnia e Herzegovina e a Dinamarca. CNJ.

técnicas processuais padronizadoras e do uso de “precedentes” como fonte ganhou muitíssima força.

No entanto, como se vem advertindo há algum tempo, necessitamos tematizar o uso destas técnicas, especialmente quando se vislumbra que no atual CPC Projetado, cujo relatório foi apresentado (pelos ilustres Deputados Sérgio Barradas Carneiro, Fábio Trad e Paulo Teixeira) e discutido na Câmara dos Deputados, se aposta com muita veemência na utilização destes padrões decisórios para dimensionar os litígios repetitivos, inclusive viabilizando a criação de “precedentes” pelos Tribunais de segundo Grau.

Acerca desta última possibilidade, vem sendo apresentado, desde o Anteprojeto originário do Senado Federal em 08/06/2010, o chamado “Incidente de resolução de demandas repetitivas”, inspirado na lei sobre o processo modelo nas controvérsias do mercado de capital tedesca – *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. O objetivo da lei foi o de resolver de modo idêntico e vinculante questões controversas em causas paralelas, mediante decisão modelo dos aspectos comuns pelo Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*), com ampla possibilidade de participação dos interessados. A partir dessa decisão se julgarão as especificidades de cada caso.<sup>9</sup>

Como já dito, na causa piloto (*Musterprozessführung*) “as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade, não só de decidir o caso específico, mas com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional assim obtida como referência para a solução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias que conduziria um grupo mais amplo de sujeitos possuidores do mesmo interesse” (tradução livre).<sup>10</sup>

No entanto, desde a redação original apresentada no Senado Federal foi profundamente modificada e aprimorada na Câmara dos Deputados.

Nesse sentido, o objetivo deste breve ensaio será o de apontar os fundamentos deste incidente em seu modelo inspirador e discutir a necessidade de

---

*Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional.* Brasília: CNJ, 2011.

9. CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto.* In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007..
10. WITTMANN, Ralf-Thomas. Il contencioso di massa in Germania. GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contencioso di massa in Italia, in Europa en el Mondo.* Milano: Giuffrè, 2008. p. 16.

procedermos uma ruptura com o atual modelo e práxis decisória, que ainda não percebeu todo o impacto do movimento de convergência.

## 2. O PROCEDIMENTO-MODELO NO SISTEMA PROCESSUAL ALEMÃO (KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHRENGESETZ) – PRESSUPOSTO TÉCNICO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVO BRASILEIRO

Como é sabido, a referência estrangeira na qual se baseia o CPC projetado de um incidente de resolução de demandas repetitivas é o procedimento-modelo alemão. Revisitando o instituto, esperamos contribuir com uma breve passagem sobre o procedimento engendrado na legislação da Alemanha.<sup>11</sup>

A lei que introduziu o procedimento-modelo no sistema processual alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*) foi editada em 2005. Foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litígios no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao ZPO (*Zivilprozessordnung*).

A origem da lei respeita ao caso *Deutsche Telekom (DT)*, empresa com mais de três milhões de acionistas na Alemanha. Em função de suposta veiculação de informações equivocadas a respeito da extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações (em 1999 e 2000), milhares de investidores ditos lesados (aproximadamente 15 mil), representados por mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, propuseram demandas contra a *DT* perante a corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os prospectos circularam. O conjunto das ações representa valor superior a cento e cinquenta milhões de euros.

Depois de quase três anos sem que uma única audiência fosse designada, parte dos demandantes apresentou queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), sob a alegação de negativa de acesso à justiça. O Tribunal rejeitou as queixas, mas reconheceu a necessidade de a corte distrital agilizar a tramitação dos procedimentos instaurados.<sup>12</sup> Nesse contexto, o *legislador reagiu* com a edi-

---

11. Para comentários dos dispositivos da lei alemã, *efr.* WOLF, Christian; VORWERK, Volkert; *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. UNIVERSITÄT HANNOVER, 2007.

12. BVerfG, 27 de julho de 2004, 57 NJW 3320 (2004).

ção da lei de procedimento-modelo para o mercado de capitais, objetivando facilitar o tratamento das causas propostas no caso *Deutsche Telekom*.

A ideia da lei é simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos serão posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculados ao sistema tradicionalmente de *civil law* de resolução de litígios civis, para o tratamento do caso *DT*.<sup>13</sup>

Como já dito, o procedimento-modelo constitui incidente interlocutório, não configurando uma ação autônoma. Aplica-se, segundo a *KapMuG*, às causas tramitando em primeira instância, nas quais se deduzem pretensões relativas à compensação por danos havidos no seio do mercado de capitais alemão, em razão da veiculação de informações falsas ou equivocadas ou da omissão de informações relevantes, em prospectos, circulares de oferta de ações, declarações contábeis, entre outros.

Para cumprir o intuito de agilizar o trâmite das inúmeras ações eventualmente ajuizadas com base em um mesmo fato ofensor, uniformizar as soluções dadas aos conflitos concretos, reduzir o custo da litigância e facilitar o acesso dos investidores à rápida e justa providência estatal, o *KapMuG* engendrou procedimento que compreende três fases distintas.<sup>14</sup> Na primeira etapa, a corte distrital, perante a qual foi apresentado requerimento de instauração do procedimento-modelo, *elegerá* uma causa representante (representativa da controvérsia) de todas as demandas, a qual será submetida ao tribunal estadual. Em face da decisão que escolhe a causa-modelo não poderão as partes interpor qualquer recurso, salvo no caso de a corte distrital indeferir o pedido de processamento do incidente.

Na segunda etapa, o tribunal estadual processará a demanda eleita, observando o procedimento previsto na lei para a realização de audiências e a produção de provas, e proferirá decisão resolvendo as questões de fato e de direito envolvidas na controvérsia. Por fim, a terceira etapa refere-se ao julgamento posterior de todas as outras causas, sobrestadas em primeira

13. A respeito dos propósitos da lei na Alemanha, *cf.* MÖLLERS, Thomas M.J.; WEICHERT, Tilman. *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*. 58 NJW 2737, 2005.

14. BÄLZ, Moritz; BLOBEL, Felix. *Collective Litigation German Style – The Act on Model Proceedings in Capital Market Disputes*, in CONFLICT OF LAWS IN A GLOBALIZED WORLD 126, 132, 2007, pp. 135-138.

instância, que *serão decididas com base na decisão-modelo* prolatada pelo tribunal estadual.

Há uma cisão da cognição: a parte padronizável é resolvida pelo Tribunal de Segundo grau e a partir deste modelo, o juízo de primeiro grau aplica em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.

Um detalhe relevante é que o padrão é um principium de julgamento eis que não cabe aos juízos cujos processos estão sobrestados tão somente promover uma aplicação mecânica do julgado.

Trata-se, em tese, de um procedimento simples, mas que precisa enfrentar alguns problemas, *mormente no que diz respeito à observância do contraditório e da ampla defesa*,<sup>15</sup> princípios que, no ordenamento constitucional alemão, desdobram-se nas seguintes máximas: o princípio dispositivo, o princípio do controle parcial dos fatos e da produção de provas e a exigência de ser ouvido e de influenciar a decisão exarada pelo Estado.

É importante ressaltar, de início, que o procedimento-modelo só pode ser instaurado mediante requerimento de um ou mais demandantes nas causas repetitivas. Não é possível, por conseguinte, que a corte distrital o inicie de ofício.<sup>16</sup> Em seu requerimento, o demandante deverá demonstrar que as questões tratadas na ação por ele proposta transcendem o limite de sua esfera jurídica individual, sendo que a instauração do procedimento-modelo terá relevância para outras causas em trâmite. Os requerimentos inicialmente admitidos serão amplamente divulgados, de forma a dar ciência aos demais demandantes acerca da instauração do procedimento-modelo e a incentivá-los a aderir ao incidente.<sup>17</sup>

Com a instauração do procedimento-modelo, a corte distrital elegerá uma causa para submissão à apreciação do tribunal estadual. Se houver mais de dez requerimentos de abertura do incidente, a eleição da causa-modelo ficará a cargo do próprio tribunal estadual. Com a eleição da demanda, aos nomes do demandante-representante e de seu procurador será igualmente dada a devida publicidade, inclusive com a divulgação dos dados no domínio do registro de queixas na internet. Independentemente do caso, a escolha

- 
15. BRAUN, Franz; ROTTER, Klaus. *Der Diskussionsentwurf zum KapMuG – Verbesserter Anlegerschutz?* 4 ZEITSCHRIFT FÜR BANK – UND KAPITALMARKTRECHT [BKR] 296, 2004.
  16. STÜRNER, Michael. *Model Case Proceedings in the Capital Markets – Tentative Steps Towards Group Litigation in Germany*. 26 CIV. JUST. Q. 250, 253, 2007, P. 257.
  17. HESS, Burkhard. *Musterverfahren im Kapitalmarktrecht*. 26 ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT [ZIP] 1713, 2005, p. 1715.

do demandante-modelo é “discricionária”, mas há critérios usualmente utilizados na eleição: a) a amplitude da demanda proposta, b) a abrangência de tratamento do maior número de questões fáticas e jurídicas, ou mesmo, um eventual acordo entre os litigantes. A princípio, é importante que a demanda proposta pelo autor-representante cubra a maioria dos aspectos envolvidos na controvérsia.

Existe, nesses termos, uma grande preocupação com a amplitude de análise do caso, para inviabilizar uma decisão padrão superficial para a temática.

Com a definição de um demandante-modelo (litigante padrão), as demais causas serão automaticamente suspensas até que se exare solução à ação-representante. Os outros demandantes, por sua vez, atuarão no feito como interessados, podendo exercer todos os atos processuais, como peticionar e falar nos autos, inclusive para nomear testemunhas, requerer a produção de novas provas e apresentar novas questões fáticas ou jurídicas, desde que as suas alegações não contrariem as do demandante-modelo.

Por motivo de economia processual,<sup>18</sup> os demandantes cujas causas foram suspensas não terão automaticamente acesso a todos os dados da causa-modelo. Para consultarem a petição inicial da demanda-representante, os interessados deverão peticionar nesse sentido, não podendo, independentemente de requerimento, acessar as alegações dos outros demandantes. Em regra, outros demandantes que ainda não integraram o procedimento-modelo poderão, ainda que tardiamente, apresentar requerimento de participação na causa. Além disso, os que já figuram como integrantes do procedimento poderão desistir de sua ação individual, mas se deve manter em mente que, uma vez iniciado o procedimento perante o tribunal estadual, mesmo que sobrevenha a desistência, o autor estará vinculado à decisão posteriormente proferida no modelo.

Quanto à eficácia de tal decisão, é preciso atentar para o que estabelece o importante § 16.2 do *KapMuG*: o julgamento-modelo afetará o autor-representante e os demais demandantes, mas estes estarão vinculados na medida de sua participação no procedimento. Isso significa que, com fulcro no princípio do contraditório, cuja materialidade encontra forte guarida na jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, os demandantes que se incorporarem muito tardiamente ou que não participarem da causa não estarão vinculados à decisão-modelo.

---

18. Para uma análise do escopo do processo e da noção de economia processual na Alemanha, *cf.* GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. Academia Iuris, 2008, pp. 1-5.

O legislador alemão mostrou-se bastante preocupado com a proteção substantiva às garantias dos investidores envolvidos; por tal razão, só se submeterão à autoridade do julgamento os demandantes que tiverem a efetiva oportunidade de influenciar a decisão no procedimento. Para tanto, o interessado deverá demonstrar o impedimento de ter podido auxiliar na formação do julgado e/ou a inconsistência (negligência) do litigante padrão.

Estas são, em apertada síntese, as linhas gerais do procedimento-modelo alemão, concebido para as demandas no campo do mercado de capitais e posteriormente incorporado ao ZPO, embora ainda pouco utilizado na prática. Há, por óbvio, inúmeros pormenores, curiosidades e detalhes procedimentais sobre os quais decidimos não tecer comentários mais aprofundados. Exemplo interessante é o tratamento dado pela legislação ao ônus sucumbencial na hipótese de os demandantes restarem vencidos na causa-modelo: não há honorários sucumbenciais próprios ao procedimento-padrão, e as custas processuais são repartidas entre os demandantes submetidos à eficácia da decisão.

Enfim, esta é em termos gerais a forma como funciona o incidente na Alemanha. Vale reiterar que, apesar da sofisticação do procedimento, a ferramenta é pouquíssimo usada na práxis judicial alemã, especialmente porque a maior parte dos conflitos de massa acaba resolvida no âmbito administrativo.

### **3. BREVES CONSIDERAÇÕES DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

A parca utilização e resultados do instituto no estrangeiro já provoca uma estranheza na enorme aposta brasileira de que com a introdução da técnica no CPC projetado e na praxe brasileira obteremos uma melhoria brutal na resolução da eficiência processual brasileira.

Ocorre que, como se sabe, o Projeto de Lei 8046-2010 (CPC Projetado) possui como uma de suas finalidades mais marcantes a tentativa de dimensionamento técnico da litigiosidade repetitiva mediante a utilização dos mecanismos de padronização decisória, que se valem do instituto da causa piloto (*Pilotverfahren* ou *test claims*), e que entre as técnicas que seguem esta tendência está o incidente de resolução de demandas repetitivas, confessadamente inspirado no modelo alemão.

Na Câmara dos Deputados o incidente de resolução de demandas repetitivas posto no CPC projetado sofrerá uma melhoria qualitativa consistente, mas, não suficiente para gerar os propagados, por alguns juristas, efeitos de diminuir em mais de cinquenta por cento do tempo de tramitação dos processos.

O incidente visa buscar a garantia de isonomia e segurança jurídica e, para tanto, será viável sua utilização quando houver efetiva ou potencial risco de ocorrência de demandas repetitivas acerca de pretensões isomórficas. Aparentemente, se manterá a possibilidade da padronização decisória preventiva, já criticada anteriormente,<sup>19</sup> mas mitigada pela necessidade de que já existam processos com tramitação no Tribunal competente.<sup>20</sup>

Diversamente do modelo alemão, o incidente poderá ser suscitado de ofício pelos Desembargadores no Tribunal (art. 988, § 3º, I, CPC Projetado).

Uma inovação importante incluída na redação da Câmara, em atendimento do pressuposto participativo/cooperativo do novo modelo (art. 10, CPC Projetado), foi a necessidade que o tribunal no julgamento do incidente

---

19. “No entanto, a atual sistemática do código reformado e do Projeto de novo CPC viabilizam a utilização de julgados com finalidade preventiva toda vez que se perceber a possibilidade de profusão de demandas. Nestes termos, ao receber uma das primeiras demandas ou recursos, o Judiciário o afetaria como repetitivo e o julgaria com parcos argumentos, antes mesmo da ocorrência do salutar dissenso argumentativo.[...] Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.” NUNES, Dierle. Precedentes, Padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico Brasileiro: Uma abordagem Constitucional democrática. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 245-276. 5. NUNES, Dierle José Coelho. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Consultor Jurídico* (São Paulo. Online)., v.1, p. 1 – 2, 2012.

20. 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 ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual. § 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 pela associação civil, por petição. § 4º O ofício ou a petição a que se refere o § 3º será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. § 5º A desistência ou o 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 de abandono. § 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade previstos no caput deste artigo não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado. § 8º O incidente de resolução de demandas repetitivas não é cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para a definição da tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva.”



leve em consideração todos os argumentos potencialmente relevantes (art. 994, CPC Projetado).<sup>21</sup>

Tal dispositivo demonstra a preocupação com o novo modelo jurídico brasileiro, comentado no início do presente texto, e percebe que os Tribunais (de segundo grau e superiores) vêm formando verdadeiras novas “fontes” do direito que não podem se manter promovendo julgados empobrecidos e superficiais.

No entanto, o art. 995<sup>22</sup> não explicita quais os limites de aplicação da tese julgada no incidente, apesar da necessidade de cumprimento do disposto no art. 499 (garantia de fundamentação racional estruturada).<sup>23</sup>

Caberá a doutrina a demonstração de que a referida aplicação da “tese jurídica”, indicada pelo CPC Projetado, somente poderá se dar mediante uma comparação das premissas dos casos em discussão, sem se permitir uma aplicação mecânica do padrão (tese). Afinal, cabe ao tribunal julgar casos e não somente teses.<sup>24</sup>

- 
21. Art. 994. [...] § 3º A fundamentação do acórdão conterá a análise de todos os fundamentos suscitados favoráveis ou contrários à tese jurídica discutida.
  22. “Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. § 1º 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.”
  23. “Art. 499. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: [...] 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.”
  24. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 366.



# STARE DECISIS VS DIREITO JURISPRUDENCIAL

NELSON NERY JUNIOR<sup>1</sup> E  
GEORGES ABBOUD<sup>2</sup>

---

SUMÁRIO: 1. Delimitação do problema: Os riscos e a (im)possibilidade de se estabelecer sistema do *stare decisis* por meio do NCPC – 2. Conceitos elementares acerca da aplicação do precedente: *obiter dicta* e a *ratio decidendi*. – 3. A funcionalização do precedente no *stare decisis* e sua diferenciação em relação à utilização de jurisprudência com efeito vinculante. – 4. Os riscos da vinculação jurisprudencial. – 5. Conclusões principais. – 6. Bibliografia.

---

## 1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA: OS RISCOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE SE CRIAR SISTEMA DO STARE DECISIS POR MEIO DO NCPC

Após a promulgação da EC 45/2003, que instituiu a súmula vinculante em nosso ordenamento, passou-se a falar que teria sido introduzido, em nosso sistema jurídico, o precedente judicial e a regra do *stare decisis* do *common law*. Perante esse cenário, realizamos estudos<sup>3</sup> demonstrando que a súmula

- 
1. Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutorado em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Advogado.
  2. Mestre e Doutorando em direitos difusos e coletivos pela PUC-SP. Advogado.
  3. Georges ABBOUD. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos, *Revista de Processo*, nº 165, 2008, p. 218-230.

Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, coments. 3/14 CF 103-A, pp. 665/669

Nosso posicionamento encontra-se atualizado em: Georges ABBOUD. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, nº 6, p. 355 *et seq.*

vinculante não pode ser confundida com o precedente do *common law*, posto que consiste em figura assemelhada aos já superados assentos portugueses.

Hodiernamente, parece haver uma verdadeira fetichização por parcela de nossa doutrina em relação ao *common law*, de modo que diversas reformas legislativas ou teorias são justificadas sob o argumento de que elas seriam oriundas do *common law*.

Em nosso imaginário, o *common law* é por diversas vezes apontado como a solução para os principais problemas de nosso sistema judiciário, *e.g.*, multiplicidade de processos, insegurança jurídica e decisões divergentes sobre a mesma questão fática.

De certa forma, ignora-se que o *common law* também sofre com problemas de insegurança jurídica, tanto assim é que Ronald Dworkin elaborou a metáfora do juiz Hércules e a tese da resposta correta para combater a discricionariedade judicial e a insegurança jurídica existentes no próprio *common law*.<sup>4</sup>

Na realidade, não é o *civil law* ou o *common law* que irá determinar o nível de segurança jurídica de um sistema, mas sim a qualidade de suas decisões manifestadas por um Judiciário que efetivamente leve a sério seu dever de concretizar a Constituição e a orientar a aplicação da lei em conformidade

---

Em texto ainda mais recente, conferir: Georges ABOUD. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*, In: Teresa Arruda ALWIM WAMBIER (org.). *Direito Jurisprudencial*, SP: RT, 2012.

Para desenvolvimento mais pormenorizado da matéria ver: Lenio STRECK e Georges ABOUD. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Referido artigo foi acolhido por parcela da doutrina no que se refere à diferenciação entre precedente e súmula vinculante:

Para uma interessante análise dos equívocos em que incorre parte da doutrina nacional sobre o tema, conferir: Julio ROSSI. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*, *Revista de Processo*, n° 208, junho, 2012, *passim*.

Ver ainda: Guilherme Sarri CARREIRA. Algumas questões a respeito de súmula vinculante e precedente judicial. *Revista de Processo*, n° 199, setembro, 2011; Eduardo HIGASHIYAMA. Teoria do Direito Sumular, *Revista de Processo*, n° 200, outubro, 2011; José Henrique Mouta ARAÚJO. Processos repetitivos e o desafio do judiciário: rescisória contra interpretação de lei federal. *Revista de Processo*, n° 183, maio, 2010.

4. Cf. Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Lenio STRECK e Georges ABOUD. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, cit., n° 3.3, p. 57 *et seq.*

Rafael Tomaz de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, *passim*.

com ela. Por exemplo, a Alemanha ou a Inglaterra não possuem maior segurança jurídica que o Brasil porque uma é relacionada ao *civil law* e outra ao *common law*. Em verdade, são diversos os fatores que determinam o grau de segurança jurídica de um ordenamento, principalmente a qualidade externa-da na motivação das decisões judiciais. Ou seja, quanto mais institucional<sup>5</sup> e constitucional for a decisão, menor será a influência dos critérios morais, pessoais e dos valores individuais do julgador que permearão a decisão e, por consequência, mais íntegra e coerente será a jurisprudência desenvolvida.

Ocorre que, no Brasil, grande parcela da doutrina entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica – que é, frise-se, essencialmente um problema qualitativo na prestação jurisdicional – mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que, em um Estado Constitucional, a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. Para citar apenas alguns desses instrumentos de vinculação decisória, podemos mencionar: súmula vinculante, atribuição de efeito vinculante para jurisprudência dos tribunais superiores, dotar de efeito vinculante a motivação das decisões das cortes superiores, equiparação de efeito *erga omnes* com o efeito vinculante, objetivação do controle difuso de constitucionalidade, e até mesmo objetivação do julgamento da lide pelo STJ.

O apego ao efeito vinculante é tamanho que atualmente já se atribuiu à súmula vinculante *status* superior ao da legislação e, com o NCPC, estende-se essa supremacia à grande parcela das decisões dos tribunais superiores. Esse ponto, por si só, evidencia o quão distante do *stare decisis* é o sistema que tem sido imposto no Brasil pelas recentes reformas legislativas. No *common law*, o precedente não se sobrepõe à legislação.. De acordo com Hart, “*No nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de common law podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [statute]*”.<sup>6</sup>

- 
5. Por institucional deve-se entender a decisão que privilegia a perspectiva histórico-institucional de determinada comunidade jurídica em detrimento dos valores morais e pessoais do magistrado.
  6. Herbert HART. *O conceito de direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 112. Prossegue o autor afirmando que: “*Seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de atividade criador ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem cegar a uma decisão oposta à contida num precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma exceção a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. Este processo de ‘distinção’ do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o*

O NCPC manteve-se refratário ao aludido pensamento mantendo a crença em que a imposição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores seria a solução para desafogar o Judiciário. Em todas suas versões, a parte recursal destinou-se a atribuir efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores (STJ + STF) a partir da justificativa de que se estaria criando o *stare decisis* brasileiro.

Em sua última versão, o NCPC dedicou uma seção exclusiva à questão dos precedentes.<sup>7</sup> Ocorre que não é um Código ou qualquer outra lei que criará ou modificará nosso sistema, fazendo surgir o sistema do *common law* a partir da mera promulgação da lei.

---

*número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra. Não obstante estas duas formas de actividade legislativa deixadas em aberto pela força vinculativa do precedente, o resultado do sistema inglês do precedente constitui um produzir, pelo seu uso, um corpo de regras, das quais um grande número, quer de maior, quer de menor importância, é tão preciso como qualquer regra legislada. Só podem agora ser alteradas por lei, uma vez que os próprios tribunais o declaram frequentemente em casos cuja boa fundamentação parece correr em sentido oposto ao das exigências dos precedentes estabelecidos”, O conceito de direito, cit., p. 148.*

7. Art. 508. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Art. 509. Para dar efetividade ao disposto no art. 508 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 – na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os juízes e os tribunais seguirão a súmula vinculante, as decisões proferidas em assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – 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;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes do plenário do tribunal, ou órgão especial, onde houver, e a dos órgãos fracionários superiores, nesta ordem;

V – na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 1º 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, confiança e isonomia.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV 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 inciso V do caput deste artigo.

Ademais, no Brasil a introdução do sistema de precedentes é consectária do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para solucionar o problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema de precedentes.

Contudo, após uma breve análise do *common law*, e, respectivamente, da doutrina dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, constata-se a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico da experiência jurídica daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicitamente a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante. Aliás, frise-se que não há dispositivo constitucional ou lei que determine aos tribunais inferiores orientarem-se de acordo com o precedente das Cortes Superiores.

Todavia, no Brasil, o que se constata é que o maior problema da adoção dessa perspectiva não são as tentativas legislativas – abalizadas por parcela da doutrina – de pretender instituir o *stare decisis* no sistema pátrio. O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade e a profundidade hermenêutica ínsitos ao sistema de precedentes do *common law*.

Vale dizer,

*“A medida bem se ajusta aos propósitos de aceleração dos procedimentos, indo ao encontro da almejada celeridade processual. Se alguém tem alguma dúvida (não sabemos se, a essas alturas, ainda seria possível tê-las), que consulte a Exposição de Motivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Qual são os problemas? Muitos. O primeiro problema é que não se garante tratamento igualitário, simplesmente, com decisões linearmente iguais. Os autores do NCPD esquecem que o que garante a igualdade de tratamento, que é uma virtude, é a coerência de*

---

§ 3º O efeito previsto nos incisos II, III e IV do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes dos acordões adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

*princípios. Para brincar com exemplo manualesco: se eu tenho uma única tábua salvadora (sic) e dois naufragos estão se afogando, a única maneira de dar tratamento linearmente igualitário seria... deixar que os dois afundassem. Agora, se compreendermos o caso e trabalhar com princípios, encontramos boas razões para deixar a tábua com um ou outro naufrago. Queremos dizer: não pode haver respostas (corretas, ao menos) antes das perguntas e as perguntas são propostas pelo caso. Pronto! E os casos são irritantemente diferentes”.*<sup>8</sup>

Entre esses riscos, no presente artigo, evidenciamos porque a atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos Tribunais Superiores, nos termos do NCPC, não pode ser equiparada ao sistema de precedentes do *common law*, explicitando, por consequência, os prejuízos que a aplicação desmedida desses institutos pode acarretar.

## 2. CONCEITOS ELEMENTARES ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE: *OBITER DICTA* E A *RATIO DECIDENDI*

Toda análise sobre precedente judicial não pode perder de vista que ele não constitui decisão-piloto apta a solucionar diversos casos paradigmas. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar um *leading case*, não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, posto que somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começara a ganhar o *status* de precedente.<sup>9</sup>

Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto, ele nunca pode pretender nascer desde sempre como precedente. Assim, a aptidão dele para constituir critério normativo apto a solucionar novos casos dependerá, inevitavelmente, do processo histórico referente a sua futura aplicação.

Efetuar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é imprescindível no sistema de *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos.

8. Lenio STRECK e Georges ABOUD. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, cit., pp. 12/13.

9. Um exemplo disso é o famoso caso *Marbury vs. Madison*, cujo precedente originário é a possibilidade de o Judiciário realizar a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) das leis. O *Justice Marshall* não poderia nem ao menos prever que tal decisão adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento, o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente.



Outrossim, a doutrina destaca a dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*)<sup>10</sup> dentro do precedente. Dentre essas dificuldades, a principal delas é a distinção entre o que caracteriza a *ratio decidendi* de um caso e o que é simples *obiter dicta*. A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controversada (lide). A *obiter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão.<sup>11</sup>

Vale salientar que o que frequentemente se visualiza nas decisões dos tribunais superiores – em que os casos são decididos fazendo referência a diversas ementas de forma descontextualizada – não corresponde a uma argumentação por precedentes, pois esta última é muito mais complexa do que a mera reunião de ementários para resolver litígio. Isso ocorre porque a *ratio decidendi*, ou seja, aquilo que efetivamente vincula em um precedente, é determinado pelos tribunais inferiores e não pelo próprio Tribunal que decidiu a questão. Na realidade, “é importante perceber que são os juízes em casos posteriores que de fato determinam a *ratio decidendi* em casos pretéritos”.<sup>12</sup>

### 3. A FUNCIONALIZAÇÃO DO PRECEDENTE NO STARE DECISIS E SUA DIFERENCIAÇÃO EM RELAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITO VINCULANTE.

Em conformidade com o que expusemos, o que passa a vincular não está contido na própria decisão ou súmula do Tribunal Superior. A *ratio decidendi* é um entendimento que se constrói hermeneuticamente a partir da aplicação reiterada pelos tribunais inferiores. Ou seja, é a história e a aplicação da decisão da Corte Superior que determinará o alcance da *ratio decidendi* do precedente. Daí porque o *aquilo* que efetivamente vincula em um precedente não pode ser confundido com o texto de súmula (simples ou vinculante) ou qualquer decisão paradigma oriunda de julgamentos de casos

10. Sobre o tema, ver: Geoffrey MARSHALL. *What is binding in a Precedent*, NEIL MACCORMICK, ROBERT S. SUMMERS e Arthur L. GOODHART (org.). *Interpreting Precedents*, England: Ashgate, 1997, p. 503 et seq.

11. Michele TARUFFO. *Precedente e giurisprudenza*. Eduardo Ferrer MAC-GREGOR e Arturo Zaldívar LELO DE LARREA (org.). *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, Mexico: Marcial Pons, 2008, nº III. p. 801.

Ver ainda: Gary SLAPPER e David KELLY. *O Sistema Jurídico Inglês*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, nº 3.6.4, p. 110.

12. Gary Slapper e David Kelly. *O Sistema Jurídico Inglês*, cit., nº 3.6.5, p. 112.

repetitivos nos termos do CPC 543-B e 543-C, ou ainda o que se pretende com o projeto do NCPC.

Sobre o tema, podemos afirmar que:

*“o ‘precedente’ não cabe na sùmula”. Trata-se de um “enigma” hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (Anwendungsdiskurs) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discurso de justificação – Begründungsdiskurs). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de terrae brasilis. Aliás, é prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Verbetes. Enunciados. Tentativas de conceptualizações. Por tudo isso, as sùmulas (vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa. E nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, no nosso imaginário”.*<sup>13</sup>

Em suma, no *common law*, inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa e, após ser localizado, passa-se a verificar se, na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar, é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque caso elas fiquem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.

Nesse ponto, importante salientar que, a partir de uma observação mais atenta, é necessário expor que nem mesmo os recursos repetitivos podem ser aplicados de forma mecânica tal qual supõe grande parcela do imaginário de nossos juristas. Para ilustrar tal assertiva podemos fazer referência a um caso recente do próprio STJ decidido em matéria tributária Trata-se do REsp nº 1.060.210/SC em que foi decidida a localidade em que deve ser recolhido o ISS.

Antes da 1.<sup>a</sup> Seção julgar o mérito, o Min. Luiz Fux, na época integrante do STJ, determinou o sobrestamento de todos os processos que discutiam a

13. Lenio Streck e Georges Abboud. *O que é isto – o precedente judicial e as sùmulas vinculantes*, cit., nº 5, p. 78.

mesma questão jurídica para serem solucionados após o julgado do STJ. Por meio desse julgado, a 1.<sup>a</sup> Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou que o município do local onde está sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

Na prática, pode-se imaginar, por exemplo, duas hipóteses de execução fiscal distintas que demandariam a solução pelo STJ. A primeira hipótese o Tribunal de Justiça deverá apreciar uma apelação em que o Município – que não corresponde à localização da sede da empresa – tem cobrado da Instituição Financeira o referido tributo. A segunda hipótese é uma apelação em que houve julgamento antecipado da lide no primeiro grau de jurisdição sem que a Instituição Financeira tivesse tido a possibilidade de comprovar onde, efetivamente, ficava sua sede.

A partir dessas duas hipóteses fáticas, é possível vislumbrar que a decisão paradigma do STJ não pode ser aplicada de forma mecânico-subsuntiva como se a partir dela fosse possível solucionar uma multiplicidade de casos de forma homogênea e célere. Isso porque, na primeira hipótese, a execução fiscal deveria ser extinta haja vista que o Município em questão não corresponde à localização da sede da Instituição Financeira. Contudo, a segunda hipótese não pode ter a mesma solução, o processo deve ser anulado com o retorno dos autos à origem para que a Instituição Financeira possa fazer a prova de onde efetivamente localiza-se sua sede.

Esse exemplo elucida que as questões jurídicas para serem decididas corretamente, mediante uma solução constitucionalmente adequada, não podem ser resolvidas no atacado pura e simplesmente, nem mesmo as questões tributárias. Esse é um dos grandes riscos em se atribuir efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, porque se nem mesmo a questão da diferenciação entre texto e norma está clara entre nós, afinal nosso imaginário jurídico crê ainda que a decisão dotada de efeito vinculante é a *norma* pronta a ser subsumida para solucionar uma infinidade de casos. Todavia, na realidade, mesmo diante de um acórdão paradigma, súmula vinculante, ou da própria lei a interpretação nunca deixa de ser necessária para a solução das questões jurídicas. Ou seja, não há decisão pronta e acabada que permita a aplicação mecânica e computadorizada das questões jurídicas, a interpretação é sempre necessária seja porque a facticidade é infinita seja porque não há aplicação jurídica que dispense interpretação.

O que se pretende aqui não é examinar a teleologia ou a intenção da Comissão organizadora do NCPC mas, outrossim, demonstrar que o funcio-

namento do *stare decisis* ou sistema de precedentes<sup>14</sup> não depende de criação legislativa. Em síntese, um sistema não se torna *stare decisis* porque a lei determinou ou então deixa de ser porque assim o Legislativo quis. Por exemplo, se uma lei determinasse que a qualidade de nossa Administração Pública deveria seguir o padrão suíço ou sueco de qualidade, alguém, efetivamente, acreditaria que após a promulgação da lei haveria esse salto qualitativo em nossa atividade administrativa?

De acordo com Harold Berman, a regra do *stare decisis*<sup>15</sup> do *common law*,<sup>16</sup> é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade.<sup>17</sup>

A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. Nessa perspectiva, Alessandro Pizzorusso

---

14. Importante não perder de vista que *stare decisis* e sistema de precedentes não são expressões sinônimas, conferir: Lenio Streck e Georges Abboud. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, cit., n° 2.3, p. 36 *et seq.*

15. De acordo com Toni M. FINE: “a doutrina do *stare decisis* é firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano. Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentam fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questões já decididas em casos anteriores. Enquanto facilmente definida em abstrato, a doutrina do *stare decisis* não se afigura um princípio simples, de fácil definição. Ao contrário, é ela um fenômeno complexo, cuja aplicação reflete prudência e exercício de discricção judicial. O uso do precedente o o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, cit., pp. 90/91.

Keith EDDEY define o *stare decisis* (to stand upon decisions) da seguinte forma: “*This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of the law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are relevant to the case which he has to decide. The decision which he makes will thus seek to be consistent with the existing principles in that branch of the law, and may, in its turn, develop those principles a stage further.*”. *The English Legal System*, 3.<sup>a</sup> ed., Londres: Sweet & Maxwell, 1982, p. 125.

16. Para análise detalhada sobre o regime de precedentes, ver Michael J. GERHARDT. *The Power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008, n° 2, p. 47 *et seq.*

17. Para mais detalhes cf. Harold J. BERMAN. *Law and Revolution*, cit., pp. 480/481.

ênfatisa que a eficácia do precedente depende diretamente dos pressupostos lógicos (motivos) da decisão que o originou.<sup>18</sup>

Do mesmo modo, a jurisprudência dotada de efeito vinculante tal qual pretende instituir o NCPC bem como os já existentes arts. 543-B e 543-C do CPC, não podem ser considerados precedentes no sentido estrito do termo, porquanto sua construção não é histórica, foi imposta mediante alteração legislativa motivada na redução da velocidade dos processos.

Nesse diapasão, Castanheira Neves pontua que:

*“o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente análoga”.*<sup>19</sup>

A súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português<sup>20</sup>, desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram, se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros, e, tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial.<sup>21</sup>

Vale dizer, os precedentes constituem o ponto de partida (*starting point*) para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no *civil law* é desempenhado pela própria legislação. Na discussão do

18. Alessandro PIZZORUSSO. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislative*, cit., nº IV, p. 568.

19. Antonio CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., nº 1, p. 12.

20. Cf. Antonio CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., nº 2, p. 228.

21. Para análise mais detalhada da diferença entre súmula vinculante e precedente, conferir: Georges ABBOUD. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos, cit., *passim*.

Nesse ponto, merece destaque o entendimento de Sérgio Gilberto PORTO que ressalta fundamental distinção entre súmula vinculante e precedente judicial. *Verbis*:

“Assim, pode-se afirmar que o precedente representa, em verdade, um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto e não uma restrição ao poder de julgar, deixando, desse modo, bem clara a diferença entre o *stare decisis* e a chamada súmula vinculante que, nesta quadra da história, preocupa a comunidade jurídica nacional. Note-se, pois, diferença fundamental entre uma e outra situação. Na espécie, *stare decisis* a decisão de adotar o precedente, como já registrado, cabe ao juiz posterior, ou seja, àquele que está no momento julgando e não se constitui numa imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula máxima quando e se de caráter vinculante”. Sérgio Gilberto PORTO. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Luiz Guilherme MARINONI (org.). *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 766.

caso concreto no *common law*, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente [aquilo que deve ter efeito vinculante] milita a seu favor. Por isso o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual, autor e réu passam a expor seus argumentos. Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso heurístico.<sup>22</sup>

Nesse ponto, reside a grande diferença entre atribuir efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores e um verdadeiro sistema de precedentes, uma vez que, o precedente nunca tem em sua estrutura o que efetivamente deve ser considerado vinculante e, em virtude disso, quando ele é aplicado para se decidir uma questão jurídica, essa aplicação nunca é pretensamente automática/silogística. O uso do precedente, não obstante sua utilização na fundamentação da decisão jurídica, nunca é possível sem que o juiz promova verdadeira problematização a fim de determinar como sua incidência será feita caso a caso.

Assim, já se pode inferir a diferença do precedente para a decisão judicial dotada de efeito vinculante no que diz respeito ao *modo de sua aplicação*. O precedente constitui-se em um critério jurídico que serve como *problematização* e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de

*“uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação”*.<sup>23</sup>

Essa funcionalização do precedente evidencia sua diferença em relação às decisões jurisdicionais dotadas de efeito vinculante tal qual formula o NCPC, na medida em que elas não podem constituir como o ponto de partida para a discussão da *legal reasoning* em momento algum, apesar de serem decisões judiciais, na medida em que elas pretendem trazer a decisão pronta que permitiria, de maneira automática, o deslinde de todos os casos sobrestados.

A partir do supramencionado alerta é que devem ser visualizados os já existentes artigos 543-B e 543-C do CPC e a criação de jurisprudência vinculante a partir do NCPC. Isso porque, sempre que os mecanismos vinculatórios são vistos como instrumento para aceleração e homogeneidade de processos,

22. Lenio Streck e Georges Abboud. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, cit., nº 3.3, p. 57 *et seq.*

23. Antonio CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., nº 2, p. 74.

a decisão vinculante não pretende constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, muito menos constituir como fundamentos normativos para o magistrado problematizar e alcançar sua legislação, mediante uma ponderação dos fundamentos jurídicos postos no caso concreto.

Pelo contrário, a decisão dotada de efeito vinculante almeja constituir-se como a regra decisória de uma multiplicidade de casos concreto, tal como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e a problematização decisional, de modo que se tornaria despiciendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas.<sup>24</sup>

Outro ponto a ser ressaltado que diferencia o precedente da decisão judicial dotada de efeito vinculante é a questão do *alcance* (conteúdo) da decisão do precedente.

Essa diferenciação do alcance do precedente é facilmente verificável em relação à súmula vinculante porquanto, conforme já tivemos a oportunidade de salientar que a súmula vinculante:

*“possui seu conteúdo facilmente evidenciado no texto do verbete sumular enunciado pelo STF, a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo, que passa a ter validade após sua publicação, ou seja, súmula vinculante: são aqueles verbetes proferidos por dois terços dos membros do STF sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do art. 103 – A e seguintes da Constituição. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, logo, toda a fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta na aplicação do precedente”.*<sup>25</sup>

No sistema do *stare decisis*, muitas vezes, não é pacífico o entendimento sobre qual seria o precedente, a regra jurídica a ser aplicada aos casos análogos.<sup>26</sup>

24. Lenio Streck e Georges Abboud. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, cit., nº 6, p. 84 et seq

25. Georges ABBOUD. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, cit., nº 6.2.2, p. 364.

26. No mesmo sentido, Teresa Arruda ALVIM WAMBIER. *Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law*, cit., nº 4, p. 38-39.

No *stare decisis*, não raramente, haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes, e, assim, possuem sua vinculação normativa, afinal, conforme ressalta Toni M. Fine,

*“inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes”.*<sup>27</sup>

Na doutrina dos precedentes interessa toda a fundamentação que envolve a decisão bem como a posterior aplicação dessa decisão, assim é sempre conflituoso e passível de intensos debates o que constitui o precedente. Uma vez que, apenas será considerado precedente o que for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório, o que não foi objeto de consideração exaustiva pelo Tribunal por meio de um intenso contraditório, não é considerado precedente, e, sim, *dicta*, consoante já expusemos.<sup>28</sup>

O *stare decisis*, pela importância que concede ao precedente, garante que a sua aplicação só pode ocorrer se o precedente foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado,<sup>29</sup> do contrário será *dicta* que,

*“não são considerados como parte do dispositivo da decisão, porquanto tais questões podem não ter sido submetidas (devolvidas), de forma integral, à consideração do tribunal. Portanto, as partes da decisão judicial que são mero dicta ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente”.*<sup>30</sup>

27. Toni M. FINE. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 94.

28. Sobre a questão Keith EDDY pondera: *“The system of judicial precedent causes judgements to be carefully scrutinised, and one result of this is that it has been discovered long since that every judgement falls into two parts. There is first the vital reasoning which leads the judge to decide the particular issue in favour of the plaintiff or the defendant, the reason for the decision or ratio decidendi as it is known; and then the remainder of the judgment, which deals by way of explanation with cases cited and legal principles argued before the court, is called obiter dicta or things said by the way. The whole of a dissenting judgement is obiter dicta. It is the ratio of a decision, which constitutes the binding precedent; or rationes if there is more than one reason. So that when in case a judge is referred to a precedent, the first task of the court is to decide what was the ratio of that case, and to what extent it is relevant to the dictum is not binding, it can, if it comes from a highly respected judge, be very helpful in establishing the legal principles in the case under consideration. So important is it that a judgement should be accurately recorded that, before publication in the ‘official’ law reports, judges are asked to check for accuracy the court reporter’s version of the judgment”.* *The English Legal System*, cit., p. 129.

29. Cf. Toni M. FINE. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 95.

30. Toni M. FINE. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 94.



Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos estruturou-se naquelas comunidades. De acordo com Harold Berman, a regra acima mencionada (*likes cases should be decided alike*) já era usada pelas *royal courts* da França e da Inglaterra, o que não se confundia com o *stare decisis*. A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum* que consistia na argumentação utilizada pelo corte dispensáveis à decisão e desse modo, não eram vinculantes.<sup>31</sup>

Essa passagem esclarece porque a mecânica dos sistemas de precedente é diferente em relação a nossa técnica de utilização da solução paradigma para processos repetitivos. A utilização do precedente para solucionar o caso concreto exige intensa interpretação e realização de contraditório entre as partes. Já o uso dos mecanismos vinculatórios postos no NCPC trazem a ideia de que seria dispensável nova argumentação das partes – até mesmo porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado – para que o juiz/tribunal decidisse imediatamente a lide a partir do que ficou estabelecido na decisão paradigma proferida pelo STF ou STJ.

Outro ponto que merece destaque, em razão de sua gênese, é no que diz respeito à *teleologia* dos precedentes no sistema do *stare decisis*. Primeiramente, cumpre salientar que a doutrina dos precedentes surgiu, antes de tudo, como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e, num segundo momento, sua *ratio essendi* passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais.<sup>32</sup>

Podemos afirmar que o precedente, na realidade, constitui-se como mecanismo encontrado pelo Judiciário para consolidar sua independência e poder de atuação, uma vez que, sendo o precedente (decisão judicial) a principal fonte jurídica da atuação do Judiciário, sua atividade ficaria cada vez mais blindada em relação à interferência do Parlamento ou aos demandas do Poder Real.

Essa constatação é demasiada importante para compreender a relevância que os precedentes possuem no *stare decisis*, uma vez que concedem aos juízes

---

31. Harold J BERMAN. *Law and Revolution*, cit., p. 479.

32. Eduardo SODERO. *Sobre el cambio de los precedentes*, in *Isonomia*, nº 21, octubre, 2004, p. 225

maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei e ainda conferem um poder enorme ao Judiciário de influência sobre o futuro no que se refere a casos ainda não decididos.<sup>33</sup>

Esse ponto permite explicitar o quão ingênuo ou desarrazoado seria imaginar a possibilidade de se instituir o sistema de *stare decisis* no Brasil, por meio das *inovações* legislativas tal qual prevê o NCPC. Primeiro porque esses dispositivos não possuem nem as características nem a funcionalidade do precedente judicial do *common law*, conforme demonstramos nesse artigo.

Ademais, ainda que fosse criada uma Emenda Constitucional que alterasse nosso texto constitucional a fim de determinar que, a partir de então, passaria a vigorar no Brasil o sistema do *stare decisis*, sequer assim ficaria possibilitada a funcionalização da doutrina de precedentes porque tal sistema é fruto de tradição histórica, oriunda das particularidades históricas, sociais, filosóficas e jurídicas das comunidades do *common law*, cuja imposição e transposição não pode ser feito de um dia para o outro, em decorrência da vinculação determinada por via legislativa.

Ainda sobre a questão, deve-se ressaltar que o precedente pode ser constituído apenas a partir de uma decisão que lhe seja subjacente (*e.g.*, *Marbury vs. Madison*). Outrossim, o precedente fornece regra jurídica universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão. A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a análise da questão fática dos casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente.<sup>34</sup>

Acerca dessa diferenciação, já salientamos que:

*“Sob esse aspecto, é paradigmático o precedente Marbury vs. Madison, cujo precedente originário é a possibilidade de o Judiciário realizar a judicial review (controle difuso de constitucionalidade) das leis. Para a utilização desse precedente, não se faz necessário identificar nenhuma similitude fática entre o caso a ser aplicado o precedente (judicial review) e o case que o originou Marbury vs Madison. Tanto assim é, que o controle difuso de constitucionalidade enquanto precedente constitui regra jurídica a ser aplicada em diversas questões fáticas distintas, e.g., direito penal, tributário, civil e administrativo. A Jurisprudência, por sua vez,*

33. Cf. Toni M. FINE. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 91.

34. Georges Abboud. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, n° 6.2.1, p. 363.

Sobre o tema, ver ainda: Michele TARUFFO. *Precedente e giurisprudenza*, cit., n° II. pp. 798/799.

*para ser aplicada como critério para solução de casos jurídicos, demanda necessariamente, uma correspondência fática entre os casos que a originaram e os que serão por ela solucionados”.*<sup>35</sup>

A jurisprudência, diferentemente do precedente, tem sua origem primordial a partir de reiteradas decisões das Cortes Superiores e sua função principal é delimitar e estabelecer regras jurídicas a serem consolidadas em verbetes sumulares.<sup>36</sup> Por fim, os dois institutos diferenciam-se em virtude da possibilidade de se precisar o alcance da jurisprudência, mormente quando representada por verbetes sumulares, diferentemente do precedente, cuja delimitação é bastante controversa e problemática.<sup>37</sup>

A conclusão supramencionada explicita aspecto fundamental para diferenciar o precedente da jurisprudência com efeito vinculante, qual seja, o âmbito de vinculação. O que de fato vincula em um precedente é controverso e apenas delimita-se com a aplicação reiterada do precedente. Além do mais, na *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case*,

35. Georges Abboud. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, nº 6.2.1, p. 363.

36. Sobre o tema, ver: Michele TARUFFO. *Precedente e giurisprudenza*, cit., nº II. pp. 798/799.

*Verbis:*

“Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – *quantitativo*. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a *uma pluralidade*, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

Apesar disso, como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença *qualitativa* entre precedente e jurisprudência.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e *os fatos* do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – “cria” o precedente”. Michele TARUFFO. *Precedente e Jurisprudência*, cit., nº 2, p. 142-143.

37. Georges Abboud. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, nº 6.2.1, p. 363.

não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Conforme citamos anteriormente, quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade.

Aliás, *Justice Marshall* não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento, o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente.

No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma.

Todavia, o argumento mais importante para diferenciar-se o precedente do *common law* em relação à jurisprudência dotada de efeito vinculante, diz respeito à flexibilidade da vinculação do sistema de precedentes quando comparado ao regime instituído em nosso ordenamento e contidos nos arts. 543-B e 543-C do CPC.

Nas palavras de A. Castanheira Neves,

*“a vinculação por precedentes na common law, longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da vinculação com as possibilidades do distinguishing e do overruling”*.<sup>38</sup>

Essa funcionalização do precedente evidencia sua diferença em relação às decisões jurisdicionais dotadas de efeito vinculante, na medida em que elas apesar de serem decisões judiciais, em nenhum momento podem constituir como o ponto de partida para a discussão da *legal reasoning*, uma vez que em que elas pretendem trazer a decisão pronta.

O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, pois a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram. Assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. Nesse sentido, Keith Eddey ressalta as vantagens do

---

38. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., nº 4, p. 669.

sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica.<sup>39</sup>

Tanto assim é que, de acordo com Eduardo Sodero, todo juiz chamado a decidir um caso cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional e decidir independentemente segundo sua convicção formada em sua consciência, para tanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente.<sup>40</sup>

Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pelo NCPC e já presente nos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil vigente.

#### 4. OS RISCOS DA VINCULAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A forma de vinculação proposta pelo NCPC é bastante problemática no que se refere ao dinamismo do sistema. Dentre os diversos riscos, podemos citar o de se consolidar entendimento a partir de um único caso e, tendo em vista que os recursos ou ficarão sobrestados em virtude do regime de julgamentos repetitivos ou em função do incidente de demandas repetitivas, torna-se praticamente impossível fazer com o que STF e o STJ reapreciem a mesma questão, até mesmo porque não subirão novos recursos sobre a mesma *quaestio iuris* em razão do sistema *sui generis* de vinculação jurisprudencial a ser instituído pelo NCPC e já presente em larga medida em função dos arts. 543-B e 543-C. Ou seja, para se alterar um entendimento jurisprudencial no Brasil a única alternativa restante seria por meio de lei. Nesse contexto, o Brasil passaria a ser o único país em que a lei atualiza a jurisprudência e não o contrário.

Assim, a atribuição desmedida de efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores impede a formação da própria jurisprudência, que se torna

---

39. *In verbis*: “the main advantages of the doctrine are that it leads to consistency in the application and development of the principles in each branch of the law, and by virtue of this characteristic it enables lawyers to forecast with reasonable certainty what the attitude of the courts is likely to be to a given set of facts. The system is flexible in that it can find an answer to any legal problem, and it is essentially practical in that the courts are perpetually dealing with actual circumstances”. Keith EDEY. *The English Legal System*, cit., p. 129.

Sobre a flexibilidade e a capacidade de adaptação do precedente, ver: Gary Slapper e David Kelly. *O sistema jurídico inglês*, cit., n° 3.6.3, p. 96 *et seq.*

Ver ainda: Alessandro PIZZORUSSO. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, cit., n° IV, p. 560.

40. Eduardo SODERO. *Sobre el cambio de los precedentes*, cit., pp. 227/228.

engessada. Afinal, a jurisprudência, para se constituir como fonte do direito, - na legítima acepção da palavra, tem que ser fruto de históricas e reiteradas decisões dos tribunais, com as contradições e evoluções que são ínsitas a todo processo histórico.

Contudo, se utilizarmos o efeito vinculante para os processos repetitivos, apesar de se obter o aumento da velocidade dos processos, corre-se o risco de sepultar a própria jurisprudência, que seria delimitada e fixada a partir de uma única decisão dos tribunais superiores.

Por exemplo, se fosse dotada de efeito vinculante a decisão do STF que considerou ilegítimos os filhos havidos fora do casamento, ainda assim teria sido possível, sua modificação posteriormente pelo STF? Como seria possível ao STF alterar seu posicionamento, se nenhum outro caso versando sobre essa mesma *quaestio iuris*, em razão do efeito vinculante, não subiria (seria julgado) mais ao Supremo Tribunal Federal?

Além do exemplo do tema depositário infiel, infinitas questões jurídicas poderiam tornar-se engessadas e de difícil revisão pelos Tribunais Superiores, se a jurisprudência com efeito vinculante fosse utilizada de maneira desmedida. Isso ocorreria porque, após o STF ou STJ fixar sua tese – mesmo que oriunda do julgamento de um único caso –, todos os demais casos deveriam ser solucionados de forma automática e irrefletida, impedindo inclusive que os novos casos contendo a mesma questão jurídicas pudessem subir ao STF ou STJ para, inclusive, oportunizar-lhes a possibilidade de alterarem seu entendimento jurisprudencial.

Nessa perspectiva, não se pode justificar a instituição desmedida da jurisprudência com efeito vinculante, sob o argumento de que estaria sendo introduzido em nosso ordenamento o sistema do *stare decisis*. Em consonância com o que afirmamos, não se deve nunca perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que, por séculos, estruturou-se naquelas comunidades. A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consistia na argumentação utilizada pela corte, dispensável à decisão e, desse modo, não vinculante.<sup>41</sup>

---

41. Harold J BERMAN. *Law and Revolution*, cit., p. 479.

Essa argumentação demonstra o quão diferente é a mecânica dos sistemas de precedente em relação a nossa técnica de utilização da solução paradigma para processos repetitivos. A utilização do precedente para solucionar o caso concreto exige intensa interpretação e realização de contraditório entre as partes. Já o uso dos arts. 543-B e 543-C do CPC dispensaria nova argumentação das partes – até mesmo porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado – para que o juiz decidisse imediatamente a lide a partir do que ficou estabelecido na decisão paradigma (piloto) proferida pelo STF ou STJ.

Outrossim, essa visão foca toda argumentação na questão numérica e na gestão dos processos nos Tribunais Superiores ignorando o aspecto qualitativo das decisões judiciais, mormente as proferidas pelo STJ e STF. A partir dessa visão passa-se a apostar toda a melhoria do sistema no recrudescimento da atribuição de efeito vinculante. Nesse contexto,

*“já que a crise paradigmática estará, então, agravada, o que menos será discutido, provavelmente, será a qualidade das decisões e a legitimidade das instâncias superiores do Judiciário para proferir decisões com efeito vinculante, que no imaginário de boa parte da comunidade jurídica, tem valor superior ao da própria legislação. Infelizmente, nossas reformas legislativas (e.g., NCPC) continuam tendo por mote principal facilitar a administração Judiciária mediante a redução quantitativa do número de processos. Isso porque a principal preocupação na elaboração do NCPC é a segurança jurídica pensada sob o ponto de vista do Judiciário e a crença de que os mecanismos vinculantes forjados para funcionar verticalmente assegurariam a concretização da segurança jurídica e acabariam com o fenômeno daquilo que se convencionou chamar de jurisprudência lotérica. Contudo, a existência da jurisprudência lotérica/aleatória não se deve à falta de mecanismos vinculantes justamente porque, em nenhum lugar do mundo, são disponibilizadas às Cortes Superiores tantos institutos dotados de efeito vinculante, haja vista que somente no Brasil existem a súmula vinculante e a ação declaratória de constitucionalidade. Na realidade, a falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do interprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência (sic)”*.<sup>42</sup> (p. 99 – 100)

Desse modo, os já existentes arts. 543-B e 543-C do CPC e a sistemática prevista no NCPC não podem ser confundidos com o sistema do *stare decisis*

---

42. Lenio Streck e Georges Abboud. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, cit., nº 6.3, p. 99/100.

do *common law*. Na realidade, eles caracterizam uma forma particular de nosso ordenamento em forçar a uniformização da jurisprudência, ignorando a conflituosidade que é ínsita à atividade jurisprudencial, característica de toda atividade que contenha um *dever* histórico. Trata-se de uma aposta que crê na possibilidade de instituir um sistema (*stare decisis*) que é anti-universalista, própria da historicidade dos países que o possuem. A nossa qualidade decisória não é um problema somente porque os precedentes não são respeitados, nosso sistema também tem diversos problemas porque a própria lei e principalmente a Constituição não são respeitados, merecendo destaque o inc. XXXV do art. 5º e o IX do art. 93.

## 5. CONCLUSÕES PRINCIPAIS

O *common Law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre se embasou na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos de como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.

A doutrina dos precedentes caracteriza evolução histórica da filosofia do *common law*, baseada na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico. Assim, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado.

A doutrina dos precedentes não pode ser confundida com a estrita doutrina do *stare decisis* que surgiu no século XIX, em que a realização de um determinado caso é tratada como obrigatória em num tribunal no julgamento de um caso semelhante mais tarde. A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* (*ratio decidendi*) e a *dictum*.

É evidente a complexidade da formação e da estruturação da doutrina dos precedentes no sistema do *common law*, porquanto sua consolidação é fruto da evolução histórica, política e filosófica de determinada comunidade, ou seja, sua criação não é fruto de imposição legislativa, tanto assim é que não existe nenhuma regra escrita no *common law* determinando a obrigatoriedade de se seguir os precedentes ou então atribuindo efeito vinculante de maneira explícita a eles.

No *common law* inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma



prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizado sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficarem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado. Nesse contexto, o precedente não configura jurisprudência como *regra*, como se fosse lei e/ou fonte normativa, mas como mecanismo de persuasão do tribunal que a editou, para influenciar, se for o caso, às hipóteses futuras.

Convém mencionar que os precedentes constituem o ponto de partida (*starting point*) para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no *civil law* é desempenhado pela própria legislação. Na discussão do caso concreto no *common law*, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente [aquilo que deve ter efeito vinculante milita a seu favor, por isso, o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual autor e réu passam a expor seus argumentos. Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso, heurístico.

Com efeito, a atribuição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores bem como o incidente de demandas repetitivas previsto no NCPC não pretendem constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, muito menos como fundamentos normativos para o magistrado problematizar e alcançar sua legislação, mediante uma ponderação dos fundamentos jurídicos postos no caso concreto. Pelo contrário, a decisão dotada de efeito vinculante almeja constituir-se como a regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e a problematização decisional, de modo que se tornaria despiciendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas. Vale dizer, o *stare decisis* à brasileira é encarado muito mais como um instrumento para gestão de processos nos Tribunais Superiores do que uma mecanismo apto a privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento.

A jurisprudência, diferentemente do precedente, tem sua origem primordial a partir de reiteradas decisões das Cortes Superiores, e sua função principal é delimitar e estabelecer regras jurídicas a serem consolidadas em

verbetes sumulares. Outrossim, os dois institutos diferenciam-se em virtude da possibilidade de se precisar o alcance da jurisprudência, mormente quando representada por verbetes sumulares, diferentemente do precedente, cuja delimitação é bastante controvertida e problemática.

A conclusão anterior demonstra aspecto fundamental para diferenciar o precedente da jurisprudência com efeito vinculante: o âmbito de vinculação. O que de fato vincula em um precedente é controvertido e apenas se fixa e delimita-se com a aplicação reiterada do precedente. Além do mais, no *common law*, os Tribunais Superiores quando decidem um *leading case* não podem impor sua decisão às demais instâncias determinando que ela se torne um precedente à força. Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade. Vale dizer, a *ratio decidendi* não é estabelecida pelos Tribunais Superiores e sim pelos inferiores a partir de um processo de maturação e aplicação do precedente.

A regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela jurisprudência dotada de efeito vinculante, uma vez que, no imaginário de grande parcela de nossa doutrina e do próprio Judiciário, ela não pretende constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, muito menos como fundamentos normativos para o magistrado problematizar e alcançar sua legislação.

Na realidade, as decisões vinculantes dos tribunais superiores almejam constituir-se como a regras decisórias dos casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e a problematização decisional, de modo que se torna despidendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides. Desse modo, a jurisprudência vinculante estabelecida no NCPC não pode ser confundida com o sistema do *stare decisis* do *common law*. Em verdade, ela caracteriza uma forma particular de nosso ordenamento em forçar a uniformização da jurisprudência, ignorando a conflituosidade que é ínsita à atividade jurisprudencial, característica de toda atividade que contenha um *devir* histórico que é, aliás, elemento essencial da cultura humana, o que nos faz crer que o pretendido sistema de vinculação jurisprudencial não foi inspirado no *common law*, mas em tipos organizacionais de trabalho contínuo e estagnado, *e.g.*, sociedade

de formigas, abelhas etc,<sup>43</sup> supondo que a perfeição de seu funcionamento se deve à tal imutabilidade, como se a facticidade estagnada dessas sociedades pudesse ser equiparada à de nossa sociedade cada vez mais complexa.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- \_\_\_\_\_. STRECK, Lenio. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*, In: Teresa Arruda ALVIM WAMBIER (org.). *Direito Jurisprudencial*, SP: RT, 2012.
- Da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional*, in *Revista de Direito Privado*. nº 23, 2005.
- \_\_\_\_\_. Rafael Tomaz de OLIVEIRA. *O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual*, in *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 166, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, in *Revista dos Tribunais*, nº 907, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos*, in *Revista de Processo*, nº 165, 2008.
- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, nº 893, março, 2010.
- ANGELONE, Marco. *Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale a cura di Pasquale Femia*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- ANZON, Adele. *La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile)*, in *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.

---

43. Para esse tipo de sociedade basta uma única lei imutável no tempo, afinal elas são estagnadas não há mudanças ou surgimento de complexidas o que tornaria inclusive legítima a criação de jurisprudência vinculante a partir de uma única decisão. A inspiração dessa comparação deve-se a MACHADO DE ASSIS. Os deuses de casaca. In: FARIA, João Roberto (org.). *Teatro de Machado de Assis*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. “Sempre do mesmo modo, ó abelha, os teus favos/ Destilas. Sempre o mesmo, ó castor exemplar, / Sabes a casa erguer junto às ribas do mar./ Ainda hoje, empregando as mesmas leis antigas,/ Viveis no vosso chão, ó pródidas formigas./ Andorinhas do céu, tendes ainda a missão / De serdes, findo o inverno, as núncias do verão. / Só tu, homem incerto e altivo, não procuras / Da vasta criação estas lições tão puras... / Corres hoje a Paris, como a Atenas outrora; /A sombria Cartago é a Londres de agora. / Ah! Pudesses tornar ao teu estado antigo!”

- ALPA, Guido. *La creatività della giurisprudenza. Diritto e processo. Studi in memória di Alessandro Giuliani*, t. I, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e o desafio do judiciário: rescisória contra interpretação de lei federal. *Revista de Processo*, nº 183, maio, 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito Introdução e Teoria Geral*, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AZEVEDO, L. C. *Introdução à história do direito*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- BANOWSKI, Zenon. *Precedent in the United Kingdom*, in NEIL MACCORMICK, ROBERT S. SUMMERS e Arthur L. GOODHART (org.). *Interpreting Precedents*, England: Ashgate, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in *Temas de Direito Processual Civil segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London: Harvard University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. e Samir nº SALIBA. *The Natures and Functions of Law*. New York: Foundation Press.
- BLASCO SOTO, Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Jurídica Europea*, Madrid: Tecnos, 1996.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Legal History. A European perspective*, London: Hambledon Press, 1991.
- CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito de súmula vinculante e precedente judicial. *Revista de Processo*, nº 199, setembro, 2011.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Introdução Ao Estudo do Direito*. Coimbra: Sebenta, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- \_\_\_\_\_. *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos: comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de La Ciencia Jurídica Europea*, Madrid: Tecnos, 1996.
- \_\_\_\_\_. B. SCHMIDLIN. *Droit privé romain I – Sources – famille – biens*, 2.<sup>a</sup> ed., Lausanne, Payot, 1984
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARROZZA, Paolo. *Spunti comparatistici in tema di motivazione delle sentenze costituzionali (tra judicial review of legislation e constitutional adjudication)*, in *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Il fasci discreto della common law. Appunti sulla 'rilevanza' dei precedente giudiziari*, in Mario BESSONE, Elisabetta SILVESTRI e Michele TARUFFO (orgs.). *I Metodi della Giustizia Civile*, Milani: CEDAM, 2000.

- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*, in *Estudos Avançados*, v. 18, nº 51, 2004.
- CORDOPATRI, Francesco. *The ratio decidendi (an historical and comparative review)*, in *Italian Yearbook of Civil Procedure*, v. I, Milano: Giuffrè Editore, 1991.
- DAVID, René e Camile JAUFFRET-SPINOSI. *Les grans systèmes de droit contemporains*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris: Précis, Dalloz, 1988.
- DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EDDEY, Keith. *The English Legal System*, 3.<sup>a</sup> ed., Londres: Sweet & Maxwell, 1982.
- FINE, Toni M. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, in *Revista dos Tribunais*, n. 782, 2002.
- FRANÇA MADEIRA, H. M., *Digesto de Justiniano – Liber Primus – Introdução ao Direito Romano*, 3.<sup>a</sup> ed., Osasco-São Paulo: Unifeco – Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANK, Jerome. *La influencia del Derecho Europeo Continental en El ‘common law’*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*, v. I, Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3.<sup>a</sup> ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Método*, v. II, Tradução de Enio Paulo Giachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. t. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- GERHARDT, Michael J.. *The Power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008.
- GIDI, Antonio. *A ‘class action’ como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*, 3.<sup>a</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2007.
- GILISSEN, J. *Introduction historique au droit*, trad. port. de A. M. HESPANHA – L. M. MACAÍSTA MALHEIROS, *Introdução histórica ao direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português: fontes de direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, nº II.11, p. 320 *et seq.*
- GORDLEY, James. *Common law v. civil law: una distinzione che va scompendo?*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, t. I, Milano: Giuffrè Editore, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 16, 1996.
- GUARINO, A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano I*, Napoli, Jovene, 1968.
- HÄBERLE, Peter. *El recurso de amparo en el sistema Germano-Federal*, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. García BELAUNDE / Fernandez SEGADO (orgs.). Madrid: Dykinson, 1997.

- HART, Herbert. *O conceito de direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HIGASHIYAMA, Eduardo. Teoria do Direito Sumular, *Revista de Processo*, n° 200, outubro, 2011.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- LACLAU, Martin. *Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa*, in *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma Recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Do arbitrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença*, in *Revista de Processo*, n° 29, 1983.
- LUDER, Italo A, *Concepto, function y técnica de la jurisprudencia*. Adolfo Alvarado Velloso (org.). *Doctrinas Esenciales (1936-2010). Derecho Procesal Civil Y Comercial*, v. III, Buenos Aires: La Ley, 2010.
- LUNDMARK, Thomas. *Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*, in *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- LUTHER, Jörg. *La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania*, in *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.
- MACCORMICK, Neil e Robert S. SUMMERS. *Introduction*, in NEIL MACCORMICK, ROBERT S. SUMMERS e Arthur L. GOODHART (org.). *Interpreting Precedents*, England: Ashgate, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *Questões controvertidas sobre a súmula vinculante*, in José Miguel Garcia MEDINA, Luana Pedrosa de FIGUEIREDO CRUZ, Luís Otávio Sequeira de CERQUEIRA, Luiz Manoel GOMES JUNIOR. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Soluções Práticas de Direito*, v. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARKY, T. *Curso elementar de direito romano*, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a Precedent*, NEIL MACCORMICK, ROBERT S. SUMMERS e Arthur L. GOODHART (org.). *Interpreting Precedents*, England: Ashgate, 1997.
- MARTINICO, Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli: Jovene Editore, 2008.
- MAUNZ, Theodor. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.
- MEIRA, S. A. B., *Curso de Direito Romano – História e Fontes*, São Paulo, Saraiva, 1975.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, 2.<sup>a</sup> ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

- NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Prefácio*, Georges Abboud. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat*, in George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET. (organizadores). *Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A Constituição e o Estamento: contribuições à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro* in Lenio Luiz STRECK; Vicente de Paula BARRETO e Alfredo Santiago CULLETON (org.), *20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*, São Leopoldo: Óikos, 2010.
- \_\_\_\_\_. Georges Abboud. *O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual*, in *Revista de Processo*, nº 161, 2008.
- OVALLE FAVELA, José. *Estudios de Derecho Procesal*, México: Universidad Autónoma de México, 1981.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência*, in *Revista dos Tribunais*, nº 773.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislative*, in *Estudios en homenaje à Héctor Fix-Zamudio*, v. V, Mexico: Universidad Autonoma de Mexico, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Luiz Guilherme MARINONI (org.). *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ROSSI, Julio. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*, *Revista de Processo*, nº 208, junho, 2012.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdiccion constitucional en España*, In: *La jurisdiccion constitucional en Iberoamerica*. Garcia BELAUNDE; Fernandez SEGADO (orgs.). Madrid: Dykinson, 1997.
- SERRA RAD, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- SLAPPER, Gary. KELLY, David. *O Sistema Jurídico Inglês*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*, in: *Isonomia*, nº 21, outubro, 2004.
- SOLÍS RODRÍGUES, Javier. *La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas*, in David CIENFUEGOS SALGADO e Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA (orgs.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- STORY, Joseph. *A familiar exposition of the Constitution of the United States: containing a brief commentary*, New York: Harper & Brothers, Publishers, 1869.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2011.



- \_\_\_\_\_. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- \_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, in Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. Paulo Bonavides; Francisco Gerson Marques de Lima; Faya Silveira Bedê (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*, 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*, in *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SUMMERS, ROBERT S. e NEIL MACCORMICK. *Introduction*, in Neil MACCORMICK, Robert S. SUMMERS e Arthur L. GOODHART (org.). *Interpreting Precedents*, England: Ashgate, 1997.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*, in Eduardo Ferrer MAC-GREGOR e Arturo Zaldivar LELO DE LARREA (org.). *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, Mexico: Marcial Pons, 2008.
- \_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975.
- TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Método, 2007.
- TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz, 1991
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3.<sup>a</sup> ed. New York: Foundation Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics*, in: *Harvard Law Review*, n° 103, 1989.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante*, in *Revista do Advogado*. n° 75, abril, 2004.
- WIEACKER, Franz. *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano (febrero-mayo 1991)*, t. III, Madrid: Facultad de Derecho, 1992
- WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.



# ANÁLISE DOS PRINCIPAIS PONTOS DA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SISTEMA RECURSAL

*LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR<sup>1</sup> E  
MIRIAM FECCHIO CHUEIR<sup>2</sup>*

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Remessa obrigatória. 3. Recursos em geral. 4. Apelação (por instrumento) e extinção dos Embargos Infringentes. 5. Agravo. 6. Agravo interno. 7. Embargos de declaração. 8. Recurso ordinário. 9. Recursos extraordinário e especial. 10. Agravo de admissão. 11. Embargos de divergência. 12. Conclusões; 13. Bibliografia

---

## 1. INTRODUÇÃO

Não há qualquer dúvida de que há necessidade de um novo Sistema Processual atualmente no Brasil. A grande questão é verificar quais os problemas e a melhor forma de solução. Há desde propostas de aperfeiçoar a conciliação, uma maior informatização do Poder Judiciário, a ampliação do uso das ações coletivas, especialmente em se tratando de relações de consumo e várias outras.

O cerne para solucionar o problema é ter diagnósticos precisos para delimitar os pontos que devem ser atacados e suas possíveis soluções. Qualquer

- 
1. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor nos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG), da Universidade Paranaense (Unipar-PR) e dos cursos de Pós-graduação da PUC/SP (Cogeae) e da Escola Fundação Superior do Ministério Público do Mato Grosso (FESMP-MT). Atuou como Consultor da Organização das Nações Unidas (2008-2010). Advogado.
  2. Doutora em Direito pela PUC-SP e Mestre em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina – Professora no curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e Diretora Geral da Universidade Paranaense – Campus de Cianorte (UNIPAR-PR).

mudança legislativa somente se justifica após a indicação dos verdadeiros pontos de estrangulamento do sistema de acesso à justiça por intermédio de estudos sobre estatísticas de funcionamento dos institutos e categorias jurídicas que serão alterados ou suprimidos na nova Proposta de Código de Processo Civil.

Impossível ignorar que sem esses dados é muito difícil implantar um novo sistema sem maiores riscos de retrocesso ou até mesmo de problemas que poderão ser gerados. O risco, como já é da nossa experiência no plano do direito processual civil, é o de implantarmos um novo sistema vicioso de reformas das próprias reformas.

O fato é que atualmente os esforços estão sendo direcionados para o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Neste trabalho nossa proposta é analisar alguns aspectos do Sistema Recursal inserida no mencionado projeto (Projeto de Lei nº 8046/2010 – Câmara dos Deputados – relatório final Deputado Sérgio Barradas Carneiro), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

Longe de estarmos pessimistas, o fato é que temos que olhar para a frente e tentar, na medida do possível, colaborar na construção deste novo Sistema Processual.

## 2. REMESSA OBRIGATÓRIA

Apesar de todas as críticas que o instituto da remessa obrigatória recebe, o certo é que trata-se de um *mal necessário*, considerando que o Poder Público ainda não está totalmente aparelhado para a sua defesa, sendo necessária a manutenção de mecanismos visando tornar possível a verificação das decisões contra ele prolatadas.

A finalidade do instituto, na hipótese de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública justifica-se por motivo de conveniência e de interesse de ordem pública<sup>3</sup>, dada a natureza do objeto de determinadas causas ou o seu

---

3. “(...)”. “6. É hora de recapitular e resumir. A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de proteção especial, num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimorosamente “autoritária” a consagração de mecanismos processuais ordenados a essa proteção. O instituto de que se cuida, em particular, não nasceu sob inspiração ditatorial, e é arbitrário, tanto do ponto de vista histórico

sujeito, impedindo que casos em que aquela figure como vencida, não sejam objeto de reexame na instância superior.

Ainda entre os motivos determinantes, cite-se a possibilidade de suposta desídia dos procuradores que oficiam na representação judicial da Fazenda Pública<sup>4</sup>.

Assim, acertadamente é mantido o instituto da remessa obrigatória (art. 511), havendo a necessidade de ratificação, pelo Tribunal competente, das sentenças proferidas contra o interesse público, com as limitações que estão sendo propostas, anotando a crítica de parcela da doutrina ao instituto<sup>5</sup>.

A sua estrutura permanece a mesma, ou seja, necessidade de ratificação como condição para sua eficácia (aqui entendido como produção de efeitos definitivos). Há um aperfeiçoamento frente ao atual sistema, ou seja, não sendo possível ser indicado o conteúdo econômico preciso da demanda, torna-se necessária a remessa ao Tribunal (art. 511, inciso III, do CPC), evitando deste modo o expediente do autor no sentido de atribuir à causa valor inexpressivo.

Ampliado na proposta o conteúdo econômico da demanda que justifica a remessa para o equivalente a mil salários mínimos em ações contra a União Federal, suas autarquias e fundações de direito público, quinhentos salários mínimos para as causas envolvendo o Estado e cem salários mínimos no caso dos municípios.

Aqui nossa crítica fica para a escolha aleatória dos valores. Não há nada do ponto de vista lógico que justifique o uso dos quantitativos mil salários mínimos, quinhentos e cem respectivamente. Qual a razão da escolha deste critério?

Restará também afastada a necessidade de remessa quando a decisão de primeiro grau estiver fundamentada em Súmula de Tribunal Superior (STF e

---

quanto do ideológico, atribuir-lhe caráter “fascista”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em Defesa da Revisão Obrigatória das Sentenças Contrárias à Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, outubro/2004, nº 19, p. 48).

4. Não cremos que profissionais investidos desse múnus público incidam em tal desídia. Contudo, parece-nos que houve a preocupação do legislador até mesmo pelo volume de demandas ajuizadas contra essas Pessoas Jurídicas de Direito Público, em contrapartida, ao contingente de Procuradores reunidos nas três esferas de Poder, União, Estados e Municípios.
5. Cândido Rangel Dinamarco. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 128. Francisco Barros Dias. *A Busca da Efetividade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo 97, 2000, p. 217 e ss, dentre outros. Defendendo o instituto: Miriam Fecchio Chueiri. *Estudo Crítico do Reexame Obrigatório Previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Tese apresentada junto a banca de Doutorado na PUC/SP, 2004 – não publicada).

STJ – aqui restou excluído o TST quando se sabe do uso subsidiário do CPC na Justiça do Trabalho), em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

De um modo geral, salvo na escolha sem base fática para a limitação em termos econômicos das hipóteses de submissão a remessa, a proposta aperfeiçoa o sistema processual atual com inegável vantagem.

### **3. DOS RECURSOS EM GERAL**

A opção será pela manutenção dos seguintes recursos: a-) apelação; b-) agravo; c-) agravo interno; d-) embargos de declaração; e-) recurso ordinário; f-) recurso especial; g-) recurso extraordinário; h-) agravo de admissão; i-) embargos de divergência (art. 1.016), além da manutenção do recurso adesivo na apelação, nos recursos extraordinário e especial (art. 1.019).

Salvo os Embargos de Declaração, estará delimitado em 15 dias o prazo para recorrer, com a obrigação de ser demonstrada a existência de eventual feriado local que possa afetar a sua contagem. Estará afastado o efeito suspensivo em todos eles, como regra geral, mas poderá ser deferido pelo relator. Aqui ao que parece será vedado ao juiz de 1º grau deferir o efeito suspensivo.

Fica a nossa crítica pela dispensa de preparo no recurso adesivo, se o principal somente será processado com o pagamento das custas (art. 1.019, inciso IV), não se verifica fundamento jurídico para isentar o recorrente adesivo de tal ônus. Haverá tratamento desigual para situações iguais.

Iremos tecer algumas considerações sobre cada um dos recursos apontados, com destaque para as propostas de mudanças positivas ou negativas.

### **4. APELAÇÃO (POR INSTRUMENTO) E A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES**

O processamento do recurso de apelação sofrerá sensível modificação. Passará este tipo de recurso a ser interposto por instrumento (art. 1.034) e

diretamente no Tribunal, já que a regra será a ausência de efeito suspensivo (art. 1.036), com a possibilidade de prosseguimento do feito em 1º grau. Esta talvez seja a maior e mais relevante mudança em todo o sistema processual proposto.

Poucas serão as dificuldades operacionais na medida em que é a forma já utilizada há anos para o agravo de instrumento.

Não há qualquer lógica que antecipações de tutela e liminares, prolatadas em regra com cognição superficial, sem ampla dilação probatória, possam produzir efeitos em detrimento das sentenças, que exigem um julgamento com cognição completa.

Será repetido equívoco do Código de Processo Civil atual, qual seja, os requisitos do art. 1.032 são exigíveis para todos os recursos e não apenas para o de Apelação: a-) os nomes e a qualificação das partes; b-) os fundamentos de fato e de direito e; c-) o pedido de nova decisão. Tais requisitos acabam sendo repetidos (art. 1.037, p. ex.) quando bastaria constar como regra geral para todos os recursos.

Passa a haver uma disciplina para o pedido de atribuição de efeito suspensivo a ser postulado perante o Tribunal competente, com a indicação das peças necessárias.

O Tribunal poderá julgar de forma imediata, ampliando o sistema atual, quando: a-) reformar sentença fundada no art. 496 – extinção sem resolução do mérito; b-) decretar a nulidade da sentença por não ser esta congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; c-) constatar a omissão no exame de um dos pedidos; d-) decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação e; e-) reformar sentença que reconhecer a decadência ou prescrição.

Apesar desta opção, insistiu o legislador em indicar casos específicos, repetindo o sistema atual, em que não haverá efeito suspensivo no caso de interposição de Apelação da sentença que: a-) homologa divisão ou demarcação de terras; b-) condena a pagar alimentos; c-) extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; d-) julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; e-) confirma, concede ou revoga tutela antecipada e; f-) decreta a interdição.

Aqui deve ser feita uma crítica: se a regra é a ausência de efeito suspensivo, que pode ser deferido pelo relator, qual o sentido em indicar situações concretas? No Código de Processo Civil atual há esta opção, mas justificada na medida em que a regra é a existência de efeito suspensivo.

No mais, sem sentido ou necessidade o § 3º, do art. 1.036 (O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável na apelação). Claro e óbvio que tal ponto da sentença pode e deve

ser impugnado na apelação. Antes entendia-se que seria por via do agravo de instrumento, já que presente uma urgência, mas no sistema proposto a apelação será apresentada diretamente no Tribunal.

Sempre fomos contra a extinção dos embargos infringentes do rol dos recursos do Código de Processo Civil, apesar de defendido pela doutrina<sup>6</sup>.

Ainda que haja bons argumentos na defesa da manutenção do referido recurso<sup>7</sup>, não é essa a questão. O problema é extinguir um recurso que possui destacada utilidade em um sistema que prevalece o voto do relator (todos sabemos que a regra é não haver divergências na maioria dos julgamentos), quando sequer há ciência da quantidade analisada/julgada dia a dia nos Tribunais e qual será o reflexo no Sistema Processual em termos de efetividade. Qual o real ganho com a extinção do recurso?

A proposta inicial (anteprojeto) foi apresentada sem qualquer dado estatístico que justificasse a simples extinção dos embargos infringentes e qual será realmente o seu efeito. Há apenas um ganho *político*, um recurso do sistema foi extinto, mas convenhamos que é muito pouco para respaldar a trilha seguida inicialmente.

A posição de adequar os embargos infringentes, alterando o seu processamento, que passa a se dar *ex officio*, nos parece positiva:

*"Art. 964. Quando, em apelação ou agravo, o resultado não for unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos do 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."*

- 
6. Conforme argumentado por BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, pp. 518-519): "O Anteprojeto Buzaid pusera de lado os embargos de nulidade e infringentes, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas 'causas de alçada' (art. 561). (...) No projeto definitivo, porém, reapareceu aquele recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180°."
  7. SHIMURA, Sérgio (Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01), in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 498) e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (O novo regime dos embargos infringentes, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 611).

*§ 1º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.*

*§ 2º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em ação rescisória, devendo o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno.*

*§ 3º 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”.*

Claro que a figura recursal em si dos “embargos infringentes” deixa de existir.

Mas o fato que deve ser reconhecido é que a proposta aperfeiçoa o recurso de apelação e adota uma forma mais célere de julgamento dos embargos infringentes.

## **5. AGRAVO**

Uma grande novidade é a extinção do agravo na modalidade retida, o que deve ser objeto de aplausos. Recurso inútil e desnecessário, com procedimento especial e toda a dificuldade que causa na tramitação do feito e, na maioria das vezes, a parte se omite no pedido de julgamento, com perda de tempo para todos os envolvidos.

O caso é evitar a preclusão por outros meios, como a impugnação do interessado, que será objeto de julgamento com o recurso de apelação.

Com relação ao recurso de agravo, o primeiro e mais grave equívoco é a volta ao sistema do Código de 1939, com a indicação das hipóteses de admissibilidade do mesmo (art. 1.037): a-) conceder ou negar tutela antecipada; b-) versar sobre o mérito da causa; c-) rejeitar a alegação de convenção de arbitragem; d-) decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica; e-) negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de revogação desse mesmo benefício; f-) determinar a exibição ou posse de documento ou coisa; g-) excluir litisconsorte; h-) limitar o litisconsórcio; i-) admitir ou não admitir intervenção de terceiros; j-) versar sobre competência; k-) determinar a abertura de procedimento de avaria grossa; l-) indeferir a petição inicial da reconvenção ou julgá-la liminarmente improcedente; m-) redistribuir o ônus da prova nos termos do § 1º do art. 381; n-) contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário e; o-) decisão

a que se referem o parágrafo único do art. 362 e o art. 364 (sentença que julga parcialmente a lide).

Mantida a indicação das peças obrigatórias (art. 1.039): a-) obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; b-) com certidão que ateste a inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I deste artigo, a ser expedida pelo cartório no prazo de vinte e quatro horas, independentemente do pagamento de qualquer despesa.

Acertadamente passe a ser possível a correção do instrumento caso haja alguma falha forma (art. 1.039, § 4º e art. 954 – Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível).

Deve ser afastado todo e qualquer formalismo desnecessário que impeça o julgamento do mérito, na perfeita advertência da jurisprudência<sup>8</sup>:

*“Tudo o que o exagerado rigor processual fez, in casu, foi colaborar para que o processo rode em torno de si mesmo, e princípios como o da economia, da efetividade, da razoável duração, tornassem-se letra morta. A obediência burocrática à forma não pode, em hipótese alguma, comprometer as metas para as quais ela foi concebida. O processo civil foi criado para que haja julgamentos de mérito, não para ser, ele mesmo, objeto dos julgamentos que proporciona. A extinção de processos tem de ser excepcional, a anulação de atos só pode ocorrer nas hipóteses em que seu aproveitamento gere grave lesão a algum direito fundamental de uma das partes e mais, seria até mesmo conveniente que essa lesão fosse expressamente declinada nas decisões de anulação. Fora dessas hipóteses, o apego à forma não se justifica. O processo tem de correr. O aparato judiciário é muito caro para a sociedade e cada processo representa um custo altíssimo. Anulá-lo, portanto, é medida de exceção”.*

---

8. STJ – REsp. nº 970.190-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.05.2008 – DJ 15.08.2008. No mesmo sentido: “(...)”. *“O processo não pode ser um fim em si mesmo, voltado exclusivamente à preservação da letra da lei. Modernamente a ciência processual propugna por um processo civil de resultados, em que as técnicas processuais sejam capazes de produzir resultados legítimos e justos, dando tutela jurisdicional útil a quem tiver razão. Para isso, devem ser aproveitados ao máximo os atos processuais, regularizando-se, sempre que possível, as nulidades ou irregularidades sanáveis”* (TJSP – Embargos Infringentes. nº 157.992-5/7-01 – São Paulo, rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 24.04.02, LEX 258, p. 308).



Aqui há um relevante aperfeiçoamento que é a óbvia delimitação que se o recurso for enviado através de sistema de transmissão, como fac-símile, os documentos obrigatórios devem ser apresentados apenas com o original, evitando assim um ônus desnecessário e inútil para o recorrente e para as serventias judiciais (art. 1.039, § 5º).

Mantida a correta obrigação de o agravante comunicar a interposição do recurso de agravo para o julgador de primeiro grau, além da relação de documentos, inclusive para permitir o juízo de retratação. A nosso ver a finalidade primeira é tornar possível ao agravado ter ciência quanto ao conteúdo do recurso, sem necessidade de deslocar-se ao Tribunal e, em um segundo momento, permitir o juízo de retratação.

Sem alteração a forma de processamento do agravo nos Tribunais: a-) poderá ser atribuído efeito suspensivo ao recurso ou ser deferida, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; b-) será intimado o agravado pessoalmente e por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou, pelo Diário da Justiça ou por carta dirigida ao seu advogado, com aviso de recebimento, para que responda no prazo de quinze dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; c-) será determinada a intimação, preferencialmente por meio eletrônico, do Ministério Público, quando for caso de sua intervenção para que se pronuncie no prazo de quinze dias.

Passará a haver o prazo de um mês para o julgamento do agravo, contado da intimação do agravado para responder. Pensamos ter ocorrido um equívoco, pois o prazo deveria ser da conclusão ao relator. Intimado para responder em quinze dias, a serventia deverá ainda aguardar o decurso do prazo do protocolo integrado, atualmente em mais 10 ou quinze dias, o que certamente ultrapassará o lapso temporal fixado no art. 1.042. Em outros termos, o relator receberá o processo com o seu prazo encerrado ou próximo disto.

## **6. AGRAVO INTERNO**

Apesar das discussões sobre a constitucionalidade do art. 557, do CPC e a possibilidade de decisões monocráticas, prevaleceu o entendimento que esta possibilidade estaria em consonância com a Constituição Federal, especialmente pelo fato de haver via adequada para submeter a matéria ao crivo do colegiado competente.

O agravo interno tem esta finalidade, qual seja, permitir que as decisões monocráticas sejam analisadas/julgadas pelo colegiado, devendo haver a obediência ao regimento interno de cada tribunal.

Com a interposição do agravo interno será possível a retratação do relator, sendo que no caso de manutenção deverá ser o mesmo apresentado para julgamento na sessão seguinte à sua interposição. Caso não ocorra julgamento na sessão seguinte, deverá haver a sua inclusão em pauta.

Mantido o regime atual em termos de sanção ao agravante, pois quando manifestamente inadmissível ou improcedente o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor corrigido da causa, sendo que a interposição de qualquer outro recurso ficará condicionada ao depósito prévio do respectivo valor, ressalvados os beneficiários da gratuidade de justiça e a Fazenda Pública que farão o pagamento ao final.

## 7. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Na proposta restará mantida a natureza recursal dos embargos de declaração, afastando assim toda uma discussão desnecessária se houvesse a alteração inicialmente aventada. É da tradição do direito brasileiro mencionada opção, com profundos estudos sobre o instituto. A *mudança pela mudança* deve ser sempre afastada. Necessário um motivo plausível e que seja útil para a sociedade.

A proposta, como não poderia deixar de ser, aperfeiçoa o instituto, ampliando as hipóteses de cabimento, inclusive passando a prever expressamente o erro material: a-) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b-) suprir omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal; c-) corrigir erro material e; d-) corrigir erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

A nosso ver, a possibilidade de utilização dos embargos de declaração para corrigir erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso mostra-se desnecessária, pois tal situação encontra-se prevista nas demais. De qualquer modo, considerando a falta de boa vontade no julgamento deste recurso, a sua previsão expressa não criará qualquer problema em termos de procedimento.

Mantido o prazo tradicional de cinco dias, afastando de igual modo a necessidade de pagamento do preparo recursal, com desnecessária indica-

ção (art. 1.045, § 2º) de que haverá contagem em dobro do prazo no caso de litisconsortes com procuradores diversos (art. 210). Qual a razão para a expressa menção que apenas poderá causar problemas na interpretação dos dispositivos dos demais recursos?

De outro lado, perfeita a previsão de que se houver possibilidade de modificação da decisão (art. 1.045, § 2º), mostra-se necessária a intimação, para manifestação da parte contrária. Trata-se de uma praxe no sistema atual em obediência aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A positivação de uma posição jurisprudencial garantirá direitos de forma mais precisa.

Há o objetivo de evitar a posição de alguns julgados em evitar prequestionar determinado tema (art. 1.047), apesar de que será duvidosa a sua utilidade já que, havendo omissão, restará violada regra específica (art. 1.044): “art. 1047. 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 erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Afasta-se, corretamente, o efeito suspensivo dos embargos de declaração, mantida a interrupção dos prazos para os demais recursos. Contudo, adequadamente, permite ao relator deferir referido efeito em situações nas quais demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação.

Não havendo alteração na decisão embargada, será desnecessária a ratificação de recurso anteriormente apresentado pela parte adversa, providência atualmente exigida pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>9</sup>

Haverá uma adequação das sanções pela utilização irregular dos embargos de declaração, infelizmente prática comum, ou seja, se manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor da

---

9. *“A Turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, que é extemporâneo o recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, sem posterior ratificação ou reiteração, no prazo recursal, dos termos da apelação protocolada prematuramente. Precedente citado: REsp 886.405-PR, DJe 1º/12/2008”* (STJ – REsp 659.663-MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em **01/12/2009 – Informativo STJ – 418/2009 e** STJ – REsp. 886.405-PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.11.2008 – DJ 01.12.2009).

causa. Na reiteração de embargos manifestamente protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento sobre o valor da causa.

Ponto interessante será a da inadmissão *automática* de novos embargos de declaração quando os dois anteriores tiverem sido considerados protelatórios. A nossa posição é a de que perdeu-se oportunidade de deixar claro que a interposição de novos declaratórios, nesta situação em particular, não teria o efeito de interromper o prazo para os demais recursos, evitando a utilização de expediente para obstar a coisa julgada.

## 8. RECURSO ORDINÁRIO

A denominação do instituto como recurso ordinário constitucional, utilizada pela Constituição Federal e pela doutrina, é correta, pois trata-se de um meio de impugnação das decisões expressamente previsto na Constituição Federal (arts. 102, II e 105, II da CF-88, art. 539 e 540 do CPC, arts. 33 a 35 da Lei dos Recursos, arts. 247 e 248 do RISTJ), com caráter ordinário, considerando a inexistência de requisito de admissibilidade especial, além daqueles usualmente exigidos para os demais recursos, possibilitando a cognição de matéria fática, ao contrário daqueles de natureza extraordinária que permitem apenas a análise de questões legais (constitucional ou infraconstitucional).

A sua natureza jurídica, por óbvio, é de um meio de impugnação, ou seja, de recurso, possuindo as características de uma apelação.

A previsão de um recurso ordinário constitucional é tradicional em nosso direito, podendo ser mencionada a Constituição de 1891 e o Decreto 848 de 1890<sup>10</sup>. Em um primeiro momento, até as decisões concessivas de *habeas corpus* viabilizavam a sua utilização, possibilidade posteriormente afastada (CF-1934, art. 76, II, “c” e CF-1937, art. 101, II, “b”).

Na Constituição Federal de 1946 o recurso ordinário constitucional era previsto no art. 101, inciso II, alíneas “a” e “b”, com pouca variação da redação atual. Lendo as colocações de Pontes de Miranda sobre o dispositivo retro indicado da Constituição de 1946<sup>11</sup>, chega-se à conclusão de que bastaria que

10. Themistocles Brandão Cavalcanti. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino editor. 1956, vol. II, p. 326 e s.

11. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, s.d., vol. II, p. 222: “(...). De qualquer decisão judicial que denegue *habeas-corpus* há recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Juízes, locais e federais, tribunais, locais ou federais, inclusive o Superior Tribunal Militar (...), e o Superior Tribunal Eleitoral (...), desde que neguem *habeas-corpus*, estão sujeitos a que da sua decisão se interponha o recurso do art. 101, II, a). (...)”.

a decisão fosse denegatória e prolatada em sede de *habeas corpus* ou mandado de segurança para autorizar a utilização do recurso ordinário constitucional.

Em tese, seria possível a utilização do recurso ordinário constitucional mesmo quando a impetração não fosse originária, criando uma “terceira instância” de forma absolutamente supérflua.

Na Constituição de 1969 houve alteração no instituto, com a inclusão da competência para apreciar, em sede recursal, os crimes praticados contra a segurança nacional ou as instituições militares, além daqueles praticados pelos Governadores de Estado e seus Secretários, com relação aos mencionados delitos<sup>12</sup>. Vedou, ainda, a utilização de *habeas corpus* originário substituindo o recurso ordinário constitucional.

Agora haverá a disciplina processual do recurso ordinário constitucional no Código de Processo Civil. Em termos de novidade passará a ser possível o julgamento do mérito estando a causa adequadamente instruída, apesar da posição contrária do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, com a qual não concordamos. De qualquer modo, teremos que aguardar nova análise do tema e a verificação da sua constitucionalidade.

## 9. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Sem dúvida que haverá o aperfeiçoamento do sistema de processamento dos recursos extraordinário e especial, apesar das desnecessárias repetições do texto constitucional.

Mantida a forma usual de interposição e processamento perante o Tribunal prolator do acórdão recorrido.

Em termos de novidade podemos indicar as mais relevantes: a-) possibilidade de correção de eventuais vícios dos recursos ou mesmo da sua des-

- 
12. art. 129 da CF-69: “À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. § 1º. Esse foro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. § 2º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes de que trata o § 1º. § 3º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar”.
  13. “2. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC – inserido no capítulo da apelação – aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional” (RMS 24.789, Relator Ministro Eros Grau). 3. Recurso ordinário desprovido” (STF – RMS 26.615, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 20.05.2008, DJe-206).

consideração, desde que não seja grave. Pensamos que pode ser determinado até mesmo o pagamento de preparo, mas não afastada a intempestividade; b-) será viável, em se tratando de recursos processados sob a regra que trata da resolução de demandas repetitivas, haver a suspensão pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, de todos os casos idênticos com efeito nacional; c-) melhor adequação quanto à forma de ser postulado efeito suspensivo, mediante postulação no próprio recurso ou em petição autônoma, após o juízo de admissibilidade, dispensado qualquer instrumento se a demanda já estiver no Tribunal Superior; d-) disciplina a competência para a análise do pedido de efeito suspensivo: – ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, se pendente o juízo de admissibilidade; – ao presidente do respectivo tribunal superior, durante o período compreendido entre o juízo de admissibilidade do recurso no tribunal de origem e a sua distribuição no tribunal superior; – ao relator designado, depois da distribuição no tribunal superior.

Hipótese de verdadeira fungibilidade, por sinal jamais admitida, será a da conversão de recurso especial em extraordinário, quando será determinada a adequação: *“art. 1054. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida a diligência, remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”*.

Do mesmo modo em se tratando de recurso extraordinário que veicule matéria preponderantemente legal: *“art. 1055. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”*.

Além destes avanços, ao que parece será possível desconsiderar a necessidade de prequestionamento caso seja mantida a redação proposta para o parágrafo único, do art. 1.056: *“Tendo sido admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado”*.

Passará a haver situações em que a repercussão geral será presumida: a-) impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; b-) contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos e; c-) questionar decisão que tenha reconhecido a inconstitucio-

nalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição da República.

Em se tratando de julgamento da presença da repercussão geral, a súmula do julgamento será publica e terá o valor legal de um acórdão.

Será bem interessante ver como a jurisprudência irá receber estas positivas inovações.

## **11. AGRAVO DE ADMISSÃO**

Da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário ou ao recurso especial será cabível uma nova espécie de recurso. Deixa de ser utilizada a simples expressão “agravo” para o termo “agravo de admissão” (art. 1.064).

Mantida a necessidade de um agravo para cada decisão na hipótese de dupla interposição de recursos extraordinário e especial, devendo o agravo de admissão ser endereçado ao Presidente do Tribunal recorrido, dispensados os pagamentos de custas e despesas de natureza postal.

Será obrigação do agravante demonstrar, de forma expressa, a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado quando: a-) a inadmissão do recurso extraordinário se fundar em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida; b-) a inadmissão do recurso especial se fundar em entendimento firmado em julgamento de recursos especiais repetitivos.

Disciplinada a forma pela qual pode ser postulado efeito suspensivo: a-) na petição de interposição do próprio recurso; ou b-) por petição autônoma, que deverá ser instruída com os documentos necessários ao conhecimento da controvérsia, quando formulado depois de sua interposição.

Digna de aplauso a clara delimitação da competência para a análise deste tipo de pedido: a-) ao presidente do respectivo tribunal superior, durante o período compreendido entre a interposição do recurso no tribunal de origem e a distribuição no tribunal superior e; b-) ao relator designado, depois da distribuição no tribunal superior.

Apesar de não haver nenhuma substancial mudança, o certo é que ocorrerá sensível melhora na forma de processamento do agravo de admissão frente ao novo regramento proposto.

## **12. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA**

Por fim, mudanças significativas são propostas no caso dos embargos de divergência, mantidas as diretrizes básicas de cabimento tal como no atual

regime: a) em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo as decisões, embargada e paradigma, de mérito; b) em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao juízo de admissibilidade; c) em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; d) nas causas de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

Aqui a grande inovação é permitir a utilização de paradigma na qual o recurso extraordinário ou especial não tenha sido *conhecido*, mas desde que o mérito tenha sido analisado. Outro ponto importante é que a divergência será admissível mesmo que esteja situada no âmbito da própria admissibilidade do recurso.

Não só será admissível embargos de divergência nos recursos extraordinário e/ou especial, mas de igual modo em se tratando de causas de competência originária. A restrição atual nem tem mesmo qualquer sentido, pois o que é relevante é que não haja divergência interna no âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive em matéria processual.

Haverá a suspensão do prazo para a interposição de eventual recurso extraordinário quando em processamento embargos de divergência.

## 12. CONCLUSÕES

Temos que realmente há uma necessidade de se pensar e termos um direito processual adequado para uma sociedade do século XXI.

O fato que não pode ser negado é que muitas das mudanças são realizadas sem estudos que possam dar respaldo a uma ou a outra opção. Sempre tem sido feito desta forma e este tipo de opção não mais pode persistir.

De qualquer modo, na parte ora analisada, o fato é que haverá grandes avanços com a aprovação da proposta de um novo Código de Processo Civil, com o aperfeiçoamento do Sistema Recursal, com inegável possibilidade de uma melhora na prestação jurisdicional.

## 13. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de & GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.



- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino editor vol. II, 1956.
- CHUEIRI, Mirian Fecchio & SOUZA, Emerson Cortezia de. *A remessa obrigatória e as ações coletivas em espécie – Sistema processual coletivo de proteção ao interesse público*. Revista de Processo. Ano 36. vol. 200. out. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Estudo Crítico do Reexame Obrigatório Previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Tese apresentada junto a banca de Doutorado na PUC/SP, 2004 – não publicada.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DIAS, Francisco Barros. *A Busca da Efetividade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo 97, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, s.d., vol. II.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Em Defesa da Revisão Obrigatória das Sentenças Contrárias à Fazenda Pública*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, nº 19, out./2004.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2010.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O novo regime dos embargos infringentes*. In NERY, Nelson Nery Junior; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- SHIMURA, Sérgio. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)*. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.



# A ELIMINAÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – A DISCIPLINA PROPOSTA NO "RELATÓRIO-GERAL BARRADAS"

*LUIZ RODRIGUES WAMBIER<sup>1</sup> E  
RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS<sup>2</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A audiência preliminar como mecanismo que privilegia a efetividade e a celeridade do processo – 3. O Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/10) e a eliminação da audiência preliminar – 4. A disciplina proposta no relatório-geral Barradas: designação de audiência para propiciar o saneamento do processo em cooperação com as partes – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

---

## 1. INTRODUÇÃO

As propostas contidas no Projeto do novo Código de Processo Civil vêm suscitando, há muito, inúmeros debates. Em verdade, desde a elaboração do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado por uma Comissão de Juristas, do Projeto Substitutivo (PL 166/2010) aprovado pelo Senado, em 15.12.2010, e do Projeto revisado (PL 8.046/10), encaminhado à Câmara dos Deputados, muito se tem discutido sobre as alterações propostas. O que se tem noticiado, recentemente, é que uma Comissão Especial da Câmara

- 
1. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL. Professor no curso de Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania, da Universidade Paranaense – UNIPAR e nos cursos de Especialização em Direito Processual Civil da PUC-SP. Membro do IBDP. Advogado.
  2. Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-PR. Professora no curso de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, nos cursos de Especialização em Direito Processual Civil da PUC-SP e nos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da PUC-PR. Advogada.

está prestes a analisar o relatório-geral apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, sobre o PL 8.046/10. O presente estudo tem por base o texto final desse relatório, em especial no que concerne à ausência de previsão de uma audiência preliminar, que ofereça a possibilidade de conciliação ou, esta não ocorrendo, o saneamento do processo realizado com maior envolvimento das partes.

Em outra oportunidade<sup>3</sup> chegamos a criticar a proposta de eliminação, no Projeto do novo Código de Processo Civil, da audiência hoje prevista no art. 331 do CPC. Concluímos que, na redação original do PL 8.046/10, a disciplina proposta consistiria num retrocesso na efetividade e comprometeria a incidência dos princípios processuais, hoje privilegiados por mecanismos como a audiência preliminar e o saneamento compartilhado do processo.

Neste ensaio, nossa intenção é analisar, no texto do relatório-geral Barradas, as regras do art. 336, que prevê a realização de audiência de conciliação, presidida por conciliador ou mediador, no início do processo, e do § 3º do art. 365, que prevê a designação de audiência para propiciar o saneamento do processo em cooperação com as partes. Interessa-nos, mais precisamente, saber se a conjugação dessas duas regras minimizaria os prejuízos que a eliminação da audiência preliminar certamente traria ao sistema processual, por comprometer a incidência dos princípios da efetividade, da celeridade e da razoável duração do processo.

## **2. A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO MECANISMO QUE PRIVILEGIA A CELERIDADE E A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

O Código de Processo Civil, desde a sua edição, em 1973, prevê que o juiz, de ofício, sempre que o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de conciliação e julgamento, na tentativa de buscar a conciliação (art. 447). Prevê, ainda, que o juiz, antes de iniciar a instrução, oportunizará a conciliação das partes (art. 448). Foi louvável a preocupação do legislador com a obtenção da conciliação, no processo, mas o momento que antecede a audiência de conciliação não parecia ser, sob o aspecto temporal, a ocasião mais oportuna.

---

3. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar: um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n° 199, p. 195-203, set. 2011.

Sentindo que o momento previsto no Código de Processo Civil, para a tentativa de conciliação no procedimento ordinário, era inoportuno e inadequado, alguns juízes, amparados pela regra do art. 342 do mesmo Código, que permite que o juiz determine o comparecimento pessoal das partes, em qualquer estado do processo, passaram a designar audiência de conciliação ao despachar a petição inicial, advertindo o réu de que o prazo para o oferecimento de resposta fluiria da audiência, se frustrada a tentativa de acordo. Como observa Cândido Rangel Dinamarco, tratava-se, antes mesmo de haver previsão expressa nesse sentido, da realização de uma “audiência preliminar” que valorizava a conciliação como forma de solução dos conflitos.<sup>4</sup>

E foi nesse contexto, em que se considerava inadequada, sob o enfoque temporal, a destinação unicamente dos primeiros minutos da audiência de instrução e julgamento, para a realização da primeira tentativa de conciliação entre as partes, que a reforma processual realizada em 1994 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a audiência preliminar. Criou-se, com a Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a audiência que muitos passaram a designar simplesmente ‘a audiência do art. 331’. Esse dispositivo, na redação determinada pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, além de prever a designação de audiência para que as partes compareçam ou se façam representar por procurador ou preposto com poderes para transigir (*caput*), dispõe que, se não obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas (§ 2º).

Certamente foi interessante a ideia de se estabelecer uma ocasião, no processo, que, dentre várias finalidades, tenha essa específica de proporcionar um diálogo entre o juiz e as partes, para a busca da conciliação. E certamente seria mais útil que essa ocasião, a da audiência para a exortação do juiz às partes, em favor da conciliação, se desse em momento bem anterior ao do início da instrução.

A introdução da audiência preliminar em nosso sistema processual civil foi, assim, uma resposta aos anseios por maior celeridade e, principalmente,

---

4. “Com clarividência, alguns juízes sentiram que mais útil seria a conciliação bastante precoce no procedimento – e passaram a designar audiência de conciliação já quando despacham a petição inicial e mandam citar o demandado (...). Essa providência, conquanto bastante atípica no modelo procedimental, era legitimada pela grande valia da conciliação no sistema de solução de litígios e, em última análise, apoiada pela ampla possibilidade de chamar as partes a qualquer momento, expressamente outorgada pelo Código aos juízes (art. 342). Tinha-se, efetivamente, uma audiência preliminar” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 122).

pela efetividade da prestação da tutela jurisdicional, na medida em que se constitui numa das soluções ligadas à ampliação dos provimentos dotados de aptidão para a tempestiva produção de efeitos com menor custo. Atingiu-se, com a criação da audiência preliminar, o objetivo de propiciar uma ocasião mais apropriada para que o juiz efetue a tentativa de conciliação, bem como o de modificar a sistemática do saneamento do processo, possibilitando o maior envolvimento das partes.

A circunstância a que acima se referiu, de o juiz, na hipótese de não ser obtida a conciliação, fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas no processo, fez com que a audiência preliminar também possibilite a realização do que um dos subscritores deste texto já convencionou chamar de “saneamento compartilhado”<sup>5</sup>. Tradicionalmente, o saneamento é atividade concentrada, realizada pelo juiz, que decide se o processo deve ou não seguir adiante e quais as consequências de se concluir num ou noutro sentido. Esse momento processual destina-se, substancialmente, a que o juiz extirpe do processo todos os eventuais vícios de que o mesmo padeça. Serve também para que o juiz decida a respeito das questões processuais que ainda se achem pendentes e para a preparação da instrução probatória, com a finalidade de torná-la a mais objetiva (e produtiva) possível.

Na sistemática anterior a 1994, o saneamento do processo era, sempre, um ato absolutamente solitário do juiz, realizado em gabinete, sem que houvesse qualquer contato com as partes. O mesmo se dava com a importante fase da fixação dos pontos controvertidos, função até então atribuída única e isoladamente ao juiz. Pode-se dizer, então, que a audiência preliminar constituiu-se em um momento extraordinariamente relevante para que ocorra um contato mais direto do magistrado com as partes e/ou seus procuradores, justamente na “delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com sua correção, se definem os

---

5. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, A nova audiência preliminar – art. 331 do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 80, São Paulo: RT, out./dez., 1995. A referida circunstância também foi observada por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, para quem “*as peculiaridades instituídas pela versada Lei nº 8.952, de 1994, implicam, indubitavelmente, a alteração do iter procedimental ordinário no transcorrer da fase saneadora*” (A nova fase saneadora no processo brasileiro. In: *Reforma do código de processo civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 356) .

limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória”<sup>6</sup>.

Assim, a audiência preliminar, se bem aplicadas as possibilidades que ela oferece (conciliação ou, esta não ocorrendo, o saneamento compartilhado), contribui para a redução do volume de processos pendentes, a exigir custosa instrução, sentença e eventual fase recursal. Isto porque, ao menos teoricamente, o saneamento compartilhado parece proporcionar a diminuição das hipóteses de agravo com a alegação, por exemplo, de cerceamento de defesa, que muito provavelmente seriam interpostos em razão de falta de sintonia entre a posição adotada pelo magistrado e o interesse das partes, na fixação dos pontos controvertidos e definição do conjunto de provas de que se lançará mão na instrução. Parece que faltaria interesse recursal às partes, se da definição dos rumos do processo tivessem efetivamente participado, junto com o magistrado, e à posição uniforme tivessem chegado, no que diz respeito às questões controvertidas e aos respectivos meios de prova.

Não há dúvida, então, de que a inclusão da audiência preliminar em nosso sistema processual civil foi iniciativa legislativa extremamente elogiável, porque pretendeu atender a uma série de reclamos da sociedade e da doutrina, em favor da rápida solução dos litígios, que é essencial na busca da efetividade do processo.<sup>7</sup>

### 3. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PL 8.046/10) E A ELIMINAÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

A despeito da importância da audiência do art. 331 do CPC, o Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/10) elimina da sistemática processual a audiência preliminar e retoma, em grande medida, a antiga e tão anteriormente criticada audiência de conciliação, prevista para o revogado procedimento sumaríssimo<sup>8</sup>.

- 
6. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, A nova audiência preliminar – art. 331 do Código de Processo Civil. Obra citada, p. 31.
  7. Entendendo ter sido louvável a previsão de saneamento realizado em audiência, MARIO SERGIO LEITE afirma: “O saneamento do processo em audiência reflete a intenção do legislador de pôr término a litígios através da composição entre as partes” (A decisão saneadora em face da nova redação do artigo 331 do Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, nº 754, p. 123-130, ago. 1998, especialmente, p. 130).
  8. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO observa: “Diante da lamentável realidade do rito dito ‘sumaríssimo’, constatada nos vinte anos de sua aplicação, com audiências adiadas, frustradas, realizadas em várias etapas, conturbadas por incidentes processuais, (...) instituiu-se, também no procedimento sumário,

Analisando, nesse aspecto, a disciplina proposta no PL 8.046/10, em sua redação originária, escrevemos um despretenso artigo em que afirmamos ser equivocada a opção de eliminar a audiência preliminar, pois isso consistiria, pelas razões expostas no item anterior, num retrocesso nas conquistas obtidas com as reformas pelas quais nosso sistema processual vem passando, comprometendo a incidência dos princípios da efetividade, celeridade e razoável duração do processo.

No presente ensaio faremos uma reanálise da opção de se eliminar a audiência preliminar, no Projeto do novo Código de Processo Civil, tendo por base o texto do relatório apresentado na Câmara, pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que aqui convencionamos chamar de relatório-geral Barradas ou simplesmente de relatório-geral.

No texto final desse relatório-geral, está prevista, no Capítulo VI, art. 336, *caput*, a realização de audiência de conciliação, que será designada pelo juiz se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido. Nos termos do que previa o art. 323, do PL 8.046/10, em sua redação originária, o art. 336 prevê que a referida audiência deverá ser realizada por conciliador ou mediador, podendo se desdobrar em mais de uma audiência, se necessário. O que há de novo, no texto do relatório-geral, é que o réu deverá ser citado com pelo menos vinte dias de antecedência.

Na sistemática atual, a audiência preliminar (art. 331) ocorre em momento posterior ao oferecimento de resposta do réu, quando não for o caso de extinção do processo ou julgamento antecipado da lide, no prazo de trinta dias a contar do despacho do juiz. A proposta contida no art. 336 do relatório-geral Barradas, por sua vez, é no sentido de que a audiência de conciliação seja designada “com uma antecedência mínima de trinta dias”, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido.

Verifica-se que na redação do art. 336 do relatório-geral (assim como na do art. 323 do PL 8.046/10, em sua redação originária) não se emprega o vocábulo ‘prazo’, estabelecendo-se apenas um tempo mínimo de trinta dias de antecedência para a designação da audiência de conciliação, a contar do despacho do juiz, e não um ‘prazo’, supostamente máximo, de trinta dias para

---

*uma audiência preliminar” (Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120).*



a sua realização. Acresce-se a isso, como complicador, o fato de que a audiência de conciliação poderá se desdobrar em outras sessões (§ 2º do art. 336), gerando um potencial de prolongamento ainda maior do tempo do processo.

Os problemas em se adotar – isoladamente – a sistemática proposta no art. 336, em nosso sentir, seriam de duas ordens: primeiro, seria demasiadamente elástico o prazo para a realização da audiência de conciliação e, conseqüentemente, para o oferecimento de contestação; segundo, teria fim o saneamento do processo na forma compartilhada.

A respeito do saneamento compartilhado, discorreremos no próximo tópico, pois, ao que nos parece, a redação do relatório-geral Barradas, mais precisamente dos dispositivos que tratam do saneamento e da organização do processo, elimina – ou, ao menos, atenua – o problema que apontamos ao comentar, em outra oportunidade<sup>9</sup>, o art. 323 do PL 8.046/10, em sua redação originária.

No tocante ao referido elástico dos prazos, a prática forense demonstra que, historicamente, em virtude da sobrecarga de trabalho à qual é submetido o Poder Judiciário, o prazo para a realização da audiência preliminar é raramente observado, não havendo sanção para a sua não observância. Não há motivos para crer que seria diferente com o retorno à audiência de conciliação. Logo, embora possa ser observada a antecedência mínima de trinta dias para a designação da audiência, conforme dispõe o art. 336, *caput*, talvez não haja parâmetro para que se considere um prazo máximo para a sua realização.

Os efeitos nocivos para o processo poderão se agravar em razão do disposto no art. 337 do relatório-geral (que, com pequena alteração, praticamente reproduz o art. 323 do PL 8.046/10, em sua redação originária). Segundo a regra proposta, a contestação deverá ser apresentada no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação, e não mais da juntada do mandado de citação. Evidentemente, nessa sistemática, não apenas a realização da audiência de conciliação poderia demorar a ocorrer, mas também a oportunidade de oferecer contestação se prolongaria demasiadamente no tempo.<sup>10</sup>

---

9. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar: um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo. Obra citada, p. 199-202.

10. Cite-se mais uma vez, por oportuno, a doutrina de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO: “as deficiências reveladas, ao longo de vinte anos de aplicação, pelo procedimento dito ‘sumaríssimo’, levaram vários

Também se deve ter presente que, no sistema atual, a atividade de se examinar a presença ou não dos pressupostos processuais e das condições da ação se dá, frequentemente, depois de efetivado o contraditório.<sup>11</sup> E, ao se retomar a disciplina de postergar a resposta do réu para depois da audiência de conciliação, elimina-se a possibilidade de o saneamento do processo ser realizado imediatamente, na própria audiência (se não obtida a conciliação), com a efetiva participação das partes.

Poderiam argumentar, alguns, que a eliminação da audiência preliminar, proposta tanto na redação originária do PL 8.046/10 quanto no relatório-geral Barradas, se deu em razão do aparente insucesso dessa audiência, na prática.<sup>12</sup> Mas, em nosso sentir, esse aparente insucesso é fruto do despreparo dos operadores do direito para tratar a conciliação de forma eficaz, e da falta de estrutura auxiliar que possa suprir a falta de habilidade de alguns juízes e advogados que conduzem de forma inadequada e insatisfatória a tentativa de conciliação.<sup>13</sup> Lamentavelmente, ainda é inexpressivo o número de casos em

---

*processualistas a sugerir sua extinção (por todos, neste ponto, o Des. Sérgio Gischkow Pereira, Aspectos do Procedimento Sumaríssimo, Síntese ed., P. Alegre, 1979, Cap. V) em paralelo a alterações no rito ordinário que ao mesmo dessem maior 'eficiência' e celeridade, tais como a audiência preliminar de conciliação e saneamento, a antecipação provisória dos efeitos da sentença almejada, uma melhor disciplina dos recursos, a criação do processo monitorio, a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais, bem como a solução pela via legislativa de uma série de questões que angustiam os exegetas do vigente Código desde a sua criação" (Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. Obra citada, p. 117).*

11. Há pouquíssimas situações em que a atividade saneadora poderá anteceder ao momento da resposta do réu, como, no exemplo citado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, as que envolvem autor ou réu menor de idade, não representado nem assistido (Obra citada, p. 125).
12. Em estudo sobre a obrigatoriedade ou não da realização da audiência preliminar, CARLOS ÉRICO SAMPAIO ANGELIM constata: "(...) *nem a audiência preliminar foi cassada do sistema, nem sua designação constitui rotina no Fórum, embora essa seja uma constatação lastreada em um único dado empírico: nossa experiência como advogado militante*" (A audiência preliminar do art. 331 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n° 168, p. 347 – 362, fev. 2009, especialmente p. 348).
13. Compartilhando da opinião de que o juiz não deve poupar esforços na tentativa de conciliação das partes, e que deve estar preparado para bem conduzir essa tentativa, PAULO HOFFMAN observa: "(...) *é tão primordial essa função [a de buscar a conciliação] que deveria ser constante o treinamento para melhor preparar o juiz para realiza-la de forma profícua. Não pode o magistrado se imaginar diminuído na importância que tem para o sistema ou desperdiçando tempo praticando ato que não seja verdadeiramente vinculado ao julgamento da causa, ou que, como se trata de ato que poderia ser realizado por qualquer outra pessoa, seja de somenos importância*" (Saneador compartilhado. São Paulo, 2010. 274 f. Tese de Doutorado em direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, p. 113).

que os juízes se servem da audiência preliminar para, efetivamente, “aproximar” as partes com vistas ao acordo.<sup>14</sup>

Ainda sobre a desvantagem de se suprimir a audiência preliminar do sistema processual, parece-nos que a proposição no sentido de que a audiência de conciliação deverá ser presidida por conciliador ou mediador, onde houver<sup>15</sup>, se, em tese, pode afastar a dificuldade acima apontada quanto ao despreparo dos operadores do direito, pode gerar insegurança nas partes, ainda que tenham escolhido o conciliador ou mediador de comum acordo<sup>16</sup>. Mas, o que nos parece ainda mais grave, é que tal proposição, se isolada, também significaria eliminar a possibilidade de se realizar o saneamento compartilhado, uma vez que o saneamento não se perfaz sem a presença do juiz.

#### **4. A DISCIPLINA PROPOSTA NO RELATÓRIO-GERAL BARRADAS: DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA PROPICIAR O SANEAMENTO DO PROCESSO EM COOPERAÇÃO COM AS PARTES**

No PL 8.046/10, em sua redação originária, estava disposto, no art. 342, *caput*, que o saneamento do processo teria lugar quando não ocorressem as hipóteses previstas no Capítulo IX (Do julgamento conforme o estado do processo), que se resumem nas causas de extinção do processo sem resolução do mérito ou de julgamento “imediato” da lide. Determinava-se, também no *caput* do art. 342 que, havendo necessidade, o juiz deveria designar audiência de instrução e julgamento.

- 
14. Ao comentar a disposição proposta no art. 323 do PL 8.046/10, em sua redação originária, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO disse esperar que, com a criteriosa atuação de conciliadores especializados, “seja obtido um bom índice de transações (lamentavelmente, por diversos motivos, a conciliação em juízo, inclusive nos Juizados Especiais, tem sido obtida em percentuais médios de 20% a 30% do total de demandas, portanto muito além do razoavelmente esperado)” (O novo Código de Processo Civil – Breve análise do projeto revisado no Senado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 194, p. 141-172, abril/2011, especialmente p. 148).
  15. A regra proposta no PL 8.046/10, na redação originária (art. 323, § 1º), manteve-se no relatório-geral Barradas (art. 336, § 1º).
  16. Para ALISSON FARINELLI E EDUARDO CAMBI, é acertada a opção de retirar do juiz a tarefa exclusiva de conciliar as partes. Segundo os autores, “*verifica-se que, por vezes, o juiz não está preparado para conduzir a conciliação ou, em razão da pauta de audiências que precisa cumprir no dia, acaba por tratá-la como mera formalidade imposta pela lei, passando por ela sem dar a devida atenção*” (Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PL 166/2010). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 194, p. 277-305, abril/2011, especialmente p. 301).

No relatório-geral Barradas, no Capítulo XII (Do julgamento conforme o estado do processo), Seção IV (Do saneamento e da organização do processo), o que se propõe, no art. 365, é que, não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nas seções anteriores, quais sejam, extinção do processo sem resolução do mérito, julgamento antecipado do mérito e julgamento antecipado parcial do mérito, o juiz profira decisão de saneamento e de organização do processo.

Está previsto, na redação do relatório-geral, um conteúdo maior para a decisão de saneamento. Se antes se propunha que o juiz, na decisão de saneamento, resolvesse as questões processuais pendentes e delimitasse os pontos controvertidos, especificando os meios de produção da prova (art. 342 do PL 8.046/10, em sua redação originária), na nova redação se propõe que o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: resolva as questões processuais pendentes; delimite as questões de fato e especifique os meios de prova admitidos; defina a distribuição do ônus da prova; e, delimite as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (art. 365, I a IV). Também aqui poderá o juiz, se entender necessário, designar audiência de instrução e julgamento (art. 365, V).

Parece-nos apropriada essa previsão de um conteúdo mais abrangente para a decisão de saneamento. Parece-nos apropriada, também, a disciplina proposta nos parágrafos do art. 365, que dispõem, minuciosamente, sobre a organização do processo. Chama-nos a atenção, nessa disciplina mais minuciosa, a circunstância de as partes terem o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes na decisão de saneamento, no prazo comum de cinco dias (§ 1º), e de apresentarem ao juiz, para homologação, uma delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a prova e das questões de direito relevantes para a decisão de mérito (§ 2º).

Mas, o que realmente nos levou a entender que a disciplina proposta no relatório-geral Barradas soluciona, ou, ao menos, minimiza o problema de se eliminar a audiência preliminar, no Projeto do novo Código de Processo Civil, é a regra proposta no § 3º do art. 365 do relatório-geral, segundo a qual, “se a causa for complexa, fática ou juridicamente, deverá o juiz designar audiência, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nessa oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer as suas alegações”.

A disciplina atualmente proposta, portanto, permite uma maior participação das partes no saneamento do processo, sempre que o juiz assim entender necessário. Diferentemente, o que se previa no PL 8.046/10, em sua redação

originária, faria do saneamento, novamente (como antes de se introduzir a audiência preliminar em nosso sistema processual), um procedimento realizado apenas pelo juiz, após o oferecimento da contestação.<sup>17</sup> E isso – como já tivemos a oportunidade de sustentar<sup>18</sup> – estaria inviabilizado o saneamento do processo na forma compartilhada, que tantos benefícios traz ao sistema.

## 5. CONCLUSÃO

Em temas como celeridade e efetividade, não temos dúvida de que a audiência preliminar e o saneamento compartilhado são exemplos de mecanismos extremamente úteis a que se alcancem esses dois objetivos. Basta que os operadores do direito deles se sirvam com mais operosidade, competência e boa vontade, na busca por um processo célere e efetivo.

Por isso, entendemos que a eliminação da audiência preliminar e o simples retorno à anterior sistemática da audiência de conciliação, seguida de contestação, estariam na contramão da mais moderna tendência processual civil.

Em boa hora, portanto, o texto do relatório-geral do Deputado Sérgio Barradas, a despeito de suprimir a audiência preliminar na forma como hoje existe, e prever a audiência de conciliação, presidida por conciliador ou mediador, no início do processo (art. 336), introduziu no Projeto do novo Código de Processo Civil a possibilidade de o juiz, se entender necessário (nas causas complexas, fática ou juridicamente), por ocasião do saneamento e da organização do processo, designar audiência para propiciar o saneamento em cooperação com as partes (§ 3º do art. 365).

---

17. Na redação originária do PL 8.046/10, a primeira aproximação entre as partes, sob a condução do magistrado diretor do processo, voltaria a ser na audiência de instrução e julgamento, o que sempre foi considerado um despropósito para um dos subscritores deste texto: “*Isso porque, nessa fase, no processo já se terá desencadeado a fase instrutória, com todos os seus custos econômicos, sem que, antes de seu início, tivesse sido conferida ao juiz a oportunidade de ter contato direto com as partes, para fins de exortá-las à composição dos interesses capaz de por fim ao processo. A verdade é que, nessa tardia ocasião, o ‘gasto’ de energia e o desembolso de recursos financeiros já terá ocorrido, por exemplo, com eventual prova pericial (e a prática mostra que a perícia costuma ser o episódio em que mais se investem recursos financeiros no processo)*” (LUIZ RODRIGUES WAMBIER, A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, nº 118, p. 137-142, nov./dez. 2004, especialmente p. 138).

18. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar: um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo. Obra citada, p. 201.

A designação dessa audiência – assim como ocorre hoje, com a audiência preliminar – certamente contribuirá para a redução do número de agravos interpostos com a alegação, por exemplo, de cerceamento de defesa em razão de falta de sintonia entre a posição adotada pelo juiz e o interesse das partes, na fixação dos pontos controvertidos e na definição do conjunto probatório. Estaria suprida, com a boa aplicação da regra do § 3º do art. 365, a ausência da audiência preliminar, pois a designação de audiência, antes de se definirem os rumos do processo, propiciará que o saneamento se dê com o maior envolvimento das partes, que poderão participar, junto com o juiz, da designação de questões controvertidas e dos respectivos meios de prova.

Esperemos, assim, que, a prevalecer a redação do relatório-geral Barradas, no novo CPC, estejam os juízes efetivamente atentos para a importância de se buscar, no saneamento dos processos de maior complexidade, a colaboração das partes. Tudo para que não fique comprometida, na nova sistemática processual, a prevalência dos princípios processuais, especialmente os da efetividade, celeridade e razoável duração do processo.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- ANGELIM, Carlos Érico Sampaio. A audiência preliminar do art. 331 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, nº 168, p. 347-362, fev. 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. O novo Código de Processo Civil – Breve análise do projeto revisado no Senado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 194, p. 141-172, abril/2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PL 166/2010). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 194, p. 277-305, abril/2011.
- HOFFMAN, Paulo. *Saneador compartilhado*. São Paulo, 2010. 274 f. Tese de Doutorado em direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.
- LEITE, Mario Sergio. A decisão saneadora em face da nova redação do artigo 331 do Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87 nº 754, p. 123-130, ago. 1998.
- TUCCI, Rogério Lauria. A nova fase saneadora no processo brasileiro. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova audiência preliminar (art. 331 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, nº 80, p. 30-36, out./dez. 1995.

\_\_\_\_\_. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento "compartilhado" e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, nº 118, p. 137-142, nov./dez. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar: um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, nº 199, p. 195-203, set. 2011.





# O ASSESSOR JUDICIAL

*EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA<sup>1</sup> E  
LÚCIO DELFINO<sup>2</sup>*

## I

Embora inegável a influência dos postulados básicos do chamado “liberalismo moderno de Estado” sobre a estrutura e a dinâmica do Poder Judiciário, ainda é difícil identificar com precisão os contornos desse novo paradigma ideológico. Os neoliberais, veementemente apegados aos princípios básicos do liberalismo clássico, entendem que os cânones da doutrina liberal foram traídos por essa nova forma de governo. Ademais, entendem que a expressão “liberalismo de Estado” é uma *contradictio in terminis*. A questão, porém, não é tão singela. Afinal, o liberalismo hodierno é erguido sobre os quatro grandes pilares do liberalismo (constitucionalismo, democracia, descentralização administrativa e economia de mercado). Esses pressupostos sofrem, apesar disso, uma releitura oxigenadora. De um lado, estão o liberalismo clássico e o seu enorme déficit de empiricidade, a defenderem o livre mercado, vigiado por um governo mínimo e fomentado por indivíduos egoístas, autorresponsáveis, e titulares de pretensões negativas contra o Estado, os quais buscam a maximização de utilidade e a recompensa por critérios de meritocracia. De outro, está o liberalismo moderno, com maior pendor para as questões sociais. Aqui, o individualismo egoísta dá lugar a um individualismo altruísta e progressista, que vê nos homens uma interligação por laços de cuidado e simpatia, um caráter mais sócio cooperativo e uma busca por crescimento pessoal; ante o fracasso do livre-cambismo e da inviabilidade do empreendimento privado irrestrito, o capitalismo desregulado – tendente a baixos investimentos, imediatismo e fragmentação social – é retirado da “anarquia

- 
1. Juiz Federal Substituto em Franca. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do IBDP e da ABDPC.
  2. Advogado. Doutor em Direito pela PUC-SP. Membro do IIBDP, do IPDP, do IBDP, da ABDPC e do IAMG.

econômica” e submetido pelo Estado a controles regulatórios “de cima para baixo”, que buscam promover a prosperidade, a harmonia na sociedade civil e a redução das desigualdades dos pontos de partida. Por conseguinte, o Estado mínimo dos liberais radicais (incapaz de corrigir injustiças e desigualdades) e o Estado máximo dos socialistas marxistas (pesado, ineficiente e opressor) cedem passo a um Estado ágil e promotor, a um “liberalismo de Estado”, o qual – embora continue sendo adversário de nivelamentos e uniformização sociais – ajuda as pessoas a se ajudarem, intervém por indução na economia e promove serviços de bem-estar social, como saúde, habitação, previdência social e educação. A liberdade negativa dos liberais clássicos dá lugar a uma liberdade positiva, à qual subjaz a ideia de que a liberdade também pode ser ameaçada por desigualdades e desvantagens sociais muito intensas.

O transplante ao âmbito jurisdicional de relevantes *topoi* retóricos social-liberais (como individualidade, liberdade positiva, cooperação, regulação, eficiência) faz nascer o chamado “gerencialismo processual civil”. Aqui: desconfia-se do sistema adversarial paleoliberal da *common law*, que conduz o desfecho da causa a uma morosidade inaceitável, ferindo as exigências atuais de celeridade [*right delayed is right denied*]; o arдил e a astúcia são combatidos veementemente pelo magistrado (que se baseia em um sistema de repressão à litigância de má-fé fundamentado na responsabilidade *objetiva* do *improbis litigator*); o magistrado se torna um “agente regulador”, que deixa de guardar soluções legislativas milagrosas, assume a responsabilidade pela boa gestão dos processos e passa a intervir *extra legem* – não raro sob racionalidade organizacional e por meio de técnicas de gestão informática – para eliminar as travas que causam “congestionamento processual” e para um desfecho da causa em “tempo razoável”. O processo é trabalhado como uma “micro-empresa gerenciável pela macro-empresa judiciária”, a qual atua sob planejamento estratégico, produz decisões em larga escala e é composta por magistrados dotados de inteligência organizativa, capacidade mobilizadora e liderança motivacional.

Nesse caso, o protagonista da relação processual não é mais a pessoa física do juiz ou das partes, mas a administração judiciária e o seu caudaloso *staff* assessorial, os quais sofrem forte pressão por performance institucional satisfatória (que é medida por indicadores estatísticos e monitorização do alcance de metas objetivas). Instala-se um nexo de complementação entre o processo civil [*case management*] e as políticas públicas judiciárias [*court management*], ambos permeados pela filosofia do *just in time*. O juiz (visto como um *fornecedor*) e as partes (vistas como *consumidoras*) operam

num regime de colaboração para a produção *trium personarum* das provas necessárias à maior proximidade possível entre realidade intraprocessual e realidade extraprocessual (o que dá, aqui, certo “tom social-democrático”) [princípio da cooperação probatória]. Medidas podem ser concedidas, tanto de ofício quanto a pedido das partes, com vistas ao gerenciamento eficiente do processo. Os ônus da prova são adaptativamente definidos pelo juiz à luz da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Tanto o juiz (oficiosamente) quanto as partes (por meio de acordos) podem imprimir flexibilizações sumarizantes *ad hoc* ao procedimento-padrão da lei, inclusive mediante fixação de cronogramas [*schedules*] ou calendarizações [*timing of procedural steps*] capazes de suprimir os “tempos neutros” ou os “buracos negros” [*black holes*] do trâmite processual, adaptando-o criativamente às particularidades do direito material e às exigências do caso concreto. A forma mais eficiente de estancar o fluxo de processos intermináveis e, com isso, dar à atividade jurisdicional maior rendimento de produção, são as políticas de conciliação e meios alternativos de solução de conflitos [publicismo gerencial]. O objeto litigioso é um *constructum* colaborativo entre o juiz e as partes; o “processo legal devido” é o processo eficiente, maleável, efetivo e ágil, tramitando em autos virtuais e calcado em uma legislação processual aberta; o juiz, sem colocar-se em posição hierárquica, recebe poderes discricionários [*judicial case management powers*] para a fixação de balizas de atuação para as partes [ativismo regulatório]; dá-se extrema ênfase ao procedimento e, em especial, à “engenharia procedimental inventiva e particularizante” (que é um dos saberes práticos arcanos da *good judicial governance*); o juiz-símbolo do liberalismo social é um “juiz *manager*, produtivo, plástico, pragmático e informal”, que, advertido do colapso do adversarismo mandevilliano e manietado pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, estabelece marcos regulatórios de atuação para as partes, a fim de que não façam um uso irracional do tempo processual e este tenha um desfecho abreviado (em suma, dentro de uma espécie de “pós-keynesianismo processual civil”, o *managerial judge* não suprime o exercício do contraditório pelas partes, porém, imprime-lhe planejamento calculado e algumas “bitolas corretivas”).

Ante todas essas considerações, não é difícil concluir que, para os social-liberais, em uma lei processual, o slogan de inspiração deve ser a *flexibilidade* (conseguida por meio de textos normativos concisos e redigidos sob termos vagos, conceitos jurídicos indeterminados e *standards* jurídicos, que permitam ao magistrado um raciocínio *sobresuntivo*). Tudo bem ao gosto do “fetiche *business*” e das suas reengenharias laboratoriais corporativas.

## II

Estreitando-se o foco sobre a estruturação burocrático-administrativa e o desempenho das funções jurisdicionais por essa mesma estrutura organizacional, pode-se esquematicamente afirmar que, na Justiça *tradicional* liberal clássica: (i) a figura central é o *juiz*; (ii) a sua tarefa primordial é o desempenho de uma *missão salomônica*; (iii) o ritmo de produção das decisões judiciais é *artesanal*; (iv) os julgamentos são *personalizados* e *sucessivos*; (v) não há preocupação com os precedentes, uma vez que são respeitadas as *particularidades* de cada caso concreto; (vi) a virtude mais esperada de um juiz é a *prudência*; (vii) a parte mais importante da sentença é a *motivação*; (viii) a motivação das decisões é *analítica*; (ix) o raciocínio decisório é *lógico-dedutivo*; (x) a principal fonte é a *lei* e as soluções partem prioritariamente das *regras*; (xi) a argumentação jurídica é *pós-construída* a partir do caso; (xii) a política judiciária é erigida em função do direito positivo; (xiii) a avaliação dos juízes é *intelectual*, *i.e.*, pela *excelência* das decisões; (xiv) um corpo hierarquizado de funcionários serve com *subordinação* o juiz; (xv) o jurisdicionado é visto *tecnicamente* como *parte* da *relação jurídico-processual*; (xvi) a administração dos órgãos judiciais (varas e tribunais) é *monárquica* e baseada nos *regulamentos*; (xvii) as escolas de magistratura *adaptam* o neófito à carreira.

Em contrapartida, na Justiça *moderna* do liberalismo de Estado: 1) o protagonista é a *equipe* do juiz (= gabinete + secretaria); 2) a principal tarefa dos juízes é o *gerenciamento* de suas equipes; 3) o ritmo de produção das decisões é *fordista*; 4) os julgamentos são *padronizados* e *simultâneos*; 5) existem precedentes *vinculativos*, pois a preocupação maior está na segurança do sistema, não na justiça para o caso; 6) a habilidade mais esperada de um juiz é a *produção rápida* de decisões; 7) a parte mais importante das sentenças é o *dispositivo*; 8) a fundamentação é  *sintética*; 9) o raciocínio decisório é *retórico-pragmático*; 10) a *Constituição* e os *Tratados Internacionais* são a principal fonte de direito e as soluções partem fundamentalmente dos *princípios*; 11) a argumentação está modelada *antes* da chegada do caso; 12) o direito positivo é interpretado em função das diretrizes da política judiciária; 13) a avaliação dos juízes é *estatística*, *i.e.*, pela produtividade; 14) o juiz serve seus funcionários – que são os verdadeiros executores – sob uma lógica de *coordenação multifuncional*; 15) o jurisdicionado é visto *politicamente* como *consumidor* de um *serviço*; 16) a administração das varas e dos tribunais é *compartilhada* e baseada em *técnicas de motivação*; 17) as escolas de magistratura *capacitam* o neófito à carreira.

A efetivação desse novo modelo de Justiça acaba exigindo, portanto:

(A) que a administração judiciária seja mais *eficiente*, porquanto a sociedade impõe pressões sobre custos, desempenho, legitimidade e metas (o que obriga as Cortes a adotarem técnicas de monitoração típicas da governança privada e a inspirarem-se, por conseguinte, na cartilha de recomendações do *New Public Management* de Mark Moore);

(B) que os juízes assumam responsabilidade [*accountability*] pela eficiência de sua vara e se valham das boas práticas experimentadas pelos outros colegas (mediante utilização, por exemplo, de meios audiovisuais, “despachos inteligentes”, delegação de atos ordinatórios, gestão computacional, calendarização de fases processuais, técnicas de conciliação, flexibilização procedimental, despachos-mandado);

(C) *managerial judges* habilitados a informalidade, motivação de pessoas, liderança, comunicação, liquidez, leveza, cultura organizacional, rapidez, transparência de gestão, novas tecnologias, etc.

(D) que a legislação processual tenha textualidade *aberta*, já que a dinâmica da vida pós-moderna tem imposto sucessivas reformas setoriais às legislações processuais civis de todo o mundo (o que tem causado incoerências, fragmentações, confusões, complexidades e incompletudes);

(E) que, na dogmática processual, a trilogia estruturalista ação-jurisdição-processo dê lugar à trilogia funcionalista eficiência-organização-celeridade;

(F) um maior intercâmbio de discussão entre os países, já que todos eles enfrentam o problema da celeridade na prestação jurisdicional (o que haverá de ensejar uma espécie de “mundialização judiciária” ou “globalização dogmática”, a partir da qual se superará a visão nacionalista no trato das questões processuais e se chegará a um *corpus* transnacional de princípios comuns no processo civil).

### III

Como se percebe, a realidade da Justiça moderna não imprime modificações apenas na política administrativo-judiciária, mas também – e principalmente – no direito processual civil.

As seções do Capítulo V do Título IV do Livro I do atual CPC apontam como “auxiliares da Justiça” somente o *escrivão*, o *oficial de justiça*, o *perito*, o *depositário*, o *administrador* e o *intérprete*. De sua vez, o Projeto de novo Código em sua versão originária faz menção ao *escrivão*, ao *chefe de secretaria judicial*, ao *oficial de justiça*, ao *perito*, ao *depositário*, ao *administrador*, ao

*intérprete, ao tradutor, ao mediador e ao conciliador judicial* (Livro I, Título VI, Capítulo III).

Indiscutivelmente, o Projeto de novo CPC se mostra mais sintonizado com a nova realidade da Justiça. Apesar disso, não há nele alusão à figura mais representativa da justiça quantitativa hodierna: o ASSESSOR JUDICIAL.

Geralmente, esses servidores coadjuvam os juízes na elaboração de minutas de decisões, na pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência e na preparação das agendas de julgamento. Todavia, não raro é possível deparar-se com eles em Juizados Especiais Cíveis praticando diretamente atos cuja execução é tradicionalmente esperada de magistrados (p. ex., presidência de audiências de conciliação). Isso tudo faz do assessor uma figura *polêmica*. Afinal de contas, a ele é dado redigir decisões sob a supervisão judicial, mas a ele não é dado ver a sua identidade, a sua imparcialidade e o seu nível de formação jurídica controlados pelos advogados e pelas partes. Aparece no processo quase que como um “juiz sem rosto”.

De toda maneira, a assessoria judicial é uma realidade antiga e praticamente inapagável. Sem ela, hoje, o Poder Judiciário brasileiro fecharia as suas portas. Daí a necessidade *pragmática* de enfrentar-se essa realidade e de normatizá-la a fim de que excessos e abusos sejam evitados.

Na Europa, por exemplo, existem antecedentes legislativos nesse sentido.

De acordo com JOSÉ IGREJA MATOS:

Assistiu-se em Portugal, neste domínio da delegação de poderes pelo juiz, a uma série de actos normativos falhados. Assim, primeiramente surgiu a figura dos assessores judiciais, através da Lei 2/98, hoje praticamente extinta dos tribunais da Relação e tribunais de 1ª instância, mantendo-se apenas no STJ e porque o universo de recrutamento ocorre apenas entre juízes de 1ª instância. Depois, temos a figura do assistente judicial, criada através do Decreto-lei nº 330/2001, a qual, porém, nunca viu a luz do dia pois não foi publicada a Portaria prevista nesse decreto, da responsabilidade dos Ministros da Justiça, das Finanças e da Reforma do Estado e da Administração Pública, que fixaria o número de assistentes judiciais cuja contratação seria autorizada. Resta ao juiz continuar diariamente a exercer uma multiplicidade de funções auxiliares como dactilógrafo para elaborar as suas decisões, operador de informática para scanear as peças processuais, corrector de actas, quando não autor das mesmas, elaborador de relatórios, como parte da peça decisória, que procuram condensar o que de relevante ocorreu ao longo dos autos e pesquisador solitário de jurisprudência, doutrina e legislação. Muito recentemente o regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais

judiciais veio ressuscitar estas questões, prevendo, no seu art. 83º, a criação em cada comarca de um Gabinete de Apoio destinado a assegurar assessoria e consultadoria técnica aos magistrados de cada comarca e ao presidente do tribunal, em moldes ainda a definir por decreto-lei (*Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010, p. 140, nota 281).

Todavia, esse risco de inefetividade não existe em nosso País: em Portugal, assessores e gabinetes de apoio são um *dever-ser*, um *projeto-de-ser*, um *porvir*; no Brasil, já se trata de um *ser*, de um dado fenomênico já existente, de uma realidade consagrada.

De tudo isso é que se justifica a proposta apresentada à Câmara dos Deputados a fim de regular a figura do assessor judicial no próprio CPC projetado, atribuindo-lhe funções, imputando-lhe deveres e incompatibilidades, além de desenhar os contornos mínimos para a sua nomeação. A ideia, afinal, é inseri-lo definitivamente no quadro de *auxiliares da justiça*, tirando-o do estado de desdém legislativo no qual hoje se encontram algumas de suas facetas e, assim, realçar a sua importância e necessidade nos dias atuais.

#### IV

A proposta é singela, pois se evitou propositadamente a tratativa de questões polêmicas que pudessem suscitar controvérsias e atrasar seu trâmite e aprovação. Privilegiou-se, por isso, a regência de situações que atualmente já são exercidas pelo assessor judicial, afora outras, ligadas diretamente ao exercício da própria função e que não podiam ser desprezadas.

Evidenciou-se, num primeiro momento, que o juiz poderá ser coadjuvado (auxiliado, assistido, acudido) pela atuação dos assessores judiciais, sem a necessidade de ato formal de delegação: (i) na elaboração de minutas de decisões; (ii) na pesquisa de doutrina, legislação e jurisprudência necessárias à elaboração de minutas; e (iii) na preparação das agendas de julgamento e outros serviços a realizarem-se (art. 153-A).

Também se pretendeu atribuir aos assessores, porém mediante ato formal de delegação: (i) presidir audiências de conciliação, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo tribunal para o exercício da função de conciliador, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, devidamente comprovado pelo respectivo certificado; (ii) proferir sentenças homologatórias de conciliação e transação; e (iii) proferir despachos de mero expediente (art. 153-B).

Conforme a proposta original, os assessores serão, indispensavelmente, bacharéis em Direito e servidores de carreira do Poder Judiciário. À lei específica caberá regular os pressupostos para o exercício da função (art. 153-C), como, por exemplo, exigências curriculares mínimas indispensáveis aos padrões de qualidade que se esperam do Judiciário.

Além disso, no que tange aos deveres e incompatibilidades, os assessores sujeitar-se-ão nesse particular a idêntico regime previsto para os juízes (art. 153-D).

E, finalmente, até como forma de evitar problemas relacionados à corrupção e a outros crimes, bem assim sublinhar a sua qualidade de auxiliar da justiça e de subordinação hierárquica para com os juízes, os assessores não poderão receber partes e advogados para oitiva de postulação.

## V

Depois de examinada pela *comissão especial* destinada a proferir parecer sobre os projetos de lei nº 6.025/2005 e 8.046/2010, a proposta foi aprovada e incorporada ao CPC projetado, a despeito das simplificações sofridas.<sup>3</sup>

Formalmente, parte das sugestões, que se dispersavam por cinco dispositivos, concentrou-se em um único artigo. Em específico, foi inserida no art. 137, que se constitui de três incisos e um parágrafo, incluída na Seção II do Capítulo III (“Auxiliares da Justiça”) do Título III (“Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça”), designada “Do Assessoramento Judicial”.<sup>4</sup>

---

3. Assim se manifestou em seu voto o Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro: “Acrescenta-se nova seção, a dispor sobre o “assessor judicial”. A necessidade de produção de decisões em larga escala, muitas vezes em processos repetitivos, levou à consagração, na prática forense, da figura do servidor assessor judicial. O juiz passou a ser, em grande medida, o gestor de uma equipe, formada pelos integrantes do gabinete e da secretaria. Daí a necessidade de se regular a figura, já consagrada na prática forense, do assessor judicial, a quem cabe assessorar o juiz na elaboração de minutas de decisões e votos, na realização de pesquisas e na preparação de agendas e outros serviços. O assessor deve, também, ser autorizado, por delegação do juiz, a proferir despachos. A criação e o provimento desses cargos, porém, deve ficar a cargo de leis específicas, muitas delas a serem elaboradas pelos Estados, que poderão também atribuir a esses assessores outras competências, desde que compatíveis com a função que exercem. Acolhe-se, em parte, proposta de Lúcio Delfino e Eduardo José da Fonseca Costa. A casa Civil da Presidência colaborou com a redação deste artigo.”

4. Esta a redação do dispositivo: “Art. 137º juiz poderá ser auxiliado diretamente por um ou mais servidores, notadamente: I – na elaboração de minutas de decisões ou votos; II – na pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência necessárias à elaboração de seus pronunciamentos; III – na preparação de agendas de audiências e outros serviços a serem realizados. Parágrafo único. O servidor poderá, mediante delegação do juiz e respeitadas as atribuições do cargo, proferir despachos.”



Numa perspectiva material, afastaram-se aspectos da proposta que regulavam a possibilidade de o assessor judicial (i) presidir audiências de conciliação e (ii) proferir sentenças homologatórias de conciliação e transação. Neste segundo ponto situa-se o que a proposta tem de mais polêmico. É que a ideia originária não se limitava a fomentar o chamado *automatismo judiciário*, mas ia além para admitir aos assessores judiciais a prática de atos decisórios de menor exigência cognitiva, *sempre sob a supervisão do juiz*. Frente ao que reza o art. 93, XIV, da Constituição Federal, admitindo que os servidores recebam delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente *sem caráter decisório*, a constitucionalidade da proposta, nesse particular, poderia ser questionada.

Também se eliminou a previsão no sentido de que apenas bacharéis em Direito e servidores de carreira do Poder Judiciário poderiam se tornar assessores judiciais, bem assim aquela que deslocava a regulação de outros pressupostos à lei específica. Nada obstante o silêncio legislativo, resultará daí que (i) a criação desses cargos, com (ii) as especificidades atinentes a regulação de todos os pressupostos para o seu exercício e (iii) das competências respectivas, são circunstâncias que ficarão sem dúvida a cargo de leis específicas.

Aboliram-se, de outro lado, os regramentos que estabeleciam (i) a sujeição daqueles que exercem o assessoramento judicial aos deveres e incompatibilidades dos juízes e seu (ii) impedimento de receber partes e advogados para a oitiva de postulação. No que tange ao primeiro ponto, a abolição foi meramente tópica, porquanto o art. 129, II, igualmente previsto no CPC projetado, é categórico ao prever que se aplicam a todos os auxiliares de justiça os motivos de impedimento e de suspeição do juiz, além de regular pontualmente o procedimento a disposição da parte interessada em argui-los.

Parece certo, por fim, que a inclusão do assessor judicial no corpo deste novo CPC, que a cada dia se mostra uma realidade mais próxima, é algo que realmente se impõe, não só em prol de uma adequada sistematicidade normativa, mas sobretudo para assegurar maior visibilidade a essa figura hoje indispensável para o funcionamento das engrenagens do Judiciário. E a proposta é naturalmente provisória, pois o debate parlamentar continua; deve, por conseguinte, ser alvo do exame crítico de todos aqueles que atualmente se debruçam na edificação e aperfeiçoamento desta importante obra humana.

#### ANEXO I: Proposta originária

##### LIVRO I – DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

[...].

**TÍTULO IV –**  
**DOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA**

[...].

**CAPÍTULO V – DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA**

[...].

**Seção V – Do Assessor Judicial**

**Art. 153-A.** O juiz poderá ser coadjuvado por assessores técnicos, notadamente:

I – na elaboração de minutas de decisões;

II – na pesquisa de doutrina, legislação e jurisprudência, necessárias à elaboração de minutas;

III – na preparação das agendas de julgamento e de outros serviços a realizarem-se.

**Art. 153-B.** Sob a supervisão do juiz e mediante ato formal de delegação, o assessor poderá:

I – presidir audiências de conciliação, desde que enquadrado nas exigências do art. 147, § 1º;

II – proferir sentenças homologatórias de conciliação e transação;

III – proferir despachos de mero expediente;

**Art. 153-C.** Os assessores serão bacharéis em Direito e servidores de carreira do Poder Judiciário.

**Parágrafo único.** Lei específica regulará os pressupostos para o exercício da função.

**Art. 153-D.** Os assessores sujeitar-se-ão aos deveres e incompatibilidades dos juízes.

**Art. 153-E.** Os assessores não poderão receber partes e advogados para a oitiva de postulação.

# AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JR.<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Os modelos processuais de *civil law* e *common law*; 2.1. Das expressões *civil law* e *common law*; 2.2. Explicações acerca da conveniência em se referir a tais famílias do direito; 2.3. A diversidade do contexto histórico de desenvolvimento e consolidação do *civil law* e *common law*; 2.3.1. A formação do *civil law* e o significado da “Supremacia do Parlamento”; 2.3.2. A formação do *common law* e o significado da “Supremacia do Parlamento Inglês”; 2.4. Consequências dos diferentes contextos históricos de formação do *civil law* e do *common law*; 2.4.1. A questão da criação judicial do direito no *civil law* e no *common law*; 2.4.2. O *civil law* e a busca da segurança jurídica no texto da lei; 2.4.3. O *common law* e a busca da segurança jurídica no precedente (*stare decisis*); 2.5. Mitos de incompatibilidade do *stare decisis* com o *civil law*; 2.6. Diferenças entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a tendência evolutiva de convergência; 2.6.1. A questão das fontes do direito; 2.6.2. A forma de pensar dos juristas do *civil law* e do *common law*; 2.6.3. Diferenças estruturais entre o *civil law* e o *common law* e o cotejo com o sistema brasileiro; 2.7 Causas de aproximação entre as jurisdições de *civil law* e de *common law*; 2.7.1 O constitucionalismo; 2.7.2 O impacto do *Welfare State*; 2.7.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados; 2.7.4 Das transformações sociais e as causas repetitivas; 2.8. A questão do melhor modelo: *civil law* ou *common law*?; 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

---

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente estudo, será demonstrado que os contextos histórico-sociais da França e Inglaterra foram determinantes para a formação e o desenvolvimento do *civil law* e do *common law*, respectivamente.

---

1. Advogado sócio do Escritório *Nóbrega Farias & Trajano Advogados Associados*. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professor da Escola Superior da Advocacia na Paraíba – ESA-PB. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

A formação e o desenvolvimento do *civil law* foram fortemente marcados pelo contexto histórico vigente na França pré-revolucionária, onde os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, como ainda mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Em virtude da fundada desconfiança nutrida nos juízes franceses da época, foi que se pretendeu alcançar a segurança jurídica no texto da lei, derivando daí os dogmas da supremacia da lei; da estrita separação dos poderes e do juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei).

Já o Direito inglês teve uma continuidade histórica, sendo produto de uma longa evolução, iniciada no ano de 1066, que não foi perturbada por nenhuma revolução. Na Inglaterra, não há como se identificar uma nítida ruptura da ordem jurídica, e sim um desenvolvimento gradual do *common law*.

Diversamente do que ocorreu na França, na Inglaterra, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis. O juiz inglês, tradicionalmente, ia muito além da interpretação das leis, extraía direitos e deveres, a partir do *common law*.

Ao longo do tempo, diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law*, dentre os quais se destacam os seguintes: a) o constitucionalismo; b) o Estado social; c) os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, d) as demandas de massa.

Em que pese os supracitados acontecimentos terem ensejado grandes transformações no direito, explicitando ainda mais a insuficiência da lei, para, por si só, assegurar previsibilidade, uniformidade e estabilidade às decisões judiciais, grande parte da doutrina tradicional do *civil law* tenta encobrir a necessidade de adoção de institutos próprios do *common law*, que possam contribuir para consecução dos referidos valores.

## **2. OS MODELOS PROCESSUAIS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW***

### **2.1. Das expressões *civil law* e *common law***

No ocidente, é corriqueira a contraposição entre duas grandes famílias do direito, de um lado, a romano-germânica e, do outro, a anglo-saxônica, às

quais se aplicam, em língua inglesa, respectivamente, as conhecidas expressões *civil law* e *common law*<sup>2</sup>.

Tais famílias jurídicas possuem características próprias e comuns. Na primeira, incluem-se, como o nome indica, os sistemas formados sobre a base romana, com a contribuição trazida pelos povos germânicos que invadiram o império. A tal família pertencem os ordenamentos da maior parte dos países da Europa Continental e das regiões colonizadas pelos mesmos. A segunda família (*common law*) compõe-se do direito inglês e dos sistemas a ele filiados, com realce para o norte-americano (BARBOSA MOREIRA, 2007a, p. 40).

O termo *common law* tem ainda várias outras acepções. Pode ser utilizado em oposição aos costumes locais, significando o direito comum a toda a Inglaterra (DAVID, 2002, p. 359; LOSANO, 2007, p. 324).

Pode significar um direito consuetudinário, num sentido especial, onde os costumes que, são fonte desse direito, não nascem do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes (LOSANO, 2007, p. 325).

Por *common law*, também pode-se entender o elemento casuístico do Direito anglo-americano (*case law*), constituído pelos precedentes judiciais (SESMA, 1995, p. 15).

A expressão, ainda, é utilizada para distinguir o direito formado pelos Tribunais Reais da Inglaterra, em contraposição ao direito produzido pelos Tribunais de equidade (*equity*), onde, quando não se encontrava uma solução no *common law*, decidiam-se os recursos direto ao Rei, com inspiração nos princípios do direito canônico (DAVID, 2002, p. 370-372).

---

2. John Merryman (1986, p. 15) prefere o termo “tradição jurídica”, e não “sistema jurídico”, sob os seguintes argumentos: “Observará o leitor que se usa o termo ‘tradição jurídica’, e não ‘sistema jurídico’. Quer-se distinguir assim entre duas ideias muito diferentes. Um sistema legal, tal como se usa aqui este termo, é um conjunto operativo de instituições, procedimentos e regras legais. Neste sentido, tem o sistema federal e cinquenta sistemas estaduais no Estados Unidos (...) Os sistemas jurídicos nacionais se classificam em grupos ou famílias. Por exemplo, os sistemas legais da Inglaterra, Nova Zelândia, Califórnia e Nova York se chamam sistemas de ‘*common law*’ e tem boas razões para agrupar-los nesta forma. Pelo que não deve sugerir-se que tenham instituições, processos e regras legais idênticas.”. No presente trabalho, ora referir-se-á às famílias de *civil law* e *common law* como sinônimo de tradições jurídicas, nos termos propostos por Merryman, ora referir-se-á a sistema jurídico, pretendendo falar mesmo de sistema brasileiro, alemão etc.

## 2.2. EXPLICAÇÕES ACERCA DA CONVENIÊNCIA EM SE REFERIR A TAIS FAMÍLIAS DO DIREITO

Michele Taruffo (2010a, p. 167-169) critica as macrocomparações entre as famílias da *common law* e *civil law*, pois defende que, nos últimos tempos, ocorreram inúmeras transformações que findaram por afastar os sistemas jurídicos de países que compunham uma mesma “família”. A título de exemplo cita os sistemas inglês e norte-americano, que, se já eram historicamente distintos, tornaram-se ainda mais distantes, após o Código de Processo Civil Inglês (*Rules of Civil Procedure*), introduzido em 1999.

Com efeito, o Direito inglês distancia-se a passos largos do modelo de processo *adversarial* – ainda dominante nos Estados Unidos – em que a instrução probatória fica a cargo das partes; ao mesmo tempo em que se aproxima do modelo *inquisitorial* – típico do *civil law* – em que o juiz assume papel mais relevante na instrução probatória (BARBOSA; MOREIRA, 2007a, p. 49-50; TARUFFO, 2004, p. 141-149).

Taruffo (2010a, p. 169) entende que, atualmente, existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais e, portanto, prefere realizar “microcomparações”, ou melhor, comparações “entre ordenamentos”, ao invés de comparações entre macromodelos. Mesmo assim, adverte que permanece possível referir-se às famílias de *civil law* e *common law*, desde que se esteja consciente de que os membros das famílias estão progressivamente se afastando uns dos outros, e que se atenuam os vínculos em função dos quais seria possível dizer que estes pertencem a uma ou outra família.

Ressalte-se que, em virtude do objeto do presente estudo, que levará em consideração aspectos históricos e elementos mais fundamentais e estáveis das duas grandes tradições jurídicas – como, por exemplo, as fontes do direito, o raciocínio e as técnicas utilizadas para interpretar e aplicar as regras – torna-se imperiosa a referência às famílias de *civil law* e *common law*.

O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar a compreensão das duas grandes tradições jurídicas; além do que a noção de “família de direito” não corresponde a uma realidade biológica, recorre-se a ela para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos (DAVID, 1964, p. 21-23).

Nesse sentido, as palavras John Merryman (1989, p. 17), um dos maiores comparatistas norte-americanos, são elucidativas:

É esta comunhão peculiar o que se chama aqui de tradição jurídica e a que nos permite falar dos sistemas legais da França e Alemanha (e muitos outros) como sistemas de *civil law*.

Como implica o termo, uma tradição jurídica não é um conjunto de regras e direito acerca dos contratos, das sociedades anônimas e dos delitos, ainda que tais regras sejam quase sempre, em certo sentido, um reflexo dessa tradição. É melhor um conjunto de atitudes profundamente arraigada, historicamente condicionadas, acerca da natureza do direito, acerca do papel do direito na sociedade e no corpo político, acerca da organização e da operação adequadas de um sistema legal, e acerca da forma em que se faz ou deveria fazer-se, aplicar-se, estudar-se, aperfeiçoar-se e ensinar-se o direito. A tradição jurídica relaciona o sistema legal com a cultura da qual é uma expressão parcial. Situa-se o sistema jurídico dentro da perspectiva cultural.

### 2.3. A diversidade do contexto histórico de desenvolvimento e consolidação da *civil law* e *common law*

Para melhor se compreender o surgimento e desenvolvimento das tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, bem como as consequências daí decorrentes, torna-se imprescindível uma análise crítica dos aspectos político, social, jurídico e econômico da França e Inglaterra, países que mais categoricamente representam essas duas grandes famílias do direito.

As jurisdições de *civil law* e *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de diferentes tradições jurídicas (MARINONI, 2009, p. 176).

A França do período pré-revolucionário, apesar da efervescência do racionalismo<sup>3</sup>, do liberalismo<sup>4</sup> e do poder econômico da burguesia, persistia em

- 
3. “Sistema filosófico baseado na supremacia da razão humana. Tem grande importância no conjunto de tendências que contribuíram para fixar as bases do chamado Movimento Codificador Moderno. (...) A idéia de um sistema jurídico racional, i. e., do novo *ius naturale*, baseado na razão humana e independente de pressupostos e condicionamentos éticos e religiosos, que eleva a razão humana à categoria de valor supremo do indivíduo e da humanidade, inicia-se realmente com o Renascimento (...). Projeta-se na corrente positivista, que, tomando uma nova forma na pandectística, é decisiva no fenômeno das modernas codificações, cuja gênese, em princípios do século XIX, parte dos Estados autoritários, seguindo o exemplo da França revolucionária” (SURGIK, 1977, p. 156-157).
  4. “O conteúdo refere-se à relação entre o indivíduo e o poder público, exigindo uma limitação do direito estatal da intervenção. (...) O liberalismo político começou com a filosofia do Estado nos séculos XVII e XVIII (Locke, Montesquieu) e a economia clássica (Smith)”. (...). O *Second Treatise of civil government* (1690) de Locke tornou-se o fundamento básico do movimento liberal, que proibiu a intervenção do Estado nas normas da sociedade e do particular. (...). Montesquieu esboçou o princípio da balança mútua entre os poderes estatais, possibilitando assim a liberdade do burguês. (...) A lei é, segundo a filosofia do liberalismo político, o substrato essencial da liber-

manter a ordem econômica do feudalismo, a ordem política do absolutismo monárquico e uma ordem jurídica que tentava a todo custo manter o *status quo*, privilegiando uma aristocracia feudal, em detrimento da burguesia.

De acordo com Merryman (1989, p. 40-41), os juizes franceses foram um dos alvos da Revolução de 1789, porque constituíam um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia feudal contra os camponeses, as classes médias trabalhadoras urbanas e a burguesia. Além disso, os juizes da França pré-revolucionária não conseguiam distinguir claramente entre a aplicação e a criação da lei, de forma que frequentemente frustravam as intenções progressistas dos seus elaboradores, ou negando-se a aplicar as leis novas, ou interpretando-as de forma contrária à sua intenção, ou melhor, de forma a garantir o *stato quo*.

Por conseguinte, na França, a força irresistível da ideologia liberal ligada aos valores burgueses causou a crise<sup>5</sup> da ordem social e econômica então vigentes, que, por sua vez, ensejou a necessidade do surgimento de uma nova ordem política e jurídica, suplantando as do *Ancien Régime* e, conseqüentemente, derrubando a monarquia absoluta, bem como a aristocracia feudal e das togas; elevando o parlamento ao centro do poder e criando um sistema jurídico completamente novo.

A Revolução Francesa procurou criar um Direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional, que tinha de ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento e no do poder governamental; já que não havia como confiar nos juizes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e da monarquia. O sentimento no período revolucionário era de que o direito contaria com um grave e insuportável *deficit* democrático, caso as normas traçadas pelos representantes do povo fossem interpretadas pelos magistrados (MERRYMAN, 1989, p. 41-42).

---

dade, a realização desta é o fundamento do estado moderno de direito que garante as liberdades do indivíduo". (HERKELMANN, 1977, p. 352-353).

5. Crise significa momento de readaptação da ordem vigente ou sua suplantação por uma nova ordem. As críticas a uma determinada ordem, não devem ser confundidas com a crítica à "ordem" em termos genéricos. As críticas a uma ordem não podem ser confundidas com a antiordem, pois aqueles que combatem uma ordem "A", na verdade, pretendem implantar uma ordem "B", e não a desordem, pois não há vida em sociedade sem ordem (SALDANHA, 2003, p. 215-228).



Ou seja, com a Revolução Francesa de 1789, houve uma clara ruptura da ordem política e jurídica. A luta contra o absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia Soberana. O parlamento avocou para si a competência exclusiva de criar o direito, de forma que a atividade dos juízes deveria se restringir à mera declaração da lei.

O ideal revolucionário de desenvolver um novo Direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário, tornando-se imprescindível limitar a atividade deste, mediante sua subordinação de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.

Já na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo frente ao monarca, como ainda haviam desempenhado papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Os juízes ingleses, afirmando o direito de ancestral tradição na nação (*common law* formado a partir de 1066), sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado, contribuíram para a unificação do Poder e implantação da nova ordem econômica, o que se deu de forma razoavelmente rápida e gradual, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas (MERRYMAN, 1989, p. 42).

Na Inglaterra, o *common law* se desenvolveu de forma contínua e gradativa, não sendo possível visualizar a suplantação de uma ordem por outra. Nesse sentido, leiam-se as palavras de René David (2002, p. 355):

O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge-lhe como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês.

Portanto, não se pode perder de vista que as histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos<sup>6</sup>. Também não se pode olvidar que tais

---

6. Nesse sentido, interessante a afirmação de Ivo Dantas (2010-a, p. 145): “os grandes sistemas *Civil Law* e *Common Law* não são produtos de uma elaboração doutrinária, nem retórica, mas sim, como afirma Andrea Cavanna, dos ‘caprichos da história’.”

diferenças foram fortemente acentuadas pela intenção dos inspiradores do Estado legislativo francês, pois “A Revolução francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei” (MARINONI, 2009, p. 201).

### **2.3.1. A formação do civil law e o significado da “Supremacia do Parlamento”**

Com a Revolução Francesa, o parlamento assumiu um poder quase absoluto, criou um novo Direito e, subjugou o Judiciário, proibindo-o de interpretar as leis e até mesmo de executar suas decisões, tarefa que ficaria a cargo do executivo.

A supremacia do parlamento, na França, foi vista como sujeição do juiz à lei e ao legislativo, vez que a magistratura, por não merecer a confiança dos setores a partir de então dominantes, foi proibida de interpretar as leis, para não distorcê-las e, assim, frustrar os objetivos do novo regime, que tinha o novo Direito como imprescindível para a realização dos escopos da Revolução Francesa (MERRYMAN, 1989, p. 56).

Ressalte-se que não era por acaso essa desconfiança na magistratura francesa. No *Ancien Régime*, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, como ainda mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as leis sempre no sentido que fosse mais conveniente à manutenção do *status quo*. “Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais” (MARINONI, 2009, p. 196).

Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o Judiciário não estivesse separado dos Poderes Legislativo e Executivo (teoria da separação dos poderes), partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época, já que nasceu em uma família de magistrados. Antes da Revolução Francesa, os cargos de juiz consideravam-se propriedades que podiam comprar-se, vender e herdar-se. O próprio Montesquieu herdou tal cargo, conservou-o durante uma década e o vendeu (MERRYMAN, 1989, p. 40; SOBOUL, 1981, p. 73).

Pois bem, na França, a pretexto de se garantir a consecução dos ideais revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, submeteu-se o juiz ao parlamento, através do dogma da estrita aplicação da lei, segundo o qual o juiz atua mediante a mera descrição dos termos da lei, destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*.

O Estado liberal clássico, instituído com a Revolução Francesa, tinha como um de seus principais objetivos garantir a liberdade dos cidadãos, tendo sido marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada.

Não foi por acaso que os direitos humanos de primeira geração (direitos de liberdade) surgiram nessa época. Tais direitos, que tem o indivíduo como titular e são oponíveis ao Estado, para serem respeitados, exigem apenas um não fazer, uma não intervenção (BOBBIO, 2004, p. 24-26; BONAVIDES, 2007, p. 563-564).

Ressalte-se que a principal forma de limitar a intervenção do Judiciário na vida dos particulares foi a premissa de que o julgamento apenas afirmaria o que estava contido na lei. Acreditava-se que não havendo diferença entre o julgamento e a lei – impregnada dos valores burgueses – estaria garantida a liberdade política.

Obviamente que esse modo de pensar repercutiu sobre o Estado-juiz, uma vez que de nada adiantaria delimitar a atividade do legislador com os fundamentos do liberalismo e, permitir ao juiz interpretar a lei. Por isso é que Montesquieu (2004, p. 58) afirmava que a decisão judicial deveria corresponder apenas a um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria uma opinião pessoal do juiz e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”, já que o juiz, ao seu alvedrio, poderia atribuir ao texto da lei sentido diverso do contido em sua literalidade impregnada dos valores do liberalismo.

Por esse motivo foi que Montesquieu (2004, p. 180) definiu o juiz como a “*bouche de la loi*” (boca da lei), ao asseverar que os juizes de uma nação não são mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.”

Como dito, na França revolucionária, pretendeu-se proibir o juiz de interpretar a norma; imaginou-se que uma legislação clara e completa possibilitaria ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei (MERRYMAN, 1989, p. 84).

Outrossim, estabeleceu-se que na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o juiz obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada” (MERRYMAN, 1989, p. 85).

### ***2.3.2. A formação do common law e o significado da “Supremacia do Parlamento Inglês”***

O jurista inglês se orgulha da continuidade histórica do seu direito, que considera como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução (DAVID, 2002, p. 355).

Com efeito, na Inglaterra, não há como se identificar uma nítida ruptura da ordem jurídica, e sim um desenvolvimento gradual do *common law*.

A história do Direito inglês foi marcada por quatro períodos principais. O primeiro é o período anglo-saxônico, anterior à conquista normanda de 1066. O segundo é o período da formação do *common law*, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), no qual se desenvolve, em substituição aos costumes locais, um sistema de direito novo, comum a todo o reino. O terceiro é o período da rivalidade com a *equity*, que vai de 1485 a 1832, sendo marcado pelo desenvolvimento, ao lado do *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto é o período moderno, que começa em 1832 e continua até os dias de hoje, no qual o *common law* teve que observar um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração (DAVID, 2002, p. 356).

Tão relevante foi o magistrado inglês para a consolidação do *common law*, que se tornou usual a expressão *judge make law*. No entanto, apesar da expressão *judge make law*, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, o qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por isto, deveria atuar de modo a complementá-lo (MARINONI, 2009, p. 184; HILL, 1992, p. 314-315).

Na Inglaterra, o Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. O juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, sempre ligado aos mais elevados valores da sociedade e, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão.

John Merryman (1989, p. 42) chega a afirmar que o juiz inglês “havia se constituído numa frequente força progressista ao lado do indivíduo contra o abuso de poder do governante, e havia desempenhado um papel importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo”.

Ante todo esse contexto, na Inglaterra, diversamente do que ocorreu na França, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo<sup>7</sup>. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis. O juiz inglês, tradicionalmente, ia muito além da interpretação das leis, extraía direitos e deveres, a partir do *common law* (MARINONI, 2009, p. 184-185).

A Revolução Gloriosa de 1688, correspondente inglês da Revolução Francesa, jamais teve a pretensão de criar um novo Direito, de anular os poderes dos juízes e subjugá-los ao Legislativo. Muito pelo contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei e seus princípios davam ao Judiciário condição para controlar os atos legislativos, já que o parlamento, embora supremo diante do monarca, também se encontrava submetido ao *common law* (MARINONI, 2009, p. 192).

Com efeito, o juiz inglês teve espaço para desenvolver o *common law* e, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. O célebre caso *Bonham*, decidido por volta de 1610, pelo juiz-presidente Coke, bem demonstra essa realidade. Em tal julgamento entendeu-se que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando forem com ele incompatíveis, são nulas e destituídas de eficácia. Disse Coke, nesta ocasião, que “foi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade” (CAPPELLETTI, 1992, p. 58-59; KELLY, 2010, p. 240).

Há um segundo fato de grande relevância também protagonizado pelo juiz Coke, que, em 1612, em célebre confrontação com o Rei Jaime, anunciou o princípio do primado do direito ou do Estado de Direito. Segundo John

---

7. Muito pelo contrário, como informa Merryman (1989, p. 72), na Inglaterra e nos Estados Unidos os juízes chegavam a ser venerados, tidos por verdadeiros heróis culturais. Leia-se: “No mundo do direito comum sabemos o que é um juiz. É um herói cultural, inclusive uma figura paternal. Muitos dos grandes nomes do direito comum são nomes de juízes: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Sabemos que nossa tradição legal é criada originalmente e acrescida e melhorada pelas mãos dos juízes que raciocinam cuidadosamente entre um caso e outro e constroem um corpo de direito que obriga os juízes posteriores a decidir os casos similares de maneira similar, através da doutrina do *stare decisis*”.

Kelly, na ocasião, realizava-se uma conferência do rei com vários juízes sobre o tema do alcance das jurisdições eclesiásticas concorrentes com a jurisdição dos tribunais de *common law*. Jaime asseverava que, sendo o juiz supremo abaixo apenas de Deus, podia arbitrar entre tais jurisdições, oportunidade em que foi contestado por Coke, que disse que tais questões, segundo o direito imemorial do reino, sempre foram da alçada dos tribunais de *common law*. Leia-se trecho do embate:

Então o rei disse que pensava que o direito estava fundado na razão e que ele e outros tinham a razão, e não somente os juízes: ao que redargui que era verdade que Deus havia dotado sua Majestade de excelente ciência e grandes dons da natureza; porém, sua Majestade não era instruída nas leis de seu reino da Inglaterra, e as causas que dizem respeito à vida, ou à herança, ou aos bens, ou às fortunas de seus súditos não devem ser decididas pela razão natural, mas pela razão artificial e pelo julgamento da lei, o que é uma arte que requer longo estudo e experiência antes que um homem possa atingir o conhecimento dela: e que a lei era a régua de ouro e a justa medida para decidir as causas dos súditos; e que protegia sua Majestade em segurança e paz: com o que o rei ficou profundamente ofendido, e disse que por essa hipótese ele devia estar abaixo da lei, o que era traição afirmar; ao que aduzi o que Bracton disse, a saber *quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege* (o rei não é colocado sob a autoridade de outro homem, mas sob a de Deus e a da lei) (KELLY, 2010, p. 305).

Um terceiro acontecimento histórico de peso, que elucida a estreita ligação entre o Judiciário e o Legislativo, e não a submissão do primeiro ao segundo, consistiu no conflito travado em 1616 entre os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler (*equity*) apoiada pelo rei. No século XVI, durante a dinastia dos Tudors, desenvolveu-se, em paralelo à jurisdição de *common law*, a jurisdição do Chanceler (recurso ao rei), que, com base em princípios do direito canônico, decidia os casos não solucionados pelo *common law*. Porém, quando jurisdição do Chanceler começou a invadir a competência dos tribunais de *common law*, surgiu grande resistência dos *common lawyers*, que apoiados pelo parlamento, deram início a um violento conflito. Em 1616 tal conflito fora decidido pelo Rei Jaime I, favoravelmente, à jurisdição do Chanceler. No entanto, os chanceleres, temendo a hostilidade do parlamento, aliado histórico do Judiciário, preferiram não abusar da vitória e firmar um pacto tácito para manter o *status quo*, comprometendo-se a não realizar mais novas intromissões em detrimento dos tribunais de *common law* (DAVID, 2002, p. 374-375).

Pois bem, a Revolução Gloriosa não teve a menor intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo o objetivo de impedir o juiz de afirmar o *common law*. O princípio da *supremacy of the English parliament* teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito (*common law*) sobre o monarca, e não o propósito de significar onipotência da lei ou absolutismo do parlamento; tanto é que possibilitava ao Judiciário controlar os atos legislativos que eventualmente fossem de encontro ao *common law* (MARINONI, 2009, p. 193).

A *supremacy of the English parliament* tem significado completamente distinto ao da supremacia do Legislativo vista aos olhos dos franceses. Na Inglaterra, a luta contra o absolutismo consistiu em opor, às pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo parlamento e judiciário. Nesse contexto, merece destaque o célebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange teve que se submeter, como condição para ascender ao trono (MARINONI, 2009, p. 194-195)<sup>8</sup>.

A *supremacy of the English parliament*, imposta com a Revolução Gloriosa, somente teve o mesmo sentido do princípio da supremacia do Legislativo, tal como visto pela Revolução Francesa, com relação às colônias (a exemplo dos Estados Unidos), pois nestas as leis coloniais deveriam ser aplicadas pelos juízes locais, exceto se estivessem em confronto com as Leis do Reino (MARINONI, 2009, p. 193).

---

8. Entendimento diametralmente oposto é defendido por Cappelletti (1992, p. 60-61), de acordo com o qual a doutrina de Coke, que dava ao Judiciário o poder de controlar a atividade do Rei e do Parlamento, foi abandonada na Inglaterra com a Revolução de 1688 (Revolução Gloriosa), a partir da qual foi, então, proclamada a até hoje vigente da *supremacia do Parlamento*.

Cappelletti (1992, p. 57-63) demonstra, ainda, que a *supremacia do Parlamento inglês*, paradoxalmente, criou ambiente favorável ao surgimento do *judicial review* (*supremacia do Poder Judiciário*), no Estados Unidos da América, pois em virtude de tal princípio as leis das colônias americanas só poderiam ser aplicadas se estivessem em consonância com as Cartas da Coroa britânica, de forma que com a independência das Colônias inglesas da América em 1776, um dos primeiros atos foi a substituição das velhas “Cartas” coloniais pelas novas Constituições e, como os juízes já estavam habituados a realizar o cotejo entre as leis e as Cartas coloniais, foi muito natural que passassem a realizar esse mesmo cotejo com relação às novas Constituições.

## 2.4. Consequências dos diferentes contextos históricos de formação do *civil law* e *common law*

### 2.4.1. A questão da criação judicial do direito no *civil law* e no *common law*

Há séculos se discute, se o juiz, ao decidir uma causa, cria o direito, ou apenas declara um direito preexistente. Duas teorias se confrontam acerca da natureza jurídica da decisão judicial, a teoria declaratória e a teoria constitutiva.

No *civil law*, durante séculos, prevaleceu a teoria declaratória, como consequência lógica do dogma da estrita aplicação da lei, segundo o qual o juiz atua mediante a mera descrição dos termos da lei, destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*.

Porém, com a crise da modernidade<sup>9</sup>, ocorreram profundas transformações na hermenêutica jurídica, sendo inegável nos dias atuais que a atividade de interpretar a lei, constitui-se, também, em criação do direito, em construção do sentido da norma (CAPPELLETTI, 1993, p. 21)<sup>10</sup>.

O próprio Kelsen (2003, p. 269-272), o pai do positivismo jurídico, já havia esclarecido que em virtude da necessária indeterminação relativa da norma jurídica, ela pode ser metaforicamente referida como uma moldura, dentro da qual se acomoda uma pluralidade de significações cientificamente pertinentes, podendo quaisquer delas prevalecer por escolha do juiz.

---

9. Com apoio em João Paulo Allain Teixeira (2002, p. 17-18), pode-se apresentar a seguinte noção de *crise da modernidade*: A crise da modernidade reflete sobre o modelo de racionalidade dominante na era moderna, atingindo fortemente o Estado, a política e a atividade jurisdicional. “Os dias atuais revelam um quadro de crise. Crise da civilização, crise da racionalidade, crise enfim da modernidade”. O foco da crise reside no fato de que as promessas da modernidade não se concretizaram. Constatando-se um excesso de promessas com um déficit do seu cumprimento. Apesar do avanço da técnica, da industrialização, o que se viu foi a exploração dos trabalhadores, que sequer tinham condições de satisfazer as necessidades mais básicas, como: moradia, saúde e educação. No mesmo sentido, *vide* Eduardo Bittar (2005, p. 05-33).

10. Nesse mesmo sentido, as palavras de Neil MacCormick (2006, p. 244-245) são elucidativas: “Parece verdadeiro afirmar que a controvérsia frequentemente acirrada, mas sempre árida, a respeito de poderem os juízes ‘fazer leis’ ou ‘legislar’, se deveriam agir desse modo ou se de fato o fazem, é na essência uma questão verbal ou terminológica. (...) É também verdadeiro, porém, que a lei é modificada no momento seguinte à decisão de um importante ‘caso que firme jurisprudência’ em relação ao que era no momento anterior. E essa é uma semelhança notável. O que é essencial é ver tanto a diferença quanto a semelhança”.



O eminente *Chief Justice* Barwick (apud CAPPELLETTI, 1993, p. 20-21) bem esclareceu essa questão da atividade criativa do juiz, quando afirmou que ainda “a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.”

Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’ (CAPPELLETTI, 1993, p. 25).

Portanto, embora na época da Revolução Francesa tenha prevalecido, no *civil law*, a teoria declaratória; no estágio atual, é indiscutível o papel criativo do juiz na realização do direito.

Por outro lado, embora, à primeira vista, parecesse bastante lógico que se aceitasse facilmente a atividade criativa do juiz no *common law*, até os dias atuais se discute, na Inglaterra, a natureza jurídica da decisão judicial (se declaratória ou constitutiva).

Na Inglaterra, um dos principais defensores da teoria declaratória foi Blackstone, o qual afirmou que os juízes “*são os depositários das leis; os oráculos vivos que devem decidir em todos os casos de dúvida e que se encontram obrigados, por um juramento, a decidir em conformidade com o Direito do país (...)*” (apud SESMA, 1995, p. 26). Blackstone, na verdade, pretendia disfarçar o papel criativo dos juízes, através da ideologia de que os juízes se limitavam a descobrir o “verdadeiro direito” que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes (BOBBIO, 2006, p. 97).

De acordo com Sesma (1995, p. 28-29), tradicionais juristas ingleses, como Blackstone, resistiam em reconhecer a teoria constitutiva do direito, ou melhor, que os tribunais criavam direito, porque se assim o fizessem estariam aceitando que os tribunais decidiam os casos não com base em normas preexistentes, mas sim com fulcro em direito criado *ex post facto*.

Já Bentham<sup>11</sup> (apud BOBBIO, 2006, p. 96-97), defendia ardorosamente que o juiz inglês criava o direito e criticava a ideologia de acordo com a qual

---

11. Bentham sofreu forte influência do iluminismo e, embora seu pensamento não tenha sido aceito na Inglaterra, teve grande repercussão em todo o mundo civilizado. Ele criticava duramente o

os juízes disfarçavam sua atividade criativa do direito. Segundo ele, seria uma ficção imaginar que o direito aplicado no caso concreto fora extraído do *common law* sem que houvesse nenhuma pessoa conhecida como seu autor.

Atualmente, é dominante, nas duas grandes famílias do direito, o entendimento segundo o qual a atividade do juiz é interpretativa e criativa, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade (CAPPELLETTI, 1993, p. 128-129; LARENZ, 1997, p. 193).

Hart (2010, p. 137-161), ao analisar a teoria do direito norte-americana como situada entre dois extremos (o Pesadelo e o Nobre Sonho), bem demonstrou que, mesmo no casos difíceis (*hard case*), a verdade é que os juízes ora criam o direito, exercendo a “prerrogativa soberana de escolha”, ora decidem com base nos elementos existentes no sistema. Nesse sentido, afirmou:

Para concluir, permita-me dizer o seguinte: apresentei a teoria do direito norte-americana como situada entre dois extremos, o Pesadelo e o Nobre Sonho; o entendimento de que os juízes sempre criam e nunca encontram o direito que impõem às partes, e o entendimento oposto de que nunca o criam. A exemplo de qualquer outro pesadelo e de qualquer outro sonho, esses dois são, em minha opinião, ilusões, embora tenham muito valor para ensinar ao jurista enquanto ele está acordado. A verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juízes fazem uma coisa, ora fazem outra. Obviamente, não é indiferente, mas de grande importância saber qual eles fazem e quando e como o fazem. (HART, 2010, p. 161).

#### ***2.4.2. O civil law e a busca da segurança jurídica no texto da lei***

Como se pode inferir dos itens anteriores, no *civil law*, até mesmo pela desconfiança nutrida em face da magistratura, no período da Revolução Francesa, buscou-se a segurança jurídica na lei. O parlamento, que representava os anseios do povo, deveria elaborar leis claras e que abrangessem todas as searas possíveis e imagináveis do comportamento humano, a fim de que não se ensinasse qualquer margem interpretativa ou criativa para os juízes, que se limitavam a aplicar estritamente o texto da lei.

Em virtude da experiência vivida na França com os tribunais do período pré-revolucionário, temia-se que os juízes, a pretexto de interpretar

---

modelo não escrito do Direito inglês e defendia a “Codificação”, a fim de se dar maior segurança e sistematicidade ao Direito (BOBBIO, 2006, p. 91-100).

a lei, exercessem um poder legislativo disfarçado, daí a razão do dogma da estrita aplicação da lei, que implicava a impossibilidade de o juiz, sequer, interpretar a lei.

Como afirmado por John Merryman (1989, p. 84), um dos objetivos da Revolução Francesa era elaborar leis tão simples, claras e diretas, que tornassem desnecessários os advogados e não deixassem qualquer margem interpretativa para os juízes, permitindo que os cidadãos normais entendessem a lei e determinassem por si mesmos seus direitos e obrigações sem ter que consultar advogados e socorrer-se dos tribunais.

A desconfiança nutrida em face dos Juízes do período pré-revolucionário fez com que os franceses tentassem a todo custo impedir a atividade interpretativa dos juízes, temendo que eles exercessem poder criativo e, assim, desvirtuassem os ideais revolucionários, pois de nada adiantaria o Parlamento elaborar novas leis, se os juízes lhes dessem os contornos que quisessem.

A maior demonstração desse desejo de elaborar uma legislação completa, coerente e clara se deu com o *Landrecht* prussiano de 1794, promulgado por Frederico o Grande. Tal Código continha cerca de dezessete mil artigos detalhados, que estabeleciam regras precisas para governar situações de fato específicas. Pretendia-se que o Código prussiano fosse uma espécie de catálogo completo à disposição do juiz, contendo todas as soluções possíveis e imagináveis, para resolver qualquer controvérsia que surgisse. Não bastasse essa pretensão de *catálogo universal de soluções*, Frederico ainda criou uma comissão especial para interpretação do código em caso de dúvida e, estabeleceu que o juiz que ousasse interpretar seu código, incorreria na “grande ira” de Frederico (MERRYMAN, 1989, p. 66 e 81).

Resumindo, o Parlamento, imbuído da ideologia revolucionária, pretendia regular todas as situações possíveis e imagináveis da vida, não deixando qualquer margem interpretativa ao juiz, cuja função deveria se resumir à mera aplicação da lei.

Supôs-se que a certeza jurídica decorreria da letra da lei, na medida em que esta possibilitaria ao cidadão segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Porém, a lei, por mais bem formulada que seja, tem uma “textura aberta da linguagem”, o que gera uma relativa indeterminação das regras, podendo proporcionar, para além dos casos claros – aqueles em que não se sentem dúvidas sobre o significado e aplicabilidade de um regra jurídica –, mais de uma interpretação (HART, 2010, p. 77, 114-120).

Além disso, como observado por Merryman (1989, p. 87), o legislador não consegue antecipar todos os *fattispecie*<sup>12</sup>, de forma que mesmo uma lei permanecendo inalterada em sua estrutura; frequentemente, tem o seu significado modificado em virtude de pressões sociais e da ocorrência de fatos novos não antevistos pelo legislador. A consequência disso é que o ideal de segurança jurídica no texto da lei, desfaz-se diante da incerteza quanto aos fatos da vida, de forma que a determinação dos direitos das partes, geralmente, deve esperar os resultados da lide. Ou seja, na verdade, a lei clara, completa, coerente e que preveja todos os fatos, garantindo, pois, segurança aos jurisdicionados, afigura-se uma grande utopia.

Atualmente, é dominante o entendimento de que “não se pode falar da existência de norma antes que se dê sua interação com os *fatos*, tal como pronunciada por um *intérprete*” (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 103). Com efeito, o silogismo subsuntivo, próprio da Modernidade e do Positivismo jurídico do século XIX, onde vigorava o dogma da estrita aplicação da lei, é imprestável para se lidar com normas de textura aberta, com cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que exigem uma construção de sentido diante do caso concreto (ÁVILA, 1997, p. 423).

Nos dias de hoje, tem-se compreendido, perfeitamente, que as normas jurídicas não são os textos de lei, nem o conjunto deles, e sim os sentidos construídos a partir da conformação constitucional e da interpretação sistemática dos textos legais. Os dispositivos de lei constituem-se no objeto da atividade hermenêutica e, as normas, no seu resultado (ÁVILA, 2009, p. 30).

Ora, diante dessa nova realidade, das novas técnicas legislativas e da própria elevação da complexidade social, de que adianta ter uma só lei com diversas interpretações possíveis, se haverá tantas “pautas de conduta”, quantas forem as interpretações admissíveis? (WAMBIER, 2009, p. 146).

---

12. Cândido Dinamarco (2009, p. 29-30), tratando da imperfeição das leis e do *fattispecie*, aduz: “A *imperfeição das leis* é o fundamento central das propostas, aqui contidas, de reter os princípios e renunciar a dogmas ilegítimos. Toda ordem jurídico-positiva é construída a partir de certos *Standards* de conduta ou de fatos da natureza, a que a lei atribui consequências favoráveis ou desfavoráveis aos sujeitos, segundo os juízos lógicos hauridos da experiência e os juízos valorativos presumivelmente captados no mundo axiológico integrante da cultura de uma sociedade ou da própria humanidade globalizada. Os direitos, deveres, obrigações, poderes, faculdades e ônus que dão corpo ao universo das situações jurídicas instituídas pelo direito apóiam-se sempre na observação dos fatos que comumente ocorrem e que o legislador reúne em feixes, ou *massa de fatos* compostas segundo seu critério discricionário. Surge aí o conceito de *fattispecie*, vocábulo italiano de difícil tradução ao vernáculo, empregado para designar os modelos desenhados pela lei mediante a previsão da ocorrência de algum desses fatos a serem impostas sempre que um deles ocorrer (*sanctio juris*)”.

Portanto, facilmente, pode-se inferir que diante da multiplicidade de interpretações possíveis e admissíveis, não há como se obter a certeza jurídica, simplesmente, no texto da lei.

O pior consiste em que grande parte da doutrina tradicional do *civil law*, mesmo diante da grave divergência jurisprudencial e da multiplicidade de possibilidades hermenêuticas em torno de uma lei, tenta encobrir a necessidade de adoção de um instituto que garanta a segurança, a previsibilidade e a igualdade diante das decisões<sup>13</sup>.

A tal situação John Merryman (1989, p. 88) dá o nome de “folclore da interpretação judicial”, aduzindo que, “Apesar dos fatos, o folclore da interpretação judicial tem mantido uma persistência surpreendente no mundo do *civil law*. Em consequência, existe uma tensão entre o fato e o folclore, e uma literatura abundante trata de preservar o folclore afastando-se dos fatos”.

Adverta-se, contudo, que, nos últimos tempos, muitos países do *civil law*, a exemplo do Brasil, Alemanha, Portugal, Argentina etc., têm admitido, embora que em hipóteses restritas, o instituto do precedente vinculante geralmente observado nas decisões das Cortes Constitucionais, consoante restará demonstrado nos itens seguintes.

### ***2.4.3. O common law e a busca da segurança jurídica no precedente (stare decisis)***

O Direito inglês é essencialmente jurisprudencial (*case law*) (LOSANO, 2007, p. 325); suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores (DAVID, 2002, p. 408-409).

Na Inglaterra, a lei aparece, tradicionalmente, como uma fonte secundária. Note-se que na Inglaterra não existe Constituição escrita; o que os ingleses chamam de Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa, ou na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e limitam o arbítrio das autoridades (DAVID, 2002, p. 433).

---

13. Para melhor compreensão dessa questão, recomenda-se a leitura de Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 01-34), onde o autor critica a postura daqueles que pretendem manter o paradigma racionalista, mesmo estando ultrapassado pelas transformações sociais.

O *common law* foi desenvolvido pelos Tribunais ingleses e a função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito estabelecidas nas *ratio decidendi* dos julgados, as quais devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” e comprometerem a própria existência do *common law* (DAVID, 2002, p. 428).

Por conseguinte, a obrigação de se recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*ratio decidendi*), bem como de se respeitar os precedentes judiciais (*stare decisis*<sup>14</sup>), é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial (DAVID, 2002, p. 428).

Ressalte-se que, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei, por isso que a segurança não foi buscada na lei, e sim nos precedentes, que se mostravam como instrumento hábil a garantir certeza e previsibilidade na aplicação do direito (MARINONI, 2009, p. 199).

Assinale-se, por oportuno, que, na Inglaterra, a necessidade de segurança e certeza não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que se estabeleceu a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes o recurso às regras criadas pelos seus predecessores (DAVID, 2002, p. 428).

É conveniente observar que os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores (*Supreme Court of Judicature* e Câmara dos Lordes), de forma que as decisões emanadas de outros tribunais podem ter um valor persuasivo, mas não vinculativo (DAVID, 2002, p. 429).

A Câmara dos Lordes (*House of Lords*<sup>15</sup>), por séculos, foi o órgão de cúpula do Judiciário inglês. Na Idade Moderna, ou melhor, a partir do século XIX, a Corte assumiu o papel de julgar os recursos extremos, sendo as manifestações orais conduzidas por juízes muitíssimo qualificados (ANDREWS, 2010, p. 300).

---

14. De acordo com José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 160) *Stare decisis* é o que sobrou da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

15. A *House of Lords* fora extinta no ano de 2009, tendo seu último julgamento ocorrido em 28.07.2009. A partir de então, o órgão de cúpula do Judiciário inglês passou a ser Suprema Corte do Reino Unido, que se reuniu pela primeira vez em 01.10.2009 (ANDREWS, 2010, p. 301-302).

Em 1934, o acesso à *House of Lords* deixou de ser direito da parte, pois o recorrente passou a precisar de uma permissão do juízo *a quo* ou da própria *House of Lords* para interpor o recurso final (ANDREWS, 2010, p. 301). Tal instituto inglês, embora não se confunda, assemelha-se ao *writ of certiorari* norte-americano e à repercussão geral brasileira (FERREIRA PINTO, 2010, p. 114-115).

Vale salientar que, até a segunda metade do século XX, a Câmara dos Lordes estava estritamente vinculada aos seus próprios precedentes (vinculação horizontal).

Porém, em 1966, o Lorde Chanceler declarou solenemente que, no futuro, a Câmara dos Lordes poderia ultrapassar seus próprios precedentes, se razões prementes, parecessem exigi-lo no interesse da justiça (DAVID, 2002, p. 429). “De acordo com Louis Blom-Cooper’s, entre 1966 e 2009, pelo menos 21 posições da *House of Lords* foram alteradas ou desconstituídas, de acordo com regras excepcionais que autorizam o afastamento de precedentes” (ANDREWS, 2010, p. 310).

Ou seja, tanto no *civil law* como no *common law* percebeu-se que um determinado enunciado normativo poderia gerar inúmeras interpretações e, conseqüentemente, diversas decisões judiciais. No entanto, no *common law* intuiu-se que o juiz não poderia ser visto como um mero autômato que declara o direito preexistente, chegando-se a atribuir-lhe a função de criador do direito; ao passo que, no *civil law*, até hoje ainda tem força a ideia de que o juiz apenas extrai a vontade da lei<sup>16</sup>.

Por todos esses fatores foi que se inferiu no *common law* que a segurança só poderia ser obtida mediante o *stare decisis*; enquanto que o *civil law* permaneceu preso à ideia de garantir a segurança no texto da lei (MARINONI, 2009, p. 206).

A segurança jurídica é valor caro a qualquer sistema jurídico e, obviamente, interessa aos sistemas das duas tradições jurídicas, sendo que o *civil law*, historicamente, perseguiu-a através do texto da lei e, o *common law*, mediante o precedente vinculante (*stare decisis*).

---

16. Ainda é comum lermos nas petições e decisões a expressão “vontade da lei”; “o caso dos autos se subsume a lei”; “silogismo subsuntivo”; “premissa maior”, “premissa menor” etc..

## 2.5. Mitos de incompatibilidade do *stare decisis* com o *civil law*

a doutrina contrária à adoção do *stare decisis*, nos países do *civil law*, criou três mitos, visando demonstrar sua incompatibilidade com o sistema, quais sejam: (i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; (ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da do seu colega do *civil law*; e (iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law* (MARINONI, 2009, p. 179).

Em primeiro lugar, não há como se confundir o *common law* com o *stare decisis*, que se afigura apenas um de seus elementos. Conforme já demonstrado, a formação do *common law* se iniciou em 1066 com a conquista normanda e o *stare decisis* somente fora estabelecido na segunda metade do século XIX. Além disso, o *common law* como os costumes gerais, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*, por vários séculos, 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*.

Também não se pode vincular o *stare decisis* à criação judicial do direito e, com base nisso, concluir por sua incompatibilidade no *civil law*. Primeiro, porque, atualmente, nos países de tradição romano-germânica, é dominante o pensamento de que o juiz exerce atividade criativa, e não meramente declaratória, já que o sentido do enunciado normativo não é simplesmente extraído do texto legal, mas construído no exato momento de decisão do caso concreto. Segundo, porque, durante muito tempo, na Inglaterra, conviveram harmonicamente o *stare decisis* e a teoria declaratória.

Por outro lado, afigura-se flagrantemente equivocado o argumento de que o *stare decisis* é incompatível com os sistemas em que a lei se apresenta como fonte primária do direito (*civil law*). Primeiro, porque há países de *common law*, como os Estados Unidos da América, em que a produção legislativa é tão intensa como em países típicos do *civil law*<sup>17</sup>. Segundo, porque a Inglaterra, há um bom tempo, vem implementando sua legislação, a exemplo do Código de Processo Civil que já conta mais dez anos, sem que

---

17. Neste particular John Merryman afirma que: “É provável que haja num estado norte-americano típico pelo menos tanta legislação vigente como em um país europeu ou latino-americano típico. Do mesmo modo que em um país de direito civil, a legislação validamente promulgada nos Estados Unidos é a lei, a qual se espera que os juízes interpretem e apliquem com o espírito do seu criador. A autoridade da legislação é superior a das decisões judiciais; os estatutos superam as decisões judiciais contrárias (deixando de lado as questões constitucionais), mas não o contrário.”



nenhuma bandeira tenha se levantado pugnando pelo fim do *stare decisis*. Terceiro, porque é fato incontestável que países do *civil law* têm passado a adotar o precedente vinculante, principalmente, com relação às decisões de suas Cortes Constitucionais<sup>18</sup>.

Portanto, resta patente que inexistente incompatibilidade entre o *civil law* e o *stare decisis*, muito pelo contrário, países de *civil law* têm caminhado rumo ao precedente vinculante, visando assegurar maior previsibilidade às decisões judiciais.

## **2.6. Diferenças entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e tendência evolutiva de convergência**

### **2.6.1. A questão das fontes do direito**

Uma das maiores diferenças existentes entre o *civil law* e o *common law* reside na importância que um e outro dá à lei e ao precedente judicial como fonte do direito.

Porém, desde já, é importante destacar que com o surgimento do Constitucionalismo e do Estado Social, os países de *civil law* passaram a atribuir mais importância à jurisprudência como fonte do direito, ao mesmo tempo em que os países de *common law* passaram a dar maior relevo à lei.

A doutrina clássica do *civil law* considerava a lei como fonte primária do direito e, entendia que a jurisprudência não constituía fonte de direito (DAVID, 2002, p. 16).

Por muito tempo, a lei foi considerada, nos países de *civil law* (de direito escrito), a fonte primordial do direito, quase exclusiva. Nestes países, os juristas procuravam, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, debruçando-se sobre os textos legislativos emanados do parlamento, com o auxílio de vários processos de interpretação, a fim de encontrar a solução que em cada caso correspondesse à vontade do legislador (DAVID, 2002, p. 112).

---

18. No Brasil, tem-se o instituto do precedente vinculante, desde 1993. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 03/93, acrescentou o § 2º, ao art. 102 da Constituição Federal, atribuindo efeito vinculante à decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade. A quantidade da legislação e seu grau de autoridade não são critérios úteis para distinguir os sistemas de *civil law* e *common law*.

Os juristas franceses do século XIX acreditavam que os seus códigos tinham realizado a “perfeição da razão” e que o meio mais seguro de chegar a uma solução de justiça, de conhecer o direito, seria simplesmente a exegese destes diplomas legais (DAVID, 2002, p. 114).

Ocorre que esta análise, atualmente, está de fato muito distante da realidade.

Os próprios defensores do positivismo abandonaram o mito da lei, tal como se apresentava no século XIX. Nos dias atuais, reconhece-se o papel criativo do juiz; já ninguém acredita que a lei seja a única fonte do direito e que uma operação puramente lógica de interpretação possa, em todos os casos, conduzir à descoberta da solução de direito adequada (DAVID, 2002, p. 113).

No *common law*, os precedentes é que se configuram na fonte do direito por excelência; ocupando as leis, pelo menos sob o prisma cultural, um aspecto de exceção, embora sejam igualmente numerosas na Inglaterra.

O Direito inglês é essencialmente jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores (DAVID, 2002, p. 408-409).

Tal diferença reside unicamente no fato de que, no âmbito da família romano-germânica, busca-se a solução de direito partindo-se da lei, enquanto na família da *common law* se pretende o mesmo resultado, só que levando em consideração, prioritariamente, as decisões judiciais. “Disto resultando, nas duas famílias, uma análise diferente da *regra de direito*, concebida sob um aspecto legislativo e doutrinal nos países da família romano-germânica e sob um aspecto jurisprudencial nos países de *common law*” (DAVID, 2002, p. 116).

Ressalte-se que um intenso movimento legislativo desenvolveu-se na Inglaterra nos últimos cem anos, muito especialmente depois da Segunda Guerra Mundial. Multiplicaram-se as leis de inspiração dirigista, modificando profundamente o direito antigo. Tal desenvolvimento das tendências dirigistas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, tende a aumentar a importância da lei. Em paralelo, nos países de *civil law* tem aumentado sobremaneira a importância do precedente judicial, principalmente, em virtude do implemento da atividade criativa do Judiciário, decorrente do *Welfare State*, do constitucionalismo, dos conceitos indeterminados, regras de textura aberta e cláusulas gerais, conforme será abordado nos itens seguintes.

Por conseguinte, também sob o aspecto das fontes do direito, pode-se visualizar uma nítida aproximação entre as famílias de *civil law* e *common law*.

### **2.6.2. A forma de pensar dos juristas do *civil law* e *common law***

A concepção comum que se tem da regra de direito e do seu nível de abstração e generalidade é um dos pontos fundamentais para classificar um sistema jurídico como de *civil law* ou *common law*. Com efeito, há uma comunhão entre os juristas dos países que aderem à família romano-germânica, relativamente, aos modos de ver e de raciocinar o direito. Nos países de *civil law*, a generalidade reconhecida à regra de direito explica que a tarefa dos juristas seja essencialmente concebida como uma tarefa de interpretação de fórmulas legislativas; ao inverso dos países de *common law*, onde a técnica jurídica, que tem como ponto de partida a *ratio decidendi* dos precedentes, caracteriza-se pelo processo das *distinções*.

A “boa regra de direito” não é concebida da mesma forma nas duas grandes famílias do direito. Nos países de *common law* deseja-se que as regras sejam formuladas de um modo tão precioso quanto possível; nos países de *civil law*, atualmente, deseja-se, pelo contrário, que a regra de direito deixe certa margem de liberdade ao juiz, sendo função do legislador apenas estabelecer *quadros* para o direito e fornecer *diretivas* ao juiz (DAVID 2002, p. 105).

Exemplificando a peculiar forma de raciocinar o direito dos *common lawyers*, David (2002, p. 413) afirma que:

A lei pode, assim, em diversos casos, conceder aos juízes, no direito inglês, um ‘poder discricionário’. Mas esta fórmula geral vai encobrir uma realidade muito diferente daquela que encobriria um direito românico. Com efeito, a fórmula legal só terá sentido aos olhos do jurista inglês quando uma infinidade de *legal rules*, de origem judiciária, tiver fixado com precisão, juridicamente, o modo como o juiz deve fazer uso do seu poder discricionário.

O jurista do *common law* é tão habituado à técnica das *distinções* e a revelar a *legal rule* dos precedentes que, mesmo quando houver lei regulando uma matéria, o jurista americano dirá naturalmente: “*there is no law on the point*” (não há direito sobre a questão), se não existir precedente das Altas Cortes (DAVID, 2002, p. 459).

### **2.6.3. Diferenças estruturais entre o *civil law* e o *common law* e o cotejo com o sistema brasileiro**

Cappelletti (1993, p. 116-128) apresenta algumas diferenças que considera fundamentais entre os Sistemas de *Civil Law* e *Common Law* e, em

seguida, sustenta que tais dessemelhanças vêm se atenuando, principalmente, com a criação das Cortes Constitucionais no países de *civil law*. Observem-se as distinções:

*a)* Do ponto de vista de sua estrutura e organização, as Cortes Superiores tradicionais dos países do *civil law* são profundamente diversas das dos países de *common law*, pois não têm estrutura unitária e compacta. Essa estrutura mais diluída dos tribunais do *civil law* geram um grande número de decisões irrelevantes, que acabam caindo no esquecimento e fazendo com que a autoridade da jurisprudência seja menor e menos visível. As Cortes Superiores dos países de *common law* têm estrutura bem mais compacta e unitária, sendo composta geralmente por poucos membros, cerca de 09 ou 10;

*b)* Nos países de *civil law* vigora um princípio processual que exclui a possibilidade de os Tribunais Superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados a seu julgamento, escolhendo decidir apenas os que suscitem questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade à Corte. A título de exemplo, tem-se o instituto do *writ of certiorari*, que concede às Cortes dos Estados Unidos e de outros países do *Common Law* um poder de escolha, que faculta aos seus membros não decidirem questões que entendam de menor relevância para a sociedade.

*c)* Diferença concernente à “sociologia judiciária”, ou melhor, ao tipo de juízes que compõem tais tribunais. No *civil law*, os membros das cortes superiores em regra são juízes de carreira, mais discretos e técnicos que não gostam de se colocar em evidência, criando regras de direito; ao passo que no *common law* os juízes das cortes superiores são nomeados por escolha política, que premia uma personalidade de destacado relevo;

*d)* Em regra, falta nos países do *civil law* algo semelhante à regra formal do ‘*stare decisis*’, isto é, o vínculo aos precedentes judiciais;

*e)* Diferença relativa à concepção do direito. Nos países de *civil law*, tende-se a identificar o direito com a lei. Nos países de *common law*, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito, pois sempre há para além da lei, o *common law*, ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juízes.

Ora, tomando-se o Brasil como parâmetro, para fins de cotejo com as características marcantes do que seria um país de *common law*, pode-se concluir que todas essas supracitadas diferenças ou foram superadas, ou se encontram bem mitigadas.

Com efeito, **(a)** no Brasil, as Cortes Superiores têm reduzido número de ministros. O Supremo Tribunal Federal (STF) conta com onze ministros, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) com trinta e três; **(b)** o ordenamento jurídico brasileiro já prevê institutos que permitem aos membros das Cortes Superiores escolher recursos de maior relevância para decidir, tais como: a *repercussão geral* e o *juízo de recurso por amostragem dos Recursos Especial e Extraordinário*; **(c)** os Ministros do STF não são obrigatoriamente juizes de carreira, podendo ser nomeados pelo Presidente, dentre juristas de destacada atuação; atente-se que no STJ 1/3 dos Ministros podem ser escolhidos dentre membros do Ministério Público e da advocacia, número esse superior ao reservado nos Tribunais Regionais e Estaduais (1/5); **(d)** o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante, como sói acontecer com a *Súmula Vinculante*; com a *Repercussão Geral* e, com as *matérias decididas em controle concentrado de constitucionalidade*; **(e)** o juiz brasileiro já não identifica o direito com a lei, pois acima desta está a Constituição e, diuturnamente, é levado a cotejar a consonância daquela com esta, para aplicar-lhe ou negar-lhe vigência.

Portanto, há de se concluir que as clássicas diferenças estruturais entre o *civil law* e o *common law* já estão bastante mitigadas no caso do sistema brasileiro, de forma que o fato de o Brasil historicamente integrar a tradição de *civil law*, não se constitui em empecilho à adoção do *stare decisis*.

## 2.7. CAUSAS DE APROXIMAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

### 2.7.1. O constitucionalismo

O constitucionalismo provocou profundas transformações no *civil law*, aproximando-o bastante do *common law*. É que, a partir do momento em que a lei perdeu a supremacia, submetendo-se à Constituição, a atividade do juiz das famílias romano-germânicas se tornou bem parecida à dos seus colegas ingleses e norte-americanos, que controlam a lei a partir do *Common Law* e da Constituição, respectivamente.

Com efeito, se o juiz não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, interpreta-a conforme a Constituição ou supre uma omissão; pode-se afirmar que sua atividade se limita a declarar a vontade da lei? Pode-se afirmar que ainda existem os dogmas da supremacia da lei e da estrita separação dos poderes, onde a criação do direito cabe exclusivamente ao Legislativo?

É óbvio que um juiz que, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o Legislativo; bem como aquele que acolhe um mandado de injunção para construir a norma jurídica do caso concreto, efetivamente, cria o direito, exercendo atividade bastante semelhante à do juiz do *common law*.

John Merryman (1989, p. 56) demonstrou com muita lucidez as profundas transformações suportadas pela tradição de *civil law* com o advento do constitucionalismo, na medida em que a Constituição eliminou os dogmas da supremacia da lei, da estrita separação dos poderes e, o mais importante, ao estabelecer um parâmetro para a apreciação da validade da lei, mitigou sobremaneira o mito da aplicação mecânica da lei, ou melhor, o mito do juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei). Observe-se o que Merryman escreveu sobre o tema:

A concepção dogmática do que é o direito, como muitas outras implicações dos dogmas do período revolucionário, tendo sido minada pelo tempo e pelos acontecimentos. É possível que a inovação mais extraordinária tenha sido o forte movimento feito pelo constitucionalismo, com seu empenho na rigidez funcional, e portanto na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. Tais constituições, que eliminam o poder da legislatura para emendar mediante a ação legislativa ordinária, reduz o monopólio da legislatura em matéria de produção de leis. Inserem um elemento novo na hierarquia das fontes do direito, que agora fica assim: 'constituição, legislação, regulamentos e costume'. Ademais, se um tribunal pode decidir que um estatuto é inválido porque está em conflito com a constituição, se destrói o dogma da separação estrita entre o poder legislativo e o poder judicial. (MERRYMAN, 1989, p. 56).

Essas alterações provocadas pelo constitucionalismo repercutiram fortemente sobre o próprio conceito de direito e jurisdição na tradição de *civil law*, restando mais que evidente a relevância de uma doutrina de precedentes vinculantes, visando assegurar maior previsibilidade às decisões judiciais, principalmente, no campo da jurisdição constitucional.

Se não bastasse o fato de o constitucionalismo ter minado praticamente todos os dogmas e mitos da Revolução Francesa; há que se destacar que os inconvenientes surgidos com a adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade acabaram por aproximar as duas grandes famílias do direito, conforme será demonstrado a seguir.

Como é amplamente conhecido, os sistemas de controle de constitucionalidade das leis, classifica-se, no aspecto subjetivo ou orgânico, em: *sistema difuso* – “em que o controle pertence a *todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência” – e *sistema concentrado* – “em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um *único órgão judiciário*” (CAPPELLETTI, 1992, p. 67).

O sistema de controle de constitucionalidade difuso, geralmente, é relacionado aos Estados Unidos, onde foi posto em prática pela primeira vez; já o sistema concentrado tem como paradigma o modelo austríaco, que “foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da ‘escola jurídica de Viena’, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da Emenda de 1929” (CAPPELLETTI, 1992, p. 67-68).

De acordo com Cappelletti (1992, p. 69-73), o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano (difuso) influenciou fortemente países tanto do continente europeu, como das Américas do Norte e do Sul, da África, da Ásia e da Oceania. O mais interessante é que muitos desses países pertenciam à tradição romano-germânica, conforme se verá a seguir.

Na Europa, pode-se mencionar, como países que sofreram influência do sistema de controle difuso norte-americano, a Suíça, a Noruega, a Dinamarca e, no que mais interessa aos fins do presente estudo, a Alemanha, na época da Constituição de Weimar, e a Itália, nos anos de 1948 a 1956. Para além do velho continente, como influenciados pelo sistema norte-americano, citam-se as ex-colônias inglesas (Canadá, Austrália e Índia), o Japão e o Brasil, em sua Constituição de 1891<sup>19</sup>.

---

19. Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 36-43 e 317) afirma que a aproximação do direito brasileiro com o *common law* iniciou-se em 1891, com a adoção do *Judicial Review* norte-americano. Com base nisso, alega que há um grande paradoxo metodológico no direito brasileiro, que adota, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa-continental (Alemanha e Itália).

É de se concordar com a primeira afirmação, no sentido de que o sistema brasileiro se aproximou da tradição de *common law*, pois, conforme afirmado neste tópico, o fenômeno do constitucionalismo, em sim, aproximou as duas tradições jurídicas. Porém, discorda-se da segunda assertiva atinente ao paradoxo metodológico. É que, consoante demonstrado neste tópico, não apenas o Brasil, mas também a própria Alemanha e Itália, que Zaneti Jr. elege como paradigma do Brasil no plano processual civil, foram influenciados pelo *Judicial Review* norte-

Como bem revelou Cappelletti (1992, p. 69), o sistema de controle difuso norte-americano fora importado, de forma um tanto quanto ingênua, por países da tradição de *civil law*, que não atentaram para o fato de que tal modelo não tinha como prosperar sem a doutrina do *stare decisis*.

Com efeito, o sistema de controle difuso de constitucionalidade funcionou a contento nos Estados Unidos e demais países do *common law*, em face da doutrina do *stare decisis*, tendo em vista, que após a Suprema Corte decidir a respeito de constitucionalidade de lei, todas as demais instâncias do Poder Judiciário encontravam-se vinculadas a tal decisão, o que ensejava verdadeira eficácia *erga omnes* ao julgamento de (in)constitucionalidade.

Entretanto, nos países de *civil law*, o sistema de controle difuso ensejou sérios e graves inconvenientes, na medida em que proporcionou o surgimento de decisões conflitantes a respeito da constitucionalidade de uma mesma lei. É que se qualquer magistrado tem o poder-dever de apreciar a constitucionalidade das leis, pode muito bem ocorrer que alguns juízes declarem a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal e deixem de aplicá-lo e, outros, pelo contrário, reputem-no constitucional e continuem a aplicá-lo. Pode ocorrer, ainda, que mesmo a mais Alta Corte tendo decidido a respeito da (in)constitucionalidade de lei, os juízes de primeira instância continuem a julgar em sentido contrário, já que não estão vinculados ao precedente (CAPPELLETTI, 1992, p. 77-78).

Tais situações são completamente absurdas, pois proporciona que uma mesma lei seja considerada constitucional para uns e inconstitucional para outros. Ou seja, não há racionalidade nenhuma num sistema de controle de constitucionalidade difuso, onde as decisões do órgão máximo do Judiciário, intérprete último da Constituição, não têm efeito vinculante.

Visando superar tais inconvenientes foi que países do *civil law* como a Itália e a Alemanha que, inicialmente, haviam adotado o sistema de controle de constitucionalidade difuso, aderiram ao modelo de controle concentrado,

---

americano e chegaram adotar, por algum período, o sistema de controle difuso de constitucionalidade. Entretanto, em virtude do grave inconveniente das decisões conflitantes sobre (in)constitucionalidade de lei, aderiram ao sistema de controle concentrado. O Brasil, na Constituição de 1934, tentou fugir do referido inconveniente, criando a Resolução Suspensiva do Senado, porém não teve êxito e, posteriormente passou a adotar o sistema misto de controle, donde o inconveniente com o controle difuso somente está caminhando para solução nos últimos anos. Bom, o que se quer demonstrar é que se o Brasil aderiu à tradição do *common law* com a Constituição de 1891, assim também o aderiram seus paradigmas (Itália e Alemanha), não havendo, pois, que se falar em paradoxo no plano processual.



criando suas Cortes Constitucionais, com competência exclusiva para decidir sobre a constitucionalidade das leis. Não é ocioso destacar que no sistema de controle concentrado, os juízes ordinários não têm competência para apreciar a constitucionalidade de lei; na verdade, surgindo no curso do processo discussão incidental sobre a constitucionalidade de lei, o máximo que os juízes podem fazer é suspender o feito e remetê-lo à Corte Constitucional.

No Brasil, tentou-se, diga-se de passagem, sem êxito, evitar o referido inconveniente, por meio do original instituto da Resolução Suspensiva do Senado, introduzido com a Constituição de 1934. Através de tal resolução o Senado suspendia a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo, como forma de conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 1080).

O que interessa demonstrar é que os mencionados inconvenientes do sistema de controle de constitucionalidade difuso nos países de tradição romano-germânica, contribuíram sobremaneira para a aproximação das duas grandes famílias do direito.

Com efeito, qualquer que seja o sistema de controle de constitucionalidade adotado por um país – seja o concentrado, o difuso ou misto –, o fato é que o constitucionalismo proporcionou uma grande aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law*.

É que alguns países de *civil law* – a exemplo da Áustria, Itália, Espanha e Alemanha<sup>20</sup> – não observando o princípio do *stare decisis* e, visando evitar o inconveniente de decisões conflitantes entre os diversos órgãos e instâncias jurisdicionais a respeito da constitucionalidade de lei, criaram Cortes Cons-

---

20. Quanto à eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), leia-se Gilmar Mendes (2007, p. 20): “As decisões do *Bundesverfassungsgericht* fazem coisa julgada formal e material. O § 31, n° 1, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* prevê, ademais, que as decisões proferidas pelo Tribunal ‘vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os Tribunais e autoridades’. Com fundamento no art. 94, II, da Lei Fundamental, prevê o § 31, n° 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que têm eficácia *erga omnes* as decisões proferidas nos processos de controle de normas, inclusive no *processo de verificação de normas*, que permite ao Tribunal verificar, a requerimento de outro Tribunal, se determinada regra de direito internacional pública integra o direito federal (Lei Fundamental, art. 100, II), e no processo de qualificação de normas, relativo à subsistência da lei como direito federal (Lei Fundamental, art. 126; Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 13, n° 14, § 86-89), no processo de recurso constitucional contra a lei, ou contra decisão judicial fundada em lei inconstitucional”. No mesmo sentido, Jorge Miranda (1996, p. 91).

titucionais, com competência exclusiva, cujas decisões dispõem de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Assim, a partir do momento em que as Cortes Constitucionais dos supracitados países passaram a produzir decisões com eficácia vinculante, tornou-se mais que evidente a aproximação dos mesmos ao *common law*.

Por outro lado, alguns dos países do *civil law* que adotaram o sistema de controle difuso, a fim de evitar decisões conflitantes, passaram a atribuir eficácia vinculante aos precedentes do órgão encarregado de dar a última palavra em matéria constitucional. A título de exemplo, cita-se a Suíça (CAPPELLETTI, 1992, p. 79).

Por fim, países que adotaram um sistema misto de controle de constitucionalidade de lei, a exemplo do Brasil e de Portugal, estabeleceram eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle concentrado e, gradativamente, vêm conferindo esses mesmos efeitos às decisões plenárias da Corte Suprema, em sede de controle difuso. Basta ver que em Portugal, o art. 281 (3), prevê que, em tendo sido proferidas três decisões de inconstitucionalidade em casos concretos, têm lugar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. No Brasil, consoante será amplamente analisado no item 4.3, há uma marcante tendência de objetivação do controle difuso, como se pode perceber da decisão proferida na Medida Cautelar no RE 376.852/SC e de recentes institutos como a súmula vinculante (art. 103-A, CF e art. 2º, Lei nº 11.417/2006), a *repercussão geral* (art. 102, § 3º e arts. 543-A, § 5º e 543-B, § 2º, do CPC) e o recurso extraordinário nas causas repetitivas (Art. 543-B, § 3º e 4º, CPC).

Portanto, é inegável que o constitucionalismo aproximou as tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, seja minando os dogmas e mitos da Revolução Francesa, seja ocasionando a produção de precedentes com força vinculante na jurisdição constitucional.

### 2.7.2. O impacto do Welfare State

Cappelletti (1999, p. 17-18) bem demonstra que o Estado Social (*Welfare State*), as Constituições Programáticas e a intensa produção legislativa se tornaram campo fértil ao “direito judiciário”<sup>21</sup> e à aproximação das duas grandes famílias do direito (*Common Law* e *Civil Law*).

---

21. “A expressão direito judiciário (“*judiciary law*”) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “*embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar*”

O fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – ocorrido nas duas grandes famílias do direito –, constituiu uma das principais causas do ulterior fenômeno da expansão, no mundo moderno, do direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, da exacerbação do papel criativo dos juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 18).

É que se as leis, por mais claras que sejam, sempre deixam certa margem para interpretação criativa do juiz, tal margem é sobremaneira intensificada com a desordenada expansão legislativa e o novo estilo de legislar, através de normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

O “*Welfare State*”, na origem, essencialmente, um “estado legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando num “estado administrativo”, num “estado burocrático” (CAPPELLETTI, 1993, p. 39).

Diante do gigantismo dos Poderes Legislativo e Executivo não restou outra alternativa ao Judiciário tanto do *civil law*, quanto do *common law*, que não fosse tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador, através da Constituição. Nesse sentido, as esclarecedoras palavras de Cappelletti (1993, p. 133):

Com referência a essas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas.

Também não se pode olvidar que o aumento do grau de intervenção do Estado, contribuiu para uma mudança na técnica legislativa, deslocando-a progressivamente das regras de conduta, para as medidas de acomodações institucionais. Assim, gradativamente, surgiu um novo modelo de legislação: leis que indicam certas finalidades ou princípios, deixando sua regulamentação a normas subordinadas, a decisões de ministros ou de magistrados (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

---

*ser em realidade o criador do direito*”. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo os “vícios” do direito judiciário: a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação” (CAPPELLETTI, 1993, p. 17-18).

Ao contrário dos direitos tradicionais (direitos de primeira geração), para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais (de segunda geração<sup>22</sup>) – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Os direitos sociais exigem permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Como explica Jorge Miranda (1996, p. 71-72)<sup>23</sup>, a contingência muito petitoria dos direitos sociais, isto é, a grande distância entre sua previsão e a sua efetiva prestação, leva a multiplicarem-se as normas programáticas e a exigir uma maior intervenção do Estado com vistas à satisfação dos seus deveres.

Os efeitos de tão grande transformação do papel do Estado e do Direito nas sociedades modernas, têm influenciado os juízes das duas grandes famílias, que, negando o caráter programático da legislação, passaram a lhe dar efetividade, com o escopo de contribuir na realização das finalidades e princípios contidos no ordenamento jurídico.

---

22. Quanto aos direitos de 2ª geração, as lições de Paulo Bonavides (2007, p. 563-564) são preciosas: “Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado

social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade”.

23. “Na perspectiva social, a idéia mestra está na igualdade e já não na liberdade. (...)

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiriam direitos, imprescritíveis e inalienáveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*” (MIRANDA, 1996, p. 71-72). Nesse mesmo sentido, *vide* Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 203-234).

Com efeito, o Estado Social conduz a uma situação, como a atual, onde os juízes – diante dessas normas programáticas (de textura extremamente aberta) e da ineficiência do Poder Executivo na realização dos direitos sociais – passa a intervir na consecução das políticas públicas, com vistas a assegurar o *mínimo existencial* sem descuidar da *reserva do possível*<sup>24</sup> (GRINOVER, 2009, p. 42-48).

No Brasil, há inúmeros exemplos dessa realidade. Se outrora o STF, ainda arraigado a uma concepção clássica da teoria da separação dos poderes, deixou de aplicar diversos dispositivos constitucionais, por entendê-los normas programáticas, carentes de efetividade por ausência de regulamentação, hoje, não perde a oportunidade de “contribuir” para a consecução dos valores e finalidades agasalhados na Constituição. Exemplo disso ocorreu no Mandado de Injunção nº 708, onde a Corte reconheceu o direito de greve aos servidores públicos civis, determinando a aplicação da lei relativa à iniciativa privada e, além disso, pela primeira vez em sua história concedeu efeito concretista ao mencionado remédio constitucional. Há que se destacar, ainda, a existência de várias decisões do STF<sup>25</sup> e do STJ<sup>26</sup>, intervindo em políticas públicas, com vistas a assegurar o mínimo existencial.

Pois bem, o que se percebe é que a principal causa de convergência entre as tradições de *civil law* e *common law* reside na necessidade comum de confiar ao Poder Judiciário, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Conforme já demonstrado linhas atrás, essa necessidade constitui a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas (CAPPELLETTI, 1993, p. 133).

É inegável que todo esse contexto tem aberto espaço para mais elevado grau de criatividade do Judiciário, aproximando o juiz do *civil law* ao seu colega do *common law* e, conseqüentemente, exigindo que as fórmulas utilizadas no *common law* com vistas à consecução de isonomia, previsibilidade, uniformidade e estabilidade das decisões judiciais (a exemplo do *stare decisis*)

---

24. Observe-se que o juiz que trabalha com conceitos jurídicos indeterminados como o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, tem espaço para elevado grau de criatividade, que deve ser controlado, no plano processual, pelo precedente vinculante. Renato Nalini (2008, p. 306-307) defende o protagonismo judicial.

25. Com apoio em Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 40), pode-se citar: RE 271.286 e AgRg 271.286 e, decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF nº 45-9.

26. Com apoio em Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 40), pode-se citar: RESp 212346, RESp 814076, RESp 807683, AgRg no RESp 757012 etc..

sejam também incorporadas aos sistemas dos países de *civil law*, até mesmo para controle do subjetivismo, a fim de que não culmine em decisionismo.

### 2.7.3. *Cláusulas gerais e conceitos indeterminados*

Conforme já demonstrado nos itens anteriores, os dogmas da supremacia da lei e da estrita separação dos poderes, como reflexo da Revolução Francesa e de sua ideologia subjacente, exerceram grande influência nos países de tradição romano-germânica.

Por muito tempo, vigorou a ideia de que era possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, que seriam suficientes para garantir uma absoluta univocidade às decisões judiciais (ENGLISH, 2008, p. 208).

Como afirmado por John Merryman (1989, p. 84), um dos objetivos da Revolução Francesa era elaborar leis tão simples, claras e diretas, que tornasse desnecessários os advogados e não deixasse qualquer margem interpretativa para os juízes, permitindo que os cidadãos normais entendessem a lei e determinassem por si mesmos seus direitos e obrigações sem ter que consultar advogados e socorrer-se dos tribunais.

A desconfiança nutrida em face dos Juízes do período pré-revolucionários fez com que os franceses tentassem a todo custo impedir a atividade interpretativa dos juízes, temendo que eles exercessem poder criativo e, assim, desvirtuassem os ideais revolucionários, pois de nada adiantaria o Parlamento elaborar novas leis, se os juízes lhes dessem os contornos que quisessem.

Por isso é que, se apenas o legislativo poderia elaborar leis, e os juízes só poderiam, simplesmente, aplicá-las, tal legislação teria que ser completa, coerente e clara, pois se houvesse ambiguidade ou lacuna, os juízes teriam que supri-las e, assim, estariam exercendo o poder do Parlamento, o que atentava contra o princípio da separação dos poderes (MERRYMAN, 1989, p. 84).

A maior demonstração desse desejo de elaborar uma legislação completa, coerente e clara se deu com o *Landrecht* prussiano de 1794, promulgado por Frederico o Grande. Tal Código continha cerca de dezessete mil artigos detalhados, que estabeleciam regras precisas para governar situações de fato específicas. Pretendia-se que o Código prussiano fosse uma espécie de catálogo completo à disposição do juiz, contendo todas as soluções possíveis e imagináveis, para resolver qualquer controvérsia que surgisse. Não bastasse

essa pretensão de *catálogo universal de soluções*, Frederico ainda criou uma comissão especial para interpretação do código em caso de dúvida e, estabeleceu que o juiz que ousasse interpretar seu código incorreria na “grande ira” de Frederico (MERRYMAN, 1989, p. 66 e 81).

Resumindo, o Parlamento, imbuído da ideologia revolucionária, pretendia regular todas as situações possíveis e imagináveis da vida, não deixando qualquer margem interpretativa ao juiz, cuja função deveria se resumir à mera aplicação da lei.

Porém, conforme já demonstrado nos itens anteriores, a atividade legislativa dos dias atuais é completamente diversa da existente na época da Revolução Francesa. Se nessa época, o Legislativo tinha a pretensão de regulamentar todos os setores da atividade humana, através de normas claras, a fim de que o juiz se limitasse a aplicar a lei sem interpretá-la, hoje, a técnica empregada é outra. O Legislativo, propositadamente, tem se utilizado de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo às partes e ao Judiciário uma maior latitude na efetividade da tutela jurisdicional.

Observe-se que, se no período revolucionário, o Legislativo tinha a pretensão de onipotência, atualmente, reconhece sua impotência para regular todas as situações concretas e, acaba por adotar a técnica de redação das regras de textura aberta, que permite ao juiz adaptar o direito às mudanças e às peculiaridades dos casos concretos.

Note-se que se na concepção clássica do *civil law* vigorava o *princípio da tipicidade das formas processuais*, de acordo com o qual a esfera de autonomia do cidadão somente poderia ser invadida nos modos e através das formas tipicamente previstas em lei, nos dias de hoje, permite-se ao juiz adotar a técnica processual mais adequada à tutela do direito material, através da conjugação do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF); do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LVIII, CF) e, dos arts. 461 e 461-A do CPC e art. 84 do CDC, que são verdadeiras *cláusulas gerais processuais*, aptas a imprimir efetividade às necessidades de quaisquer direitos (MARINONI, 2008a, p. 24-25).

Hart (2010a, p. 114-119) bem percebeu que o direito, embora deva oferecer regras claras, através das quais o cidadão possa pautar sua conduta, deve também deixar abertas, para solução posterior, as questões que só podem ser adequadamente resolvidas quando surgirem os casos concretos não antecipados.

Pois bem, apresentadas essas questões preliminares, cumpre adentrar mais especificamente no tema das cláusulas gerais.

Fabiano Menke (2006, p. 70-71), com apoio em John Dawson, informa que as *cláusulas gerais* surgiram na Alemanha, no período do pós-Primeira Guerra Mundial. Nesse período, como é de amplo conhecimento<sup>27</sup>, uma elevadíssima inflação assolou a Alemanha, causando imensuráveis prejuízos aos credores de contratos a preço certo, tendo em vista a considerável defasagem da moeda. Foi nesse contexto que o Judiciário, chamado a intervir com vistas a equilibrar as situações iníquas advindas da crise econômica, encontrou a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais, com base em apenas três artigos (arts. 138, 242 e 826) – quase não utilizados – do Código Civil Alemão (BGB) de 1896, que mais tarde ficaram conhecidos como *famous three*.

De acordo com Karl English (2008, p. 229), “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Judith Martins-Costa (1999, p. 303) apresenta uma noção de cláusula geral, do ponto de vista de técnica legislativa, em que esta se constitui “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”.

Freddie Didier Jr. (2010b, p. 70) também se arrisca a definir *cláusula geral*, dizendo que “é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”, havendo, assim, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa.

---

27. São famosas as passagens que retratam a absurda inflação na Alemanha do pós-Guerra, onde a situação é bem representada quando um cidadão para comprar pão na padaria, leva consigo um carrinho de mão cheio de dinheiro, tamanha era a desvalorização da moeda. Nesse sentido, leia-se trecho de artigo publicado por Odilson Cardoso da Silva (2010): “A Alemanha enfrentou uma forte crise econômica no período de 1919 a 1921, com uma hiperinflação galopante e desemprego maciço. Para tentar minimizar a crise o governo aumentou a oferta de papel-moeda (...) O marco continuava a ser desvalorizado e, para melhor entendimento, temos a relação dólar-marco: em 2/11/1922 um dólar valia 9.000 marcos; em março de 1923 – 22.000 marcos; em abril de 1923 – 40.000 marcos; em agosto de 1923 – um milhão; em 1º de novembro de 1923 – um bilhão de marcos. (...) Só para ilustrar esse quadro de calamidade, no auge da inflação, era preciso um carrinho de mão para transportar as notas necessárias para uma simples compra de pão”.



No Brasil, as cláusulas gerais começaram a ser adotadas em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo sido bastante implementadas nos últimos anos, principalmente, com o advento do Código Civil de 2002, que foi inspirado numa ideia de sistema aberto e móvel, e não mais aquela noção de código bastante em si, fechado, e com pretensões de resolver todos os problemas a partir do conteúdo de seus artigos, que inspirou o Código Civil de 1916 (MENKE, 2006, p. 73).

Como se percebe, as cláusulas gerais têm como características a *vaguesa* na hipótese fática e, a indeterminação na consequência jurídica, de forma que se constitui num texto legal, longe de se apresentar como norma pronta e acabada, já que requer a construção de sentido por parte do intérprete.

Quanto à distinção entre *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*, Fabiano Menke (2006, p. 75) informa que há duas correntes: uma primeira, defendida por Judith Martins-Costa, que os distingue e, uma segunda, erigida por Cláudia Lima Marques, com base na doutrina de Karl Englich, Karl Larenz e Canaris, que não os diferencia, por entender que o conceito de cláusula geral é mais amplo que o de conceito jurídico indeterminado, de forma que aquela acaba abrangendo este.

De acordo com a corrente defendida por Judith Martins-Costa, os conceitos jurídicos indeterminados podem ser de duas espécies: os referentes a valores e os concernentes às realidades fáticas. Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também apresentam vagueza semântica. Entretanto, com eles não se confundem, pois a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as consequências, os efeitos jurídicos incidentes sobre a hipótese fática; ao passo que na cláusula geral isso não ocorre, tornando, ainda, mais complexa a operação intelectual do juiz, que além de lidar com a vagueza semântica, tem que determinar as consequências práticas (MENKE, 2006, p. 75).

Para os fins deste estudo, o que interessa é que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a começar pela Constituição Federal que fala da *função social da propriedade* (art. 5º, XXIII, CF); *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF) e *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF). Também o Código Civil ao falar: da *boa-fé contratual* (art. 422, CC); *função social do contrato* (art. 421, CC); *interpretação mais favorável ao aderente* (art. 423, CC) e, *prestação manifestamente desproporcional* (art. 157, CC). No mesmo sentido o Código

de Processo Civil ao *garantir a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* (arts. 461 e 461-A, CPC). Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, ao: “*inverter o ônus da prova, em caso de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiências*” (art. 6º, VIII, CDC); *vedar a exigência de vantagem manifestamente excessiva* (art. 39, V, CDC); *prever a nulidade das cláusulas que estipulem obrigações iníquas ou abusivas* (art. 51, IV, CDC) etc..

Por conseguinte, estando mais que comprovado que o legislador brasileiro, nas últimas décadas, vem optando pela inclusão das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico pátrio e, levando em consideração que tais normas têm uma tessitura aberta e, em regra, sequer precisam os efeitos jurídicos da hipótese fática, cumpre indagar qual o método mais adequado para o trato dessas espécies normativas, e qual papel se exige do juiz diante delas.

De acordo com Humberto Ávila (1997, p. 423), o silogismo subsuntivo, próprio da Modernidade e do Positivismo jurídico do século XIX, onde vigorava o dogma da estrita aplicação da lei, é imprestável para se lidar com cláusulas gerais, que exigem uma construção de sentido diante do caso concreto<sup>28</sup>.

O que se quer demonstrar é que se o método subsuntivo ainda é adequado para o trato com as normas de tipicidade rígida, a concreção é o método próprio para a aplicação das normas de textura aberta e, como afirma Karl Larenz (1997, p. 150): “Não existe uma concretização do Direito pura e simplesmente livre, porque isso seria arbítrio, e portanto o contrário do Direito. Mas tão-pouco (sic.) existe uma concretização do Direito pura e simplesmente vinculada (...)”<sup>29</sup>.

É inegável que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo do juiz, que é chamado a interferir mais ativamente na construção do sentido da norma, visando à solução de problemas concretos que lhe são

---

28. Nesse mesmo sentido, ler Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos (2003, p. 101-103), em artigo intitulado: *A nova interpretação constitucional: ponderação e papel dos princípios*: “No fluxo das modernidades aqui assinaladas, existem técnicas, valores e personagens que ganharam destaque. E outros que, sem desaparecerem, passaram a dividir o palco, perdendo a primazia do papel principal. Um bom exemplo: a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê sua interação com os *atos*, tal como pronunciada por um *intérprete*”.

29. Nesse mesmo sentido, *vide*: Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos (2003, p. 101-104).

submetidos. Destarte, “não se pode ignorar que de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto” (MENKE, 2006, p. 88).

Então, em se tratando de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a grande questão está em achar o ponto de equilíbrio, a fim de que o juiz tenha liberdade para construir a norma diante do caso concreto e, ao mesmo tempo, o direito possa ser realizado com segurança, previsibilidade e isonomia.

E o que se defende neste trabalho é que os precedentes, mormente, os vinculantes exerçam papel fundamental neste particular, pois se o alcance de uma cláusula geral é construído diante de um caso concreto, ou melhor, se o juiz cria a norma jurídica, para decidir a questão que lhe é apresentada, como se admitir que, diante de fatos semelhantes e diante de uma mesma cláusula geral haja solução diversa? Como ficariam a segurança jurídica, a certeza e a previsibilidade nessa hipótese?

Logo, vale salientar outra importante conclusão para os fins deste trabalho: se os países de *civil law*, a exemplo do Brasil, vêm adotando amplamente a técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, seus juízes estão exercendo funções bem próximas às dos juízes do *common law*, de forma que a presença de cláusulas gerais nos sistemas de *civil law* constitui-se em mais uma importante justificativa para a adoção da doutrina do *stare decisis*.

Tanto isso é verdade que Humberto Ávila (1997, p. 439-444), ao apresentar os cinco elementos que integram a aplicação do direito na concreção – a) finalidade concreta da norma; b) pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) consenso como fundamento parcial da decisão; e) precedente judicial – põe em destaque a figura do precedente.

Ou seja, ao sistema que incorpora a técnica legislativa das cláusulas gerais, afiguram-se indispensáveis o instituto do precedente vinculante e o método hermenêutico do grupo de casos, desenvolvido pela doutrina alemã.

Consoante afirmado por Fabiano Menke (2006, p. 83), “a doutrina alemã pode ser considerada pioneira na teorização e sistematização do denominado método de grupo de casos como auxiliar do intérprete das cláusulas gerais”. Por meio desse método, através de um processo bem parecido à busca da *ratio decidendi* e à técnica do *distinguishing* tão familiares aos *common lawyers*,

compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma; de forma que havendo identidade fático-normativa entre os casos, é possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado e, “no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas”.

Observe-se que o método do grupo de casos também põe em relevo o instituto do precedente; restando, assim, mais de que demonstrado que a adoção da doutrina do *stare decisis* é imprescindível a um sistema que adote a técnica legislativa das cláusulas gerais.

Marinoni (2009, p. 227) bem percebeu que “o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei”, de forma que o precedente vinculante, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea<sup>30</sup>.

#### ***2.7.4. Das transformações sociais e as causas repetitivas***

Outro fator que tem contribuído sobremaneira para a aproximação das tradições de *civil law* e *common law* consiste no crescente número de causas repetitivas que vêm eclodindo em todo o mundo ocidental, em virtude de transformações nas sociedades, cada vez mais plurais e complexas.

Com efeito, se no auge do positivismo jurídico a regra era o processo civil clássico, das causas individuais de “Caio contra Tício”, nos dias atuais, tem crescido assustadoramente o volume das demandas de massa, das causas repetitivas, que envolvem, de um lado, um grande ator (Estado-fisco; Estado-previdência, instituições financeiras, concessionária de serviços públicos etc.) e, de outro, um sem-número de pessoas, uma coletividade (os contribuintes, os segurados, os correntistas, os consumidores etc.).

---

30.

Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 103-104) compartilha da mesma opinião, leia-se: “A consequência é óbvia, apesar de polêmica. Ademais, revela-se inerente ao atual estágio do direito constitucional (EC 45/04): **a jurisprudência em um direito de princípios e cláusulas gerais, ao densificá-los na aplicação, cria direito, e não prescinde de um caráter vinculativo para fazer valer uma certa estabilidade desse direito criado.** A jurisprudência é, portanto, fonte primária do direito, ao lado da lei”.

Nas últimas décadas, as relações sociais e jurídicas sofreram significativas alterações e as demandas de massa – ao mesmo tempo que são reflexo disso tudo – constituem-se em importante vetor para a ocorrência de verdadeira metamorfose do direito nos sistemas de *civil law*.

E, uma dessas importantes transformações observadas nos últimos anos, nos sistemas de *civil law*, consiste no surgimento de grande número de decisões paradigmáticas nos Tribunais Superiores, cuja *ratio decidendi* se espalha para um sem-número de jurisdicionados e, em certa medida, vinculam as demais instâncias do Judiciário.

É que a *ratio decidendi* das decisões proferidas nas causas repetitivas têm natural vocação expansiva, ou melhor, têm potencial de regular todas as lides que pertençam ao mesmo “grupo de casos”, eis que não há nada mais justo que decidir da mesma forma os casos análogos.

Se no processo clássico de “Caio contra Tício” a decisão repercutia apenas no caso individual, prevalecendo na mesma o plano concreto, correspondente à parte dispositiva do julgado<sup>31</sup>, atualmente, nas demandas de massa, prevalece na decisão dos Tribunais Superiores o seu plano normativo – a *norma jurídica* cristalizada na *ratio decidendi* –, ou melhor, a eficácia seriamente persuasiva e até vinculante do precedente, cujos efeitos transcendem ao caso em julgamento, alcançando inúmeras relações jurídicas.

As transformações ensejadas pelas demandas de massa têm se revelado por diversas maneiras e, uma das mais importantes, para o Direito brasileiro, consiste no fato de que ao STF, desde o advento do instituto da “repercussão geral”, não é mais dado conhecer de recurso extraordinário em que a relevância da questão *não ultrapasse os interesses subjetivos da causa*. Essa é a tendência! Não é de se estranhar que num futuro próximo seja criado instituto semelhante com relação ao recurso especial<sup>32</sup>.

---

31. Essa questão da *norma jurídica* e da *norma individual do caso concreto* será melhor analisada no item 5.3.1.

32. Nessa senda, cumpre destacar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) com o art. 896-A – acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Medida Provisória nº 2.226/2001, em vigor conforme o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 – passou a dispor de instituto análogo à repercussão geral, que lhe desincumbe de julgar os recursos de revista cuja causa não ofereça “*transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica*” (grifos nossos).

Observe-se, ainda, que quase todas as alterações legislativas que inseriram precedentes obrigatórios e relativamente obrigatórios<sup>33</sup>, no sistema brasileiro, estão, intimamente, relacionadas ao fenômeno das demandas de massa. Basta ver que a Súmula Vinculante (art. 103-A, CF e art. 2º, Lei nº 11.417/2006) só tem sentido diante da multiplicação de processos sobre uma mesma questão. O mesmo se diga dos recursos especial e extraordinário sobre causas repetitivas (arts. 543-B e 543-C do CPC).

Ora, as demandas de massa constituem-se num fenômeno global, basta perceber que diversos países da tradição de *civil law* vêm inserindo em seus ordenamentos jurídicos institutos, visando dar tratamento adequado às causas repetitivas, isto é, fixar de forma célere e uniforme o entendimento sobre questões jurídicas comuns a várias causas repetitivas. Exemplo disso é o Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*) do Direito alemão; assim como a agregação de causas do Direito português, ainda em regime experimental (CARNEIRO DA CUNHA, 2010, p. 149-156).

O fato é que o fenômeno das demandas de massa constitui-se numa realidade e, assim, tem que ser levado em consideração com muita seriedade, principalmente, por parte dos juízes e, sobretudo, dos Tribunais Superiores, pois tal tipo de demanda exige uma única decisão para uma mesma questão jurídica, sob pena de grave afronta aos princípios da isonomia e da legalidade, pois não é salutar para o sistema, nem para a sociedade que causas iguais sejam decididas de forma diferente.

A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos análogos sejam solucionados da mesma maneira (*treat like cases alike*), privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior *previsibilidade* na realização do direito e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador (CARNEIRO DA CUNHA, 2010, p. 149).

Atenta a tudo isso, a comissão responsável pela elaboração do Projeto de novo CPC demonstrou sua preocupação com a necessidade de uma adequada fixação do entendimento nas demandas de massa, criando o *incidente de resolução das demandas repetitivas* (arts. 895 a 906)<sup>34</sup>, que, inclusive, produz precedente com eficácia vinculante. Além disso, o anteprojeto aperfeiçoou os

---

33. De acordo com a classificação adotada no presente trabalho, quanto à autoridade dos precedentes, conforme será visto em item 3.4.

34. Este instituto será melhor analisado em item 4.5.2.

institutos dos recursos especial e extraordinário nas causas repetitivas (art. 956 a 958), atribuindo eficácia vinculante ao primeiro, que atualmente, ainda, não se constitui em precedente obrigatório.

A exposição de motivos, neste particular, bem revela as ideias da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto. Leia-se:

Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência.

Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo **mais célere** as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: *a*) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; *b*) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo).

Por outro lado, 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 conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que **molde** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “*A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia*”.

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

Portanto, é inegável que o fenômeno das demandas de massa tem contribuído para a aproximação entre as duas grandes famílias do direito.

## 2.8. A questão do melhor modelo: *civil law* ou *common law*?

assinale-se, por oportuno, que, através das ideias até aqui expostas, não se pretende demonstrar que o sistema de *common law* é superior ao de *civil law* e que por isso países como o Brasil deveriam abandonar toda sua tradição jurídica, transplantando uma nova cultura.

Muito pelo contrário, entende-se aqui que o sistema de *civil law* é bem mais adequado ao atual estado das coisas, principalmente, em virtude das grandes transformações impostas pelo *Welfare State*. Porém, não se pode fechar os olhos para o fato de que um instituto basilar do *common law*, o *stare decisis*, é hoje imprescindível à consecução da segurança jurídica nos países de tradição romano-germânica, em virtude do crescente grau de indeterminabilidade da lei.

Já no século XVIII, o inglês Bentham (apud BOBBIO, 2006, p. 91-100) criticava duramente o modelo de *common law* e defendia a “Codificação”, a fim de imprimir maior segurança e sistematicidade ao Direito.

Como defende David (2002, p. 379), “Para resolver os problemas do *welfare-state*, talvez os direitos românicos do continente europeu, familiarizados com a elaboração legislativa e doutrinal do direito, estejam mais preparados do que o direito inglês.”

Tanto é assim que vem se observando um crescimento sem precedentes da legislação na Inglaterra. Nos Estados Unidos, a produção legislativa é tão intensa, quanto num país típico de *civil law*.

John Merryman (1989, p. 19) esclarece que a questão da superioridade entre os modelos de *civil law* e *common law* há muito tempo perdeu importância, nesse sentido, afirma que “Os juristas refinados do direito comparado de ambas as tradições abandonaram há muito tempo discussões sobre a superioridade ou inferioridade relativas”.

Com apoio em Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 90, 106, 341-347), pode-se afirmar que, atualmente, não existe mais modelo puro. Os sistemas de



*common law* mostraram-se insuficientes diante do Estado Social, passando a adotar um sem-número de leis escritas. Já os sistemas de *civil law*, por sua vez, mostraram-se incapazes de proporcionar segurança jurídica, previsibilidade e isonomia diante das leis de textura aberta próprias da época, passando a exigir a adoção do precedente vinculante, para atingir tais valores. Nesse sentido, faz-se mister transcrever dois trechos da obra de Zaneti Jr.:

Esses três fenômenos em conjunto, representam, no nível estrutural, a **quebra da moldura paradigmática** que ainda poderia sustentar alguma razoabilidade ao sistema dos Códigos fechados e ao direito como atividade exclusiva do legislador. Dessarte, **a contraposição direito-legislado e direito-jurisprudencial não se sustenta**. Para além dela, só resta reconhecer que **a diferença**, onde existe, consiste mais no **estilo e na finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência**. Revela-se impossível negar o caráter primário das fontes jurisprudenciais, como normas jurídicas em si mesmas. (ZANETI JR., p. 106)

Os ordenamentos jurídicos, em ambas as tradições, evoluíram muito no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do Direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade cresce a olhos vistos os movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica. (...)

Ou seja, não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes diferentes, com diversidade metódica de aplicação para solução de casos (questões) jurídicos, contudo, ambas são hoje fontes primárias do Direito. (ZANETI JR., 2005, p. 341-342)

A verdade é que as vantagens e as deficiências do *common law* são em certa medida simétricas às do *civil law*, eis que enquanto o primeiro necessita da adoção de normas gerais e abstratas visando dar maior sistematicidade ao direito, o segundo carece do precedente vinculante, a fim de, através da certeza jurídica proporcionada pela jurisprudência, melhor delimitar a possibilidade de múltiplas pautas de conduta de uma lei (LOSANO, 2007, p. 336-337).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar os contextos histórico-sociais em que se formaram e se desenvolveram as tradições jurídicas de *civil law* e de *common law*, bem como os fatores que proporcionaram a aproximação dessas duas grandes famílias do direito, é que se apresenta as seguintes conclusões:

- 1) A formação e o desenvolvimento do *civil law* foram fortemente marcados pelo contexto histórico-social vigente na França pré-revolucionária, onde os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Em virtude da fundada desconfiança nutrida nos juízes franceses da época, foi que se pretendeu alcançar a segurança jurídica no texto da lei, derivando daí os dogmas da supremacia da lei; da estrita separação dos poderes e do juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei).
- 2) Na Inglaterra, diversamente do que ocorreu na França, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis. O juiz inglês, tradicionalmente, ia muito além da interpretação das leis, extraía direitos e deveres, a partir do *common law*.
- 3) Demonstrou-se que, ao longo do tempo, diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law*, dentre os quais se destacam os seguintes: a) o Estado social; b) o constitucionalismo; c) os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, d) as demandas de massa.
- 4) Em que pese os supracitados fatores terem ensejado grandes transformações no direito, explicitando ainda mais a insuficiência da lei, para, por si só, assegurar previsibilidade, uniformidade e estabilidade às decisões judiciais, grande parte da doutrina tradicional do *civil law* tenta encobrir a necessidade de adoção do precedente vinculante.
- 5) É inegável que todo esse contexto (do constitucionalismo; do *Welfare State*; dos conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, das demandas de massa) tem aberto espaço para mais elevado grau de criatividade do Judiciário, aproximando o juiz do *civil law* ao seu colega do *common law* e, conseqüentemente, exigindo que as fórmulas utilizadas no *common law* com vistas à consecução da previsibilidade, uniformidade e estabilidade das decisões judiciais (a exemplo do *stare decisis*) sejam também incorporadas aos sistemas dos países de *civil law*, até mesmo para controlar o subjetivismo, a fim de que não culmine em decisionismo.

- 6) O precedente vinculante afigura-se essencial, especialmente, no Brasil, tendo em vista que o controle de constitucionalidade concentrado convive com o controle difuso, onde qualquer juiz tem o poder-dever de apreciar a constitucionalidade de lei diante do caso concreto. É que se o STF afigura-se o intérprete máximo da Constituição, órgão encarregado de dar a última palavra em matéria constitucional, seria completamente incompreensível e irracional permitir que um juiz decidisse pela constitucionalidade de lei, quando tal Corte já a tivesse declarado inconstitucional, ou vice-versa, apenas porque tal decisão fora prolatada em sede de controle difuso, e não concentrado.

#### 4. REFERÊNCIAS

- ANDEWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 186, p. 299 – 312, ago. 2010.
- ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p 413-465.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE, G. S. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-135.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, nº 171, p. 9-23, maio 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- \_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. 5 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. In: LEITE, G. S. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1v.
- CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.
- CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domines. Súmulas Vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, nº 168, p. 143-160, fev. 2009.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- \_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no *Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 180, p. 195-220, jan. 2010.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.
- \_\_\_\_\_. O Regime Processual das Causas Repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 179, p. 183-190, jan. 2010.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 187, p. 69-83, jan. 2010.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 5 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. 2 v.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. 3 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves Considerações Acerca da Construção da Norma Jurídica Diante do Caso Concreto. **Revista da AJURIS**, ano XXXVII, nº 117, p. 245-255. mar. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação Criativa e Realização do Direito.** Recife: Bagaço, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário.** O Processo: Estudos e Pareceres. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Problemas da Filosofia do Direito. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia.** Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a.
- \_\_\_\_\_. **A Teoria do Direito Norte-Americana pelos Olhos Ingleses: O Pesadelo e o Nobre Sonho.** Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010b.
- \_\_\_\_\_. **O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia.** Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010c.

- \_\_\_\_\_. **Diamante e Cordão:** Holmes sobre a *Common Law*. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010d.
- \_\_\_\_\_. **Kelsen Visitado.** Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010e.
- HILL, Christopher. **Origens intelectuais da revolução inglesa.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** Tradução de Marylene Pinto Michael. Revisão técnica da tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOSANO, Mario **Os Grandes Sistemas Jurídicos.** Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão técnica da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.** 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.
- \_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.
- \_\_\_\_\_. **Proposta de Alteração do CPC para Atribuir Força aos Precedentes.** A Força dos Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2010b.
- \_\_\_\_\_. **Coisa Julgada Inconstitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.
- \_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008c.
- \_\_\_\_\_. 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, ano 34, nº 172, p. 175-232, jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 184, p. 9-41, jun. 2010c.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: IDP, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. 3 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, nº 103, 2006, p. 69-94.
- MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Tradução de Carlos Sierra. 2 Ed. México: FCE, 1989.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II: Constituição. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Constitucionalidade e Garantia da Constituição. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**.: arts. 476 a 565. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 5 v.
- \_\_\_\_\_. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**. Temas de Direito Processual: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007a.
- \_\_\_\_\_. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos: um enfoque comparativo**. Temas de Direito Processual: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007b.
- \_\_\_\_\_. Algumas inovações da Lei 9.758/1998. In: WAMBIER, T. A. A.; NERY JR., nº (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 321-330.
- NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PINTO, Valentina Mello Ferreira. A Comparison between the writ of certiorari in the United States na the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 187, p. 113-140, set. 2010.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

- SALDANHA, Nelson. Justiça. In: FRANÇA, R.L. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. 47 v.
- \_\_\_\_\_. **Ordem e Hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 181, p. 38-58, mar. 2010.
- SATO, Priscila Kei. Jurisprudência (pre)dominante. In ALVIM, E. P. ; NERY JR., nº (Org.). **Aspectos polêmicos e Atuais dos recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el common law**. Madrid: Civitas, S. A., 1995.
- SILVA, Odilson Cardoso da. **A ascensão do Nazismo**. Resumo de monografia apresentada ao programa de Pós-Graduação em *Lato Sensu* em História do Século XX – Universidade Cândido Mendes. Disponível em: <<http://www.simonsen.br/rds/hist/odilson.php>>. Acesso em: 13 abr. 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SOBOUL. Albert. **História da Revolução Francesa**. Tradução de Hélio Pólvora. Terceira edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SURGIK, Aloísio. Racionalismo. In: FRANÇA, R.L. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. 47 v.
- TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 181, p. 167-172, mar. 2010a.
- TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 181, p. 167-172, mar. 2010a.
- \_\_\_\_\_. **Los Sistemas Judiciales en las Tradiciones Jurídicas de Civil Law y de Common Law**. Páginas sobre justicia civil. Tradução de Maximiliano Aramburro Calle. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Las Funciones de las Cortes Supremas**. Páginas sobre justicia civil. Tradução de Maximiliano Aramburro Calle. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- \_\_\_\_\_. **El Control de Racionalidad de la Decisión, entre Lógica, Retórica y Dialética**. Páginas sobre justicia civil. Tradução de Maximiliano Aramburro Calle. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Dimensiones de Precedente Judicial**. Páginas sobre justicia civil. Tradução de Maximiliano Aramburro Calle. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

- \_\_\_\_\_. **Precedente y Jurisprudencia.** Páginas sobre justicia civil. Tradução de Maximiliano Aramburro Calle. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Precedente en Italia.** Páginas sobre justicia civil. Tradução de Maximiliano Aramburro Calle. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- \_\_\_\_\_. Observações sobre os Modelos Processuais de *Civil law* e de *Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 110, nº 141, p. 141-162, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Precedente e jurisprudência.** Tradução de Rafael Zanatta. Disponível em: <<http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com/2010/03/precedente-e-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 14 dez. 2010b.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- TREVELYAN, George McCaulay. **A Revolução Inglesa: 1688-1689.** Tradução de Leda Bozaccian. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, nº 172, p. 121-174, jun. 2009.
- ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, set. 2005.



# O NOVO CPC E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRIMEIROS PASSOS RUMO À CONSTRUÇÃO DE UMA DOCTRINA HUMANISTA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

*ERICK VIDIGAL<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1 Introdução – 2. Breves considerações sobre o Processo Civil Humanista – 3 Humanismo integral antropofílico e o marco teórico da fraternidade – 4 A dignidade da pessoa humana e seu correspondente subjetivo: os direitos humanos aplicados ao processo civil; 4.1 A primeira dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: o acesso à justiça como garantidor das liberdades individuais; 4.2 A segunda dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: a segurança jurídica como garantidora da igualdade; 4.3 A terceira dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: o restabelecimento efetivo da paz social por meio da atividade jurisdicional e a afirmação/ratificação da fraternidade – 5 A fraternidade como elemento conformador da tensão dialética entre a liberdade e a igualdade: o equilíbrio entre as três dimensões subjetivas dos direitos humanos e a afirmação de seu correspondente objetivo no processo civil – 6 Considerações finais.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a instituição<sup>2</sup> da Comissão<sup>3</sup> de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a comunidade jurídica em

- 
1. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, onde coordena o Grupo de Estudos do Processo Civil Humanista. É também professor da Escola Paulista de Direito – EPD e Pesquisador do Núcleo de Pesquisa do Capitalismo Humanista da PUC/SP. <www.erickvidigal.com.br>
  2. Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 30 de setembro de 2009.
  3. Presidida pelo eminente Ministro Luiz Fux, a Comissão foi integrada pelos renomados juristas Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de

geral vem acompanhando, com considerável apreensão, o processo legislativo<sup>4</sup> que, espera-se, irá apresentar à sociedade brasileira um novo regramento processual, dotado de instrumentos capazes de, a um só tempo, tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, bem como propiciar maior qualificação da resposta judicial.

Dentre as diversas modificações e inovações propostas no Projeto de Lei nº 8.406/2010 [Câmara dos Deputados], merece destaque a imposição trazida logo em seu primeiro artigo<sup>5</sup>, no sentido de que o magistrado deverá interpretar o novo processo civil brasileiro sempre em conformidade com as normas e os valores consagrados na Constituição Federal.<sup>6</sup>

Não obstante a idéia da supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico pátrio seja evidente, não são raras as vezes em que princípios fundamentais previstos no texto constitucional têm sua eficácia mitigada ao argumento de que os dispositivos do Código de Processo Civil devem ser aplicados de maneira literal e peremptória.

Nesse contexto, a inovação trazida pelo artigo 1º do PL 8.406/2010 fomenta a instauração de uma nova era na prestação jurisdicional brasileira, estabelecendo uma mudança cultural amparada na observância intransigente dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, o que reafirma ao Poder Judiciário, por via de conseqüência, seu papel de verdadeiro instrumento de realização dos objetivos fundamentais da República<sup>7</sup>, com destaque para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Há de se registrar, por oportuno, que, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, a referida observância dos direitos fundamentais

---

Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

4. O processo legislativo voltado à elaboração do Novo CPC foi deflagrado no Senado Federal por meio do PLS nº 166/2010, tendo sido aprovado na forma do substitutivo do Senador Valter Pereira, e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramita como PL nº 8.406/2010, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.
5. PL nº 8.406/2010: "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas e os valores consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."
6. Importante registrar que, na redação do texto aprovado pelo Senado Federal, falava-se em interpretação "*conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição*", tendo o mesmo sofrido alteração de redação para não deixar espaço para dúvidas quanto à aplicação de todas as normas constitucionais, quer sejam princípios, quer sejam regras.
7. Artigo 3º da Constituição Federal.

tutelados pela Constituição, de acordo com o projeto do Novo CPC, não está limitada a uma simples referência formal, na qual inicialmente é reconhecida a incidência de um determinado princípio para, em seguida, sob a alegação de uma necessária contraposição de princípios, aplicar a sempre invocada – mas nunca definida – segurança jurídica.

Em verdade, conforme estabelece o artigo 6º do PL nº 8.406/2010, o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, “*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*”. Verifica-se, portanto, a clara intenção do legislador no sentido de que a dignidade da pessoa humana, mais do que observada, deve ser resguardada e promovida, vale dizer, acima de tudo, concretizada.

É nesse contexto que se desenvolve o presente estudo. Nele busco traçar algumas considerações voltadas à demonstração da viabilidade e necessidade de utilização, na aplicação das normas processuais, de um modelo interpretativo humanista, capaz de assegurar uma prestação jurisdicional eficiente [aqui compreendida como técnica, justa e coerente], caracterizada, acima de tudo, por uma força realizadora dirigida não para a simples manifestação da autoridade estatal, mas, sim, para a afirmação e concretização da dignidade da pessoa humana.<sup>8</sup>

Importante ressaltar que este trabalho não guarda a pretensão de esgotar o tema apresentado ou solucionar eventuais indagações formuladas. Trata-se, em verdade, de um exercício reflexivo, desenvolvido a partir de algumas questões suscitadas nos estudos preliminares do que pretendo venha a se tornar minha tese de livre docência – Processo Civil Humanista –, e que, justamente em razão de sua natureza humanista, são aqui ofertadas como modesta colaboração à obra elaborada em parceria imerecida com os grandes nomes do Direito Processual Civil brasileiro.

---

8. Sobre o tema, pertinentes as palavras de Dierle Nunes e Alexandre Bahia, para quem “... o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juizes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas. O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais”. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 101, jul/dez 2010, p. 85.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO CIVIL HUMANISTA

Processo Civil Humanista é a denominação dada ao modelo interpretativo que venho desenvolvendo no grupo de estudos formado com o intuito de empreender a análise do Direito Processual Civil, bem como de suas normas procedimentais, sob a incidência multidimensional dos direitos humanos. Referido modelo busca, em princípio e a partir de um resgate atualizador das tradições humanistas, estabelecer bases epistemológicas e metodológicas voltadas à fixação de marco teórico apto a auxiliar o operador do processo civil contemporâneo na interpretação coerente e sistêmica do novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, há de se registrar que a experimentação de uma versão contemporânea das tradições humanistas na ciência do Direito foi idealizada pelo Professor Doutor Ricardo Sayeg quando da elaboração de sua tese de Livre-Docência em Direito Econômico e, desde então, vem sendo desenvolvida como objeto dos estudos realizados pelo Grupo de Pesquisa do Capitalismo Humanista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, junto ao qual figuro como pesquisador, sob a liderança do professor titular de Direitos Humanos da PUC/SP, Professor Doutor Wagner Balera.

E é justamente na fundamentação (jus)filosófica da doutrina humanista de direito econômico idealizada por Sayeg & Balera – humanismo antropofílico – que o Processo Civil Humanista encontra seu marco teórico. Isso porque, sua incidência no processo civil viabiliza um modelo de atividade jurisdicional centrada na pessoa humana, efetivamente capaz de assegurar a todos os homens o mínimo existencial, com a implementação dos direitos sociais já reconhecidos pela comunidade global organizada, a exemplo da educação, alimentação, saúde, moradia, proteção social, respeito aos hipossuficientes de toda espécie, acesso à justiça, dentre outros.

Daí porque o Processo Civil Humanista, enquanto modelo interpretativo, guarda a incumbência de refletir a plataforma jurídica capaz de possibilitar a aplicação das normas processuais de maneira democrática<sup>9</sup>, instrumental<sup>10</sup>

---

9. Conferir: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. (2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012

10. Conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

e efetiva<sup>11</sup>, preenchendo as lacunas que permitem aos defensores de um processo civil extremamente apegado ao formalismo argumentar, de maneira sofismática porém comumente festejada, que sua posição se dá em defesa de uma idolatrada segurança jurídica. Referida atividade reflexiva, contudo, demanda prévia compreensão, ainda que superficial, acerca do humanismo antropofílico.

### 3. HUMANISMO INTEGRAL ANTROPOFÍLICO E O MARCO TEÓRICO DA FRATERNIDADE

O humanismo antropofílico pode ser sintetizado como sendo uma proposta filosófica que se apresenta em releitura do pensamento jusnaturalista, cuja análise encontra-se permeada pelos conhecimentos mais atuais acerca da natureza – tanto mundana quanto humana –, e que dialoga, livre de preconceitos, com os diversos ramos da ciência contemporânea, com destaque especial para a economia, física quântica, biologia, antropologia, sociologia e psicologia. Em outras palavras, trata-se de um jus-humanismo integral, que intenta superar a arraigada concepção antropocêntrica e positivista do direito, mediante a superação de todo e qualquer conceito teórico que não guarde associação com o humano e com a realidade social que o cerca.<sup>12</sup>

O marco teórico da doutrina humanista idealizada por Sayeg & Balera é estabelecido a partir da perspectiva antropológica do Cristianismo, perspectiva essa que, sob a vigência da lei universal da fraternidade, possibilita a condução da humanidade, com liberdade e igualdade, à democracia e à paz.<sup>13</sup>

De fato, somente a partir da mensagem de igualdade universal formulada pelo Cristianismo é que se estabelece a fraternidade como valor absoluto, produto de uma nova cosmovisão que proclama a dignidade humana como elemento que abrange a igualdade de relações entre os homens. Sobre o tema, Miguel Reale preleciona que, “*com o advento do Cristianismo, operou-se uma distinção fundamental e definitiva entre Política e Religião, entre a esfera do*

---

11. Conferir: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

12. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico. Petrópolis, RJ: KBR, 2011, p. 27.

13. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista**: Filosofia Humanista de Direito Econômico. Petrópolis, RJ: KBR, 2011, p. 26.

*Estado e a órbita de ação própria do homem, o qual deixa de valer apenas como cidadão para passar a valer como homem*<sup>14</sup>.

A evolução histórica do humanismo cristão teocêntrico, contudo, verificou uma série de problemas, especialmente a partir da Idade Média, quando excessos interpretativos de natureza fundamentalista, sectária e excludente dos não cristãos, produziram as barbáries de três séculos de Inquisição, fazendo da própria Igreja Católica a responsável direta pela condução do processo de exclusão de grupos sociais, “*contribuindo fortemente para a consolidação dos preconceitos de limpeza de sangue*”<sup>15</sup>.

Em contraposição aos excessos desse humanismo fundamentalista teocêntrico, e com a proposta de afastar o mundo das trevas no qual estava inserido, reconduzindo-o à luz por meio do saber, o movimento iluminista apresentou sua própria visão de humanismo, consubstanciada em um modelo individualista-burguês, antropocêntrico e secular, que colocava o homem no centro das coisas e o separava da Igreja e do Estado, assegurando-lhe liberdade religiosa, política e econômica a partir do reconhecimento da propriedade privada e da igualdade formal.<sup>16</sup>

Essa definição antropocêntrica de um humanismo individualista-burguês, contudo, recebeu pronto questionamento de Jaques Maritain, um dos mentores da Declaração Universal dos Direitos Humanos e apontado pela própria Igreja como um dos maiores humanistas da história, que chamou atenção ao fato de que “*devemos ser advertidos em qualquer caso em não definir o humanismo pela exclusão de toda a ordenação ao super-humano e pela abjuração de toda a transcendência*”<sup>17</sup>. Para ele, o verdadeiro humanismo deve ser visto como o sistema capaz de fazer florescer no âmago do ser humano todas as suas virtudes, estas que lhe são próprias enquanto filho de Deus.<sup>18</sup>

14. REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 636.

15. BETHENCOURT, Francisco. História das inquisições. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 405.

16. SAYEG, Ricardo. Balera, Wagner. O capitalismo Humanista: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis, RJ: KBR, 2011. p. 85.

17. MARITAIN, Jacques. Humanismo Integral. São Paulo: Nacional, 1941. p. 2.

18. Em verdade, diversas são as formas de expressão do humanismo. Um breve olhar para o passado nos remete, por exemplo, a (i) Francesco Petrarca (1304-1374), considerado o pai do humanismo por ter inspirado a filosofia humanista que levou à Renascença; (ii) Giovanni Boccaccio (1313-1375), cuja obra “Decameron” inaugurou a literatura humanista; (iii) Pico della Mirandola (1463-1494), que defendeu diversas teses humanistas na área filosófica e teológica; (iv) Erasmo de Roterdam (1466-1536), considerado o “príncipe do humanismo”, que em sua obra “O elogio da loucura” teceu duras críticas à Igreja dogmática; (v) Thomas More, que em sua “Utopia” desenvolveu a idéia

Em sua obra *Humanismo Integral* (1936), Maritain define sua proposta como “*esse novo humanismo sem medida comum com o humanismo burguês e tanto mais humano quanto não adora o homem, mas que respeita realmente e efetivamente a dignidade humana e dá direito às exigências integrais da pessoa, nós o concebemos como que orientado para uma realização social-temporal desta atenção evangélica ao humano, a qual não deve existir somente na ordem espiritual, mas encarnar-se também para o ideal de uma comunidade fraterna*”<sup>19</sup>.

Daí extrai-se a afirmação de Sayeg & Balera, de que “*esse humanismo concretizador da dignidade da pessoa humana traz a idéia de fraternidade como centro de gravidade, elemento gravitacional de adensamento entre ela própria, a liberdade e a igualdade*”<sup>20</sup>.

O termo “fraternidade” é comumente definido como o laço de parentesco entre irmãos, ou, ainda, como amor ao próximo. Por tal razão é que a fraternidade se apresenta como valor central do Cristianismo, que a todos une pelo laço do amor, vinculando-os como irmãos por serem filhos do mesmo Pai.

Essa lei universal da fraternidade, culturalmente aplicável a todos, é consagrada pelo humanismo integral, sendo inegável o seu valor, mormente diante da sua presença na essência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948.<sup>21</sup>

A identificação da existência de um espírito de amizade fraterna por Maritain nasce da ponderação de que “*se é porém absurdo esperar da cidade que torne todos os homens, tomados, individualmente, bons e irmãos uns dos outros, pode-se e deve-se exigir-lhe, o que é coisa muito diferente, que ela tenha estruturas sociais, instituições e leis boas e inspiradas no espírito de amizade fraterna*”<sup>22</sup>. Para Sayeg & Balera, tal exigência é cumprida quando o homem ama os outros como a si mesmo, o que objetivamente se realiza com a con-

---

de uma sociedade democrática, sem guerras e sem disputas de classes; (vi) Michel de Montaigne, autor de “Ensaaios”; (vii) Karl Marx, para quem o humanismo deveria ser entendido sob a ótica de uma sociedade justa, igualitária e livre da exploração capitalista; e a (viii) Jean Paul Sartre, que entendia o existencialismo como forma de humanismo.

19. Idem, p. 6.

20. SAYEG, Ricardo. Balera, Wagner. O capitalismo Humanista: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis, RJ: KBR, 2011. p. 86.

21. Artigo I da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*” (Artigo 26 do Pacto de Direitos Civil e Políticos – PDCP).

22. MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. São Paulo: Nacional, 1941. p. 196.

cretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, originando a denominada sociedade fraterna.<sup>23</sup> Esta, por sua vez, é toda sociedade que, “*sem reservas, atribui tangibilidade e exequibilidade aos direitos humanos, dando satisfatividade à dignidade geral da pessoa humana*”<sup>24</sup>.

É a fraternidade a característica principal desse humanismo que rejeita o antropocentrismo do humanismo individualista-burguês, pois descola o homem do centro das coisas para o meio difuso delas. Daí porque esse humanismo antropofílico, independentemente de uma visão teocêntrica, aceita a interligação entre tudo e todos, tal qual pregado por Jesus Cristo ao afirmar que, mais do que iguais, somos irmãos. Trata-se de conexão universal, que remete a origem de tudo e todos a aproximadamente 13,7 bilhões de anos no passado, quando a primeira e única gotícula de energia pura, infinitamente quente e densa, rompeu-se em uma grande explosão e entrou em expansão acelerada, ficando cada vez mais fria e menos densa, formando a base gasosa que, a partir da incidência de forças naturais como a gravidade, deu origem ao nosso universo.<sup>25</sup>

De acordo com essa teoria, pode-se afirmar que a vida é uma das formas de organização da matéria, requerendo “*estágios anteriores como evolução molecular, evolução dos elementos químicos e das estruturas dos corpos em escala mais ampla*”, sendo, assim, um “*sub-produto do trabalho das forças cósmicas*”.<sup>26</sup> Esse fenômeno evolutivo que interliga todos os seres vivos a um único ponto inicial foi também apontado por Charles Darwin, cuja Teoria da Evolução, confirmada pelas recentes pesquisas do DNA e da Biologia Evolutiva<sup>27</sup>, de-

---

23. Nunca é demais lembrar que o preâmbulo de nossa Carta Magna afirma que o Estado Democrático constituído pelo povo brasileiro se destina a assegurar uma série de direitos como valores de uma sociedade fraterna. Referido dispositivo, registre-se, mereceu interpretação pelo Supremo Tribunal Federal o sentido de que “[...] *Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos. [...] Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.*” (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

24. SAYEG, Ricardo. Balera, Wagner. *O capitalismo Humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis, RJ: KBR, 2011. p. 88.

25. DAMINELLI, Augusto, STEINER, João. (Org.). **O fascínio do universo**. São Paulo: Odysseus Editora, 2010, p. 87.

26. *Ibidem*, p. 86.

27. Nesse sentido, conferir: FUTUYMA, Douglas J. **Biologia evolutiva**. São Paulo: Funpec, 2003, p. 301, Apud SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. Petrópolis, RJ: KBR, 2011, p. 89.



monstrou a existência da chamada árvore da vida, de tronco único e de onde emanam os ramos de todas as espécies.

Na mesma linha argumentativa, o prêmio Nobel de Medicina, James Watson, que implantou o Projeto Genoma Humano nos Estados Unidos, afirma em seu livro “O segredo da vida” que *“todos os seres humanos que hoje vivem, até mesmo os menos aparentados entre si, tiveram um ancestral comum”*. Na mesma obra, sustenta que o amor, *“esse impulso que nos faz ter cuidado com o outro, foi o que permitiu nossa sobrevivência e sucesso no planeta”*. Para ele, o amor à natureza é tão fundamental, que não restam dúvidas de que a capacidade de amar está inscrita em nosso DNA.<sup>28</sup>

Sayeg & Balera apontam que essa conexão entre tudo e todos, que abrange o planeta, a vida e o homem, demonstra que esse humanismo antropofílico *“confere propósito e sentido à natureza humana e a do planeta, para que o Homem racionalmente ame a todos e tudo como a si mesmo”*<sup>29</sup>. Desse modo, a fraternidade de toda a família humana passa a exigir, na mesma linha do que dispõe o artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, que o homem respeite e seja respeitado quanto aos direitos humanos em todas as suas dimensões.

Sobre o tema, Sayeg & Balera prelecionam ainda que *“inoculados dessa inspiração cristã, portanto, os direitos humanos correspondem modernamente ao direito natural admitido pelos povos do Planeta, integrando a consciência universal que os afirma e não mais tem dúvidas sobre sua existência e legitimidade”*<sup>30</sup>.

Tem-se, assim, que é a proposta fraterna do Cristianismo antropológico que dá conteúdo ao humanismo integral, proposta essa que abrange a totalidade das pessoas e das coisas, convergindo com a explicação física da conexão universal. Essa atitude de responsabilidade individual com relação ao outro e a si mesmo, aliás, está presente nas reflexões de Dworkin, que afirma, ao tratar do “princípio da igual importância”, ser *“importante que as vidas humanas sejam bem-sucedidas, e não desperdiçadas, e isso é igualmente importante para cada vida humana”*. Nesse processo, conforme o *“princípio da responsabilidade especial”* tem-se que, *“embora devamos todos reconhecer a*

---

28. WATSON, James D.; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 260 e ss., Apud SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. Op. Cit., p. 89.

29. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. Petrópolis, RJ: KBR, 2011, p. 89.

30. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. Petrópolis, RJ: KBR, 2011, p. 94.

*igual importância objetiva do sucesso da pessoa humana, há uma pessoa que tem responsabilidade especial e final por esse sucesso, ou seja, a pessoa a quem pertence tal vida”.*<sup>31</sup>

Desse jogo de pesos e contrapesos, envolvendo a responsabilidade pelas coisas próprias e, ao mesmo tempo, pelas coisas alheias, emerge a necessária aplicação da lei universal da fraternidade, categoria jurídica histórica que, enquanto conteúdo significativo desse humanismo integral e antropofílico proposto por Sayeg & Balera, compreende e resolve o conflito dialético entre liberdade e igualdade, sempre presente nas democracias liberais.

Importante ressaltar que, para o humanismo antropofílico, o Cristianismo não é observado, estudado e vivenciado sob o aspecto de forma de expressão religiosa, mas, sim, sob o aspecto de bem cultural que há mais de dois anos impregna o desenvolvimento da civilização ocidental. Sobre o tema, Jaques Maritain afirma que “*o humanismo é inseparável da civilização ou da cultura, tomando essas duas palavras como sinônimas*”<sup>32</sup>, ao tempo em que Paulo de Barros Carvalho aponta o próprio direito como cultura e experiência. Já Edgar Morin, analisando o ser humano, afirma ser o indivíduo humano, na sua autonomia mesma, “*ao mesmo tempo, 100% biológico e 100% cultural*”<sup>33</sup>, o que permite afirmar sua natureza biocultural. Diante de tais afirmações é evidente a impossibilidade de se ignorar dois mil anos de evolução histórica na formação da consciência universal do Cristianismo, consciência essa que constituiu toda uma civilização e cultura que serve de base ao humanismo antropofílico.

Desse modo, levando em consideração a natureza laica e democrática do Estado de Direito, o que torna inaceitável uma doutrina teocêntrica cristã voltada a disciplinar cristãos e não cristãos, o humanismo antropofílico não se propõe a impor a fraternidade por meio de convicção religiosa, pois, como já assinalado por Maritain, a sociedade política não tem por ofício conduzir a pessoa humana à sua perfeição. É, sim, um humanismo cristão, na medida em que centrado na proposta do Cristianismo antropológico e na força da fraternidade e da compaixão que permeiam o direito, atuando “*como categoria*

---

31. DWORKIN, Ronald. A igualdade importa? In: GIDDENS, Anthony (org.). O debate global sobre a terceira via. São Paulo: Unesp, 2007, p. 250-252

32. MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**. São Paulo: Nacional, 1941, p. 162. p. 2.

33. MORIN, Edgar. **O método 5: A humanidade da humanidade**. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 53, Apud SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Económico**. Petrópolis: KBR, 2011, p. 106.

*jurídica sustentadora dos direitos humanos em todas as suas dimensões*”<sup>34</sup>. Seu embasamento não é, portanto, teológico, mas, sim, científico.

Afastando-se claramente dos humanismos teocêntrico e antropocêntrico individualista-burguês, o humanismo antropofílico apresenta-se como o tipo de humanismo legitimador do direito adequado, que desloca o homem do centro das coisas para o meio difuso delas, tomando por base a consciência histórica que, sob a influência cristã, construiu o espírito objetivo da fraternidade universal, na forma em que identificado por Maritain e verificado em nível de conexão universal tanto pela cosmologia e pela física, quanto pela biologia moderna.

A transposição do referido marco teórico da fraternidade para o âmbito da ciência processual nos remete à idéia de um deslocamento deontológico do que o processo civil tem sido – formalista, incoerente, autoritário, ineficiente, antidemocrático e injusto – para o “dever ser” da concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, que resultará em um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional por meio de um processo justo, eficiente e humano.

Em outras palavras, o Processo Civil Humanista guarda a incumbência de refletir a plataforma jurídica capaz de assegurar uma prestação jurisdicional amparada no humanismo antropofílico, sempre com vistas a consumir uma espécie de desenvolvimento individual e coletivo em que a concretização multidimensional dos direitos humanos produza, mediante a dignificação geral da pessoa humana, reflexos positivos diretos na sociedade brasileira como um todo, elevando-a a um estágio superior de convivência social.

#### **4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU CORRESPONDENTE SUBJETIVO: OS DIREITOS HUMANOS APLICADOS AO PROCESSO CIVIL**

Como já sustentado, uma das propostas do humanismo antropofílico é o reconhecimento jurídico dos direitos humanos, independentemente de posituação normativa, a partir da identificação do espírito objetivo da lei universal da fraternidade, que se encontra antropologicamente na formação de nossa civilização e de nossa cultura, com o direito natural da fraternidade, direito humano sempre presente no intratexto de toda norma positiva.

---

34. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico. Petrópolis: KBR, 2011, p. 100.

Em sendo a pessoa humana um ser, não pode ser classificada como coisa, pois não é objeto submetido ao arbítrio de outrem. Não sendo coisa apropriável, é detentor de uma liberdade inata que o torna autodeterminável, portanto, consciente de seu próprio valor. Nesse sentido, pertinentes as palavras de Fábio Comparato, para quem *“a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre na duração da vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em transformação”*<sup>35</sup>.

A dignidade é, antes de tudo, um direito, como bem coloca Marcelo Figueiredo ao afirmar que *“todo ser humano, independentemente da situação e das circunstâncias em que se encontre, tem direito à dignidade”*<sup>36</sup>. E é essa dignidade, característica indissociável da própria condição humana, que se apresenta como centro de gravidade de todos os direitos humanos, até porque, como bem colocado por José Afonso da Silva, *“a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar o seu desenvolvimento”*<sup>37</sup>.

Os direitos humanos são considerados pelo humanismo antropofílico em suas três dimensões, quais sejam, (i) a liberdade inata, (ii) a igualdade inata e (iii) a fraternidade inata. Todas elas, de maneira complementar, cumulativa e simultânea, *“conforma[m] os elementos estruturantes de um só núcleo – o feixe essencial, indissociável e interdependente, que constitui a humanidade imanente ao homem e a todos os homens, e que atribui objetivamente à pessoa humana valor por si, ou seja, dignidade”*<sup>38</sup>.

Não se tratam os direitos humanos, portanto, de ideais, valores ou princípios programáticos sem qualquer normatividade. Sobre o tema preleciona Radbruch que *“há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame de direito natural e quem lhes chame de direito racional. Sem dúvida,*

---

35. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

36. FIGUEIREDO, Marcelo. O respeito à dignidade humana e a eutanásia. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 428.

37. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

38. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. Petrópolis, RJ: KBR, 2011, p. 117.

*tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações de direito do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá levantar ainda quaisquer dúvidas*<sup>39</sup>.

Mais que isso, conforme sustenta Ricardo Lewandowski, “*a maciça votação a favor da Declaração Universal e o fato de não ter sido registrada nenhuma votação contrária a sua aprovação faz dela um dos raros documentos em torno dos quais existe até hoje um consenso unânime*”<sup>40</sup>.

Os direitos humanos não são interpretáveis, mas, sim, concretizáveis em sua universalidade, ou seja, executam-se diante das realidades com o fim específico de consecução objetiva e tangível do direito da dignidade da pessoa humana, situando-se, assim, no realismo jurídico. Por tal razão é que a sua violação, ou a exclusão de qualquer dos seus elementos ou dimensões, coloca o homem em posição infra-humana, na qual lhe é negada sua condição humana existencial biocultural.

Superada a questão da juridicidade dos direitos humanos e de sua amplitude normativa, deve ser estabelecido o meio mais adequado à sua concretização no âmbito do processo civil. Para isso, inicialmente, há de se reconhecer que a dignidade da pessoa humana emerge objetivamente do equilíbrio reflexivo mantido subjetivamente pelas três dimensões dos direitos humanos, a saber, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Isso porque, sem a manifestação de qualquer das referidas dimensões, a pessoa humana perde seu valor e, portanto, sua dignidade.

#### **4.1. A primeira dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: o acesso à justiça como garantidor das liberdades individuais**

A análise da incidência, no processo civil, da primeira dimensão dos direitos humanos, que são aqueles baseados nas liberdades individuais, remete à idéia da utilização do processo como instrumento garantidor e realizador dos direitos civis e políticos, dentre os quais encontram-se aqueles que estão associados à própria prestação jurisdicional.

---

39. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 417.

40. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 393.

Nessa perspectiva, a utilização do processo em si já reivindica, dentre outros, o contraditório, a ampla defesa, o devido respeito às normas procedimentais e a sua razoável duração. Demais disso, sob a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (devido processo legal substancial), o processo passa a exibir verdadeiro mecanismo de solução de antagonismos entre direitos fundamentais ou colisão de princípios constitucionais.

Ocorre, contudo, que o desenvolvimento de uma cultura extremamente formalista entre os operadores do processo civil fez com que esse instrumento afirmativo de direitos fundamentais se convertesse em simples manifestação da burocracia estatal, colocando em segundo plano não apenas sua própria razão de ser, mas uma das maiores garantias do cidadão ante o poder abusivo do Estado, a saber, o direito de acesso à justiça.

Indiscutivelmente, não há que se falar em exercício pleno dos direitos humanos, em qualquer de suas dimensões, se o Estado não propiciar aos seus cidadãos um amplo acesso ao seu sistema jurisdicional. Isso porque, as bases do contratualismo moderno estão firmadas na idéia da abdicção das liberdades individuais e na delegação de poder ao soberano – no caso, o Estado –, que assume a responsabilidade de pacificar a sociedade, a partir da elaboração de normas de boa convivência. Dentre as liberdades individuais abdicadas, destaca-se a iniciativa de solução dos conflitos pelas próprias mãos, já que o Estado criminaliza o exercício arbitrário das próprias razões, por entender que a auto-tutela pode, em última instância, inserir toda a sociedade em situação de conflito, colocando em risco a sua própria existência.

No que se refere à jurisdição, a lógica é a seguinte: se apenas o Estado, a partir do processo de centralização da produção normativa que acompanhou seu surgimento, tem poder para editar normas gerais, somente ele próprio tem poder para interpretar tais normas e aplicá-las ao caso concreto, solucionando as lides e restabelecendo a paz social.

O problema surge quando, além de criminalizar a auto-tutela, o Estado, diante do aumento da demanda, passa a se omitir, criando cada vez mais embaraços à prestação jurisdicional, o que termina por inserir a sociedade em um clima de tensão e inconformismo, afastando-a, por iniciativa do próprio Estado, do ideal da paz social.<sup>41</sup>

---

41. Nesse sentido, pertinentes as palavras de Dierle Nunes e Alexandre Bahia, para quem: “*O congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de*”

Em outras palavras, o Estado se apresenta como o solucionador obrigatório das lides e, no entanto, cria condições ao exercício do direito de ação, burocratiza o processo com diversos procedimentos, institui custas e taxas, elabora pressupostos processuais e institutos capazes de inibir a realização do direito material, subordina a ação à atuação de uma única classe profissional e idealiza, cada vez mais, requisitos negativos de recorribilidade, impedindo o acesso aos tribunais.

O acesso à justiça deve ser amplo e, no que se refere à concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, irrestrito em sentido substancial, vale dizer, que não reconhece a sobreposição de limitações de ordem formal. Não se pode mais aceitar, em qualquer hipótese, que uma garantia constitucional essencial como o acesso à justiça seja reduzida ao simples direito de, mediante o pagamento de custas, protocolar uma petição inicial e ficar aguardando um sorriso da sorte naquilo que os estudiosos do processo civil passaram a chamar de loteria jurisdicional, onde as decisões favoráveis a quem tem direito decorrem de mera obra do acaso.

Há de se desenvolver um processo civil que assegure amplo acesso à justiça, aqui compreendido como o direito à obtenção de uma decisão de mérito que seja técnica, coerente e, acima de tudo, fruto do debate exaustivo entre todos os sujeitos processuais.<sup>42</sup> Não é possível falar em afirmação da dignidade da pessoa humana no processo, se este não é capaz de concretizar

---

*acesso. Entretanto, a grande maioria dessas está sendo realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprezar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional". NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n° 101, jul/dez 2010, p. 74.*

42. Sobre o tema, merece destaque, como modelo a ser experimentado, o processo democrático proposto por Dierle Nunes, por fundar-se em um policentrismo que atrai a participação legítima, constante e, acima de tudo, isonômica, de todos os sujeitos processuais (comparticipação), manifestando a constante aplicação dos princípios da democracia e do contraditório. Segundo seu idealizador, “o processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis) discutam argumentos normativos para a formação da decisão mais adequada ao caso em análise”. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático p. 212-213. A proposta em questão está em plena consonância com o que dispõe o Projeto de Lei n° 8.046/2010 [Novo CPC], especialmente em seus artigos 7° [“É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”] e 8° [“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito”].

uma das mais importantes liberdades individuais, a saber, o amplo e efetivo acesso à justiça.

#### **4.2. A segunda dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: a segurança jurídica como garantidora da igualdade**

A análise da manifestação, no processo civil, da segunda dimensão dos direitos humanos, que são aqueles baseados na igualdade, remete à idéia de que o processo judicial não deve servir apenas como instrumento de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre outros da mesma espécie. Antes, deve ele próprio se manifestar de maneira isonômica, assegurando igualdade de tratamento e de soluções aos jurisdicionados que se encontram na mesma situação jurídica.

Infelizmente, o modelo de processo aplicado atualmente possibilita que, na prática, pessoas que estão na mesma condição jurídica, obtenham provimentos jurisdicionais distintos, o que termina por fomentar um clima generalizado de insegurança jurídica, clima esse que se agrava a partir do processo crescente de judicialização da política, decorrente das promessas populistas do Poder Executivo e da omissão do Poder Legislativo.

Dentre as soluções apresentadas pelo PL 8.046/2010 para o problema da insegurança jurídica, destaca-se a que dispõe sobre a afirmação da força do precedente judicial.

Com efeito, é sabido que o aparelho judicial do Estado, seja em perspectiva cultural, seja em perspectiva processual, não está configurado de maneira a se apresentar à sociedade como um sistema único, coeso e coerente. Nesse sentido, pertinentes as considerações formuladas por Alexandre Freire, Alonso Freire e José Miguel Garcia Medina, *verbis*:

*“Esse modo de pensar, segundo pensamos, é equivocado. No entanto, trata-se de algo arraigado em nossa cultura e, particularmente, na cultura dos juízes: os juízes de instancias inferiores não se vêem obrigados a observar os precedentes formados pelos tribunais; estes, por sua vez, não se vêem orientados em repercutir, em seus julgados, orientações firmadas em decisões que tenham proferido anteriormente.*

*Tal estado de coisas contraria, evidentemente, a idéia de Estado de Direito estabelecida em nossa Constituição. Ora, se estabilidade e previsibilidade decorrem, naturalmente, da idéia de que vivemos em um estado de direito, não há como se fugir desta consequência: os precedentes judiciais devem, sim, ser respeitados,*



*pelos próprios órgãos judiciais que o conceberam e pelos que a  
eles encontram-se vinculados.*<sup>43</sup>

Há de se considerar, contudo, que não é a simples divergência jurisprudencial em si mesma o mal maior a ser combatido, já que é por meio desta que o direito evolui. Em verdade, o maior problema é a falta de regulamentação, o que termina por gerar uma falta de uniformidade sistêmica, seja por sua não aplicação quando cabível,<sup>44</sup> seja por sua aplicação indevida, voltada apenas para a eliminação em massa de processos,<sup>45</sup> naquele fenômeno a que Dierle Nunes se refere como sendo uma sensação generalizada de que “o espaço-tempo processual é um mal que deve ser extirpado mediante a máxima produtividade, rapidez procedimental, sumarização cognitiva extrema e julgamento em massa de feitos, mediante técnicas que reduzem a cognição e o espaço público de problematização endoprocessual”<sup>46</sup>.

Daí porque, apresentam-se louváveis as disposições trazidas pelos artigos 508 a 510 do PL 8.046/2010, não apenas por estabelecerem que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, mas, principalmente, por estabelecer os critérios a serem observados caso haja necessidade de modificação da jurisprudência pacificada.

Retomando a questão da concretização multidimensional dos direitos humanos no processo civil, há de se sustentar que, ainda que seja assegurado o amplo acesso à justiça, a afirmação da dignidade da pessoa humana restará prejudicada caso as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário não sejam substancialmente isonômicas.

---

43. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso. MEDINA, José Miguel Garcia. Processos repetitivos: vivemos, hoje, sob um sistema de stare (in)decisis. Revista Consultor Jurídico. Acesso em 17 de outubro de 2012. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-out-17/vivemos-sistema-stare-indecisis-analise-aco-es-repetitivas> >

44. “O problema da tomada de decisões díspares em casos semelhantes no Brasil é especialmente acentuado nos tribunais, onde, às vezes em um mesmo dia, uma câmara ou turma, ou mesmo um relator, pode tomar decisões distintas para casos similares”. Ibidem.

45. “O discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento do caso concreto em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v. G. Arts 285-A, 543A e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga escala. O judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos”. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. 1ª ed. (2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

46. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático p. 254.

### 4.3. A terceira dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: o restabelecimento efetivo da paz social por meio da atividade jurisdicional e a afirmação/ratificação da fraternidade

A exemplo do que se verificou com as demais dimensões, o estudo da incidência, no processo civil, dos direitos humanos de terceira dimensão, que são aqueles fundados na fraternidade, não se restringe ao exame de sua natureza de instrumento de afirmação dos denominados direitos humanos globais ou de solidariedade, a exemplo do direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente.

Mais que isso, para que se possa caracterizar um processo civil como capaz de afirmar a dignidade da pessoa humana, torna-se extremamente necessário que o seu produto final seja capaz de, efetivamente, restabelecer a paz social.<sup>47</sup>

Em outras palavras, não basta ao jurisdicionado ver a lide solucionada a partir de uma decisão judicial que se contente em simplesmente oferecer qualquer resposta, sem preocupar-se com seus reais efeitos perante à sociedade. Isso porque, se é certo que a atividade jurisdicional está voltada para a solução das lides, o que comumente se confunde com a busca pela segurança jurídica, mais verdadeiro é o fato de que tal resultado se apresenta apenas como instrumento para alcançar uma finalidade muito mais importante, a saber, o restabelecimento da paz social.

Nesse sentido, pertinente é o magistério de Cândido Rangel Dinamarco, *verbis*:

*“É bastante usual, ainda, a alusão à segurança jurídica que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, segurança quanto à existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição.*

---

47. Sobre o tema: “[...], a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. [...]. É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. [...]. São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. A vida em sociedade seria bem pior se os estados pessoais de insatisfação fossem todos fadados a se perpetuar em decepções permanentes e inafastáveis; e o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, oferece com isso a promessa de pôr fim a esses estados. [...]. O Estado está, com isso, positivando o seu poder, no sentido de evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas – e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações”. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 193-195.

*Sucedee, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação: a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável. A certeza pacífica é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação<sup>48</sup>.*

É certo, porém, que esse objetivo último de pacificação somente será realizado de maneira efetiva se as decisões judiciais forem satisfatórias do ponto de vista sociológico, o que, por sua vez, para ser alcançado, demanda a abdicação, pelo Poder Judiciário, de sua postura exageradamente formalista, caracterizada pela apreciação dos processos como volumes de papel e pela desconsideração da proteção constitucional dirigida às vidas humanas cujos destinos estão neles sendo decididos.

Sobre o tema, irretocáveis são as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, que sustenta, *verbis*:

*“Mas o processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional. De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem<sup>49</sup>.”*

Nesse contexto, o § 1º do artigo 500 do PL 8.046/2010 (Novo CPC) estabelece novos requisitos para que os pronunciamentos judiciais sejam considerados fundamentados.<sup>50</sup> A nova regra, em comparação com o modelo atual

---

48. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 196-197.

49. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 26.

50. Lei 8.046/2010. “Art. 500. [...] § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; 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

e desde que realmente venha a ser respeitada pelo Poder judiciário, já será suficiente para reduzir uma série de injustiças, especialmente naqueles casos em que os tribunais deixam de apreciar com cuidado as razões trazidas pelas partes e aplicam verbetes de súmulas sem qualquer fundamentação científica, impedindo que a jurisdição e o processo cumpram seu verdadeiro fim.

É claro que, como bem adverte Dinamarco, “*Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado*”.<sup>51</sup>

Verifica-se, portanto, que somente uma resposta judicial justa é capaz de solucionar os conflitos com efetividade, ou seja, de maneira que a paz social seja restabelecida. E nada mais importante para a concretização da terceira dimensão dos direitos humanos do que a harmonia social, característica fundamental de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, nos termos do que prevê o preâmbulo da Constituição Federal.

## **5. A FRATERNIDADE COMO ELEMENTO CONFORMADOR DA TENSÃO DIALÉTICA ENTRE A LIBERDADE E A IGUALDADE: O EQUILÍBRIO ENTRE AS TRÊS DIMENSÕES SUBJETIVAS DOS DIREITOS HUMANOS E A AFIRMAÇÃO DE SEU CORRESPONDENTE OBJETIVO NO PROCESSO CIVIL**

Conforme sustentado, para que a dignidade da pessoa humana seja afirmada por meio do processo civil, é imperativa a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, uma vez que tais dimensões – e não gerações, já que não são manifestações excludentes – apresentam-se como o correspondente subjetivo do referido princípio. Nesse contexto, não basta ao jurisdicionado, para ver afirmada sua condição de ser humano digno, um processo civil capaz de lhe assegurar amplo acesso à justiça, bem como decisões isonômicas em relação a outros jurisdicionados que estejam em semelhante situação jurídica. É necessário, ainda, que seja concretizada a terceira dimen-

---

*de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*”

51. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 196.

são dos direitos humanos, aqui representada pelo direito de fraternidade/solidariedade.

Com efeito, um dos maiores desafios das democracias liberais sempre foi encontrar o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, enquanto categorias jurídicas asseguradoras de direitos fundamentais. Isso porque, a afirmação exagerada de uma, sempre conduz à supressão indevida da outra.

Tomemos, como exemplo, a discussão constante envolvendo a questão das raças e da opção sexual. Se a liberdade for plena, as minorias alegarão violação de direitos fundamentais, preconceitos sociais e outras limitações. Desse modo, restará prejudicada a igualdade que impede qualquer discriminação em razão de cor ou opção sexual. Por outro lado, se o Estado interferir afirmando uma igualdade absoluta, que não existe no mundo dos fatos, terminará por restringir demais as liberdades individuais, fazendo com que, por exemplo, qualquer manifestação em sentido contrário ao sistema de cotas raciais ou à adoção de crianças por casais homo-afetivos seja rotulada como racismo ou homofobia, e não como manifestação da liberdade de expressão.

No âmbito do processo também pode ser verificada essa tensão dialética entre os direitos humanos de primeira e segunda dimensão, ou seja, entre a liberdade e a igualdade. Tomando por referência o raciocínio desenvolvido nos tópicos anteriores, uma afirmação plena da liberdade no processo possibilitaria uma abertura sem limites da atividade jurisdicional, o que terminaria por sufocar a isonomia perseguida pela segunda dimensão dos direitos humanos. Por outro lado, a imposição de uma igualdade absoluta, alcançável por meio da aplicação indiscriminada dos precedentes a todo e qualquer processo, independentemente de suas peculiaridades, sufocaria a liberdade assegurada pela primeira dimensão dos direitos humanos.

A solução para essa tensão dialética própria das democracias liberais reside justamente na utilização, como elemento conformador, da terceira dimensão dos direitos humanos, a saber, a fraternidade.

Como já demonstrado, no tocante ao processo civil, a terceira dimensão dos direitos humanos se manifesta na forma de um efetivo restabelecimento da paz social, o que pode ser alcançado por meio de decisões coerentes, técnicas e, acima de tudo, justas. E toda decisão que seja efetivamente justa será capaz de assegurar o equilíbrio entre o acesso à justiça e a aplicação isonômica e segura das normas.

Desse modo, uma vez concretizados, no âmbito do processo civil, os direitos humanos em suas três dimensões, restará plena e evidente a dignidade da pessoa humana.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atribui-se ao jurista romano Ulpiano os seguintes preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*). Tomás de Aquino, a seu turno, pregava que a cada pessoa deve ser dado aquilo que lhe pertence, segundo o que se lhe deve, numa proporção de equidade. Já em Aristóteles encontra-se a afirmação de que “*a justiça é a base da sociedade. Chama-se de julgamento a aplicação do que é justo*”<sup>52</sup>.

Por certo, a atividade jurisdicional e a busca da justiça devem ter sempre referência no ser humano, já que é a ele que se pretende satisfazer. Daí porque Rizzato Nunes sentencia ser “*fundamental que se compreenda o pressuposto de toda decisão e o fim que ela deve almejar: a dignidade da pessoa humana*”<sup>53</sup>.

Nesse sentido, a idéia de um processo civil humanista, que tenha por referência constante a concretização multidimensional dos direitos humanos – dimensões essas que nele se manifestam na forma do amplo e isonômico acesso a uma efetiva justiça –, possibilita o resgate e a afirmação de sua função maior, a saber, conforme dispõe o artigo art. 6º do PL 8.406/2010, resguardar e promover a dignidade da pessoa humana.

---

52. ARISTÓTELES. A política. Tradução Nestor Silveira Chaves. – 2a ed. ver. – Bauru, SP: EDIPRO, 2009, p. 17.

53. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 421.

# DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PLS 166/2010 E PL 8046/2010): LIMITES OBJETIVOS E CONCEITO

*LUIZ DELLORE<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1 este é o momento de um novo código? 2 Da proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no projeto do senado (pl 166/2010). 2.1 Críticas à proposta de alteração nos limites da coisa julgada no PL 166/2010. 2.1.1 Manifestação de Antonio Gidi, José Maria Tesheiner e Marília Zanella Prates. 2.1.2 Manifestação de minha autoria em artigo anterior. 3 A modificação do texto na câmara: o PL 8046/2010 após a consolidação barradas e o retorno ao sistema atual. 4 Do conceito de coisa julgada: oportunidade de o novo diploma evoluir em relação ao atual cpc. 5 Conclusões. 6 Bibliografia.

---

## 1. ESTE É O MOMENTO DE UM NOVO CÓDIGO?

Antes de efetivamente enfrentarmos o tema objeto deste artigo, uma questão que merece reflexão é a seguinte: este é o momento de um novo CPC?

Consoante já exposto em artigo anterior de minha autoria sobre o tema<sup>2</sup>, creio que o principal problema que enfrentamos não é legislativo, mas estrutural e cultural.

De qualquer forma, se ora elaboráramos um novo Código, o fundamental seria que seu paradigma fosse o meio eletrônico.

---

1. Mestre e Doutor em Processo Civil pela USP. Mestre em Constitucional pela PUC/SP. Professor de Processo Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Escola Paulista do Direito (EPD) e do curso preparatório IEDI. Advogado da Caixa Econômica Federal.

Assessor de Ministro do STJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Página: [www.dellore.com](http://www.dellore.com) / Twitter: @dellore

2. 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, 2011.

Contudo, o projeto em debate ainda tem por paradigma o papel.

No momento em que o STF admite algumas postulações apenas em meio eletrônico, que o STJ praticamente não tem mais autos físicos e que a Justiça Federal informa que, a partir de 2013, planeja substituir as cartas precatórias por audiências em videoconferência<sup>3</sup>, não há mais espaço para um “novo” CPC cujo paradigma seja o papel.

É inegável que o projeto concluído na Câmara apresenta significativos avanços quanto ao tema em relação ao projeto do Senado; contudo, ainda assim, não há a transição do papel para o eletrônico.

Nesse sentido, basta verificar o seguinte artigo, da última versão da Câmara (grifos nossos):

“Art. 263. Havendo urgência, serão transmitidas a carta de ordem e a carta precatória por qualquer meio eletrônico ou por telegrama”.

Assim, parece-me que o projeto deveria ser elaborado levando em consideração o predomínio (ou mesmo exclusividade) do processo eletrônico. E, talvez, um artigo determinando a vigência do atual Código enquanto isso não ocorresse perante todo o Judiciário. Caso contrário, logo após a vigência do Código, ele já será obsoleto.

Contudo, por certo, isto não significa que o projeto não tenha méritos – ao contrário, há várias propostas que podem melhorar a prestação jurisdicional.

Isso em nada obstante, é fundamental a existência de debate a respeito das inovações. Assim, esta coletânea assume papel importante para permitir a reflexão em relação ao projeto e suas modificações<sup>4</sup>.

E a coisa julgada é um dos temas que sofreram alteração na Câmara, em relação ao texto base do Senado. Trata-se, no meu entender, de indubitável alteração para melhor, conforme se verá neste breve trabalho.

---

3. Conferir em [http://www.jfrs.jus.br/noticias/noticia\\_detalhes.php?id=29526](http://www.jfrs.jus.br/noticias/noticia_detalhes.php?id=29526), acesso em 20/12/12.

4. Neste momento, necessário destacar a atuação democrática e aberta de dois importantes atores na tramitação do novo Código: (i) Professor BRUNO DANTAS que, mesmo sendo membro da Comissão de Juristas que elaborou o projeto enviado ao Senado, debateu, fomentou o debate e ouviu as críticas ao projeto e (ii) Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO, relator do projeto na Câmara que, acessível, recebeu sugestões e debateu com aqueles que quiseram contribuir para com o projeto. Destaco, ainda, sua entrevista, feita exclusivamente para a internet, explicando as principais alterações do projeto da Câmara: <http://atualidadesdodireito.com.br/novocpc/2012/12/14/entrevista-com-o-deputado-sergio-barradas-carneiro/>.



## 2. DA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO PROJETO DO SENADO (PL 166/2010)

O anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas e enviado ao Senado (onde foi denominado de PL 166/2010<sup>5</sup>) foi acompanhado de Exposição de Motivos.

Referido texto, no seu item 4, assim destacava:

“O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

Essa intenção da Comissão de Juristas provocou a alteração de alguns dispositivos em relação à lei processual vigente – artigos que foram aprovados sem modificação pelo Senado, vale destacar.

Para facilitar a compreensão, reproduz-se abaixo o artigo do projeto do novo CPC (PL 166/2010) e, na seqüência, a redação atualmente em vigor, ou seja, a redação do atual CPC (CPC 73).

PL 166/2010:	CPC 73:
Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.	Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.
Art. 491. Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.	Art. 469. Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Do cotejo entre ambos os textos, é fácil perceber que o PL 166/2010, abandonando o sistema vigente, propõe a extinção da ação declaratória in-

---

5. Para ter acesso aos diversos textos do NCPC, acesse: <http://atualidadesdodireito.com.br/dello-re/2012/09/09/os-diversos-projetos-de-novo-cpc-exato-ha-mais-de-um/> De se turno, em dezembro de 2012 o texto que iria a votação na Comissão Especial da Câmara pode ser encontrado aqui: <http://atualidadesdodireito.com.br/dello-re/2012/12/16/voce-conhece-as-propostas-do-novo-cpc/>.

cidental e traz, como nova regra, que a coisa julgada também abrangerá a questão prejudicial.

E isso independentemente de pedido das partes, bastando que tenha havido decisão do magistrado a respeito da questão prejudicial.

A proposta, portanto, era de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. No CPC, apenas o dispositivo é coberto pela coisa julgada; no PL 166/2010, o dispositivo e a questão prejudicial seriam cobertos pela coisa julgada.

## 2.1. Críticas à proposta de alteração nos limites da coisa julgada no PL 166/2010

### 2.1.1. *Manifestação de Antonio Gidi, José Maria Tesheiner e Marília Zanella Prates*

Em artigo publicado na Revista de Processo<sup>6</sup>, os três autores acima nominados tratam especificamente da proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no PL 166/2010. E o fazem à luz do instituto da *issue preclusion* nos Estados Unidos.

E manifestam-se contrariamente à proposta, afirmando que não traria economia ou efetividade, mas sim maior demora e complexidade aos processos.

Após afirmarem que, “através da *issue preclusion*, tornam-se imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais”, esclarecem que isso não é isento de críticas no modelo americano<sup>7</sup>.

E explicam<sup>8</sup>:

“A regra para a aplicação da *issue preclusion* é, basicamente, a de que não se pode rediscutir em outro processo a mesma questão que tenha sido efetivamente controvertida e expressamente decidida em processo anterior. Além disso, a questão deve ter sido essencial para o julgamento que encerrou o processo e sua importância para futuros processos deve ter sido previsível pelas partes, à época da primeira demanda. Tais pressupostos são o fruto de uma longa construção jurisprudencial da prática norte-americana e derivam do respeito

6. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, 194, p. 101-138.

7. Op. cit., p. 109-110.

8. Op. cit., p. 111.

à garantia constitucional do devido processo legal. Para que sejam aplicados em um caso concreto, tais pressupostos devem ser comprovados pela parte que alegar a *issue preclusion* a seu favor.”

Porém, apesar de parecer ser um sistema lógico, pontuam quais são algumas das dificuldades<sup>9</sup>:

“Todavia, na prática, a necessidade de se analisar a presença de cada um desses requisitos torna-se um grande problema, que inviabiliza sua aplicação. Em primeiro lugar, segundo observação dos relatores do *Restatement (second) of judgments*, definir se uma questão surgida em uma demanda é idêntica à outra decidida em demanda anterior é um dos problemas mais difíceis na aplicação da *issue preclusion*.

Estabelecer se uma questão foi efetivamente controvertida entre as partes em um determinado processo tampouco é tarefa simples. E a questão também deve ter sido expressamente decidida pelo juiz na demanda anterior, o que nem sempre ocorre. O autor pode, por exemplo, apresentar dois fundamentos jurídicos alternativos em suporte de sua pretensão, vindo o juiz a decidir com base em apenas um deles, caso em que a questão envolvendo o fundamento não apreciado pelo juiz não terá efeito de *issue preclusion*”.

E, considerando os problemas observados na prática jurisdicional norte-americana, traçam o seguinte panorama<sup>10</sup>:

“Ao dizer que qualquer questão prejudicial expressamente decidida terá efeito de coisa julgada, o art. 490 do novo CPC parece incluir questões não necessárias, não essenciais e que não foram adequadamente controvertidas pelas partes”.

De seu turno, após a análise das divergências existentes no sistema estadunidense e das dificuldades de eventual compatibilização desse modelo com o nosso sistema, pontificam<sup>11</sup>:

“Da forma como está redigido, o art. 490 da proposta de novo Código de Processo Civil não contém nenhuma diretriz concreta para a sua aplicação prática, o que levará a infundáveis controvérsias por várias décadas, até que a jurisprudência consolide o seu entendimento.

(...)

---

9. Op. cit., p. 111-112.

10. Op. cit., p. 113.

11. Op. cit., p. 132 e 135.

Em suma, a solução restritiva adotada atualmente no Brasil com relação aos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais é mais simples, econômica e efetiva, e deve ser mantida. Não nos parece ser boa política legislativa adotar regras complexas, de efetividade duvidosa, para resolver problemas inexistentes”.

Ou seja: trata-se de incisiva manifestação pela manutenção do sistema vigente em relação aos limites objetivos da coisa julgada.

### ***2.1.2. Manifestação de minha autoria em artigo anterior***

em texto anterior<sup>12</sup>, publicado na Revista de Informação Legislativa editada com foco no projeto de NCPC, manifestei-me contrariamente à alteração do PL 166/2010<sup>13</sup>.

Em resumo, naquele momento sustentei o seguinte:

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

Como exemplo, basta imaginar, em uma demanda envolvendo um contrato, a discussão de nulidade de cláusula, nulidade do contrato, objeto ilícito, questões relacionadas aos poderes exercidos por quaisquer das partes, violação de cláusulas etc. Independentemente da profundidade da cognição, tais questões acabam sendo apreciadas pelo juiz na sentença, ainda que de maneira breve.

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

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

---

12. Elaborado quando ainda não publicado o trabalho mencionado no tópico 2.1.1 acima, ao qual tive acesso somente após a publicação de meu texto anterior.

13. 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, 2011.

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

(...)

Trata-se, claramente, de uma situação que causará insegurança jurídica e demandará, por parte do advogado, um extremo cuidado na hora de elaborar a inicial ou a contestação, para que não seja levantada uma questão que possa ser considerada como prejudicial – a qual ou demandará maior dilação probatória (e maior demora na tramitação do processo) ou eventualmente não seria conveniente para debate naquele momento. Há um claro enfraquecimento do princípio dispositivo.

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

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

E, na conclusão, assim expus:

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

Em síntese: quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o melhor é *quieta non movere*<sup>14</sup>.

---

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

### 3. A MODIFICAÇÃO DO TEXTO NA CÂMARA: O PL 8046/2010 APÓS A CONSOLIDAÇÃO BARRADAS E O RETORNO AO SISTEMA ATUAL

A Câmara mostrou-se sensível às críticas à proposta de alteração legislativa e procedeu à alteração do projeto, retornando ao sistema vigente.

Assim, no texto consolidado pelo relator, deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO (por isso a terminologia utilizada por alguns de “Consolidação Barradas”), a proposta do Senado e abandonada e o sistema do CPC 73 é retomado.

Os dois artigos reproduzidos no item 2 acima passam a ter a seguinte redação:

“Art. 517. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites das questões expressamente decididas”.

“Art. 518. Não fazem coisa julgada:

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

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

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

Como se depreende do cotejo desse texto com a atual redação do CPC, as alterações são mínimas.

Portanto, o projeto da Câmara mantém, em relação aos limites objetivo da coisa julgada, a mesma sistemática hoje existente. Indubitavelmente, uma proposta melhor do que o modelo proposto no texto do Senado.

Nesse sentido, o seguinte trecho da justificativa para alteração do texto, elaborada pelo deputado BARRADAS:

“Embora louvável a intenção da comissão que elaborou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não têm reclamado do modelo atual, não havendo qualquer problema causado com a limitação da coisa julgada material à parte dispositiva da sentença”<sup>15</sup>.

---

15. Ademais, a justificativa do deputado faz menção expressa ao texto mencionado no item 2.1.1 e assim expõe: “A intenção da comissão – bastante louvável, reafirme-se – é de alcançar maior economia processual e menos gasto de tempo, mas a experiência norte-americana, tal como revelada

Ou seja: *quieta non movere*.

Portanto, a redação atual do projeto – felizmente – mantém a regra vigente em relação à parte da sentença que é coberta pela coisa julgada.

Contudo, seria possível evoluir no regramento da coisa julgada para um novo Código?

Parece-me que sim – e é o que se expõe no próximo tópico.

#### **4. DO CONCEITO DE COISA JULGADA: OPORTUNIDADE DE O NOVO DIPLOMA EVOLUIR EM RELAÇÃO AO ATUAL CPC**

Dúvida não há de que a coisa julgada é um dos temas mais complexos do direito processual<sup>16</sup>.

De forma simplificada<sup>17</sup>, a *res judicata* pode ser definida como a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, em virtude do trânsito em julgado da decisão (interpretação a partir do art. 467 do CPC 73).

A imutabilidade tem como consequência a impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, o que se dá com a proibição de propositura de ação idêntica àquela já decidida anteriormente<sup>18</sup>. Este é o aspecto negativo da coisa julgada.

Já a indiscutibilidade tem o condão de fazer com que, em futuros processos (diferentes do anterior), a conclusão a que anteriormente se chegou seja observada e respeitada<sup>19</sup>. Este, por sua vez, é o aspecto positivo da coisa julgada.

Contudo, tal distinção, elaborada por parcela da doutrina, BOTELHO DE MESQUITA à frente, ainda é objeto de dúvidas e não é bem compre-

---

pelo trabalho doutrinário acima citado, demonstra que tal ampliação da coisa julgada material tem causado demoras injustificáveis nos processos judiciais”.

16. LIEBMAN, um dos maiores estudiosos do tema, afirma que a coisa julgada é um “misterioso instituto” (*Eficácia e autoridade da sentença*, p. 16). Já BARBOSA MOREIRA (Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, p. 9) assim destaca: “Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções.”
17. O tema foi desenvolvido, com vagar, na obra de minha autoria *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, da Editora Forense, no prelo.
18. Estamos aqui diante da clássica figura da “exceção de coisa julgada.” (cf. BOTELHO DE MESQUITA, no artigo A coisa julgada, p. 11).
19. Segundo BOTELHO DE MESQUITA, “O juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como premissa de sua decisão a conclusão a que se chegou no processo anterior” (Op. cit., p. 12).

didada – seja entre os doutrinadores, seja na jurisprudência<sup>20</sup>. Diante disso, certo é que o novo Código poderia trazer luzes para tornar mais clara essas duas características decorrentes da coisa julgada.

Mas não é só.

Costuma-se afirmar que o CPC 73 adotou o conceito de coisa julgada defendido por LIEBMAN<sup>21</sup>.

A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, de autoria de BUZAID, afirma expressamente que o projeto adotou o “conceito de coisa julgada elaborado por LIEBMAN e seguido por vários autores nacionais”<sup>22</sup>.

Para LIEBMAN, a coisa julgada é a qualidade que adere ao comando emergente da sentença, qualidade essa que torna imutáveis tanto os efeitos como a própria sentença<sup>23</sup>.

Contudo, cotejando a definição liebmaniana e o CPC 73<sup>24</sup>, percebe-se o seguinte:

- LIEBMAN fala em “qualidade” e “comando emergente da sentença”
- o CPC 73 traz os termos “eficácia” e “sentença”

Diante dessa distinção de termos para formular o conceito do instituto, teria o CPC 73 efetivamente adotado a teoria de LIEBMAN?

---

20. Um exemplo de aplicação da distinção entre imutabilidade e a indiscutibilidade, ainda que não sejam utilizados esses termos, vê-se na seguinte decisão do STJ: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. ATO ILÍCITO. COBRANÇA ABUSIVA. TRANSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO RÉU. COISA JULGADA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO MÉRITO DA QUESTÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. (...) 2. O Tribunal de origem, que antes se manifestara sobre a ilicitude do protesto de cheque decorrente de cobrança de honorários médicos indevidos, com acórdão transitado em julgado, não pode rejulgar o mérito da controvérsia, porquanto acobertado pelo manto da coisa julgada. 3. É devida indenização por danos materiais, no equivalente ao dobro do indevidamente cobrado na ação anteriormente ajuizada pelo réu, e por danos morais, tendo em vista a ofensa a dignidade do autor em face da cobrança ilícita e do protesto indevido. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (REsp 593154/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 22/03/2010)”.

21. Dentre outros: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 301; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de direito processual civil*. v. 1, p. 555-556; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Sentença*, p. 34 e 92; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*. v. 4, p. 39; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 52.

22. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo III, título III, item 10.

23. *Eficácia e autoridade da sentença*, passim.

24. “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.



Parece-me que não.

Contudo, ainda que assim se entenda, deve-se ter em mente a pertinente ressalva de TESHEINER<sup>25</sup>. Para referido autor, apesar do Código não ter expressamente adotado tal doutrina, “(...) o certo é que a teoria de LIEBMAN é dominante entre nós, não podendo, pois, ser ignorada”.

Mas, diante disso, poderia o novo CPC ou (i) ter efetivamente adotado a teoria liebmaniana ou (ii) avançado para uma nova formulação.

E já há autores que conceituam a coisa julgada de maneira distinta, evoluindo em relação a LIEBMAN. Nesse rol, merecem destaque BOTELHO DE MESQUITA<sup>26</sup> e BARBOSA MOREIRA<sup>27</sup>.

Contudo, o projeto de Novo CPC basicamente reproduz o atual sistema.

Nesse sentido, reproduzimos o texto atual e o projetado.

CPC 73:

“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Projeto de NCPC<sup>28</sup>:

“Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

---

25. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 72.

26. A doutrina de BOTELHO DE MEQUITA a respeito da coisa julgada pode ser sintetizada da seguinte forma: Afirma que o juiz, ao decidir cada uma das questões do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), chega a uma conclusão, denominada de “declaração”. A declaração principal é aquela na qual o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor (ou seja, que julga o mérito). E essa declaração principal é denominada de “elemento declaratório” (que não se confunde com o efeito declaratório da sentença). Com o trânsito em julgado, verifica-se a indiscutibilidade e a imutabilidade do elemento declaratório da sentença. Assim, coisa julgada é a imutabilidade e indiscutibilidade do elemento declaratório da sentença transitada em julgado (A coisa julgada, cit., p. 11 e ss.).

27. BARBOSA MOREIRA, em apertada síntese, sustenta que a imutabilidade não se refere aos efeitos da sentença. Afirma que o imutável é o próprio conteúdo da sentença, e não seus efeitos, que podem ser modificados. Como exemplo, o fato do efeito executivo da sentença condenatória exaurir-se com a execução ou pagamento. Assim, a coisa julgada não é efeito da sentença nem qualidade dos efeitos da sentença – é, na verdade, uma *situação jurídica*, que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, *Temas de Direito Processual*, 3ª Série).

28. Seja o PL 166/2010 do Senado (art. 489), seja o PL 8046/2010 da Câmara (art. 516).

Como se percebe, a alteração é mínima (troca de “eficácia” por “autoridade”), sem que haja a superação do problema apontado pela doutrina.

## 5. CONCLUSÕES

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

- 1) No meu entender, um novo Código de Processo Civil somente se justifica se houver a mudança de paradigma – do papel para o digital. E o projeto de NCPC (ainda que o texto da Câmara apresente avanços nesse ponto), ainda tem por base os autos físicos.
- 2) O projeto do Senado (PL 166/2010), abandonando o sistema do CPC 73, propõe o fim da ação declaratória incidental e traz, como regra, a abrangência da coisa julgada também para a questão prejudicial – desde que tenha havido decisão do magistrado e independentemente de qualquer pedido das partes.
- 3) Diante das críticas da doutrina, o projeto da Câmara (PL 8046/2010, com sua redação conforme a “Consolidação Barradas”) voltou ao sistema do CPC 73: a questão prejudicial não é coberta pela coisa julgada, salvo se houver ação declaratória incidental.
- 4) Parece-nos acertada a escolha do projeto da Câmara, pois a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada traria uma série de transtornos para o processo civil brasileiro – especialmente instabilidade e insegurança jurídicas e dificuldades interpretativas em relação ao que seria coberto pela *res judicata*.
- 5) Em relação ao conceito de coisa julgada, o projeto de NCPC (seja o da Câmara, seja o do Senado), basicamente mantém a redação do CPC 73.
- 6) A oportunidade seria conveniente para que: (i) houvesse o esclarecimento quanto à distinção entre imutabilidade e indiscutibilidade e (ii) o próprio conceito de coisa julgada fosse reformulado, seja para efetivamente adotar a posição de LIEBMAN, seja para evoluir em relação a outras propostas doutrinárias formuladas por processualistas expoentes no tema.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. A coisa julgada. In: \_\_\_\_\_. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. Coisa julgada – efeito preclusivo. In: \_\_\_\_\_. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 3.
- 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.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.
- ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936.
- 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. *Revista de Processo*, 194, p. 101-138, abr. 2011.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 4.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, nº 416, p. 9-17, jun. 1979.
- \_\_\_\_\_. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. 3a série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamentos Sobre Duas Relevantes inovações no projeto de um Novo CPC, *Revista jurídica*, ano 58, nº 401, p. 49-61, fev. 2011.
- RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. Evolução do instituto do caso julgado: do processo romano ao processo comum. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, v. 3, nº 3, p. 173-200, ago. 1989.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.



# A EXEQUIBILIDADE IMEDIATA DA SENTENÇA NO NOVO CPC

*BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART<sup>1</sup> E  
IRAPUÁ SANTANA DO NASCIMENTO DA SILVA<sup>2</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Panorama Atual e Propostas Legislativas. 3. Referências Bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A efetividade é, inegavelmente, a pedra de toque do processo civil moderno. Pensadores e operadores do Direito Processual, que a pouco e pouco perdem o interesse em filigranas acadêmicas despidas de interesse concreto, envidam esforços na busca de soluções para que o exercício da jurisdição alcance resultados práticos, é dizer, para que seja apto a tutelar, de acordo com o direito material, a situação submetida ao crivo do Judiciário, não apenas no plano das ideias, mas também na realidade dos fatos.

Na atualidade, as relações sociais multiplicaram-se e tornaram-se mais complexas. Surgiram novos interesses e necessidades, e do Direito é a responsabilidade de disciplinar todas as situações de forma rápida e satisfatória. Nesse quadro, avultam em importância os princípios da razoável duração do processo e do acesso à justiça (art. 5º, LXXVIII e XXXV, da CRFB), dos quais se extrai a necessidade de assegurar ao detentor de um direito o acesso ao bem da vida tão logo possível, sem retardos injustificados. Afinal, como já alertava Jeremy Bentham, “*justice delayed is justice denied*”.

Sendo certo que todo provimento jurisdicional tem a sua eficácia pereneamente ameaçada pelo passar do tempo, que é inimigo declarado e incansável

---

1. Mestre em Direito Processual pela UERJ, membro do IBDP.

2. Mestrando em Direito Processual pela UERJ, advogado especializado em Direito Processual Civil.

do processo, tem-se que a possibilidade de execução provisória é uma excelente arma de que o legislador pode e deve dispor nessa batalha.<sup>3</sup>

O presente trabalho, de dimensões bem definidas e reduzidas, visa a analisar, em breves linhas, a exequibilidade imediata da sentença e o regime do efeito suspensivo da apelação no bojo dos debates travados no Congresso Nacional em torno do projeto do novo Código de Processo Civil.

## 2. PANORAMA ATUAL E PROPOSTAS LEGISLATIVAS

O ordenamento processual em vigor, ao passo que abre ao titular de um direito lesado ou ameaçado a via judicial para a correção da injuridicidade, dificulta o percurso com diversos obstáculos, muitos deles sem qualquer justificativa baseada na necessidade de assegurar os direitos fundamentais do demandado. A situação é agravada quando já proferida a sentença, ato que encerra o procedimento de cognição exauriente e ao qual deve, naturalmente, seguir-se a realização do direito fixado pelo Estado-juiz.

Conforme aponta Ovídio Baptista, o modelo que aqui sempre se seguiu, de variegados recursos para múltiplas instâncias, com rigorosa e ampla fidelidade ao princípio da suspensividade da maioria deles (art. 497 do CPC de 1973<sup>4</sup>), especialmente na apelação, onde vige a regra do duplo efeito do recurso, somente quebrada nas raras exceções expressamente indicadas pelo Código, representa um obstáculo respeitável a qualquer veleidade de tornar nosso dispositivo jurisdicional mais ágil, moderno e efetivo.<sup>5</sup>

No atual CPC, o procedimento do recurso de apelação é muito vagaroso: interpõe-se a apelação, realiza-se o primeiro exame de admissibilidade pelo juízo *a quo*, apresentam-se contrarrazões, efetua-se novo exame de admissibilidade, remetem-se os autos ao Tribunal, distribui-se o recurso ao órgão colegiado, designa-se um relator, procede-se à autuação, há, outra vez, aferição da admissibilidade recursal, agora pelo relator, elabora-se de relatório, encaminham-se os autos ao revisor, efetiva-se um último exame de admissi-

---

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 356-357

4. CPC, Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.038, de 1990)

5. SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: Doutrinas essenciais – Processo Civil. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. V. II. São Paulo: RT, 2011. p. 845

bilidade e, finalmente, ocorre o julgamento. Todo esse rito, demasiadamente moroso, corre em desfavor da parte vitoriosa em primeiro grau, salvo quando há atribuição de efeito suspensivo pelo juízo *a quo*, após o primeiro exame de admissibilidade.

A análise empírica indica a premente necessidade da reforma processual, para além das mudanças na administração judiciária. O Conselho Nacional de Justiça, em seu relatório “Justiça em Números”, revela com precisão o número de recursos novos submetidos à análise dos Tribunais.

Em 2010 ingressaram no 2º Grau de jurisdição aproximadamente 2,9 milhões de processos e se encontravam pendentes, no mesmo ano, 2,6 milhões de processos, resultando em 5,4 milhões de processos em tramitação na 2ª instância durante o ano. Indicadores revelaram que cada magistrado em 2º Grau reuniu, no ano de 2010, em média 2.819 processos passíveis de julgamento, que variam de 1.877 processos na Justiça do Trabalho até 11.896 processos na Justiça Federal, apontando a elevada carga de trabalho nos Tribunais Regionais Federais.

A Taxa de Congestionamento é o indicador utilizado para aferir, em um determinado ano, o percentual dos processos em tramitação que ainda não foram baixados definitivamente. Em média, a taxa de congestionamento no 2º Grau da Justiça foi de 50% (indicando que metade dos processos que tramitaram acumularam para o ano seguinte). Especificando a estatística, verifica-se que as taxas de congestionamento no 2º Grau, por ramo da Justiça, correspondem a 48% na Justiça Estadual, 68% na Justiça Federal e 28% na Justiça do Trabalho.<sup>6</sup>

O congestionamento ora tratado gera a quantidade de 5.872 processos, em sede de recurso, aguardando julgamento há mais de dois anos no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que é conhecido por sua grande produtividade nas metas traçadas pelo CNJ.<sup>7</sup>

Com tais números, que são de causar espanto a qualquer operador do Direito, resta evidente a necessidade de uma atuação eficaz em um dos pontos nodais que obstam o acesso à Justiça. Sendo evidente o “gargalo” originado pelo elevadíssimo número de recursos pendentes de julgamento, a ausência

---

6. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisa Judiciária. *Justiça em Números 2010*. pp. 10-11.

7. BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <http://trf2.jus.br/Paginas/conteudo.aspx?Content=626040F5178E0561491F6F26A80C23DE>

de eficácia imediata da sentença protela a efetivação do direito em grande parcela dos casos, de modo que a mudança de tratamento legal da matéria trazida pelo projeto militarará em favor do acesso à justiça.

O fato não passou despercebido pela comissão encarregada da elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Após o transcurso pelo Senado Federal, o Projeto de Lei ganhou o nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados; recentemente, foi elaborado o relatório geral pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Passa-se à análise do *iter* processual legislativo.

O art. 908 do anteprojeto do novo CPC rompeu radicalmente com o modelo do Código Buzaid, dispondo que, *verbis*:

**Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.** (grifamos)

§ 1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso.

§ 2º O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

Desse modo, a regra passou a ser a eficácia imediata das decisões, à míngua de disposição legal em contrário, assegurando-se ao recorrente a apresentação de “pedido de efeito suspensivo” diretamente ao Tribunal, em petição autônoma (art. 908, § 2º). De acordo com o anteprojeto, é do relator a incumbência de decidir, caso a caso, sobre a suspensão da eficácia da decisão recorrida, tanto na apelação (art. 908, § 1º), quanto no agravo de instrumento (art. 933, I). Havia previsão de efeito suspensivo *ope legis* no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial interpostos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 905).

O projeto do novo CPC reproduz o sistema italiano, no qual se adota a regra da exequibilidade imediata da sentença (art. 337, primeiro parágrafo, do CPC italiano<sup>8</sup>). A novidade do projeto é alvissareira, visto que o regramento do Código Buzaid encarna um velado desprestígio à atividade do juízo de primeiro grau, reduzindo o seu trabalho a praticamente nada enquanto aguarda pela revisão dos órgãos superiores. Esse panorama não é desejável, máxime por constituir aspecto do princípio da economia processual – cons-

8. CPCi, Art. 337. (*Sospensione de l'esecuzione e dei processi*) *L'esecuzione dela sentenza non è sospesa per effetto dell'impugnazione di essa, salve le disposizioni de gli articoli 283, 373, 401 e 407.*



titucionalizado pela Emenda nº 45/2004 no inciso LXXVIII do art. 5º – o desfrute racional dos recursos dos graus de jurisdição já percorridos.<sup>9</sup>

De acordo com estatísticas oficiais, apenas 40% dos processos na Itália chegam à prolação da sentença, pois todo o sistema busca induzir os litigantes à resolução mais rápida possível do caso, considerando-se a decisão final como *l'extrema ratio*, nas palavras de Franco Cipriani.<sup>10</sup> Eis a demonstração empírica de que, vigendo a regra da ausência de efeito suspensivo dos recursos, é estimulada a célere autocomposição entre as partes, bem como evitado o abuso do direito de defesa.

A tendência hodierna é de prestígio à sentença, atribuindo-lhe maior poder e estabilidade, premiando, com isso, o vencedor da demanda em primeiro grau de jurisdição, que não deve esperar *ad eternum* pelo provimento que, ao menos provisoriamente, lhe é devido, ao mesmo tempo em que se cria um filtro às instâncias superiores. A partir desse novo panorama das fases de cognição e de execução, pode-se mesmo falar em um dever do Estado de prover imediatamente o interesse do jurisdicionado, assim que prestada a tutela. Não é justo atribuir sempre ao autor o ônus da demora da duração do processo, devendo o ordenamento jurídico prever, de modo sério e concreto, a efetiva e imediata eficácia da obrigação e da lei, por meio de princípios e mecanismos de cumprimento provisório da sentença, para que não seja obstaculizado o direito do demandante.<sup>11</sup>

Neste sentido, merece menção o importante posicionamento adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no denominado caso *Hornsby vs. Grécia*, julgado em 19/03/1997, no qual se entendeu que o direito à execução dos julgamentos é uma das garantias do processo justo, cuja falta acarretaria na existência de um acesso à justiça meramente abstrata, teórica.<sup>12</sup>

O relatório-geral da Câmara dos Deputados, a respeito da exequibilidade imediata da sentença, ressaltou que a celeridade não trará prejuízos ao réu, pois seu direito será resguardado no caso concreto:

- 
9. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*. Revista de Processo, Vol. 151. São Paulo: RT, 2007. p. 78.
  10. CIPRIANI, Franco. *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*. In: Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, Ano LVI, nº 4, Dezembro de 2002. p. 1250
  11. SCARSELLI, Giuliano. *Sulla necessità di ampliare l'ambito dei titoli esecutivi nonché l'accesso all'esecuzione forzata*. In: Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa. www.judicium.it. pp. 1-4.
  12. GUINCHARD, Serge *et alii*. Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 1016.

Estabelece o art. 968 que a apelação será recebida, em regra, sem efeito suspensivo, de modo a se permitir – e estimular – a instauração provisória da fase de cumprimento da sentença.

Permite-se, todavia, a atribuição de efeito suspensivo *ope iudicis*, por decisão do relator, a requerimento do apelante, **se houver risco de que a imediata produção de efeitos da sentença gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação do recurso.**

Estabelece-se, de outro lado, no relatório, alguns casos em que a sentença começa a produzir seus efeitos imediatamente após ser publicada (art. 968, § 2º), independentemente de ter sido ou não interposta a apelação – que são exatamente os mesmo casos já previstos no art. 520 do CPC/1973. (grifamos)

Em relação ao recurso de apelação, o anteprojeto retirou do juízo *a quo* o exame da admissibilidade recursal, conforme o seu art. 926: “*A apelação será interposta e processada no juízo de primeiro grau; intimado o apelado e decorrido o prazo para resposta, os autos serão remetidos ao tribunal, onde será realizado o juízo de admissibilidade*”.

No Senado, o Projeto de Lei nº 166/2010 inovou, contemplando o denominado “pedido de efeito suspensivo”, protocolado pelo apelante diretamente no Tribunal, sendo que o seu mero protocolo impede a eficácia da sentença até que o recurso seja apreciado pelo relator (art. 949, § 3º). Eis o teor do Projeto de Lei nº 8046/10:

Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.

§ 1º A eficácia da decisão poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação, observado o art. 968.

§ 2º O pedido de efeito suspensivo do recurso será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

§ 3º Quando se tratar de pedido de efeito suspensivo a recurso de apelação, **o protocolo da petição a que se refere o § 2º impede a eficácia da sentença até que seja apreciado pelo relator.**

§ 4º É irrecorrível a decisão do relator que conceder o efeito suspensivo.

A redação do projeto utiliza o termo “impede” de forma imprecisa, visto que os efeitos da sentença se produzem desde a sua prolação. O mencionado dispositivo é criticável. Prenuncia-se que, aprovada tal sistemática, a parte

sucumbente, na imensa maioria dos casos, petionará pela suspensão dos efeitos da sentença, e que o relator, sempre que possível, procederá ao julgamento monocrático do próprio recurso (art. 888, III, IV e V, do PL nº 8.046/2010<sup>13</sup>), reputando prejudicado o pleito de suspensão. Na prática, o panorama equivalerá à não exequibilidade imediata da sentença. Por isso, será admissível a concessão de tutela de urgência ou de evidência na própria sentença, cujos efeitos não serão obstados pelo protocolo do pedido a que se refere o art. 949, § 3º, do projeto. Cumpre memorar que, no regime vigente, diversos autores sustentam ser possível a concessão de tutela antecipada na sentença, precisamente com o intuito de contornar o efeito suspensivo da apelação.<sup>14</sup>

A figura do “pedido de efeito suspensivo” foi removida pelo relatório elaborado pelo Sr. Relator-Geral, propondo-se uma mudança para o texto que se segue:

Art. 1017. Os recursos, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Especificamente quanto ao recurso de apelação, observa-se a seguinte redação no Relatório-Geral:

---

13. Art. 888. Incumbe ao relator:

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

IV – negar provimento a recurso que contrariar:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

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

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

14. Por todos, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 376

Art. 1034. A apelação será, em regra, recebida sem efeito suspensivo. Será, todavia, recebida com este efeito, a requerimento do apelante, se o relator considerar que da imediata produção de efeitos da sentença poderá resultar dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo provável o provimento do recurso.

§ 1º Recebida a apelação sem efeito suspensivo, a sentença apelada começará a produzir os seus efeitos.

§ 2º Além de outras hipóteses previstas em lei, 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 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.

§ 3º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável na apelação.

Note-se que o relatório-geral elimina a possibilidade, prevista no art. 949, § 1º, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, de concessão de efeito suspensivo pelo relator quando entender provável o futuro provimento do recurso. Há um inexplicável retrocesso, a associar duas figuras independentes, como são a urgência e a evidência. Melhor o texto anterior, que permitia suspender a eficácia da sentença tanto pelo risco de dano grave, quanto pela probabilidade da existência do direito do recorrente.

Pelo regime do relatório-geral, tão logo a sentença seja prolatada, poderá ser imediatamente cumprida, a despeito da interposição de recurso. Entendendo o relator que no caso dos autos não existe qualquer risco de prejuízo grave de difícil ou impossível reparação, não atribuirá o efeito suspensivo e o apelado poderá prosseguir provisoriamente com o cumprimento da sentença.

O denominado “relatório Barradas” optou pela adoção do regime da apelação por instrumento, conforme se colhe do seguinte trecho:

O relatório, como não poderia deixar de ser, preserva o recurso por excelência, a apelação, mantendo a já tradicional regulamentação de seu amplo efeito devolutivo. Inova-se, porém, em dois pontos: prevê-se a interposição da apelação diretamente no tribunal e se modifica a regulamentação do efeito suspensivo deste recurso.

[...]

A grande inovação proposta por este relatório a respeito da apelação diz respeito ao modo de sua interposição. Esta passaria a ser interposta diretamente perante o tribunal de segunda instância, adotando-se um sistema que desde 1995 vem sendo adotado, com sucesso, para o agravo de instrumento.

A redação proposta para o dispositivo seria a que se segue:

Art. 1032. A apelação, interposta por petição perante o tribunal competente para julgá-la, conterá:

I – os nomes e a qualificação das partes;

II – os fundamentos de fato e de direito;

III – o pedido de nova decisão.

§ 1º. Não sendo eletrônicos os autos do processo, para fim de análise do pedido de efeito suspensivo, o apelante instruirá a petição de interposição do recurso com cópia das seguintes peças:

I – sentença apelada;

II – petição inicial, contestação, réplica, parecer do Ministério Público, laudo pericial, se houver;

III – certidão de intimação da sentença ou de outro documento que ateste a tempestividade do recurso;

IV – qualquer outro documento que lhe parecer conveniente.

§ 3º Caso falte alguma cópia, o apelante será intimado a complementar a formação do instrumento em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

§ 4º. Não sendo eletrônicos os autos, o relator, se entender necessário, requisitará ao juízo de primeiro grau a remessa imediata da integrados autos do processo.

§ 6º Para o exercício do juízo de retratação, quando permitido, o apelante informará ao juízo que proferiu a sentença a interposição do recurso.

§ 7º Não sendo eletrônicos os autos, o apelante tem de juntar, no juízo que proferiu a sentença, a cópia da apelação, no prazo de três dias a contar da sua interposição. O não cumprimento desta exigência, desde que arguido e provado pelo apelante, importa inadmissibilidade da apelação.

O regime da apelação por instrumento consiste na interposição do recurso de apelação diretamente ao Tribunal *ad quem*, onde haverá o juízo de admissibilidade, com a necessidade de protocolo de petição no juízo *a quo* informando sobre a existência de recurso contra a sentença proferida. A novidade aumentaria a velocidade dos atos processuais, visto que há atualmente

quatro controles de admissibilidade da apelação, sendo dois realizados no juízo de 1º grau (antes e depois da apresentação de contrarrazões) e dois no 2º grau (no recebimento pelo relator do recurso e no recebimento dos autos pelo revisor), conforme já exposto.

Um ponto bastante positivo, alinhado à visão instrumentalista do processo, é o § 3º do art. 1032 da redação proposta pelo Relator-Geral, que determina a intimação do apelante para instruir o recurso com cópias que o relator entenda relevantes, não fazendo qualquer distinção entre cópias obrigatórias ou facultativas. Aliás, importa frisar que, no que concerne à apelação, não existe esta distinção no Relatório-Geral. Sob a égide do atual regime do agravo de instrumento, se ocorrer, porventura, de faltar alguma cópia que o relator do recurso entenda útil para a compreensão do caso, em vez de conceder prazo para a juntada do documento, infelizmente, o recurso não é admitido, por falta de preenchimento do requisito do art. 525 do CPC-73.

O relatório-geral, com as poucas ressalvas apontadas ao longo deste trabalho, torna mais eficiente o regime da apelação, ponderando as necessidades de todos jurisdicionados envolvidos, com isso caminhando de mãos dadas com a evolução do Direito Processual contemporâneo.

### 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei 5869. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília: 1973.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisa Judiciária. *Justiça em Números 2010*. pp. 10-11.
- BRASIL. *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”*. Brasília, DF: Câmara, 2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeralautenticadoem18091222h47.pdf>
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sistema Informatizado de Consulta da 2ª Instância do TJRJ, Sistema JUD, Módulo ES, Rotina TJ.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <http://trf2.jus.br/Paginas/conteudo.aspx?Content=626040F5178E0561491F6F26A80C23DE>
- CIPRIANI, Franco. *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*. In: Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. Ano LVI, nº 4. Dezembro de 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*. Revista de Processo. Vol. 151. São Paulo: RT, 2007.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos Da Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SCARSELI, Giuliano. *Sulla Necessità Di Ampliare L'ambito Dei Titoli Esecutivi Nonché L'accesso All'esecuzione Forzata*. In: *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa. [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. In: *Doutrinas essenciais – Processo Civil*. Org.: Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. V. II. São Paulo: RT, 2011.
- GUINCHARD, Serge et alii. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2009.





# EFICÁCIA CONSUNTIVA NO NOVO CPC E OS RECURSOS AUGUSTOS E ANGUSTOS

ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Apresentação; 2. Processo como módulo em contraditório; 3. Superação do formalismo; 4. Consunção processual nos recursos de superposição e o Novo CPC; 5. Considerações finais; 6. Referências.

---

## 1. APRESENTAÇÃO

De todos conhecido que a disciplina processual nasceu e evoluiu, afirmando verdadeiro sistema, a partir do momento em que reconhecida a autonomia do seu objeto, da relação jurídico processual.

E aí, a pedra fundamental ou, melhor, o marco teórico foi o advento da teoria publicista do processo como relação jurídica, de BÜLOW, na obra de 1868 *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen publicada em Giesen*<sup>2</sup>.

De fato, não foi BÜLOW quem propriamente iluminou a ideia do processo como uma relação jurídica autônoma, enquanto diversa da relação de direito material posta à apreciação do magistrado. Muito antes vinha intuída no adágio de Búlgaro: *iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis* (Búlgaro, De iudiciis, § 8), como reconhece o próprio BÜLOW<sup>3</sup>.

- 
1. Advogado. Professor do Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro de Ensino Superior Sul Brasileiro (CESULBRA).
  2. BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.
  3. Ibidem, p. 1.

A bem da verdade, ao notável autor Tedesco tem que ser creditado o mérito da sistematização da relação jurídica processual, que serviu como fundação de toda construção processual seguinte, permitindo o nascimento e desenvolvimento da disciplina processual.

Ponto está, poder-se-ia então cogitar que o livro de BÜLOW representaria a afirmação apodítica da assepsia da relação jurídica processual para todos os fins, tendo vida e morte próprias independentemente da sorte da relação jurídica de direito material.

Todavia, no mesmíssimo livro é encontrada passagem absolutamente perturbadora a tal perspectiva, numa demonstração clara, já por BÜLOW, de uma correta visão do fenômeno processual.

Por significativo, pede-se licença para transcrever neste umbral:

**Tan pronto como la falta de un presupuesto procesal sea denunciada y confirmada al principio del procedimiento, éste se malogra totalmente. Pero qué ocurre si esa falta no es notada y el proceso llega a su fin? Se lo debe declarar siempre inválido, aun con posterioridad? Con otras palabras: Se puede ir tan lejos como considerar causa de nulidad a falta de un presupuesto procesal? Si no, a la falta de cuál de ellos corresponde ese efecto? Qué impedimentos procesales son – para usar una comparación aproximada – impedimenta dirimentia; cuáles son sólo impedimentia? Dónde se encuentra el criterio para una distinción semejante? Sólo con la respuesta a estas preguntas conseguirá la teoría de las nulidades procesales un fundamento seguro<sup>4</sup>.**

Essa claridade no apreender o fenômeno processual não foi transfundida de início pelos cultores do processo, cuja visão era turbada no caleidoscópio formado pelo colorido dos novos institutos processuais.

Contudo, a maturidade da disciplina descortinou a necessidade do reposicionamento dos pontos de vista, para perceberem e considerarem todas as nuances do processo sem se deixar ofuscar pelo multicolorido processual.

Noutras palavras, embora se assuma a importância dos institutos processuais, esta não justifica uma leitura insular, alheada da vida a que aderem, das necessidades práticas a que servem, aos objetivos para os quais, ao fim e ao cabo, são predestinados.

---

4. BÜLOW, op. cit., p. 8/9.

Se o processo não é um fim em si mesmo, se o Estado não erige o Poder Judiciário para entretenimento, mas sim com o objetivo abrangente de resolver conflitos de interesses, o processo somente pode ser percebido, lido e relido na perspectiva da finalidade para qual destinado.

Justamente, essa visão finalista, embora não utilitarista, foi bem apreendida pelo projeto de Novo Código de Processo Civil<sup>5</sup> e pelo Relatório Barradas<sup>6</sup>, no que propugnam a superação de meras deformações processuais, inútil formalismo<sup>7</sup>, numa correta visão da função processual.

## 2. PROCESSO COMO MÓDULO EM CONTRADITÓRIO

A nosso ver, uma perfeita aplicação dessa tendência de superação do formalismo passa, em boa medida, pela adequada compreensão do instrumento processual, de sua natureza jurídica, pois fornecem o substrato teórico indispensável ao seu sacrifício em determinadas hipóteses.

Mesmo porque, sempre tivemos firme a compreensão de que todos os institutos processuais convergem no seu desenvolvimento às vigas mestres do sistema processual, num contínuo reencontro<sup>8</sup>.

- 
5. Designaremos o projeto de Novo Código de Processo Civil, tramitando atualmente na Câmara de Deputados, tombado pelo número 8046/2010, com a expressão “Novo CPC”, sendo que, em contrapartida, o atual Código de Processo Civil – lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 –, pelo rótulo “Velho CPC”.
  6. O Deputado Sérgio Barradas Carneiro é o Relator-Geral na Câmara dos Deputados do Novo CPC, sendo que apresentou relatório sobre o projeto, com a apresentação de sua versão consolidada, que convençionamos de timbrar como “Relatório Barradas”.
  7. **“A forma em sentido estrito é o invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar; cuida-se portanto do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração. A doutrina, além disso, distingue a forma em sentido estrito, acima definida, da forma em sentido amplo, incluindo nesta última acepção, além do meio de expressão (da língua), também as condições de lugar e tempo em que se leva a efeito o ato processual. Todavia, a rigor tais condições não são intrínsecas ao ato, logo são circunstâncias, que, por delimitarem os poderes dos sujeitos processuais e organizarem o processo, integral o formalismo processual, mas não a forma em sentido estrito. Essas circunstâncias, não intrínsecas ao ato, constituem exatamente as formalidades, consideradas como ato, fato ou prazo previsto por uma norma geral a fim de condicionar o exercício das funções de um órgão ou de um agente.”** (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5). Utiliza-se a expressão *forma* no presente artigo para exprimir seu sentido amplo. Já o dístico *formalismo* será empregado como significante do abuso das formas e das formalidades, consideradas como um fim em si mesmo. Adverte-se, no entanto, que outros autores atribuem sentido diverso às referidas expressões linguísticas.
  8. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **O Princípio da oralidade no processo civil**: quinteto estruturante. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 15.

COUTURE advertia:

**Ponócrates, o perceptor de Gargantua, começava a lição de cada dia ensinando ao seu aluno a posição dos astros. Não é mau conselho para um jurista, sem necessidade de tomar tanta distância, o de procurar sempre uma referência entre a partícula do direito que tem entre as mãos e a imensidade do sistema jurídico do qual essa pequena peça faz parte.<sup>9</sup>**

Obviamente, isso não implica em dizer que inexistam divergências sobre tais institutos, podendo mesmo averbar: as idiosincrasias reinam sobranceiras<sup>10</sup>.

Verdade seja, ultrapassadas a fase das teorias particulares, pulsando no direito processual seu estudo científico, indispensável à compreensão do sistema o conhecimento dos institutos fundamentais.

**uma visão teleológica unitária do sistema processual jamais será possível mediante o estudo particular de cada instituto na óptica estreita do exame isolado, sem integração no plano dos grandes institutos fundamentais, em que se revelam as linhas convergentes aos objetivos traçados.<sup>11</sup>**

Até porque, os institutos processuais pontuais, de menor envergadura sistemática, nada mais são do que a especificação e filtração daqueles institutos fundamentais, só que abordados de forma particularizada. Razão tem DINAMARCO<sup>12</sup> quando afirma que tais institutos resumem e exaurem toda a disciplina do direito processual.

---

9. COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Tradução: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 37.

10. “La imprecisión que los rodea, podría reflejarse, a mi entender, jugando con los verbos ser y estar, en los siguientes términos: del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etcétera); de la jurisdicción conocemos lo que es, pero no dónde está (si en el derecho procesal o en el constitucional), y de la acción ignoramos lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) y dónde está (si en el campo del derecho material o en el derecho procesal). Como es natural, nuestras palabras no deben ser tomadas al pie de la letra, sino sólo como una forma llamativa de expresar la incertidumbre doctrinal en torno a estos conceptos.” (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. 2. ed. México: UNAM, 1970. p. 104).

11. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 114.

12. *Ibidem*, p. 114.

No ponto, pouco aproveita rememorar que a expressão “processo” significa ordinariamente uma sucessão causal de atos<sup>13</sup>, ligados teleologicamente, ainda que seja uma circunstância elementar à compreensão.

Sem esforço, podemos concluir que o processo é um método de trabalho, utilizado pelo Estado como como *meio* para atingimento dos seus objetivos institucionais, no que seus órgãos contam com a cooperação de pessoas e utilizam bens<sup>14</sup>. Diga-se mais, o resultado do processo é proporcional à qualidade e quantidade de pessoas, bens e realidades predispostos<sup>15</sup>.

Nessa ordem de ideias, fixos no *quid* que caracteriza o fenômeno processual, que é capaz de lhe imprimir contornos de instituição, singularizando-o, partimos de sua compreensão como coisa pública, vez que as teorias privatistas não passam de reminiscências históricas<sup>16</sup>.

Exatamente, BÜLLOW é o ponto cardinal a partir do qual estabelecemos o norte do processo, isto é, sua natureza pública, razão porque podemos sectionar o estudo do processo em duas fases, em *antes* e *depois* dele<sup>17</sup>.

O processo como relação diversa do direito material<sup>18</sup>, com centro de referência na relação jurídica processual, obedecendo à pressupostos próprios, os pressupostos processuais.

- 
13. “Processo (processus, do verbo *procedere*) significa avançar, caminhar em direção a um fim. Todo processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado. Nem só no direito ou nas ciências sociais existem processos. Também na química as transformações da matéria se dão através de um processo; e na biologia costuma-se falar em processo digestivo, processo de crescimento dos seres vivos etc”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 13).
  14. DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, op. cit., p. 204.
  15. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**: introdução e função do processo civil. v. 1. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 32.
  16. POTHIER ensinava ser o processo um contrato e o efeito da coisa julgada consequência lógica do princípio de que as convenções somente afetam os contratantes, tanto que tratou a coisa julgada no seu livro das Obrigações (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002. p. 725 e ss.). Com razão observaram: “Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiros negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Na realidade, a sujeição das partes é exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação” (CINTRA, op. cit., p. 277).
  17. CASTILLO, op. cit., p. 120-121.
  18. “Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado,

Si el proceso es, por lo tanto, una relación jurídica se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos, tiempo antes, respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición sobre una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquélla. Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto. Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no muestran a su respecto menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos. (...).

Estas prescripciones deben fijar – en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento, ya determinadas – los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan entre qué *personas*, sobre qué *materia*, por medio de qué *actos* y en qué *momento* se puede dar un proceso. Un defecto en cualquiera de las relaciones indicadas impediría el surgir del proceso. En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, que ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión “*presupuestos procesales*”.<sup>19</sup>

Em suma, a lei estatui o processo, estratificando a situação do autor e do réu, um face ao outro, deles face ao juiz, diluindo suas pulsões primiti-

---

también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. (BÜLOW, op. cit., p. 01-02).

19. BÜLOW, op. cit., p. 4/6.

vas em atos processuais, nas suas múltiplas imbricações, desdobramentos e implicações<sup>20</sup>.

GOLDSCHMIDT apresentou contundente contraposição à teoria do processo como relação jurídica<sup>21</sup>, apresentando sua concepção originalíssima do processo como situação jurídica (*Der Prozess als Rechtslage*).

O processo, pelo estado de guerra inaugurado, com o direito na ponta da espada (incerto), reconduziria a posição jurídica da pessoa há uma expectativa de proteção, isto é, ao estado de uma pessoa na promessa de uma sentença com apoio nas normas jurídicas.

**“a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca se pode prever com segurança.”<sup>22</sup>**

O princípio reitor da teoria de GOLDSCHMIDT é a ligação teleológica dos atos processuais, que lhes daria unidade finalística<sup>23</sup>, razão porque se instrumentalizaram novas categorias jurídicas, expectativas, possibilidades, cargas e liberações de cargas<sup>24</sup>.

- 
20. **“Por su naturaleza, implica una relación jurídica autónoma (porque es independiente de la relación jurídica material), compleja (porque abarca una serie de derechos y obligaciones que se extienden a lo largo de las diversas etapas del procedimiento, todas ellas ligadas entre sí desde el punto de vista teleológico) y perteneciente al derecho público, porque el proceso supone el ejercicio de la actividad jurisdiccional de Estado. El contenido de la relación jurídica está integrado por los derechos y obligaciones que entre los sujetos de ella tienen lugar. La relación jurídica procesal es una relación en movimiento: atraviesa distintas etapas procedimentales, sin que esa diversidad destruya la unidad procesal de todas ellas.”** (CASTILLO, op. cit. p. 126).
21. A doutrina da relação jurídica não foi imune de divergências, sequer no seio de seus seguidores, vejamos: alguns consideram que o processo é uma relação jurídica que se desenvolve progressivamente, já outros assentam que se trata de mais de uma relação jurídica (uma série de relações jurídicas interligadas); dissonâncias igualmente quanto aos sujeitos desta relação jurídica, enquanto uns restringem seus componentes às partes, a maioria engloba o Estado (relação triangular), representado pela pessoa do magistrado; a relação estabelecida pelas partes no processo ora é considerada como de direito privado, ora é vista como de direito público, sendo imediatas para uns e mediatas para outros (intervenção judicial); enfim, tem que entenda que as relações geram direitos e obrigações, em contraponto outros atestam a existência de meras ligações.
22. GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 50.
23. COUTURE, Fundamentos do direito processual civil, op. cit., p. 96-97.
24. **“Como resultado das explicações anteriores, as categorias processuais que acabamos de estabelecer não se submetem ao conceito da relação jurídica no sentido tradicional; não são nem submissões sobre imperativos nem poderes sobre tais. Sendo expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial futura, baseada nas normas legais, representam, melhor dizendo, situações jurídicas, o que quer dizer estado de uma pessoa do ponto de vista da sentença judicial que se opera com apoio nas normas jurídicas.”** (GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 47).

Puede concebirse el Derecho como um conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el Derecho justiciario, y, por consiguiente, para el Derecho procesal civil. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente <relaciones jurídicas> (consideración <estática> del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino <situaciones jurídicas> (consideración dãmica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra; expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada –, y las últimas – las cargas –, <imperativos del propio interés>, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la <existencia>, sino de la <evidencia> y muy especialmente de la prueba de sus presupuestos. El concepto de la <situación jurídica> se debe a Kohler, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal, y hasta quizá su concepto fundamental.<sup>25</sup>

À sua vez, CARNELUTTI atou<sup>26</sup> as duas doutrinas na formatação do seu conceito de processo, considerando-o como relação processual desenvolvido em situações igualmente processuais<sup>27</sup>.

25. GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 08-09.

26. Na minha opinião, a teoria do processo como instituição processual inicialmente formulado por COUTURE, posteriormente abandonada, e seguida por JAIME GUASP é uma tentativa frustrada de aglutinar a teoria da situação jurídica na de relação jurídica processual (por todos: COUTURE, op. cit., p. 101).

27. NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO na apresentação que fez dos sistemas de processo civil do autor italiano bem acendrou o tema, pontuando adequadamente as diferenças: “Em Goldschmidt, a situação jurídica é o conjunto de expectativas, possibilidades, deveres e liberação de deveres de cada uma das partes, e significa o estado de uma pessoa do ponto de vista da sentença judicial que se espera com fundamento às normas jurídicas (cf. Der Prozess als Rechtslage – Berlim, 1925 –, p. 259 e Teoría general del proceso – Barcelona, 1936 –, nº



Como método de trabalho, processo é uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus. Os atos interligados, em seu conjunto, são o procedimento. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a relação jurídica processual (poderes, faculdades, deveres e ônus). E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma entidade complexa, integrada por esses dois elementos associados – procedimento e relação jurídica processual.<sup>28</sup>

Noutro giro, Fazzalari extirpou do processo a noção de relação jurídica. Ter-se-ia o módulo processual – procedimento realizado em contraditório:

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em um ou mais fases, os ‘interessados’, em contraditório, colhemos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.<sup>29</sup>

A existência de relações recíprocas ou disformes no processo nada mais é do que a projeção, com a instrumentalização respectiva, da exigência político constitucional do contraditório.

---

24). Em Carnelutti, a situação jurídica representa cada um dos elementos ou interesses (o protegido e o subordinado) que se combinam para se integrar a relação jurídica (cf. Sistema, nº 11), e segundo as posições que a norma jurídica atribua ao sujeito frente a um conflito de interesses, cabe distinguir três distintas situações: passivas ou de necessidade, neutras ou de liberdade, ativas ou de supremacia, que abrangem respectivamente as seguintes figuras: a primeira, a sujeição, o ônus e a obrigação; a segunda, a faculdade, e a terceira, o direito (subjutivo) e o poder (ob. cit. nº 22). Com exceção da sujeição, por que ela não corresponde a nenhum, as outras situações jurídicas têm sua contrapartida em um ato jurídico, conforme o seguinte emparelhamento: ônus-ato necessário; obrigação-ato devido; faculdade ato-facultativo; direito (subjutivo)-negócio jurídico e poder-provimento, aos quais tende a agregar-se o ato ilícito. Por sua vez, desses três atos (ato facultativo, negócio jurídico e provimento) ligam-se ao interesse predominante o protegido, enquanto que os outros três (ato necessário, ato devido e ato ilícito) referem-se ao interesse subordinado (ob. cit. nos 24 e 415). Por conseguinte, enquanto Goldschmidt elimina a noção de relação jurídica do campo processual e a substitui pela situação jurídica, Carnelutti as acopla, e considera as situações jurídicas como componentes da relação jurídica.” (CARNELUTTI, op. cit., p. 16).

28. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2002. v. 2. p. 25.

29. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

**Desse modo, a disciplina legal das situações ativas e passivas que integram a relação jurídica processual é o reflexo infraconstitucional da garantia constitucional do contraditório. Atribuir situações ativas e passivas aos litigantes e ao Estado-juiz é instrumentalizar no plano jurídico a dupla exigência posta em nível político, de modo que um modelo legal portador de adequada disciplina dessas situações é um modelo respeitoso a essa garantia. Visto o processo assim, acaba sendo indiferente afirmar com ele, como entidade complexa, compõe-se de *procedimento e relação processual* ou que ele é simplesmente um *procedimento em contraditório* (Elio Fazzalari).<sup>30</sup>**

A própria compreensão do processo, nessa visão necessariamente dialética, estruturaria as diversas situações ativas e passivas processuais, todas elas desdobradas e inerentes ao próprio contraditório.<sup>31</sup>

Precisamente, essas são as grandes premissas e as colunas em que se apoiam a doutrina sobre a natureza jurídica do processo, sendo que atualmente, confesso, inclino-me a compreender o processo como um procedimento realizado em contraditório.

Dito às claras e às secas, a própria compreensão atual de processo prespõe um procedimento em contraditório – sob pena de inexistir processo e tão só ato, quiçá complexo –, sendo que da estratificação do mesmo, no macro esqueleto do procedimento, brotam e extraem-se as diferentes situações ativas, passivas e neutras.

Conquanto não enfocando diretamente essa problemática, acertada a ilação de MITIDIERO de que a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética<sup>32</sup>.

Nada obstante, não se pretender fecha questão no tema.

---

30. DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, op. cit., v. 2. p. 29.

31. Como contraponto a tal concepção, veja-se a lição de DINAMARCO: “**A consciência do modo como interagem e se relacionam os conceitos de contraditório e de relação jurídica processual compromete famosa doutrina que pretendeu afastar esse segundo elemento da entidade complexa e substituí-lo pelo primeiro (Elio Fazzalari: o módulo processual como integração entre procedimento e contraditório). Os dois elementos coexistem e não passam de dois aspectos de uma realidade só. O valor dessa doutrina reside em seu aspecto positivo, de alerta para a integração do contraditório no conceito de processo**”. (DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, op. cit., v. 2. p. 30).

32. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2011. p. 49.

O que importa reter neste passo<sup>33</sup> é a constatação de que todas dissensões sobre a natureza jurídica do processo quando menos acentuaram seu caráter dinâmico e sua unidade teleológica, sem descurar, por óbvio, da legitimidade no próprio procedimento<sup>34</sup>.

Demais disso, a autonomia do processo, a depuração do seu conceito, também desvelou sua insuficiência como fim, em se e *per se*, pelo que, cada vez mais, constata-se o verdadeiro imbricamento realizado pela atividade jurisdicional entre o processo e seu objeto, o que, via de regra, é próprio de qualquer processo produtivo, no caso, processo de produção de uma sentença que pretende realizar justiça.

Como advertia metodologicamente CARNELUTTI, em obra de fim mas no cume de sua produção científica, a coincidência entre propósito e resultado depende de uma adequação dos meios aos fins, de uma adequada escolha e manuseio daqueles<sup>35</sup>.

### 3. SUPERAÇÃO DO FORMALISMO

Pois bem, como facilmente deduzido na vida, problemas novos impõe soluções igualmente novas. Assim, essas novas luzes sobre o processo e suas finalidades impuseram ao operador jurídico um novo óculos escuro, um novo repertório, que lhe permitisse visualizar o horizonte sem ofuscar.

É o abandono da postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico, repelindo-se a forma pela

---

33. Correto DINAMARCO quando assevera: **“O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados”** (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23).

34. **“Pode definir-se a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”** (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980. p. 30). GAJARDONI apresenta interessante desdobramento da teoria: **“O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através de as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil”** (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98).

35. CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 19.

forma, pelo que esta assume na experiência jurídica o espaço que tem quer ter na vida.

DINAMARCO propugna essa *nova perspectiva* do sistema processual a partir do ângulo externo<sup>36</sup>, *terceiro momento metodológico* caracterizado pela consciência da *instrumentalidade*, como importantíssimo polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções<sup>37</sup>.

**“É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual”<sup>38</sup>.**

Noutro giro, mas ao redor do mesmo epicentro, entretanto numa perspectiva interna, da estrutura endógena do processo, sua organização, conformação e funcionamento, ALVARO DE OLIVEIRA consigna que os tempos atuais: **“são marcados pela busca incessante de fazer imergir o processo na própria vida”<sup>39</sup>.**

De fato, ainda que no vertical decurso temporal tenha sido diversa a influência do formalismo processual, marchas e contramarchas, a tendência tem sido o abandono do venerado respeito ao formalismo<sup>40</sup>.

Não se propugna o abandono puro e simples da forma, pois absolutamente necessária à estabilização, segurança do direito, imprimindo uma ideia de ordem, ordenamento, permanência, coerência.

A forma processual é ínsita ao processo, decorrente de sua própria concepção, enquanto coloca ordem na desordem, atribuindo previsibilidade ao procedimento. A tipicidade do procedimento se apresenta como fato de isonomia formal no processo, inclusive.

Mesmo porque, na lição secular de IHERING: **“A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”<sup>41</sup>.**

Não destoa MÖSER:

**O mais triste caso em que o juiz frequentemente se encontra é aquele em que ele reconhece de maneira evidente o verdadeiro direito e não pode realizá-lo por formalidades. Todavia, é melhor um só homem triste do que colocar to-**

36. DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, op. cit., p. 11.

37. Ibidem, p. 22.

38. DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, op. cit., p. 24.

39. OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, op. cit., p. 1.

40. **“o fio histórico da questão aponta a um ciclo ascendente, helicoidal, de evolução”** (OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, op. cit. p. 11/12).

41. TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 109.

**dos em perigo; e isso ocorreria se cada juiz pudesse aceitar como verdadeiro direito o que ele reconhece e logo lhe atribui força de coisa julgada.**<sup>42</sup>

Como lembrava CHIOVENDA, as formas processuais são por muitos considerados como um mal, mas não faltam: **“los que ni siquiera conceden que se trate de un mal necesario”**<sup>43</sup>.

Ademais, expressiva o próprio arrependimento de MONTESQUIEU, antes algoz das formalidades judiciais, para depois reconhecer: **“são o preço que cada cidadão paga por sua liberdade”**<sup>44</sup>.

Ainda assim, censura-se o processo dominador, aquele que aprisiona e faz servo o direito material, cujo sacrifício no altar do formalismo é uma consequência natural. Repele-se a superfetação da forma, impondo-se a informalização do processo, assumindo as formas posição conducente e proporcional ao atingimento das finalidades do mesmo.

Anote-se, não se encontram maiores dificuldades em externar tal tendência, eis que basta recolher os aportes teóricos atuais da doutrina processual. Noutras palavras, dizer que o processo não é um fim em si mesmo e que deve ser preservado quando necessário, além de nada novo acrescentar ao debate – incido na crítica de LUHMANN (*a redundância é verdadeira condição de possibilidade da argumentação jurídica*) –, também muito pouco explica.

O nó górdio cujo desate é imposto está em saber quando o processo deixa de ser algoz para ser vítima e vice-versa, porquanto a rigor a violação ao direito processual tem o mesmo peso da violação de direito material objeto do processo.

Em feliz alegoria, tomada de empréstimo da filosofia, CHIOVENDA posicionou adequadamente o tema:

**Por tanto, no habría mayor razón para quejarse de las formas que la que tendría – tomo el término de comparación de un gran filósofo – la paloma para quejarse del aire que disminuye la velocidad de su vuelo, sin darse cuenta de que precisamente es aquel aire el que le permite volar**<sup>45</sup>.

42. MOSER apud TROLLER, op. cit., p. 109.

43. CHIOVENDA, Giuseppe. Las formas en la defensa judicial del derecho. In \_\_\_\_\_: **Ensayos de derecho procesal civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1949. vol. II. p. 124.

44. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p. 87.

45. CHIOVENDA, op. cit., p. 126.

Ora bem, cientes de que o processo é um método de trabalho necessário e imprescindível, tanto por frear a arbitrariedade na sua previsibilidade, quanto também por igualar os litigantes, o mesmo somente deve ceder passo ao direito material quando sua observância não se justificar frente a outro valor<sup>46</sup>.

Melhor dizendo, a forma processual só merece irrestrita observância no que ligada a própria natureza do processo enquanto instituto, notadamente quando envolvida a quebra de sua estrutura dialética.

Em obra notável, ANTONIO DO PASSO CABRAL parte do pressuposto de que existe uma preferência normativa, apriorística, pela validade dos atos processuais, o que etiquetou como validade *prima facie*<sup>47</sup>, validade *pret-et-porter*.

Propugna o processualista carioca uma abordagem dinâmica do ato processual, diversa de sua consideração estática, fotográfica<sup>48</sup>, considerando o contexto da obra, do procedimento, o qual passa a ser visto na perspectiva, por assim dizer, de um filme.

**“Se o processo de formação da decisão é um procedimento construtivo dinâmico, a nulidade só pode ser analisada no desenvolvimento da relação jurídica processual e no palco das interações difusas que a compõem.”<sup>49</sup>**

Justamente, a partir disso, a decretação da nulidade demanda ofensa ao que CABRAL tem por influência-reflexiva que caracteriza o contraditório:

**“Vale dizer, o signo que autoriza a invalidação é a *significação comunicativa* destrutiva da pureza dialógica. E a *significação comunicativa* do defeito formal é a *repercussão* ou *interferência* do vício na higidez do ambiente dialético do processo”<sup>50</sup>.**

---

46. “Repelida a forma pela forma, forma oca e vazia, a sua persistência ocorre apenas na medida de sua utilidade ou como fator de segurança, portanto apenas e enquanto ligada a algum conteúdo, algum valor considerado importante. O mesmo sucede no concernente às formalidades, cujo valor é relativo para desempenho das tarefas do processo” (OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, op. cit., p. 6).

47. “Tudo isso nos faz concluir que existe uma preferência normativa pela validade dos atos processuais; uma diretiva alertando que, em caso de dúvida, se deve manter o ato e sua validade. Os atos processuais são válidos *prima facie*.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno*: contraditório, proteção à confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 188).

48. *Ibidem*, p. 270.

49. *Ibidem*, p. 273.

50. *Ibidem*, p. 275.

Vale uma observação lateral: ainda que tenhamos abandonado por incorreção a visão estática da relação processual, continuamos a problematizar os institutos processuais sob aquele ponto de vista imóvel.

Tenho por acertada a posição do processualista carioca, no que dimana uma análise dinâmica de eventual imperfeição formal<sup>51</sup>, somente se chanceando irrestrito respeito à forma quando em risco o próprio contraditório, isto é, a própria compreensão de processo.

#### 4. CONSUNÇÃO PROCESSUAL NOS RECURSOS DE SUPERPOSIÇÃO E O NOVO CPC

KLEIN já dizia ser o processo um dos mais significativos documentos culturais<sup>52</sup>, sendo que LUÍS CABRAL DE MONCADA estabelecia um paralelo sugestivo com um sismógrafo, a registrar as flutuações no subsolo da via social<sup>53</sup>.

Decerto, nosso processo é resiliente às nulidades, priorizando o fundo ao invés da forma, como dá prova nosso capítulo sobre nulidades (Capítulo IV do Título V do Livro I do Velho CPC), repetido integralmente no Novo CPC (Título III do Livro IV).

Aliás, com razão PONTES DE MIRANDA ao sustentar que mais do que um capítulo sobre nulidades temos propriamente uma disciplina de salvação das imperfeições<sup>54</sup>, tanto pela ausência de prejuízo, quanto pelo atingimento da finalidade, como enfim pela superação do descompasso formal.

O Novo CPC acentuou tal tendência na seara dos recursos augustos e angustos, permitindo a consunção dos defeitos formais dos recursos especiais e extraordinários, nos moldes do § 2º do artigo 1.051, *ad litteram*:

- 
51. “**nulidade somente existe com o pronunciamento judicial**” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 128). “**A invalidação, como visto, não é consequente necessária do vício mas apenas uma possibilidade aberta pelo ordenamento. Ora, ao mesmo tempo em que o devido processo legal não mais exige total e absoluta observância da forma, hoje axiologicamente valorada, vemos que, no processo, o ‘viciado’ e o ‘nulo’ não são conceitos superpostos**”. (CABRAL, op. cit., p. 185).
  52. TROLLER, op. cit., p. 17, nota de rodapé nº 8.
  53. MONCADA apud MITIDIERO, op. cit. p. 31.
  54. MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**: tomo III (arts. 154-281). Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 353.

**Art. 1.051. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição da República, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...). § 2º O Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo, ou determinar a sua correção, desde que não o repute grave. (...).**

Na nossa opinião, em potência, a consunção das formas sempre esteve estipulada no artigo 249, § 2º, do Velho do CPC<sup>55</sup>, repisada pelo artigo 263, § 2º, do Novo CPC, *in verbis*:

**Art. 263. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. (...). § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.**

Ao propósito, nessas hipóteses, ocorre a consunção endógena do descompasso processual – consunção processual –, a par da possibilidade de um provimento jurisdicional pretensamente justo.

**Ao processo é próprio um efeito consuntivo de suas formas, de suas formalidades, quando as imperfeições pontuais não resvalam em desrespeito ao instituto em sua ontologia, ao contraditório.**

Circunscrevendo o plano desta maneira, a matéria processual é consumida pela pretensão de direito material. Utilizando, de maneira invertida, aturado tropo do direito processual, dar-se-á o sacrifício do direito processual no altar do direito material.

Aliás, cada vez mais se apreende que a sentença sem resolução de mérito é um fracasso, como contundentemente adverte DIDIER<sup>56</sup>, ou, ainda, uma forma de morte violenta ou danosa do processo, nos termos de CARVALHO<sup>57</sup>. Convenhamos, sentença que não dê cabo definitivo à pretensão,

---

55. O dispositivo não constava do anteprojeto de BUZAID tendo sido inserido por emenda do Relator-Geral no Senado Federal (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. II. p. 292).

56. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

57. CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 177.



permitindo sua reedição, nada contribui ao desenvolvimento das relações sociais, desperdício evitável, mormente quando intensa a atividade processual realizada no processo.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA<sup>58</sup>, em artigo dedicado ao tema, credita à RIMMELSPACHER a tese de quebrar a relação de condicionalidade existente entre as questões processuais e as de mérito, a fim de permitir o enfrentamento destas em prejuízo daquelas.

Porém, na disciplina vigente, a consunção processual busca justificção na ausência de prejuízo<sup>59</sup> ou de interesse<sup>60</sup>. O *efeito consuntivo* está atrelado, para aplicação, a coincidência entre o beneficiado pela decretação da nulidade e o vencedor da demanda.

Portanto, atualmente, a consunção processual visualiza de antolho o beneficiado pela decretação da nulidade ou extinção anômala do processo, na linha do estabelecido no artigo 249, § 2º, do Velho do CPC.

O Novo CPC, em mais um passo decisivo rumo à superação da forma, no tema dos recursos augustos e angustos, prenes historicamente de formalismos, rompeu com esse liame, permitindo o conhecimento do recurso tempestivo interposto, embora claudicante, independentemente de prognoses sobre o julgamento.

Sem dúvida, isso é um *quid* diferente.

Assim, a imperfeição é elípticamente desconsiderada, pelo eficácia consuntiva, conhecendo-se o recurso e julgando seu mérito, sem qualquer consideração ou ligação entre o beneficiado pelo descompasso e o resultado do julgamento.

Daí porque, apesar da regra geral da consunção processual entesourar o vício e o resultado do julgamento (artigo 263, § 2º, do Novo CPC), nos recursos especiais e extraordinários o laço é desfeito. O eventual beneficiado pela existência do descompasso processual (recorrido) poderá ver o recurso conhecido e provido contra seus interesses.

---

58. SOUZA, Miguel Teixeira de. **Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais**. Repro. São Paulo: RT, 1991. nº 63.

59. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. e ampl. 2. Tiragem. São Paulo: RT, 1997. p. 150.

60. GOMES, Fábio. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento; arts. 243 a 269. São Paulo: RT, 2000. vol. 3. p. 35.

Deste modo, a consunção processual opera no recurso especial e extraordinário com maior vigor, alheia à perquirições sobre o resultado do julgamento da pretensão recursal, numa interessante superação da forma.

Finalmente, resta-nos esperar que a interpretação a ser conferida ao preceptivo proposto, notadamente sobre **“defeito formal que não se repute grave”**, seja adequada aos tempos vivenciados. Pensamos, a eficácia consuntiva não pode operar na hipótese do vício repercutir na própria dialeticidade do processo, porquanto aí a verticalidade do vício lhe coloca no plano da gravidade maior.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A maturação da disciplina processual e do processo redundou na necessidade de reposicionamento, numa adequada visão do espaço e da importância que os mesmos têm para a vida, como instrumentos necessários à realização de finalidades estatais.

O processo deixa de ser considerado um fim em si mesmo, o que, entretanto, não lhe amesquinha a posição, posto ser método de trabalho absolutamente necessário ao atingimento daquele.

Mútua condicionalidade entre meios e fins.

Nem mais, nem menos.

À vista disso, os institutos processuais passam a ser dimensionados na dinâmica do processo, de sua estrutura dialética, razão porque desimportam descompassos processuais que não comprometam suas finalidades institucionais.

O Novo CPC e o Relatório Barradas, conducentes com essas nóveis concepções, acentuaram o caráter instrumental do processo, reforçando sua eficácia consuntiva.

A eficácia consuntiva do processo passa a ter espaço nos recursos especiais e extraordinários, prescindindo de perquirições sobre eventuais beneficiários do defeito formal, tudo a roborar a rejeição à pruridos meramente formais no Novo CPC e, sobretudo, no Processo Civil atual.

## 6. REFERÊNCIAS.

BÜLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

- CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção à confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. Metodologia do direito. Campinas: Bookseller, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil. v. 1. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso. 2. ed. México: UNAM, 1970.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Las formas en la defensa judicial del derecho. In \_\_\_\_\_: Ensayos de derecho procesal civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1949. vol. II.
- COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. 3. ed. Tradução: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2002. v. 2.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual civil. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- GOLDSCHMIDT, James. Princípios gerais do processo civil. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GOMES, Fábio. Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento; arts. 243 a 269. São Paulo: RT, 2000. vol. 3.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: UNB, 1980.
- MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil: tomo III (arts. 154-281). Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2011.
- MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. O Princípio da oralidade no processo civil: quinteto estruturante. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. Repro. São Paulo: RT, 1991. nº 63

TROLLER, Alois. Dos fundamentos do formalismo processual civil. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4. ed. rev. e ampl. 2. Tiragem. São Paulo: RT, 1997.

# PARA UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>1</sup>,  
ALEXANDRE FREIRE<sup>2</sup> E  
ALONSO REIS FREIRE<sup>3</sup>*

---

**Sumário:** 1.Introdução. Em defesa de um sistema de precedentes para o Brasil. 3. Jurisprudência. 4. Precedentes judiciais. 5. Revogação de precedentes. 6. Revisão do precedente. 7. Fundamentos prescindíveis. 8. *Distinguishing* 9. O direito brasileiro entre o *civil Law* e o *common Law*. 10. O *stare decisis*. 11. Referências bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Desde sua publicação em 1973, o Código de Processo Civil tem passado por sucessivas alterações, decorrentes de mais de seis dezenas de leis reformadoras que se ocuparam em atualizar a legislação codificada naquilo em

- 
1. Visiting Scholar na Columbia University (NY-EUA). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilla. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor no Curso de Graduação da Universidade Estadual de Maringá-UEM, no curso de mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR e no curso de pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogado.
  2. Doutorando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-SP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Processual Civil da PUC-SP. Professor Visitante da Pós-graduação da PUC-RJ. Professor da Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP. Professor Visitante da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo-AASP. Professor Visitante da Escola Paulista de Direito-EPD. Professor da Pós-graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (Ribeirão Preto). Professor do UNICEUMA e UFMA.
  3. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do UNICEUMA e UFMA.

que ela não mais atendia aos anseios de uma sociedade complexa e de risco. Pode-se destacar, entre os principais diplomas reformadores, a Lei 8.952/1994 e a Lei 11.232/2005, que instituíram, a primeira, a antecipação dos efeitos da tutela e a tutela específica relativa aos deveres de fazer e de não fazer, e a segunda, nova técnica processual para o cumprimento e execução de sentença.

Essas alterações certamente tornaram o processo mais célere. Porém, as sucessivas modificações acarretaram contradições internas no Código de Processo Civil, provocando, aqui e ali, o surgimento de dúvidas, gerando insegurança a respeito da melhor interpretação de determinados dispositivos. Objetivando corrigir esse inconveniente, a presidência do Senado Federal instituiu, em 2010, comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de novo Código de Processo Civil, que se converteu no PLS 166/2010. Discutido e aprovado no Senado Federal, o projeto seguiu para Casa Revisora, onde tramita sob a denominação de PL 8.046/2010.

O projeto de lei possui inúmeras virtudes, mas, como qualquer empresa humana, não alcançou unanimidade, encontrando resistências ideológicas em certos setores da comunidade acadêmica, assim como no Poder Executivo, que, entre outras críticas, reputam inadequada a opção do projeto do novo Código de Processo pela adoção mais ostensiva do sistema de obrigatoriedade dos precedentes judiciais.

Pretendemos, neste breve ensaio, apresentar como se deu a separação entre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais e expor as pretensões racionalistas herdadas pelo *civil law*. Feito isso, apresentamos, em apertada síntese, o que seria um sistema de precedentes judiciais, com o propósito de justificar a adoção desta orientação pelo Direito brasileiro e demonstrar como as críticas que lhe são encetadas não podem prosperar. O tema, evidentemente, merece aprofundamento. Desejamos, aqui, fazer apenas uma introdução, esperando poder tratar de seus desdobramentos adiante, em outros ensaios.

## **2. EM DEFESA DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES PARA O BRASIL**

É bem verdade que jamais tivemos uma cultura jurídica de respeito aos precedentes judiciais no Brasil. Até pouquíssimo tempo, não havia uma preocupação revelada e tão explícita por parte dos juristas brasileiros em geral quanto ao respeito a ser dado aos precedentes judiciais. Vemos essa preocupação atual, no que diz respeito aos precedentes judiciais, com muito otimismo. O esforço para inserir em nosso país esse regime por meio das

alterações legislativas que serão introduzidas em breve é louvável, a despeito do ceticismo de parte da doutrina brasileira<sup>4</sup>. Neste ponto, e quanto ao que se tem dito, não consideramos um bom argumento, contra a adoção do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, aquele que se baseia apenas no fato de o nosso país ser de tradição jurídica romano-germânica e não anglo-saxônica, ou seja, pelo simples fato de, por sermos filiados à vertente romanística e, por isso, termos a lei como principal fonte formal do Direito. Ora, a lei, embora ocupe o primeiro lugar na posição hierárquica das fontes do Direito em nosso ordenamento jurídico, não é ela a única fonte. Em nosso próprio sistema, há reconhecimento legal de outras fontes do Direito, mesmo que supletivas ou subsidiárias, como os costumes, os princípios gerais, a analogia, a equidade<sup>5</sup> e as regras da experiência comum ou técnica<sup>6</sup>. Esses elementos também contribuem para a solução de controvérsias judiciais e, por essa razão, também devemos exigir coerência das decisões que as utilizam, como, aliás, desde os tempos mais remotos, sempre se exigiu<sup>7</sup>.

Também não consideramos suficiente a alegação contrária a essa adoção baseada no argumento segundo o qual o respeito aos precedentes judiciais e o *stare decisis* teriam sido aquisições históricas. A ideia de que o *stare decisis* é peculiar ao sistema jurídico anglo-saxônico é questionável<sup>8</sup>. Na verdade, o respeito a precedentes é inerente a todo e qualquer sistema, pelo menos em

- 
4. Veja-se, por exemplo, ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 491-552.
  5. Embora não prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o art. 127 do atual Código de Processo Civil brasileiro autoriza o julgamento por equidade quando a lei autorizar: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”
  6. Assim dispõe o art. 335 do atual Código de Processo Civil brasileiro: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”
  7. Veja-se LOBINGIER, C. Summer. Precedent in past and present legal system. Michigan Law Review. Vol. 44. 1945. p. 955-996.
  8. “Some commentators have attempted to fix the origin of *stare decisis* in early Roman law. They point out that as early as A.D. 300 opinions of the Emperor, as chief magistrate, had binding force and were conclusive for all cases of the same kind. But such seeds as had germinated the doctrine in the Roman system were summarily crushed out by decree of Emperor Justinian in A.D. 529. Efforts to fix the source of the doctrine in England have never successfully penetrated beyond its shadowy beginning in common law”. COVINGTON, Hayden C. The American doctrine of *stare decisis*. Texas Law Review. Vol. 24. 1946, p. 190.

seus primórdios<sup>9</sup>. Além disso, o fato de o sistema de respeito a precedentes judiciais não ter sido adotado em um dos dois principais sistemas jurídicos ocidentais de forma explícita nos últimos séculos<sup>10</sup> é algo que não impede sua adoção a qualquer tempo. Se o *common law* nos fornece, com seu próprio aprendizado histórico, alguma contribuição, não é razoável a recomendação para esperarmos a passagem do tempo até que, “naturalmente”, aprendamos sozinhos, com nossos “próprios” erros, nossas “próprias” regras.

O Direito não pode ter apenas uma postura descritiva da realidade. Pelo contrário, atuando sobre ela, cabe-lhe transformá-la ou conformá-la. O próprio *stare decisis* não surgiu “naturalmente” como um reflexo do que ocorria na Inglaterra do final do século XIX. Foi, antes, uma decisão, e judicial<sup>11</sup>, ressalte-se, que transformou não apenas o Direito, mas a realidade social e a prática jurídica dos países que o adotaram.

O respeito aos precedentes judiciais no Brasil já não é mais apenas uma opção que, no passado, poderia já ter sido pensada. Dentre outras coisas, o declínio do positivismo jurídico e ascensão do que se convencionou chamar de “pós-positivismo”<sup>12</sup>, o avanço da técnica de legislar por via de cláusulas gerais (que se expandiu sobremaneira na segunda metade do século XX), bem como o uso cada mais vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados, foram responsáveis a um só tempo por soluções e novos problemas, pois, embora tenham derrotado a crença nas pretensões próprias do racionalismo

---

9. Veja-se LOBINGIER, nota 4 supra.

10. O caráter desses distintos sistemas jurídicos foi forjado entre 1350 e 1600, período que compreende o Renascimento e a Reforma. Foi nesses séculos que ocorreu a grande divisão do mundo jurídico ocidental civilizado. O motivo dessa divisão foi, por um lado, a facilidade de incorporação do direito romano pelas jurisdições da Europa continental e, por outro lado, a incapacidade do Direito romano de penetrar permanentemente o universo jurídico inglês, que perpetuou as regras tradicionais nativas, estas aplicadas de modo uniforme em todo o reino por um único corpo de juízes, sendo, por essa razão, denominadas de *common law*, ou Direito comum. Veja-se KELLY, John M. Uma breve história da teoria do direito ocidental. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

11. Foi no direito inglês que surgiu, pela primeira, a política judicial segundo a qual os precedentes judiciais devem ser considerados vinculantes e não apenas levados em consideração pelos juízes ao decidirem casos presentes com situações fáticas e questões jurídicas semelhantes. Foi, portanto, somente a partir da decisão do caso *London Street Tramways v. London City Council*, de 1898, que a antiga *House of Lords* passou a se considerar completamente vinculada às suas próprias decisões, assim como a determinar que cortes inferiores estariam igualmente vinculadas às decisões de cortes que lhe fossem imediatamente superiores dentro do sistema judiciário inglês.

12. Veja-se, a respeito, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 200-206.



jurídico<sup>13</sup>, acabaram propiciando o ambiente para uma consequência jamais desejada por ele, qual seja, a ausência de coerência sistêmica, inclusive, muitas vezes, por meio do uso desordenado dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade na aferição da constitucionalidade das leis<sup>14</sup>. É que, como os responsáveis pela aplicação dos princípios jurídicos, pelo esclarecimento das cláusulas gerais e pela definição dos conceitos jurídicos indeterminados, em última instância, são os juízes<sup>15</sup>, e como, para muitos no Brasil, o livre convencimento do juiz parece ser mais um direito subjetivo indisponível que um dever institucional decorrente da função exercida, o que se vê é um cenário de contradições e desentendimento acerca do significado das normas jurídicas.

É inegável que um sistema jurídico é passível de decisões judiciais contraditórias. E a divergência temporária entre pronunciamentos judiciais em si mesma não é um mal. Essas duas situações são, porém, indesejáveis e precisam ser evitadas. Todavia, isso não significa que nos países que tradicionalmente adotam o *stare decisis* não ocorram tais situações<sup>16</sup>. O sistema de precedentes judiciais jamais eliminará a contradição e a divergência. Ele apenas reduz sua ocorrência, conferindo-lhe maior integridade sistêmica. Nem mesmo significa a perda do livre convencimento do juiz – desde que por livre convencimento se entenda a possibilidade de os juízes demonstrarem que, em determinado caso, os fatos e a situação são distintos o bastante daqueles em que se firmou o precedente judicial *prima facie* obrigatório, de tal modo que seguir o precedente iria contra as próprias razões de existir do *stare decisis*. Como o juiz Félix Frankfurter, da Suprema Corte norte-americana, escreveu, “a regra do

- 
13. Costuma-se afirmar que a principal ambição do racionalismo era tornar o Direito um conjunto composto exclusiva ou predominantemente de preceitos legislativos. Mas essa não era a única, nem a mais elevada pretensão. O racionalismo jurídico pretendia também conceber uma ordem jurídica completa, desprovida de lacunas, sendo consistente, livre de contradições e precisa, não podendo haver na ordem jurídica estabelecida normas vagas ou ambíguas. Em resumo, para o racionalismo jurídico, o Direito deveria ser sempre um sistema autossuficiente para fornecer uma solução unívoca para todo e qualquer caso.
  14. Veja-se, a respeito, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167-206.
  15. Como bem observa José Miguel Garcia Medina, o “juiz, ao fundamentar a sua decisão, não deverá ocupar-se apenas de convencer as partes do processo e as instâncias judiciais superiores sobre o acerto do seu julgado, Sob uma ótica democrática, também a opinião pública, em maior ou menor grau, tem interesse no modo como o juiz administra a justiça”. Constituição Federal comentada. São Paulo: RT, 2012, p. 347.
  16. Veja-se, por exemplo, LEE, Thomas R. *Stare decisis* in historical perspective: from the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52, 1999, p. 647-735.

stare decisis, embora sirva para a consistência e uniformidade das decisões, não é inflexível”<sup>17</sup>.

A preocupação com a coerência e a uniformidade dos pronunciamentos judiciais no Brasil é algo indiscutivelmente presente no fórum e na academia. A necessidade de estabilização e uniformização da interpretação das normas que compõe o direito brasileiro é inegável, assim como é inegável o fato de que não alcançaremos jamais a plenitude dessas duas verdadeiras virtudes tão desejadas por qualquer sistema jurídico. Nada obstante, exigir respeito aos precedentes judiciais, no Brasil, é, na verdade, e nos dias atuais, uma medida completamente necessária para conferir segurança, igualdade e previsibilidade no Direito, dentre outros inegáveis motivos que a justificam<sup>18</sup>.

O Direito Positivo se expressa e evolui por meio do reconhecimento da realidade social e de novos e emergentes interesses de uma determinada comunidade. Daí, o louvor a ser dado à possibilidade de previsão legal de tal exigência. Neste ponto, não podemos considerar razoável a crítica de que tal exigência não poderia vir por meios legais, ao argumento de que no *common law* essa exigência teria sido feita diante de prática judicial sedimentada no tempo. Sem perceber, o argumento volta-se contra si próprio. É que, se adotamos um sistema baseado primordialmente na lei, então é natural que alterações no sistema sejam feitas por meio da lei.

Entendemos que o desafio ao qual estamos sendo chamados e que devemos aceitar enfrentar é pensar o sistema de respeito aos precedentes judiciais, ou stare decisis, como se queira chamar, para a nossa realidade e a partir dela. Só assim poderemos dar nossa efetiva contribuição para o progresso do Direito brasileiro.

Nos tópicos seguintes, abordaremos alguns conceitos e diferenciações básicas acerca do tema.

### 3. JURISPRUDÊNCIA

Em Direito, precedente é conceito geralmente mal compreendido. Mesmo quando uma pessoa leiga, referindo-se ao Direito, menciona a palavra “precedente” em uma conversação, sabemos que ela quer dizer que algo ocorreu ou foi decidido no passado e que deve ser levado em consideração. Trata-se,

17. *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167, 221 (1961) (voto dissidente).

18. Veja-se, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 121-190.

é bem verdade, de algo mais fácil de explicar do que conceituar, inclusive nos países que o utilizam em suas práticas jurídicas de forma mais frequente e significativa<sup>19</sup>. No Brasil, o problema se acentua, em razão de utilizarmos aqui conceitos que, pelo uso já de longa data, levam muitos a confundi-los, sobretudo agora quando se começa a discutir o que, de fato, é um precedente, diante do uso há muito corriqueiro e não esclarecido desse conceito pelos juristas na prática cotidiana.

A própria palavra jurisprudência, tão familiar aos juristas brasileiros, não é dotada de significado único, apresentando, a depender do sistema jurídico em que é utilizada, acepção própria e, por vezes, completamente distinta. Nos dois principais sistemas jurídicos ocidentais, o *common law* e o *civil law*, a palavra jurisprudência possuía, de início, significados completamente diferentes. Originariamente, no século XVIII, jurisprudence significava apenas o estudo dos princípios primeiros da lei da natureza, do *civil law* e do direito das nações, algo, de modo geral, que pode ser traduzido por “teoria do direito”, “ciência do direito” e, por vezes, “filosofia do direito”<sup>20</sup>. Tempos depois, o termo passou a ser considerado como significando o estudo dos elementos gerais e fundamentais de um sistema jurídico particular. Apenas mais recentemente é que ele passou a ser conceituado como “judicial precedents considered collectively”<sup>21</sup>.

No Brasil, também, não há sequer acordo sobre o significado de jurisprudência<sup>22</sup>. Conquanto se conceitue o termo também, e ainda, em nosso país

- 
19. ADILSERT, Ruggero J. Precedent: What it is and what isn't: when do we kiss it and when do will kill it? *Pepper line Law Review*. Vol. 17, 1990, p. 605-636.
  20. Veja-se a seguinte passagem: "Jurisprudence addresses the questions about law that an intelligent layperson of speculative bent – not a lawyer – might think particularly interesting. What is law? [...] Where does law come from? [...] Is law an autonomous discipline? [...] What is the purpose of law? [...] Is law a science, a humanity, or neither? . . . A practicing lawyer or a judge is apt to think questions of this sort at best irrelevant to what he does, at worst naive, impractical, even childlike (how high is up?)." POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003, p. 1.
  21. Veja-se o verbete jurisprudence no famoso Black's law dictionary. 6ª ed. 1990, p. 854-855.
  22. O dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas define o termo como “[s]érie de acórdãos dos tribunais sobre a interpretação do mesmo preceito jurídico e sua aplicação em face de fatos análogos. Em sentido abstrato, é a própria Ciência do direito”. A informação é acrescentada no verbete iurisprudentia. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 488. Quando falamos em preceitos jurídicos não devemos restringir seu significado apenas às normas estabelecidas por meio de legislação, já que, por preceito, deve-se entender norma ou regra emanada da ordem jurídica. Não é outro o significado de precept no direito norte-americano: “A standard or rule of conduct; a command or principle”. Veja-se o verbete no Black's law dictionary, p. 1176.

como “Ciência do Direito”, é inegável, que ele sofreu redução conceitual no direito atual, para resumir-se apenas na interpretação do direito feita pelos tribunais, e apenas pelos tribunais devido ao fato de os julgados de primeiro grau não constituírem jurisprudência, ainda que homogêneos.

Quando utilizamos o termo jurisprudência nesse último sentido, que corresponde, de fato, ao seu uso mais comum na linguagem técnico-jurídica, fica implícita a ideia de conjunto, de somatória de decisões não díspares e harmônicas sobre um mesmo tema. É essa conotação específica, estrita e técnica de jurisprudência que nos interessa neste trabalho.

A ideia de um conjunto de decisões não díspares e consonantes não impede, todavia, a existência de jurisprudência contrária, de um conjunto de decisões também harmônicas, mas contrário a outro conjunto também harmônico, portanto. Daí, também, falar-se, no Brasil, inclusive em lei, de jurisprudência dominante<sup>23</sup>, o que significa dizer que há também um conjunto de decisões, também harmônicas e não díspares, que forma a jurisprudência não dominante. Aqui os predicados são atribuídos em razão de critério quantitativo, considerando-se jurisprudência dominante “aquela amplamente majoritária nos tribunais”, como é comum a encontramos definida em decisões no país.

Contudo, não raro surgem dúvidas acerca de qual é, de fato, a jurisprudência dominante de determinado tribunal. É que o critério segundo o qual dominante é a jurisprudência amplamente majoritária nos tribunais não é suficiente para evitar a incerteza e a insegurança.

#### 4. PRECEDENTES JUDICIAIS

Um precedente judicial não traz a ideia de coletividade, de reunião de decisões harmônicas sobre determinada questão jurídica. Esse é um traço distintivo e característico do precedente judicial quando comparado à noção técnica e estrita de jurisprudência acima exposta. Precedente é uma decisão judicial, e uma decisão judicial não pode ser considerada uma jurisprudência, nem mesmo qualquer conjunto de decisões. Para definirmos, inclusive, o que é jurisprudência não nos basta o critério quantitativo, pois é necessário que esse conjunto de decisões seja harmônico e que verse sobre determinado tema.

---

23. Veja-se, por exemplo, art. 120, parágrafo único; art. 544, § 4º, II, b e c; e art. 557, caput, e seu § 1º, todos do Código de Processo Civil atual.

Conquanto harmônico, para que um conjunto de decisões seja considerado jurisprudência é necessário o transcurso do tempo.

É por esse motivo que geralmente falamos, por exemplo, que “a jurisprudência do tribunal sobre a questão é de longa data”. E mesmo quando falamos que uma jurisprudência é “nova” ou “recente” não podemos considerar que ela se formou de modo imediato e repentino por meio de uma só decisão judicial. Antes da formação de um novo entendimento, o tribunal deve, no mínimo, sinalizar de alguma forma uma tendência ou seu pendor para uma nova direção. Pelo menos, deveria ser essa a prática comum, por se mostrar mais razoável e sensata, e por garantir a estabilidade do Direito e assegurar expectativas de comportamento na sociedade ao não surpreender os jurisdicionados.

Em resumo, quando falamos de precedente judicial, devemos considerar que estamos fazendo referência apenas a uma decisão<sup>24</sup>. Nada obstante, devemos reconhecer que esse traço característico nos leva apenas à conclusão de que um precedente é uma decisão judicial. Precisamos saber quando uma decisão judicial é um precedente.

No caso *Allegheny County General Hospital v. NLRB*, julgado em 1979, a Corte de Apelações da Terceira Região dos Estados Unidos, explicou que “um precedente judicial atribui uma consequência jurídica específica para um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial, passando, então, a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em um juízo inferior na hierarquia judicial”<sup>25</sup>.

Tomando de empréstimo essa explicação, podemos concluir que, se um precedente judicial é uma decisão judicial, o que a torna um precedente é o seu potencial para servir de regra para decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares<sup>26</sup>. Por isso, se afirma que, “para compreender o case-law, deve-se compreender como é que

---

24. LANDES, William M.; POSNES, RICHARD A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 19, 1976, p. 250-251.

25. 608 F.2d 965, 968-69 (3d Cir. 1979).

26. "In law a precedent is an adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing a rule or authority for the determination of an identical or similar case afterwards arising, or of a similar question of law." COOLEY, Roger W.; REDFIELD, Henry S. *Brief making and the use of law books*. Charleston: Forgotten Books, 2012, p. 134.

decisões particulares proferidas por juízes particulares para casos particulares podem ser usadas na construção de regras gerais aplicáveis a ações e transações em geral<sup>27</sup>. É esse o ponto-chave da doutrina dos precedentes judiciais e uma característica básica do common law<sup>28</sup>.

Se a nota distintiva da decisão judicial a ser considerada um precedente judicial é essa sua potencialidade, então não é qualquer decisão judicial que pode ser considerada um precedente, já que este não é apenas uma decisão tomada no passado.

Essa potencialidade da decisão considerada um precedente nos leva, então, à conclusão de que é possível haver precedentes que sejam vinculantes (binding precedents) e precedentes que são apenas persuasivos (persuasive precedents). Em outras palavras, na técnica de uso de precedentes, há uma distinção entre precedentes com autoridade vinculante (binding authority) e precedentes com autoridade persuasiva (persuasive authority)<sup>29</sup>.

Um precedente judicial, portanto, é uma decisão estabelecida em um caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo órgão judicial ou para outro ao decidir casos subsequentes com questões jurídicas ou fatos similares.

Vejam os quais são as diferenças entre esses dois tipos de precedentes.

Precedente persuasivo é aquele que não absolutamente vincula um órgão judicial, singular ou colegiado, mas pode ser aplicado por ele<sup>30</sup>. São decisões, portanto, que não vinculam um órgão judicial, mas que, por terem resolvido uma questão ainda não analisada pelos órgãos judiciais que os analisam ou por terem declinado importantes razões para não aplicarem um precedente vinculante oriundo de órgão judicial superior, merecem consideração cui-

---

27. MacCormick MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 155.

28. “Uma característica básica do common law, nesse caso, é a doutrina do precedente, pela qual os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que apresentem fatos similares e levantem questões legais semelhantes. Os juízes com frequência estabelecem regras que possuem um impacto que se estende para além das partes em um caso particular”. FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 67.

29. POUND, Roscoe. What of stare decisis? *Fordham Law Review*. Vol. 10, 1941, p. 6.

30. No direito inglês, são persuasivos os precedentes oriundos de cortes inferiores. Por exemplo, a UK Supreme Court pode seguir uma decisão de uma Court of Appeal, e essa pode seguir um precedente de uma High Court. São igualmente persuasivos as decisões do Judicial Committee of the Privy Council e as decisões das cortes na Escócia, Irlanda, Austrália, Canadá e Nova Zelândia.

dados por órgãos inferiores ou superiores<sup>31</sup> que, todavia, estão livres para segui-los ou não. Observe-se que esses precedentes podem ser oriundos da mesma jurisdição ou de jurisdição distinta daquela do órgão que os analisa. Por isso, são também chamados de *persuasive authority or advisory precedent*.

Costuma-se afirmar que a natureza vinculante de um precedente decorre da máxima geral de que casos semelhantes ou idênticos devem ser decididos da mesma forma. Esta noção está baseada na ideia de que as decisões judiciais, a fim de serem justas e previsíveis, devem ser consistentes com outras decisões proferidas anteriormente.

Mas essa não é uma razão suficiente para que os precedentes sejam vinculantes. É que, embora diante de situações idênticas ou semelhantes, os juízos superiores não estão obrigados a seguirem precedentes de juízos inferiores. Esses, sim, por aquela razão, estão obrigados a seguirem seus próprios precedentes e os precedentes oriundos de juízos que lhe são superiores<sup>32</sup>. Ou seja, a máxima de tratar casos iguais como iguais é aplicável horizontalmente ou verticalmente. Neste último caso, devido à “força gravitacional”<sup>33</sup> dos precedentes oriundos de órgãos judiciais superiores<sup>34</sup>.

## 5. REVOGAÇÃO DE PRECEDENTES

Não há mais como conceber um sistema de precedentes que não permita a alteração do entendimento que os formou. Por outro lado, um sistema jurídico

- 
31. Esses precedentes podem ser oriundos da mesma jurisdição ou de jurisdição distinta daquela do juízo que os analisa. Por isso, são também chamados de *persuasive authority or advisory precedent*.
  32. “The decision of the ultimate court of review in a common-law jurisdiction is held to bind all inferior courts of that jurisdiction and also the court itself in future cases involving the question of law decided or at least necessary to the decision rendered. [...] In other jurisdictions it is only persuasive, to be taken as a starting point for judicial reasoning so far as it appeals to the court.” POUND, *supra*, p. 6.
  33. A expressão é utilizado por Ronald Dworkin. Veja-se DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, cap. 04.
  34. Como a Suprema Corte da Califórnia esclareceu, em 1962, “[u]nder the doctrine of stare decisis, all tribunals exercising inferior jurisdiction are required to follow decisions of courts exercising superior jurisdiction. Otherwise, the doctrine of stare decisis makes no sense. The decisions of this court are binding upon and must be followed by all the state courts of California. Decisions of every division of the District Courts of Appeal are binding upon all the justice and municipal courts and upon all the superior courts of this state, and this is so whether or not the superior court is acting as a trial or appellate court. Courts exercising inferior jurisdiction must accept the law declared by courts of superior jurisdiction. It is not their function to attempt to overrule decisions of a higher court.” *Equity Sales, Inc. v. Superior Court of Santa Clara County*, 57 Cal. 2d 450 (1962).

que adota o sistema de precedentes precisa estabelecer regras e limites para a alteração dos entendimentos dos seus tribunais, sob pena de negligenciar a proteção dos próprios princípios que ele visa garantir e proteger ao instituir o regime de precedentes.

Nos Estados Unidos, há muito se reconhece que um tribunal “não se considera inexoravelmente vinculado pelos seus próprios precedentes, mas, no interesse da uniformidade de tratamento dos litigantes e da estabilidade e segurança, seguirá a regra que instituiu em casos anteriores, a menos que claramente convencido de que a regra estabelecida anteriormente estava errada ou não mais deve ser preservada devido às alterações das condições sociais”<sup>35</sup>. No Estados Unidos, portanto, compreende-se que o *stare decisis* não é um comando inexorável. Em determinados contextos, a revogação de um precedente é justificada e, por vezes, necessária. A questão que permanece é quais circunstâncias constituem razões legítimas para revogação de um precedente<sup>36</sup>. Embora um sistema de precedentes judiciais exista para garantir, dentre outras coisas, a estabilidade do direito, é inegável que erros e mudanças de entendimentos podem ocorrer. Mas essa afirmação não é muito esclarecedora.

Para permitir a evolução do direito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao longo dos anos, juízes e juristas passaram a desenvolver critérios para a revogação de precedentes judiciais. O desenvolvimento desses critérios sempre teve como base a preocupação em manter atualizado o direito perante as modificações no estrato social<sup>37</sup>. Contudo, não bastaria modificar o direito para atender às demandas sociais variantes. Era necessário igualmente desenvolver critérios que atendessem aos princípios da segurança jurídica, igualdade e coerência. Ou seja, embora juízes e juristas reconhecessem que os tribunais deveriam ser maleáveis às mudanças sociais, reconheciam também que os tribunais deveriam realizar essas modificações no direito de modo coerente e racional, pois, do contrário, a despeito do mérito da adaptabilidade, estariam comprometidas as expectativas de comportamentos das pessoas que já vinham pautando suas condutas conforme as decisões tomadas no passado pelos tribunais. Deveria, assim, haver primeiramente razões aceitáveis para a revogação desses precedentes.

---

35. MOORE, James W.; OGLEBAY, Robert S. The Supreme Court, *Stare Decisis* and the Law of the Case. *Texas Law Review*. Vol. 21, 1943, p. 539-40.

36. A respeito, veja-se COLLIER, Trent B.; DEROSIER, Phillip J. Understanding the overrulings. *The Wayne Law Review*. Vol. 56, 2010, p. 1761-1812

37. Veja-se, porém, análise crítica em HEIMANSON, Rudolf H. Overruling – an instrument of social change? *New York Law Forum*. Vol. 7, 1961, 167-175.



Como esclarece Neil Duxbury, “se um juiz diz que um precedente não deveria ser seguido, é esperado que ele também diga porque ele não mais deveria ser seguido”<sup>38</sup>. É que, no sistema de *common law*, o que anima os juízes a seguirem os precedentes é o dever moral de respeito e coerência. É por essa razão que o autor também afirma que “recusar-se a seguir um precedente é algo, portanto, análogo a recusar-se a cumprir um dever moral, tal como manter uma promessa: a obrigação não é absoluta, a recusa justificável para cumpri-la deve estar apoiada por certos tipos de razões”<sup>39</sup>.

Nos Estados Unidos, por exemplo, há três razões tradicionalmente aceitas para a revogação de um precedente pela Suprema Corte norte-americana que poderíamos tomar de empréstimo<sup>40</sup>. Um precedente está sujeito a overruling quando há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente, (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade. Implícita em cada uma dessas justificativas está a ideia de que o caso que originou o precedente, se tivesse sido decidido no atual momento, teria sido resolvido de outra forma<sup>41</sup>.

Uma intervenção no desenvolvimento do direito pode exigir a revogação do precedente por ele estar em conflito – não necessariamente direto – com outra decisão tomada posteriormente. Se essa inconsistência existe, é melhor que a Corte esclareça qual decisão vale para aquela específica área do direito ao invés de permitir a manutenção do conflito em nome de uma aplicação rígida do *stare decisis*. Contudo, nem todas as inconsistências permitem a revogação de um precedente. A inconsistência precisa ser significativa o bastante para criar uma incerteza real em uma área do direito. Em tais casos, é preferível que a Corte declare explicitamente a revogação do precedente e restabeleça a certeza no que diz respeito àquela área ou questão jurídica específica.

A revogação de um precedente também pode ser justificada se uma regra anunciada pelo precedente mostra-se impraticável. Isso irá ocorrer, por

---

38. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 118.

39. *Idem.*, p. 118.

40. PADDEN, Amy L. *Overruling decisions in the Supreme Court*. *The Georgetown Law Review*. Vol. 82, 1994, p. 1689-1732.

41. *Idem.*, p. 1694.

exemplo, se a regra não se mostrar capaz de ser aplicável na sociedade. Essa justificativa não é suficiente, porém, se tais dificuldades forem previsíveis e compreendidas pela Corte que criou o precedente, pois entende-se que a Corte implicitamente rejeitou quaisquer problemas quando tomou a primeira decisão<sup>42</sup>.

Por fim, a revogação de um precedente pode ser justificada quando a argumentação utilizada na decisão mostra-se desatualizada, tendo em vista a alteração de instituições sociais<sup>43</sup>. Essa situação pode ocorrer, por exemplo, quando condições sociais subjacentes ao precedente mudaram. Esta pode ser a razão mais apropriada para a revogação de precedentes, pois ela é capaz de manter a aparência da Suprema Corte como uma instituição justa. Isto porque essa justificativa, ao mesmo tempo que permite que a Corte revogue o precedente desfavorável, implicitamente reconhece que ela estava correta na época em que o caso que deu origem ao precedente foi decidido.

Observe-se, portanto, que revogar um precedente judicial nem sempre significa que a decisão proferida anteriormente por um tribunal estava errada. Muitas vezes, a revogação ocorre devido à necessidade de atualizar o direito, considerando-se as alterações sociais e tecnológicas.

O *overruling* é medida que acarreta o afastamento de uma regra estabelecida anteriormente. Isso ocorre quando um tribunal resolve de modo diferente um problema jurídico antes solucionável por um precedente estabelecido anteriormente, recorrendo a novos fundamentos que conduzem a resultado diverso. Nessa hipótese, é estabelecida uma nova regra jurídica que regerá situações semelhantes ou idênticas.

Nas hipóteses de *overruling*, além da necessidade de declinar razões que justifiquem a revogação dos precedentes, é necessário que os tribunais analisem se seria adequado que suas decisões tivessem efeitos imediatos. É que, embora as revogações possam ser racionalmente justificáveis, ainda assim elas podem surpreender os jurisdicionados, acarretando-lhes prejuízos de diversas ordens. Com isso, para garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas no seio da sociedade, por vezes os tribunais devem atribuir efeitos prospectivos às suas decisões, de modo a permitir que a sociedade possa se ajustar às novas regras sem prejuízo de qualquer ordem. Por isso, além das

---

42. Idem., p. 1695.

43. Idem., p. 1696.

razões que justificam a revogação dos precedentes, também é importante o efeito dessa revogação no tempo.

De um modo geral, a revogação de um precedente acarreta efeitos retroativos. Historicamente, essa sempre foi a regra<sup>44</sup>. Assim, a nova regra estabelecida pela decisão que revogou o precedente torna-se retrospectivamente aplicável a todas as relações jurídicas e eventos anteriores. Trata-se aqui de uma retroatividade plena.

Essa regra sempre foi bastante criticada. Isso porque as partes – do caso e talvez para outros casos pendentes que envolvam eventos anteriores à data da decisão – contavam com a regra "velha", e seria injusto aplicar a seus casos a regra "nova"<sup>45</sup>.

Reconhecendo este problema, tribunais e juristas têm considerado se e em que medida "novas" regras de direito devem ser aplicadas somente prospectivamente, isto é, apenas para ao caso presente e eventos ocorridos imediatamente após a data da decisão que inaugurou o novo precedente. Esse efeito é denominado de prospectividade seletiva. Em outros casos, se estabelece que a nova regra só será aplicada para casos que vierem a ocorrer a partir de uma determinada data fixada no futuro. Esse efeito, por sua vez, é denominado de prospectivo-prospectivo<sup>46</sup>.

## 6. REVISÃO DO PRECEDENTE

É inegável que o poder de estabelecer um precedente envolve igualmente o poder de revisá-lo. Os precedentes, portanto, podem – às vezes, devem – ser revogados, não havendo mais lugar no direito contemporâneo para um sistema de precedentes rígido o bastante para impedir revogações parciais ou completas. Todavia, como afirma Thomas da Rosa de Bustamante, “as exigências de uniformidade, coerência, consistência, imparcialidade, universalizabilidade e, mais genericamente, racionalidade na aplicação do Direito exigem que

---

44. “Historically, rules of law announced in judicial decisions were applied retroactively – that is, to conduct or events that had occurred prior to the dates of those decisions. Today, the retroactive application of judicial decisions remains the norm.” SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 26, 2003, p. 812.

45. Veja-se SPRUILL, Jr. James A. The effect of an overruling decision. *North Carolina Law Review*, Vol. 18, 1940, p. 199-223.

46. Notes. Prospective-prospective overruling. *Minnesota Law Review*. Vol. 51, 1966, p. 79-91

na revogação de precedentes judiciais sejam ponderadas cuidadosamente as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico<sup>47</sup>.

## 7. FUNDAMENTOS PRESCINDÍVEIS

É inegável que a grande questão que deve ser respondida sobre um regime de precedentes judiciais diz respeito ao que deve ser considerado um precedente. Como afirmamos acima, um precedente judicial é uma decisão estabelecida em um caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo juízo ou para outro juízo ao decidirem casos subsequentes com questões jurídicas ou fatos similares. Contudo, ainda é necessário saber o que nessas decisões conta como precedente. Em outras palavras, é preciso saber o quê, de fato, vincula, tendo em vista que em uma só decisão judicial (em amplo sentido) podem haver várias decisões judiciais (em sentido estrito).

A necessidade de responder a esse questionamento nos remete aos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta* presentes na prática jurídica do *common law*, conceitos sobre os quais, mesmos nos países que já o utilizam há muito tempo, não há consenso. Como se afirma, “[t]alvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda teoria jurídica produzida no *common law*”<sup>48</sup>. Há inúmeras teorias a respeito desses conceitos. Todas elas preocupam-se com a necessidade de determinar quais são os elementos principais das decisões judiciais. Esse artigo, porém, não tem a pretensão de expor em detalhes ou mesmo de fazer uma análise minuciosa das teorias existentes, mas apenas a de explicar a diferença entre as ideias de *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

Em resumo, entende-se por *ratio decidendi* os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis. Concordo que a grande dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um a decisão decorre, em grande parte, da pressuposição de que há uma única *ratio* em cada caso. Esse é um grande erro. Uma decisão judicial pode conter várias *ratio decidendi*, assim como pode conter várias *obiter dicta*.

Assim, em determinada decisão judicial haverá *ratio decidendi* útil para utilização em casos futuros não apenas quando um tribunal decide determina-

47. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 395.

48. BUSTAMANTE, supra, p. 259.

da questão de forma pontual ou direta (X deve fazer A). Por vezes, na mesma decisão, poderá haver uma regra geral que abranja, além de X, os indivíduos Y, Z e outros em mesma situação no futuro. Com isso, uma vez que podem haver várias *ratio decidendi* em diferentes níveis de generalidade, umas pontuais (ou específicas) e outras gerais, então não há que se falar em uma única *ratio decidendi*. Todas essas regras, portanto, têm força de precedentes.

Essas decisões que variam em graus de generalidade, porém, precisam ser imprescindíveis ao resultado da decisão. Do contrário, não serão *ratio decidendi*, mas *obiter dicta*, o que nos faz concluir que embora os argumentos *obiter dicta* possam ter graus distintos de generalidade não são elas imprescindíveis ao resultado da decisão.

## 8. DISTINGUISHING

No common law, entende-se por distinguishing a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual.

Em resumo, o distinguishing “se diferencia do overruling porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada – , mas apenas a sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência”<sup>49</sup>.

## 9. O DIREITO BRASILEIRO ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON LAW

O Direito brasileiro tem sua origem e tradição baseadas no sistema de *civil law*, ou de direito legislado, de filiação romano-germânica, que se distingue em alguns aspectos do *common law*.

O caráter desses distintos sistemas jurídicos foi forjado entre 1350 e 1600, período que compreende o Renascimento e a Reforma. Foi nesses

---

49. BUSTAMANTE, supra, p. 470.

séculos que ocorreu a grande divisão do mundo jurídico ocidental civilizado. O motivo dessa divisão foi, por um lado, a facilidade de incorporação do direito romano pelas jurisdições da Europa continental e, por outro lado, a incapacidade do Direito romano de penetrar permanentemente o universo jurídico inglês, que perpetuou as regras tradicionais nativas, estas aplicadas de modo uniforme em todo o reino por um único corpo de juízes, sendo, por essa razão, denominadas de *common law*, ou Direito comum<sup>50</sup>.

O Direito brasileiro carrega também a herança do racionalismo jurídico, movimento surgido alguns séculos depois da divisão do direito ocidental em seus dois grandes sistemas jurídicos.

Como se sabe, o racionalismo jurídico tem sua origem no século XVIII, com as primeiras tentativas legislativas para codificar os sistemas jurídicos nacionais em linhas sugeridas pelos ideais próprios do direito natural. A mais famosa codificação da época é o código civil francês, que entrou em vigor na virada para o século XIX. Contudo, antes mesmo do “Código de Napoleão”, notadamente na Prússia e na Áustria, já havia esforços para pôr em ordem o direito civil herdado dos romanos e, por sua vez, para torná-lo compatível com os costumes locais da época. De fato, foi a *Allgemeines Landrecht*, ou lei geral do país, da Prússia, o primeiro código legal nacional a entrar em vigor no ocidente<sup>51</sup>.

Ao contrário do que geralmente é divulgado, embora fosse a pátria do Iluminismo, o papel desempenhado pelo racionalismo na elaboração do Código Civil francês foi modesto, pois, ao final, o código produzido pela comissão nomeada por Napoleão, composta em sua grande maioria por anciãos, acabou sendo constituído em sua maior parte pelo direito antigo, precisamente pela combinação dos antigos costumes germânicos da região norte da França, do Direito romano e Do direito canônico, predominando, cada um deles, em cada uma das principais partes do Código.

Naturalmente, o Direito brasileiro assimilou as principais pretensões daquele movimento. Costuma-se afirmar que a principal ambição do racionalismo era tornar o Direito um conjunto composto exclusiva ou predominantemente de preceitos legislativos. Mas essa não era a única, nem a mais

---

50. Cf. LOBINGIER, C. Summer. Precedent in past and present legal system. *Michigan Law Review*. Vol. 44. 1945. p. 955-996.

51. CF. KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

elevada pretensão. O racionalismo jurídico pretendia também conceber uma ordem jurídica completa, desprovida de lacunas, sendo consistente, livre de contradições e precisa, não podendo haver na ordem jurídica estabelecida normas vagas ou ambíguas. Em resumo, para o racionalismo jurídico, o Direito deveria ser sempre um sistema autossuficiente para fornecer uma solução unívoca para todo e qualquer caso<sup>52</sup>.

Enquanto no *civil law* pretendia-se escravizar os juízes à letra da lei, no sistema jurídico de origem inglesa, o *common law*, ou de direito consuetudinário, como é às vezes chamado, assumiu-se a concepção antagônica de que os juízes, de fato, também criam o direito.

É bastante equivocada a ideia de que o *common law* só permite que os juízes criem direitos porque nos países que o adotam não há grande produção legislativa – se comparada à que podemos encontrar nos países que adotaram o *civil law*. Tomando o exemplo do Direito norteamericano, podemos constatar que naquele país há um grande emaranhado de leis estaduais e federais, em número bastante superior a países cujos sistemas jurídicos se perfilham ao *civil law*.

Não é a codificação ou a quantidade de leis escritas promulgadas pelo legislativo, portanto, o critério responsável pela distinção entre esses dois sistemas. Nem mesmo a supremacia da lei pode ser um critério, pois também no *common law* a autoridade da lei é superior à autoridade das decisões judiciais. Ao permitir que o juízes do *common law* criem direitos, assume-se, com isso, apenas que a legislação não tem a pretensão de regular todos os casos que podem ser levados ao Judiciário.

O que, de fato, diferencia os dois sistemas é a *postura dos seus juízes e tribunais quanto ao respeito pelos precedentes judiciais*.

## 10. O STARE DECISIS

Tendo em vista a aceitação de que os juízes do *common law* criam direitos, foi necessária a criação de regras e princípios para regularem o uso e o respeito aos precedentes judiciais e à autoridade deles para casos presentes e futuros. Decidiu-se, portanto, e em determinado momento, que passaria ser obrigatório o respeito a precedentes judiciais por parte juízes e tribunais de hierarquia inferior e aos próprios tribunais e juízes que os criaram.

---

52. Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

O *stare decisis*, portanto, não se confunde com o *common law*. Este surgiu muito antes daquele. São, pois, independentes<sup>53</sup>. Essa é mais uma razão para aceitarmos o fato de que nada obsta a adoção, no *civil law*, do *stare decisis*. Além disso, a adoção de um regime de respeito aos precedentes judiciais justifica-se por diversas razões. Ele traz segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, desestímulo à litigância excessiva, confiança, igualdade perante a jurisdição, coerência, respeito à hierarquia, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia processual (de *processos* e de *despesas*) e maior eficiência.

Embora muitos possam afirmar que o estabelecimento de direito e deveres por meio de leis escritas traz maior segurança aos cidadãos (já que o exercício da jurisdição estaria legal e previamente balizado), é inegável que, hoje, o juiz brasileiro tem muito mais poder de criação que o juiz do *common law*, tendo em vista que, ao contrário deste último, aquele, em princípio, não deveria (pelo menos, à luz da *letra* de nossa legislação) nenhum respeito aos precedentes judiciais dos tribunais ou órgão que lhe sejam superiores. Isso se dá, dentre outras razões, por se sustentar, no Brasil, inexistir hierarquia entre juízes. Esse raciocínio é aplicável, inclusive, nos próprios tribunais superiores, onde tem sido natural a inobservância a seus próprios precedentes. O que se percebe é a confusão entre hierarquia e independência judicial, confundindo-se a aquela com insubordinação e com desnecessidade de respeito às decisões anteriores.

Esse modo de pensar, segundo pensamos, é equivocado. No entanto, trata-se de algo arraigado em nossa cultura e, particularmente, na cultura dos juízes: os juízes de instâncias inferiores não se veem obrigados a observar os precedentes formados pelos tribunais; estes, por sua vez, não se veem orientados em repercutir, em seus julgados, orientações firmadas em decisões que tenham proferido anteriormente.

Tal estado de coisas contraria, evidentemente, a ideia de *Estado de Direito* estabelecida em nossa Constituição. Ora, se estabilidade e previsibilidade decorrem, naturalmente, da ideia de que vivemos em um estado de direito, não há como se fugir desta consequência: os precedentes judiciais devem, sim, ser respeitados, pelos próprios órgãos judiciais que o conceberam e pelos que a eles encontram-se vinculados.

O problema da tomada de decisões díspares em casos semelhantes no Brasil é especialmente acentuado nos tribunais, onde, às vezes em um mes-

---

53. Cf. ILSERT, Ruggero J. Precedent: What it is and what isn't: when do we kiss it and when do will kill it? *Pepperdine Law Review*. Vol. 17, 1990.



mo dia, uma câmara ou turma, ou mesmo um relator, pode tomar decisões distintas para casos similares.

Vivemos, hoje, sob um sistema de *stare (in)decisis*.

Tome-se, para ilustrar, os seguintes exemplos retirados da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça.

Em 2008, o Congresso Nacional aprovou o projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo que, culminando com a promulgação da Lei 11.672/2008, criou o artigo 543-C no Código de Processo Civil, autorizando o Superior Tribunal de Justiça a analisar recursos especiais repetitivos através de técnica de julgamento “por amostragem”.

Este dispositivo, em princípio, poderia ter o efeito de alterar o sistema processual brasileiro, imprimindo mais racionalidade e efetividade ao serviço de prestação jurisdicional, consubstanciando, assim, mais uma técnica do regime processual de causas repetitivas que está se formando para aperfeiçoar o sistema judicial brasileiro. De acordo com tal regra, verificando a multiplicidade de recursos especiais fundados na mesma matéria, o presidente do tribunal de origem poderá selecionar um ou mais processos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, suspendendo os demais recursos idênticos até o pronunciamento definitivo dessa Corte. Podem ser feitas, evidentemente, críticas ao *modus operandi* observado pelo STJ, na observância da regra do artigo 543-C (basta lembrar, p. ex.: a falta de critérios claros em relação à escolha dos recursos a serem examinados; à vedação, praticamente absoluta, a que aqueles que tiveram seus recursos sobrestados acompanhem, mesmo que como “terceiros”, o julgamento dos recursos selecionados; etc.). Esse é um tema, porém, que merece ser analisado em outro texto.

Diante dessa nova sistemática, indaga-se: É possível o pedido de desistência do recurso escolhido como representativo da controvérsia? Sabe-se que a desistência é um direito do recorrente, assim como constitui um requisito negativo de admissibilidade recursal. Inexiste dúvida quanto ao exercício desse direito nos recursos especiais não submetidos ao regramento do art. 543-C do CPC (REsp 1.243.226-RS – j. 18.08.2011). Porém, o STJ enfrentou esse tema em duas oportunidades, dando para os casos soluções distintas: no primeiro deles, optou, em questão de ordem, por maioria, em inadmitir a desistência (REsp. 1.063.343/RS – j. 17.12.2008); no segundo julgamento, o Superior Tribunal de Justiça admitiu, a unanimidade, a possibilidade de desistência, sem prejuízo do julgamento da tese objeto do recurso repetitivo (REsp 1.067.237-SP – j.24.06.2009).

Entendemos que esse último julgado se coaduna com a sistemática processual vigente, pois admite o exercício do direito de desistência, bem como possibilita o julgamento da tese jurídica. Mas não podemos nos furtar da crítica a *viradas repentinas de jurisprudência* justamente daquele Tribunal, pois lhe cabe o papel de órgão máximo de uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional.

Portanto, decisões como essas devem passar por um processo de amadurecimento que motive e fundamente inversões de posicionamentos da Corte.

Neste ponto, parece-nos acertada a previsão do artigo 882 do projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), ao prescrever que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, haja vista a necessidade de concretização dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção legítima da confiança e da isonomia.

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.

## 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

BARAK, Aharon. Overruling precedent. Israel Law Review. Vol. 21, 1986

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

COLLIER, Trent B.; DEROSIER, Phillip J. Understanding the overrulings. The Wayne Law Review. Vol. 56, 2010.

COOLEY, Roger W.; REDFIELD, Henry S. Brief making and the use of law books. Charleston: Forgotten Books, 2012.

COVINGTON, Hayden C. The american doctrine of stare decisis. Texas Law Review. Vol. 24. 1946.

- DANTAS, Bruno. Súmula Vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, p. 10-25, 2008.
- DILSERT, Ruggero J. Precedent: What it is and what isn't: when do we kiss it and when do will kill it? *Pepperdine Law Review*. Vol. 17, 1990.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- HEIMANSON, Rudolf H. Overruling – an instrument of social change? *New York Law Forum*. Vol. 7, 1961.
- KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LANDES, William M.; POSNES, RICHARD A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 19, 1976.
- LEE, Thomas R. Stare decisis in historical perspective: from the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52, 1999.
- LOBINGIER, C. Summer. Precedent in past and present legal system. *Michigan Law Review*. Vol. 44. 1945. p. 955-996.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: RT, 2012.
- MOORE, James W.; OGLEBAY, Robert S. The Supreme Court, Stare Decisis and the Law of the Case. *Texas Law Review*. Vol. 21, 1943.
- NEVES, Fernando Crespo Queiroz. A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 1997.
- PADDEN, Amy L. Overruling decisions in the Supreme Court. *The Georgetown Law Review*. Vol. 82, 1994.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.
- POUND, Roscoe. What of stare decisis? *Fordham Law Review*. Vol. 10, 1941.

RODOVALHO DOS SANTOS, Thiago. Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante. *Revista de Direito Brasileira*. Vol. 2, jan.-jun, 2012, p. 229-254.

SANTOS, Evaristo de Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SPRUILL, Jr. James A. The effect of an overruling decision. *North Carolina Law Review*, Vol. 18, 1940.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – Eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

# AÇÃO RESCISÓRIA NO PROJETO DE NOVO CPC: DO ANTEPROJETO AO RELATÓRIO-GERAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

WELDER QUEIROZ DOS SANTOS<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Objeto da ação rescisória: as decisões rescindíveis. 3. Hipóteses de cabimento da ação rescisória. 3.1. Incompetência absoluta. 3.2. Coação. 3.3. Violação manifesta a norma jurídica. 3.4. Prova nova. 3.5. Erro de fato. 4. Prazo para o ajuizamento da ação rescisória. 5. Outras modificações. 5.1. Dispensa do depósito prévio. 5.2. Possibilidade de rejeição liminar da ação rescisória. 5.3. Possibilidade concessão de tutela antecipada. 5.4. Resposta do réu e procedimento. 5.5. Escolha do relator e do revisor. 5.6. Produção de provas. 5.7. Órgão competente. 5.8. Ação x Pedido. 6. Conclusão.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O projeto de novo Código de Processo Civil, elaborado por uma Comissão de Juristas<sup>2</sup>, aprovado pelo Senado Federal<sup>3</sup> e atualmente em trâmite

- 
1. Mestre e especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial pelo Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de pós-graduação *lato sensu* no Complexo Educacional Damásio de Jesus e na IMP/MT. Professor na ESA/MT. Vice-Presidente da Comissão de Direito Civil e Processo Civil da OAB/MT. Advogado.
  2. O anteprojeto foi elaborado por uma comissão de juristas designada pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, teve como relatora-geral a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier e como membros os professores Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas Nascimento, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Teodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo César Pinheiro Carneiro.
  3. No Senado Federal, o anteprojeto se transformou no Projeto de Lei do Senado 166/2010, apreciado pela Comissão Especial presidida pelo Senador Demóstenes Torres, que teve como Relator-Geral o Senador Valter Pereira, auxiliado por uma Comissão técnica de apoio à elaboração do relatório-geral formada pelos Juristas Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Luiz Henrique Volpe Camargo e Renato Dorival Pavan. A Comissão teve ainda como Relatores-parciais: a) Senador

na Câmara dos Deputados, teve a versão final do Relatório-Geral elaborado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, Relator-Geral do Projeto (PL 8046/2010) na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, apresentada no dia 07.11.2012.<sup>4-5</sup>

O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados aguardando as votações na Comissão Especial e no Plenário, o que, em tese, possibilita que ainda sejam promovidas alterações antes da eventual aprovação com emendas e do encaminhamento do texto à Casa de origem, que deverá apreciar as emendas propostas pela Casa Revisora.

Ainda que haja a possibilidade de modificação no projeto, bem como de inesperada rejeição e arquivamento, pretende-se no presente trabalho analisar criticamente as modificações constantes no projeto de Novo CPC referentes à ação rescisória<sup>6</sup>, que é, por excelência, o meio de impugnação das decisões

---

Antonio Carlos Júnior (Processo Eletrônico); b) Senador Romeu Tuma (Parte Geral); c) Senador Marconi Perillo (Processo de Conhecimento); d) Senador Almeida Lima (Procedimentos Especiais); e) Senador Antonio Carlos Valadares – Cumprimento das Sentenças e Execução; f) Senador Acir Gurgacz (Recursos). Após aprovação na Comissão Especial, o substitutivo apresentado pelo Senado Valter Pereira foi aprovado no Plenário em 15.12.2010 e encaminhado para a Câmara dos Deputados em 22.12.2010.

4. Na Câmara dos Deputados, o texto foi recebido como PL 8046/2010 e a Comissão Especial tem como Presidente o Deputado Fábio Trad e como Relator-Geral o Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Pelo fato deste ser suplente, o Deputado Paulo Teixeira foi nomeado o novo Relator-Geral de modo que é possível afirmar que esta é a versão final do relatório elaborado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que foi auxiliado pelos Juristas Arruda Alvim, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Renato Dorival Pavan, Sérgio Muritiba, Leonardo José Carneiro da Cunha, Rinaldo Mouzalas, Daniel Francisco Mitidiero, Alexandre Freitas Câmara e Fredie Didier Jr. A Comissão teve ainda como Relatores-parciais: a) Deputado Efraim Filho (parte geral); b) Deputado Jerônimo Goergen (processo de conhecimento e cumprimento da sentença); c) Deputado Bonifácio de Andrada (procedimentos especiais); d) Deputado Arnaldo Faria de Sá (processo de execução); e) Deputado Hugo Leal (processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais, e disposições finais e transitórias).
5. A versão final do Relatório-Geral apresentada em 07.11.2012 é fruto do Relatório-Geral apresentado em 19.09.2012, acrescido de algumas modificações decorrentes dos debates comparativos entre os relatórios-parciais e o relatório-geral realizados na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005)> Acesso em: 07.12.2012.
6. Para um estudo sobre ação rescisória, sem pretensão de esgotar bibliografia, vide com proveito: BARIONI, Rodrigo. *Ação Rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória – Decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010; CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação a norma jurídica*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012; GEIRAGE NETO, Zaiden. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 2009; KLIPPEL, Rodrigo. *Ação rescisória: teoria e prática*. Niterói: Impetus, 2008; MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio

de mérito transitadas em julgado, quando presente pelo menos uma das hipóteses de rescindibilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>7</sup>

O projeto de novo CPC, desde o Anteprojeto até o Relatório-Geral apresentado na Câmara dos Deputados, altera a regulamentação da ação rescisória em diversos pontos. Cabe-nos, nesse desprezioso trabalho, destacá-los.

## 2. OBJETO DA ACÇÃO RESCISÓRIA: AS DECISÕES RESCINDÍVEIS

O *caput* do art. 485 do CPC/73 prevê que “a *sentença de mérito*, transitada em julgado, pode ser rescindida”. O dispositivo nunca foi imune às críticas. Isto porque leva a crer que somente as sentenças podem ser objeto de ação rescisória, quando, ao menos, os acórdãos também são rescindíveis.

Por essa razão, o anteprojeto (art. 884), ratificado pelo substitutivo aprovado pelo Senado Federal (art. 919), alterou o termo “sentença de mérito” por “sentença ou acórdão de mérito”, acolhendo o entendimento pacificado desde sempre a respeito do cabimento de ação rescisória contra acórdão.

No entanto, a alteração foi tímida, já que no direito processual civil brasileiro – tanto no vigente, quanto no projetado – existem decisões interlocutórias de mérito<sup>8</sup> e decisões monocráticas de mérito no tribunal<sup>9</sup>, que são aptas a transitarem em julgado e, a serem objeto de ação rescisória.

---

de Janeiro: Forense, 1976; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

7. Além da ação rescisória, atualmente o direito processual civil brasileiro admite a desconstituição da coisa julgada também por meio da *querela nullitatis insanabilis* ou ação declaratória de inexistência e da impugnação de sentença nas hipóteses previstas no § 1º do art. 475-L ou no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil de 1973.
8. Sobre o cabimento de ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, v. 141, p. 7, nov. 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 283-292; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos. O trânsito em julgado progressivo das decisões de mérito – uma visão da ótica das decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, v. 202, p. 369, dez. 2011; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação rescisória ajuizada contra decisão interlocutória. Admissibilidade, *Revista de Processo*, v. 144, p. 165, fev. 2007.
9. Sobre o cabimento de ação rescisória contra decisão do relator: CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória contra decisão do relator. In: MEDINA, José Miguel García *et alli* (org.) *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1013-1019.

Por essas razões, o Relatório-Geral apresentado na Câmara dos Deputados pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (art. 987), com acerto, substituiu o termo “sentença e acórdão de mérito” por “decisão de mérito”, evitando, assim, qualquer dúvida a respeito do cabimento de ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra decisão monocrática de mérito em tribunal.

Por consequência, desde o anteprojeto, substituiu-se o termo “sentença” por “decisão rescindenda”, contidos no § 1º do dispositivo que trata das hipóteses de cabimento (art. 485, CPC/73; art. 884, anteprojeto; art. 919, PLS 166/2010; art. 987, Relatório-Geral do PL 8046/2010) e do dispositivo que trata da legitimidade do Ministério Público para propor a rescisória em caso de colusão das partes (art. 487, III, b, CPC/73; art. 885, III, b, anteprojeto; art. 920, III, b, PLS 166/2010; art. 988, III, b, Relatório-Geral do PL 8046/2010). Por essa mesma razão, o inciso VII que trata da hipótese de cabimento de rescisória em caso de “documento novo” (art. 485, VII CPC/73) ou, mais amplamente, de “prova nova” (art. 884, VII, anteprojeto; art. 919, VII, PLS 166/2010; art. 987, Relatório-Geral do PL 8046/2010), teve a expressão “depois da sentença” substituída por “posterior ao trânsito em julgado”.

Ademais, o mesmo Relatório-Geral (art. 987, § 2º) admite também a ação rescisória contra decisão transitada em julgado que, mesmo não sendo de mérito, impeça a repropositura da demanda ou o reexame do mérito. A previsão expressa em dispositivo legal é louvável já que dissipa qualquer dúvida quanto ao cabimento da ação rescisória.

Nesse sentido, recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser cabível a ação rescisória para desconstituir a decisão judicial que extinguiu o processo sem resolução do mérito.<sup>10</sup>

---

10. Conforme noticiado no informativo 509 do STJ, disponibilizado em 05.12.2012: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA TERMINATIVA. **É cabível o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir tanto o provimento judicial que resolve o mérito quanto aquele que apenas extingue o feito sem resolução de mérito.** A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar ‘sentença de mérito’ o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a ‘sentença definitiva’, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. De toda sentença terminativa, ainda que não seja de mérito, irradiam-se efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos. Se o interesse do autor reside em atacar um desses efeitos, sendo impossível renovar a ação e não havendo mais recurso cabível em razão do trânsito em julgado (coisa julgada formal), o caso é de ação rescisória, havendo que ser verificado o enquadramento nas hipóteses descritas nos incisos do art. 485, do CPC. O equívoco cometido na redação do referido artigo, o foi na compreensão de que os processos extintos sem resolução do mérito (à exceção daqueles em que se acolheu a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada, art. 267, V) poderiam ser renovados, na forma do art. 268, do CPC, daí que não haveria interesse de agir em ação rescisória movida contra sentença ou acórdão



Esse é o entendimento antigo de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ao sustentar que o objeto da rescisão é a decisão que formou coisa julgada formal.<sup>11-12</sup>

---

que não fosse de mérito. No entanto, sabe-se que a renovação da ação não permite rediscutir todos os efeitos produzidos pela ação anteriormente extinta. Exemplo disso está no próprio art. 268, do CPC, que condiciona o despacho da nova inicial à prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Para estes casos, onde não houve sentença ou acórdão de mérito, o único remédio é a ação rescisória”. (STJ, Segunda Turma, REsp 1.217.321/SC, Rel. originário Min. Herman Benjamin, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/10/2012, pendente de publicação do inteiro teor do acórdão).

11. Afirma Pontes de Miranda que: “A rescindibilidade em geral das sentenças nada tem com a produção da força, ou, sequer, do efeito de coisa julgada material. A coisa julgada, de que se trata, quando se permite a ação tendente à rescisão da sentença passada em julgado, é a coisa julgada formal, a eficácia formal de coisa julgada”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 144). Em outro excerto, afirma o autor: “A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal da coisa julgada: quebra esta muralha de eficácia formal, já está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta à vida, ressurreição. Não se reconstrói a causa, que se fechara; abre-se a porta (= destrói-se a sentença) e recupa-se a casa. Nesses assuntos, de ciência difícil, como a processualística, todo cuidado é pouco se lançamos mão de imagens. A cessação da relação jurídica foi *ex nunc*; não desaparecera. Resultara da sentença. Destruída, rescindida, a sentença, a relação jurídica processual, que lá estava até o momento em que cessara (com eficácia formal de coisa julgada), *continua* o tempo perdido, pois que se eliminou a causa da cessação: a sentença e a sua eficácia forma de coisa julgada. Às vezes, a rescisão é de decisão concernente à formação da relação jurídica processual, mas, aí, é pelo objeto da impugnação que se desce até lá”. (*Idem*, p. 173).
12. Roberto Campos Gouveia Filho exemplifica: “suponhamos que o autor apela contra a sentença que declarou não ter ele direito ao que pretende (eficácia declaratória negativa da sentença). A decisão apelada, por certo, versa sobre o mérito do processo, sobre a *res in iudicium deducta*, portanto. Admitida a apelação pelo juízo *a quo*, venha ela a ter seu seguimento negado pelo relator no juízo *ad quem*, pois, no entender dele, o recurso seria intempestivo. Esta segunda decisão aplicou de forma equivocada o art. 557, *caput*, CPC, pois o suporte fático de tal dispositivo não estava configurado no caso em tela: o recurso era, sim, tempestivo. Não obstante o erro do julgador, o apelante, por motivo desconhecido (e irrelevante), não recorre, de modo que a decisão vem transitar em julgado. Ninguém deve ter dúvida que a decisão monocrática negatória de seguimento ao recurso não versa sobre a causa, não versa sequer sobre o mérito recursal (que, *in casu*, coincide com mérito *causae*). Ora, não obstante, tal decisão não seja de mérito, aplicando a tese ponteana, é possível rescindi-la para, simplesmente, obter o seguimento do recurso ao órgão colegiado competente para julgá-lo. Neste último aspecto reside o interesse do autor na rescisão. Vê-se, pois, num juízo de falseabilidade a inteireza científica da lição do mestre”. (GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *O objeto da rescindibilidade segundo Pontes de Miranda*. Disponível em: <<http://blogpontesdemiranda.blogspot.com.br/2011/02/o-objeto-da-rescindibilidade-segundo.html>> Acesso em 07.12.2012). O exemplo é ilustrativo, mas discordamos dele. Quando o relator não conhece do recurso (“nega seguimento”) por intempestividade, ele não apreciou o objeto do recurso, de modo que não incide o “efeito substitutivo”, já que o julgamento proferido não substitui a sentença proferida em primeiro grau (art. 512, CPC/1973). Portanto, em nosso sentir, o objeto de rescindibilidade, neste caso, será a sentença e não a decisão monocrática do relator.

Portanto, o projeto de novo CPC passa a admitir expressamente “o cabimento da ação rescisória quando não se pode mais rever o mérito da questão por impossibilidade acarretada por alguma indevida inadmissibilidade de recurso interposto na causa originária, ou quando haja decisão pseudoterminativa, ou quando, extinto o processo sem resolução do mérito, não se permite mais a repositura da demanda”.<sup>13</sup>

### 3. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A doutrina costuma dizer que as previsões legais de rescisão de decisão de mérito transitada em julgado são taxativas, em consonância com a proteção ao direito fundamental à coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>14</sup>

O projeto de novo CPC traz avanços significativos com relação às hipóteses de cabimento da ação rescisória. Grande parte dessas alterações já constava no anteprojeto, mas outras foram feitas pelo Senado Federal e também pela Câmara dos Deputados, conforme Relatório-Geral pendente de apreciação.

Em regra, houve uma ampliação das hipóteses de cabimento, em consonância com o que há muito tempo tem sido proposto e interpretado ampliativamente pela doutrina.

A exceção se dá no que diz respeito a previsão constante no inciso VIII do artigo 485 do CPC/73 que, no projeto, deixa de existir. Com efeito, o dispositivo dispõe ser cabível ação rescisória quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença. Rigorosamente, exclui-se apenas a rescindibilidade da decisão de mérito baseada na confissão. A opção do projeto de novo CPC foi deixar claro que a decisão de mérito que homologue transação, reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia à pretensão são categorias de decisões judiciais impugnáveis pela ação anulatória.

Mantém-se o cabimento em caso de decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Quanto à hipótese de cabimento contra decisão proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente,

---

13. Justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro para a inclusão do dispositivo em comento, extraída do Relatório das atividades elaborado pelo Deputado (“Consolidação Barradas”) disponibilizado em 25.04.2012, quando deixou a relatoria-geral pela primeira vez. No particular, Sérgio Barradas Carneiro observa que acolheu a sugestão feita por Rodrigo Barioni, professor da PUC/SP, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 07.12.2011.

14. Por todos, SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (org.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.475.

o anteprojeto retira a incompetência absoluta, mas o Senado Federal a traz de volta para o projeto. O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados acrescenta a coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ao lado do dolo e da simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei. Mantém-se a hipótese em caso de ofensa a coisa julgada. Desde o anteprojeto substituiu-se o cabimento em caso de “violação a literal dispositivo de lei” por “violar manifestamente a norma jurídica”. Mantém-se a hipótese de rescisória por prova falsa apurada em processo criminal ou na própria ação rescisória. Amplia-se o cabimento de rescisória em caso de “documento novo” para qualquer tipo de “prova nova” cuja existência o autor ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz de alterar, por si só, a decisão rescindenda. E, por fim, mantém-se a rescisória em caso de erro de fato.

Feitas estas observações, passa-se a analisar cada uma das alterações ocorridas nas hipóteses de cabimento da ação rescisória previstas no projeto de novo CPC.

### **3.1. Incompetência absoluta**

O anteprojeto (art. 884), com a finalidade de simplificar o sistema processual civil brasileiro, retira a incompetência absoluta das hipóteses de cabimento de ação rescisória.<sup>15</sup>

Durante a tramitação do projeto de novo CPC no Senado Federal (art. 919, II, PLS 166/2010), o Senador Valter Pereira incluiu novamente a decisão proferida por juiz absolutamente competente no rol das hipóteses de cabimento da ação rescisória,<sup>16</sup> o que foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal e remetido, dessa forma, para a Câmara dos Deputados.

A previsão permanece no Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 987, II), razão pela qual nos parece que a decisão proferida por juiz incompetente permanecerá sendo hipótese de cabimento da ação rescisória.

Essa decisão legislativa nos parece acertada. A manutenção da decisão judicial proferida por juiz absolutamente incompetente como hipótese de

---

15. Consta da Exposição de Motivos: “Além de a incompetência, absoluta e relativa, poderem ser levantadas pelo réu em preliminar de contestação, o que também significa uma maior simplificação do sistema, a incompetência absoluta não é, no Novo CPC, hipótese de cabimento de ação rescisória”.

16. Parecer 1.624/2010 do Senador Valter Pereira, Relator-geral, publicado no Diário do Senado Federal em 07.12.2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84992&ctp=1>> Acesso em: 07.12.2012.

decisão rescindível encontra-se em sintonia com os direitos fundamentais. Com efeito, o art. 5º, LIII da Constituição de 1988 assegura que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O julgamento por juiz competente é da essência do direito constitucional ao juiz natural<sup>17</sup> e aplica-se ao direito processual civil exatamente nas hipóteses de incompetência absoluta.<sup>18</sup>

Em sentido contrário, Rodrigo Barioni sustenta que não se deve autorizar a rescisão do julgado pela falta de competência absoluta do órgão que prolatou a decisão, por não dizer respeito ao conteúdo da sentença (acertada ou não), mas ao aspecto meramente formal de a decisão haver sido proferida por órgão absolutamente incompetente.<sup>19</sup>

### 3.2. Coação

O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 987, III) inclui a coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida como hipótese de cabimento da ação rescisória ao lado do dolo, bem com da simulação ou colusão entre as partes com a finalidade de fraudar a lei.

A coação é um vício de consentimento que subtrai a manifestação da vontade humana. Trata-se de pressão sobre uma das partes para determiná-la a concordar com um ato.<sup>20</sup> No âmbito da ação rescisória, essa coação deve fazer com que a parte coatora saia vencedora em detrimento da parte coagida.

Se a coação gerou a confissão, esta pode ser anulada no curso do processo (art. 352, CPC/73; art. 372, anteprojeto; art. 379, PLS166/2010; art. 401,

---

17. Ada Pellegrini Grinover ensina que o princípio do juiz natural possui dupla garantia: a proibição de juízo de exceção e o julgamento por juiz competente. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1984, v. II, p. 3 e ss). Já Nelson Nery Junior leciona que a garantia do juiz natural é tridimensional: “1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 126).

18. Nesse sentido, Nelson Nery Junior assevera que “é importante salientar que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 128).

19. BARIONI, Rodrigo. A ação rescisória no novo cpc: propostas de alteração. *Revista de Processo*, vol. 207, p. 239 ss, mai. 2012.

20. Conf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 199-200).

Relatório-Geral PL 8046/2010). Mas após o trânsito em julgado da decisão, como a confissão deixa de ser hipótese de rescindibilidade no projeto de novo CPC, o acréscimo da coação como hipótese de rescindibilidade é medida salutar.

Porém, quando a coação tiver como consequência a concordância da parte coagida à transacionar, à reconhecer juridicamente o pedido ou à renunciar a sua pretensão, gerando, assim, uma decisão homologatória, essa decisão é, de acordo com o novo CPC, impugnável por meio de ação anulatória (art. 265, Relatório-Geral PL 8046/2010<sup>21</sup>).

### 3.3. Violação manifesta a norma jurídica

O inciso V do art. 485 do CPC/1973 prevê como hipótese de rescindibilidade a decisão proferida em “*violação a literal disposição de lei*”. O dispositivo há muito tempo é alvo de críticas. Isto porque o direito não se resume ao que consta na literalidade do texto de lei. A palavra “lei” deve ser entendida como “direito”,<sup>22</sup> ou, como proposto por José Carlos Barbosa Moreira, como “direito em tese”.<sup>23</sup> Como o direito não se resume a literalidade da lei posta, é preciso interpretar “violar literal disposição de lei” como “violar o sistema jurídico”.<sup>24</sup>

Desse modo, para adequar o texto de lei a sua teleologia, a Comissão de Juristas elaboradora do anteprojeto substituiu a hipótese de rescindibilidade da decisão de mérito que “violar literal disposição de lei” para admitir como rescindível aquela decisão de mérito que “violar manifestamente a norma

- 
21. “Art. 265. Os atos negociais, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, estão sujeitos à invalidação, nos termos da lei”.
  22. “Se entendemos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá deveria estar – ‘direito’ – já muda de figura. (...) Esse é o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 266).
  23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, nº 78, p. 131-133. Ao referir-se a expressão *violar literal disposição de lei*, o autor afirma que: “Melhor teria sido substituí-la por ‘direito em tese’, como sugeriu a Comissão revisora. O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronta norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum”. (*Idem, ibidem*)
  24. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 518.

jurídica” (art. 884, V, anteprojeto; art. 919, V, PLS 166/2010; art. 987, V, Relatório-Geral do PL 8046/2010).

A alteração é digna de aplausos. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ao comentar a rescindibilidade da decisão que viola literal disposição de lei, já dizia que: “Para o cabimento da ação rescisória, o que importa é que tenha havido infração da regra jurídica, ofensa ao direito em tese. Quais os degraus que subiu o juiz para a conclusão, qual o caminho tortuoso que tomou, mesmo se reproduz a regra jurídica, se lhe acentua os conceitos, se põe em relevo os seus dizerem, há rescindibilidade da sentença se não atendeu ao preciso sentido da regra jurídica, tal como ela se insere no sistema jurídico”.<sup>25</sup>

Violar o sistema jurídico, nos dias de hoje, significa violar não apenas as regras jurídicas, mas também os princípios jurídicos. Contemporaneamente, os princípios jurídicos não devem mais ser vistos somente como normas com a finalidade de integração de lacunas. Eles são espécies normativas, com eficácia normativa, que prescrevem fins a serem atingidos e servem de fundamento para a aplicação do sistema jurídico.<sup>26</sup>

---

25. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 297. Em outro excerto, afirma que: “Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo, se o elemento *só* fosse a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado”. (*Idem*, p. 269). Nesse mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell assevera que: “Se o sistema jurídico aceita que a lei não é a fonte exclusiva do direito, então, não há sentido em restringir a previsão legal, sem que isso, naturalmente, signifique permitir, em ação rescisória, o reexame de toda e qualquer decisão, por todo e qualquer fundamento, como se tal remédio fosse, como dito, uma nova instância recursal”. (YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323-324.)

26. Sobre a distinção entre princípios e regras e a eficácia normativa dos princípios: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*, especificamente, p. 78-79. Na doutrina estrangeira, são amplamente conhecidos os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Bolera. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-43; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91. No direito brasileiro, vide com proveito: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 352-357; SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Paulo Bonavides (org.). Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun, 2003, p. 612; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167-188; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 174-175; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitu-*

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier entende ser rescindível a sentença que incidir princípio inaplicável ou deixar de aplicar princípio adequado: “De fato, se se consegue demonstrar que a incidência dos princípios (que não incidiram) ou o afastamento de princípios (que deveria ter incidido *deveria ter levado a uma decisão* diferente *da que foi proferida*, não há como se deixar de equiparar esta situação à da ofensa à lei, para efeito de se considerar uma *quaestio juris* corrigível pela via dos recursos excepcionais e, também, da ação rescisória”.<sup>27</sup>

Fernando Sacco Neto corrobora com este entendimento ao afirmar que “a expressão ‘lei’, do inc. V do art. 485 do CPC, diz respeito à lei federal, ordinária e, inclusive, a princípios jurídicos”.<sup>28</sup>

Essa também é a posição de Ronaldo Cramer, em dissertação de mestrado defendida na PUC/SP e publicada recentemente em versão comercial.<sup>29</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já admitiu, com acerto, o cabimento de ação rescisória por violação a princípio jurídico com fundamento na “violação a literal disposição de lei”, como se observa do excerto extraído da ementa do acórdão: “A expressão “violar literal disposição de lei”, contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancia, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito”.<sup>30</sup>

---

*cional*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58. No direito processual civil brasileiro, destaca-se: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 61-75; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 49-55 (Curso de processo civil, v. 1); SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61-64; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1, p. 33-36; CAMBI, Eduardo. *Neconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010, p. 90-97.

27. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 518-521, especificamente, 521.
28. SACCO NETO, Fernando. Do cabimento da ação rescisória com fundamento em violação de princípio geral de direito. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et alli* (org.) *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1025.
29. CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 247-250.
30. STJ, Terceira Turma, REsp 329.267/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.08.2002, DJU 14.10.2002, p. 225.

Violar manifestamente a norma jurídica, como consta no projeto de Novo CPC, se refere à qualquer tipo de norma jurídica, seja ela processual, civil, consumerista, ambiental, constitucional, administrativa, etc. Como afirma Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “o que interessa ao Estado e ao povo é a integridade, a observância, o respeito de todo o seu sistema jurídico”.<sup>31</sup>

Impende observar ainda que a ação rescisória contra decisão que violar *manifestamente* a norma jurídica é cabível, inclusive, quando a decisão tiver dado interpretação *razoável* à norma jurídica, a despeito do disposto no enunciado 343 da Súmula de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Entender ser incabível a ação rescisória quando a matéria era controvertida nos tribunais significa afrontar os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia.

Como já nos manifestamos em outro estudo, “as normas jurídicas são preordenadas a terem somente uma interpretação em relação a determinados fatos, em dado momento histórico e num determinado lugar, ainda que baseadas em princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. (...) Sendo tarefa da jurisdição encontrar o direito e realizá-lo em suas decisões, definir a decisão correta em um determinado contexto fático, em um dado momento histórico, para que possa ela ser aplicada a todos os casos idênticos”, consagra os princípios da isonomia e da legalidade.<sup>32</sup>

Como leciona Arruda Alvim, “as dúvidas a respeito da interpretação do direito em tese, entretanto, hão de ser contemporâneas, isto é, coexistentes no mesmo momento histórico. Por outras palavras, num mesmo momento histórico não é aceitável que a mesma regra jurídica tenha mais de uma interpretação, pois o atributo da certeza é necessidade indeclinável da ordem jurídica; a duplicidade de interpretação criaria, certamente a dubiedade respeitadamente à conduta”.<sup>33</sup>

---

31. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 288.

32. SANTOS, Welder Queiroz dos. A hora e a vez do *amicus curiae*: o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord.). *O Projeto do novo Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 686-687.

33. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 1974, ano 1, vol. 1, p. 85-133, em especial, p. 101, nota de rodapé 28.



Nesse mesmo sentido é a escorreita lição de Teresa Arruda Alvim Wambier ao afirmar que “o princípio da isonomia se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico. (...) Uma das conseqüências inafastáveis da incidência deste princípio é a de que, em face de casos ‘rigorosamente idênticos’, deva o Judiciário tender a decidir, aplicando a mesma regra de direito, entendida da mesma forma”.<sup>34</sup>

Esse é o pensamento de Ronald Dworkin que – ao rebater o pensamento de Herbert Hart no sentido de que são possíveis várias decisões corretas para um mesmo caso – sustenta, com base no princípio da legalidade, que mesmos os casos difíceis, passível de resolução por meio dos princípios, possuem sim uma resposta correta.<sup>35</sup>

Portanto, percebe-se que a substituição de “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente a norma jurídica” é medida mais consentânea ao direito, tendo em vista que a expressão “norma jurídica” não limita ao expressamente previsto em “lei”, abarcando não só as regras, como também os princípios jurídicos. No entanto, “violar manifestamente a norma jurídica” não deve ser utilizado para afastar a rescindibilidade de decisão de mérito que der interpretação diversa da admitida como correta pela jurisprudência brasileira, principalmente dos Tribunais Superiores, responsáveis pela última palavras no que diz respeito às leis federais, constitucionais (Supremo Tribunal Federal) ou infraconstitucionais (Superior Tribunal de Justiça).

### 3.4. Prova nova

O anteprojeto (art. 884, VII), manteve a previsão de rescindibilidade da decisão em caso de obtenção de “documento novo” ignorado pela parte autora da rescisória ou que dele não pode fazer uso, capaz, por si só de assegurar-lhe um resultado favorável, substituindo a expressão “depois da sentença” por “posteriormente ao trânsito em julgado”. Tal modificação, como destacado no item 2, teve a finalidade apenas de possibilitar *ipsis litteris* a rescindibilidade de outras decisões de mérito diversas da sentença, sem muita inovação prática.

---

34. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 524-525.

35. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 434. Para o autor, os princípios permitem ao juiz individualizar, sempre e em todos os casos, a única solução jurídica correta, sem exercer nenhum poder discricionário em sentido forte.

Diferentemente, o parecer substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, aprovado pelo Senado Federal (art. 919, VII, PLS 166/2010) e mantido pelo Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 987, VII) substituiu a expressão “documento novo”, contida no CPC/1973 (art. 485, VII) e mantida no anteprojeto (art. 884 VII), por “prova nova”, ampliando, assim, a hipótese de cabimento de ação rescisória para todas as demais provas ignoradas pelo autor ou que delas não pode fazer uso, e que sejam capazes, por si só, de alterar o conclusão do julgamento rescindendo.

A modificação é significativa pois soluciona a problemática existente a respeito do cabimento de outro meio de prova novo, como o exame pericial, do qual não se pode dispor ao tempo do julgado objeto da rescisão e que seja capaz de alterar a decisão rescindenda.

Por mais que boa parte da doutrina<sup>36</sup> e da jurisprudência<sup>37</sup> defenda o cabimento de ação rescisória em caso como o de investigação de paternidade e surgimento do Exame de DNA, a interpretação “elástica” é feita muito mais por questão de justiça do que técnica, já que esta hipótese de cabimento – documento novo – é prevista justamente pelo fato de a decisão rescindível ostentar uma injustiça a ser eliminada pela ação rescisória.

---

36. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem que “se é admissível a ação rescisória com fundamento em documento novo, com muito mais razão deve-se admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em exame pericial novo”. (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo, 2009, p. 270, processo civil moderno, v. 2). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha asseveram que “o exame de DNA, obtido após o trânsito em julgado ou depois do momento processual para sua juntada aos autos do processo originário, pode servir para instruir a ação rescisória fundada em documento novo”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 5, p. 388). Ainda sobre o tema, sustenta Luiz Guilherme Marinoni que embora um laudo de DNA não seja exatamente um documento, “o objetivo do legislador, ao se referir a documento novo, foi o de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento favorável. Se é assim, nos caos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um ‘documento novo’”. (MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276).

37. “AÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO “STATUS PATER”. – O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico”. (STJ, Segunda Seção, REsp 300.084/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 28.04.2004, DJ de 06.09.2004, p. 161).

Assim, qualquer “prova nova”, estranha a causa – ou seja, de existência ignorada ou que não pode dela fazer uso por motivos alheios a sua vontade – onde foi proferida a decisão rescindenda, e capaz, por si só, de alterar a conclusão do julgamento constitui-se hipótese de cabimento da ação rescisória.

Ao autor incumbe ainda o dever de demonstrar o momento em que obteve essa prova nova. Isto porque, para fins de rescindibilidade da decisão, ela deve ter sido obtida depois do trânsito em julgado da decisão rescindenda ou em momento em que não se permitia mais a sua realização nos autos do processo originário. Ademais, como se verá no item 4, o momento de acesso à prova nova também é importante para fins de contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, já que o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados estabelece que o termo inicial do prazo iniciar-se-á a partir da descoberta da prova nova.

### 3.5. Erro de fato

O projeto mantém a previsão de rescindibilidade da decisão fundada em erro de fato, porém substitui a expressão “resultante de atos ou de documentos da causa” (art. 485, IX, CPC/1973) por “verificável do exame dos autos” (art. 884, VIII, anteprojeto; art. 919, VIII, PLS 166/2010; art. 987, VIII, Relatório-Geral PL 8046/2010).<sup>38</sup>

Erro de fato ocorre quando “a decisão rescindenda admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido” que tenha sido determinante para a conclusão judicial, sendo indispensável, para fins de rescindibilidade da decisão, que não tenha havido controvérsia e nem pronunciamento judicial sobre o fato admitido equivocadamente (art. 485, § 1º e § 2º, CPC/1973; art. 884, parágrafo único, Anteprojeto; art. 919, parágrafo único, PLS 166/2010; art. 987, § 1º, Relatório-Geral PL 8046/2010).

A expressão “resultante de atos ou de documentos da causa” contida no art. 485, IX do CPC/1973 é resultado da influência do *Codice de Procedura Civile* italiano sobre a legislação brasileira, já que no texto legal italiano consta a expressão “*risultante dagli atti o documenti della causa*”.<sup>39</sup> José Carlos Barbosa

---

38. A alteração foi proposta por: BARIONI, Rodrigo. A ação rescisória no novo cpc: propostas de alteração. *Revista de Processo*, vol. 207, p. 239 ss, mai. 2012.

39. O art. 395, primeira parte, do CPC italiano (*Della Revocazione*) dispõe “395. Casi di revocazione. – *Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa*”.

Moreira agudamente observa que as expressões “*resultante*” e “*atti*”, diferentemente do que possa parecer, significam, em português, *emergente* e *autos*.<sup>40</sup>

A modificação amplia o reconhecimento de erro de fato para erros verificáveis da análise dos depoimentos pessoais, dos depoimentos das testemunhas e de outros meios de provas. Assim, se do exame dos autos for possível verificar a ocorrência de erro de fato, a decisão pode ser rescindida.

#### 4. PRAZO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória<sup>41</sup> tem sido objeto de discussão, principalmente após (i) o surgimento de teorias que pugnam pela relativização da coisa julgada material,<sup>42</sup> (ii) a inserção no CPC/1973 da possibilidade de inexigibilidade da coisa julgada inconstitucional (art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único) e (iii) a descoberta do Exame de DNA.

No direito brasileiro, desde a entrada em vigor do CPC/1973 (art. 495), o direito à rescisão do julgado coberto pela coisa julgada material decaiu em 02 anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Antes, o prazo para a propositura da ação rescisória era de 05 anos (art. 178, § 10, VIII, CC/1916).

Em nome da segurança jurídica, a Comissão de Juristas elaboradora do Anteprojeto do Novo CPC entendeu por bem reduzir para um ano o prazo para a propositura da ação rescisória (art. 893), ressalvando os casos de decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 884, I) e de prova falsa (art. 884, VI), em que o termo inicial do prazo iniciar-se-á do trânsito em julgado da sentença condenatória. O Senado Federal manteve integralmente o texto (art. 928).

---

(FERRI, Corrado (org.). *Codice di procedura civile e leggi collegate*. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 81).

40. Conf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, nº 85, p. 148-149; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 575. O art. 395, primeira parte, do CPC italiano (*Della Revocazione*) dispõe “395. Casi di revocazione. – *Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 4) se la sentenza è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa*”.
41. Sobre o tema: SHIMURA, Sérgio. Prazo para a ação rescisória, *Revista de Processo*, v. 209, p. 203 ss., jul. 2012.
42. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *A nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216-269; THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179-224.

Já na Câmara dos Deputados, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial (art. 996) procura manter o prazo bienal para o exercício do direito à rescisão dos julgados.

Além do prazo bienal, as modificações na Câmara dos Deputados vão além. O Relatório-Geral prevê 03 (três) parágrafos, cada um tratando de uma peculiaridade.

O parágrafo primeiro estabelece que quando o prazo expirar em férias forenses<sup>43</sup>, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense, prorrogar-se-á a data final até o primeiro dia útil imediatamente subsequente. Em que pese a posição doutrinária no sentido de que o prazo decadencial é material e, por essa razão, não se suspende e nem se interrompe (art. 207, Código Civil), o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados optou por acolher o entendimento já manifestado anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>44</sup>

- 
43. Já tivemos a oportunidade de nos manifestar a respeito das “férias forenses” no projeto de Novo CPC: SANTOS, Welder Queiroz dos. A suspensão dos prazos processuais de 20 de dezembro a 20 de janeiro no projeto de Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 204, p. 249-262, 2012.
44. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA ACÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO FORA DO PRAZO PREVISTO NO Art. 495 DO CPC. DECADÊNCIA CONFIGURADA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A decisão que se pretende rescindir foi publicada no dia 10 de março de 2003 (fl. 181), tendo sido opostos embargos de declaração, que foram rejeitados pela Segunda Turma deste Pretório à consideração de que não havia omissão, obscuridade ou contradição no decísum embargado. Tal acórdão foi publicado em 8 de setembro de 2003. Diante disso, foi apresentado recurso de agravo regimental, que não foi conhecido pelo Ministro Relator sob o fundamento de que era intempestivo e incabível, já que interposto contra decisão colegiada (fl. 222). Não se conformando, os demandantes ofertaram recurso extraordinário e, ante sua não-admissão pelo Presidente desta Corte, agravo de instrumento endereçado ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a que fosse examinado o recurso extremo. O Pretório Excelso, em decisão transitada em julgado em 16 de dezembro de 2004, negou seguimento ao recurso, com respaldo no art. 21, § 1º, do seu Regimento Interno, em razão de considerá-lo intempestivo (fl. 262). 2. Nos termos do art. 495 do CPC, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Esse prazo, por ser decadencial, não se interrompe, nem se suspende, prevalecendo o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que, findando em dia feriado ou em fim de semana, prorroga-se o termo ad quem para o primeiro dia útil subsequente. É contado do trânsito em julgado da última decisão que tratou do mérito da demanda, ou seja, quando esta não mais for impugnável por recurso, seja por decurso de prazo, seja por inadmissibilidade da via recursal eleita. 3. No caso concreto, o termo inicial do biênio para o ajuizamento da ação rescisória foi o dia seguinte ao término do prazo para recorrer do aresto prolatado no julgamento dos embargos declaratórios opostos (publicado em 8 de setembro de 2003), e, tendo sido proposta a presente demanda somente em 15 de dezembro de 2006, mostra-se evidente a decadência. 4. Agravo regimental desprovido”. (STJ, Primeira Seção, AgRg na AR 3691/MG, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 27/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 172).

Já o parágrafo segundo estabelece que o termo inicial para a propositura de ação rescisória com base em prova nova contar-se-á a partir da sua descoberta.<sup>45</sup>

Embora de forma mais ampla, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados acolhe as considerações feitas de *lege ferenda* por José Carlos Barbosa Moreira ao se referir ao termo inicial para a contagem do prazo da rescisória com base em Exame de DNA novo, no sentido de ser “conveniente modificar aí a disciplina, não para abolir o pressuposto temporal – pois, com a ressalva que se fará adiante, relutamos em deixar a coisa julgada, indefinidamente, à mercê de impugnações –, mas para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda”.<sup>46</sup>

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni já pugnou pela imediata intervenção legislativa ao expor que “a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a imediata intervenção legislativa”.<sup>47</sup>

Por fim, o parágrafo terceiro disciplina que o termo inicial para a propositura da ação rescisória em caso de colusão das partes “começa a correr, para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

Confessadamente, o parágrafo tem inspiração no item VI do enunciado 100 da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que estabelece que “Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

---

45. Preocupado com a problemática envolvendo a prova nova, o Deputado Hugo Leal, relator-parcial referente aos livros *Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais e Disposições finais e transitórias*, propôs que o prazo fosse de 05 anos, contados do trânsito em julgado. Relatório-parcial disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=990797&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990797&filename=Tramitacao-PL+6025/2005)> Acesso em: 08.12.2012.

46. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 248.

47. MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 277.

Por outro lado, a ausência de previsão expressa do termo inicial para a propositura da ação rescisória em caso de prolação de decisão parcial de mérito é um ponto negativo do projeto.

O Deputado Hugo Leal, relator parcial dos livros “Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais” e “Disposições finais e transitórias”, propôs em seu Relatório-Parcial a regulamentação do tema para prever expressamente que “No caso de decisão parcial de mérito, o prazo a que se refere o caput conta-se do respectivo trânsito em julgado” e também que “No caso de recurso parcial, nos termos do art. \_\_\_\_, o prazo a que se refere o *caput* conta-se do trânsito em julgado do capítulo não impugnado”.<sup>48</sup>

Tais parágrafos consagrariam a solução adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho conforme item II do enunciado 100 da súmula de sua jurisprudência, nos termos: “Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial.”.

Esse entendimento nos parece o mais adequado para o direito processual civil brasileiro<sup>49</sup>, mas encontra-se em confronto com o enunciado 401 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

---

48. O relatório parcial do Deputado Hugo Leal, referente aos livros *Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais* e *Disposições finais e transitórias*, está disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=990797&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990797&filename=Tramitacao-PL+6025/2005)> Acesso em: 08.12.2012. Aproveito para agradecer ao Professor Arruda Alvim e ao Deputado Hugo Leal pelo honroso convite para integrar o grupo de estudos, coordenado por eles, que, de uma forma ou de outra, contribuiu para a elaboração do relatório parcial. Agradeço também aos amigos André Luiz Monteiro, Bruno Garcia Redondo, Eider Avelino Silva e Hélio Barros, integrantes do grupo, pelos marcantes, profundos, qualitativos, intensos e respeitosos debates. Foram verdadeiros momentos de aprendizado, únicos, e que já deixam saudades.

49. Entre tantos outros artigos sobre o tema, vide: THEODORO JUNIOR, Humberto. A ação rescisória e os julgamentos fracionados do mérito da causa. In: ASSIS, Araken de. *et alli* (coord.) *Direito civil e processo*: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008, p. 565-572; MOREIRA, Fernando Mil Homens. Algumas nótulas a respeito da discrepância dos entendimentos atuais do stj e do stf quanto ao início do prazo para a propositura da ação rescisória. *Revista de Processo*, v. 164, p. 309 ss., out. 2008.

Em nosso sentir, o legislador perde uma grande oportunidade de por fim a intensa polêmica existente sobre o tema, já que, da forma como está, a divergência doutrinário-jurisprudencial continua, o que, definitivamente, não se espera de um novo Código de Processo Civil.

## **5. MODIFICAÇÕES PROCEDIMENTAIS**

O Projeto de Novo CPC realiza também algumas modificações procedimentais importantes, mas de menor relevância prática, que merecem ser mencionadas.

### **5.1. Dispensa do depósito prévio**

O CPC/1973 (art. 488) e Projeto de Novo CPC (art. 886, anteprojeto; art. 921, PLS 166/2010; art. 989, Relatório-Geral PL8046/2010) impõem ao autor da ação rescisória o dever de depositar o equivalente à 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso, por unanimidade de voto, a ação seja declarada inadmissível ou os pedidos sejam julgados improcedentes.

O parágrafo único do art. 488 do CPC/1973 dispensa a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público do depósito.

Na linha do admitido pela doutrina e pela jurisprudência em interpretação extensiva do dispositivo retro mencionado, o anteprojeto (art. 886, § 1º) estende expressamente a dispensa ao Distrito Federal, às autarquias e fundações de direito público e aos beneficiários da justiça gratuita. Esse dispositivo foi mantido pelo Senado Federal (art. 921, § 1º).

Acertadamente, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados amplia a benesse às Defensorias Públicas (art. 989, § 1º).

Assim, o projeto de Novo CPC garante a dispensa do depósito prévio do valor equivalente à 5% (cinco por cento) do valor da causa ao Poder Público, ao Ministério Público, às Defensorias Públicas e aos beneficiários da justiça gratuita.

### **5.2. Possibilidade de rejeição liminar da ação rescisória**

Além da possibilidade de indeferimento da petição inicial da ação rescisória em caso de inépcia, de carência da ação, de decadência, de prescrição



e de ausência de depósito (art. 490, CPC/1973), o Projeto de Novo CPC possibilita expressamente o julgamento liminar de improcedência, com base em “precedentes judiciais” (art. 886, § 2º, Anteprojeto; art. 921, § 2º, PLS 166/2010; art. 989, § 2º, Relatório-Geral).<sup>50</sup>

### 5.3. Possibilidade concessão de tutela antecipada

O art. 489 do CPC/1973 disciplina que a propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão, “caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

O anteprojeto (art. 887) apenas substituiu a expressão entre aspas do parágrafo anterior por “de tutelas de urgência ou da evidência”. O Senado Federal manteve a modificação (art. 922).

Por sua vez, o Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 990) substituiu a expressão por “de tutela antecipada”.

A questão é terminológica e reflete a divergência doutrinária sobre o tema.

### 5.4. Resposta do réu e procedimento

O art. 491 do CPC/1973 dispõe que “O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V”.

O Projeto de Novo CPC (art. 888, anteprojeto; art. 923, PLS 166/2010; art. 991, Relatório-Geral) substituiu o prazo máximo de “30 dias” por “um mês”; “responder” por “contestar”; e a remissão ao procedimento ordinário por “procedimento comum”, com a seguinte redação: “O relator mandará

---

50. O julgamento liminar de improcedência do pedido consta no art. 310 do Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial: “Art. 314. Independentemente da citação do réu, o juiz, em causas que dispensam a produção de prova em audiência, julgará liminarmente improcedente o pedido que: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; 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; sobre direito local; V – contrariar enunciado de súmula do Tribunal de Justiça”.

citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a quinze dias nem superior a um mês para, querendo, contestar. Findo o prazo, com ou sem contestação, observar-se-á no que couber o procedimento comum”.

### **5.5. Escolha do relator e do revisor**

O Projeto de Novo CPC (art. 889, anteprojeto; art. 924, PLS 166/2010; art. 992, Relatório-Geral) inova em relação ao CPC/1973 ao determinar que “a escolha de relator e de revisor recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo”.

O dispositivo procura afastar do julgamento da ação rescisória, sempre que possível, aqueles magistrados que participaram do julgamento da decisão rescindenda.

### **5.6. Produção de provas**

O art. 492 do CPC/1973 estabelece que “Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos”.

O Projeto de Novo CPC (art. 880, anteprojeto; art. 925, PLS 166/2010) substitui “delegará” por “poderá delegar”; “ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida” por “ao órgão que proferiu a sentença ou o acórdão rescindendo”; e “45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias” por “um a três meses”.

O Relatório-Geral do Projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (art. 993), na linha das modificações feitas, substituiu “sentença ou o acórdão rescindendo” por “decisão rescindenda”.

Desse modo, o dispositivo fica com a seguinte redação: “Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de um a três meses para a devolução dos autos”.

### **5.7. Órgão competente**

O art. 493 do CPC/1973 dispõe que: “Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento: I – no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na forma

dos seus regimentos internos; II – nos Estados, conforme dispuser a norma de Organização Judiciária”.

O Projeto de Novo CPC (art. 881, anteprojeto; art. 926, PLS 166/2010; art. 994, Relatório-Geral) substitui “subirão” por “serão conclusos”; e os incisos I e II por “pelo órgão competente”.

Desse modo, o dispositivo fica com a seguinte redação: “Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, procedendo-se ao julgamento pelo órgão competente”.

### **5.8. Ação x Pedido**

O art. 494 do CPC/1973 dispõe que: “Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20”.

O Projeto de Novo CPC (art. 927, PLS 166/2010; art. 995, Relatório-Geral) substitui “ação ” por “pedido”, uma vez que o que é julgado procedente ou improcedente é o pedido.

## **6. CONCLUSÃO**

A título conclusivo, pode-se afirmar que o Projeto de Novo CPC aperfeiçoa a regulamentação da ação rescisória no direito processual civil brasileiro.

Passa a prever expressamente que são rescindíveis todas as decisões de mérito, bem com a decisão não de mérito que impeça a repropositura da causa.

Quanto às hipóteses de cabimento da ação rescisória, acrescenta a coação; substitui “violar literal disposição de lei ” por “violar manifestamente a norma jurídica”; e substitui “documento novo” por “prova nova”.

Com relação ao prazo decadencial para o exercício do direito de rescisão das decisões judiciais, o Projeto de Novo CPC modula o termo inicial da contagem do prazo em caso de prática criminosa (prevaricação, concussão ou corrupção do juiz e falsidade da prova) e de prova nova, e também prorroga para o primeiro dia útil subsequente a prazo final quando expirar em férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.

Por fim, realiza diversas modificações procedimentais.



# A PROBLEMÁTICA DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução. – 2. O dissenso na matéria. 3. Síntese da disputa – 4. Problemas da “solução” a que se chegou até o momento. – 5. Conclusão.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O recurso de embargos infringentes tem sido objeto de intensos debates no Congresso, que aprecia projeto de novo Código de Processo Civil (CPC), como sabem todos os que militam na seara do Direito.

No anteprojeto original, da Comissão de Juristas, havia simplesmente a supressão dessa figura recursal.

E a explicação era a seguinte:

“Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes<sup>27</sup>. Há muito, doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos<sup>28</sup>. Em contrapartida a essa extinção, o relator terá o dever de declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de questionamento.

---

27 Essa trajetória, como lembra BARBOSA MOREIRA, foi, no curso das décadas, “*complexa e sinuosa*” (Novas vicissitudes dos embargos infringentes, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 28, n° 109, p. 113-123, jul-ago. 2004, p. 113).

---

1. Desembargador Federal (TRF5); Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP); Professor de cursos de graduação (UFRN) e pós-graduação (Uni-RN) em Direito.

28 Nesse sentido, “*A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, por tal razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão*” (ALFREDO BUZAID, Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 111).”

(Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível na internet em <http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf>).

Nos dispositivos, figurava simplesmente:

“Art. 861. 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.

§ 1º Os votos poderão ser alterados até o momento da proclamação do resultado pelo presidente.

§ 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão fracionário, pelo voto de três juízes.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de questionamento.”

(Idem, *ibidem*).

No Senado, a questão voltou a ser discutida, mas manteve-se a supressão dos infringentes com a técnica da declaração necessária do voto vencido e da integração deste ao acórdão para todos os fins, alterando-se, tão-somente, a numeração do dispositivo, que passou a ser o art. 896. Assim o Parecer Senador VALTER PEREIRA, Valter Pereira, Relator-Geral do PLS nº 166, de 2010 (conferir em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84033>).

Entretanto, ao chegar na Câmara dos Deputados, a discussão sobre o tema se acirrou, como se pode ver a seguir.

“Uma das mais significativas transformações preconizada pelo Projeto é a supressão dos embargos infringentes.”

(Parecer do Deputado Federal SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO, Relator-Geral na Câmara dos Deputados, da da Comissão Especial que aprecia os projetos de Lei nºs 6.025,

de 2005, e 8.047, de 2010, ambos do Senado Federal, fls. 52. Disponível na internet em [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120919-07.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120919-07.pdf)).

Porém,

“Houve muitos pedidos dezs 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.”

(Idem, fls. 54/55).

E a solução encontrada foi posta em forma de dispositivo, assim:

“Art. 964. Quando, em apelação ou agravo, o resultado não for unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos do 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 Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 2º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em ação rescisória, devendo o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno.

§ 3º 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.”

(Ibidem, fls. 1.078).

O objetivo deste singelo escrito é discutir o tema, buscando oferecer alguma contribuição para a solução a que o legislador haverá de chegar.

## 2. O DISSENSO NA MATÉRIA

Com efeito, suprimir ou não os embargos infringentes é matéria a respeito da qual há escasso consenso.

E digo isso com a tranquilidade de quem sempre defendeu a postura do anteprojeto original – sou pela supressão do recurso –, em especial à vista da técnica da inclusão obrigatória do voto vencido e sua integração ao acórdão para todos os fins.

Sabe-se que, além de respeitável doutrina que vem – como ressaltou a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, Relatora-Geral da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto – de Alfredo Buzaid, e até de antes dele, praticamente todos os ilustres integrantes da mencionada equipe de jurisconsultos (além da já referida Relatora-Geral, o Presidente, Ministro Luiz Fux, e, senão a unanimidade, certamente a vasta maioria de seus integrantes, os Professores Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro) pensam da mesma forma.

O mesmo pode se dizer do grupo de processualistas que assessorou o Senador Valter Pereira, Relator-Geral da matéria no Senado, constituído pelos Professores Ministro Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo, já que a orientação



aí seguida foi a de manter a eliminação dos infringentes, mesmo diante de vozes discordantes, embora quanto ao Ministro Athos Gusmão fique claro, posteriormente, no parecer da Câmara dos Deputados (fonte já referida, fls. 251), que ele é pela manutenção do recurso.

Ditas vozes discordantes se elevaram quando chegou o assunto à Câmara, porque – como se pode extrair do parecer do seu Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro – ali não houve acordo nesse assunto, quando se relembram as opiniões dos que se manifestaram expressamente a respeito.

Vejam-se os seguintes exemplos, todos tirados do citado parecer, contra a supressão dos embargos infringentes: Nelson Juliano Schaefer Martins, pois reputa tratar-se de recurso que propicia um julgamento mais justo (fls. 101); Ronnie Preuss Duarte, por achar que esse recurso não seria causa de morosidade processual (fls. 102); Luiz Carlos, por entender que a ótica da reforma deve ser a da sociedade, e não apenas a dos operadores do Direito (fls. 102); d) Frederico Neves, porque enxerga neles meio de fomentar a segurança jurídica sem, de forma alguma, comprometer a celeridade processual (fls. 116); e) Marcelo Milagres (o texto não revela o porquê, fls. 121).

Da mesma forma, mas a favor da eliminação deles: a) Flávio Maia Fernandes dos Santos, por considerar que os infringentes, na prática, representam um empecilho para a celeridade processual (fls. 102); b) Luiz Fux, porque só existem no Brasil e os entende ineficientes (fls. 124); c) Alexandre Câmara (o texto não explica seus fundamentos, fls. 124).

O parecer mostra ainda a existência de várias emendas para reintroduzir esse recurso no texto, sendo interessante mencionar a fundamentação que para tanto é oferecida às fls. 251 e, posteriormente, às fls. 640:

“... as estatísticas têm mostrado a grande utilidade dos embargos infringentes, com alto índice de provimento. Além disso, por se tratar de recurso com âmbito reduzido, não tende a ser causa de atraso procedimental. Em outros termos, o desaparecimento dos embargos infringentes em nada acelerará o andamento processual, mas, ao contrário, a sua manutenção tende a oferecer à parte importante instrumento para impugnação das decisões judiciais.”

“Os embargos infringentes objetivam rever o posicionamento minoritário do Tribunal que manteve a sentença. A virtude deste recurso reside na contribuição ao equilíbrio e aperfeiçoamento das decisões proferidas por órgãos colegiados, garantindo a segurança jurídica, conforme entendimento da doutrina.

Os embargos infringentes têm processamento célere e desburocratizado. Não se tem conhecimento de qualquer dado que sugira serem os embargos infringentes responsáveis pela morosidade judicial. A experiência demonstra ser relativamente baixo o número de julgados não unânimes que revertem sentenças, com o que há de ser insignificante a quantidade de embargos infringentes. Isso, por si só, desaconselha a sua eliminação do rol recursal.

De fato, os embargos infringentes são utilizados como meio de revisão de decisão não unânime proferida em apelação ou ação rescisória. Servem para fazer prevalecer os fundamentos e o dispositivo do voto vencido.

O fato de haver um voto vencido é razão suficiente para ensejar a revisão do julgado com o intuito de aperfeiçoar a decisão. Trata-se de um recurso que surge da necessidade de reapreciação do acórdão, visando um julgamento mais justo proferido por um número maior de magistrados.”

A controvérsia, portanto, instalou-se definitivamente em nosso Parlamento.

### 3. SÍNTESE DA DISPUTA

De modo resumido, portanto, pode-se dizer que, tanto em favor da supressão do recurso, como contra esta, há diversas linhas argumentativas razoáveis.

A favor da supressão:

a) o recurso causa morosidade processual, até por gerar discussões tocantes a seu próprio cabimento;

b) o recurso é ineficiente como forma de aperfeiçoar o julgado, porque geralmente é seguido de um especial ou extraordinário, que possibilitam revisão da matéria junto às cortes superiores, o que tornará inócua a possível alteração que se faça no tribunal *a quo*;

c) a técnica da inclusão do voto vencido garante à parte interessada em recorrer amplas possibilidades de obter tal revisão nas cortes *ad quem*, já que se garante que vele até para fins de prequestionamento.

Contrariamente à supressão:

a) a morosidade processual causada pelo recurso não é tanta;

b) as estatísticas mostram que o número embargos infringentes, em relação aos demais recursos que povoam os tribunais brasileiros não é tão grande – o que os isentaria de ser um fator de congestionamento do Judiciário;

c) as mesmas estatísticas expõem que o percentual de provimentos dos infringentes é alto – o que mostraria como eles são importantes para o aperfeiçoamento da Justiça.

#### 4. PROBLEMAS DA “SOLUÇÃO” A QUE SE CHEGOU ATÉ O MOMENTO

Consoante relatamos linhas atrás, diante do dissenso, o parecer do Relator-Geral da Comissão do novo CPC na Câmara foi optar por um caminho que preservou a intenção do anteprojeto – suprimir os embargos infringentes –, tentando, porém, conciliá-lo com as ponderosas razões contrárias a tal eliminação.

Isso, através da adoção de uma técnica de julgamento que, diante da formação de um julgado por maioria, impõe a continuidade da sessão, com a convocação de mais julgadores, em número suficiente para inverter o escore inicialmente formado, o que conferiria o aperfeiçoamento e a segurança buscados pelo jurisdicionado, supostamente sem quaisquer dos entraves gerados pela simples existência dos embargos infringentes.

Considerou o parecer que isso seria “uma técnica de julgamento muito simples” e que com ela “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.” (fls. 55).

*Data maxima venia*, não se trata, de modo algum, de técnica simples.

E isso porque a experiência de julgamentos em tribunais de segundo grau, especificamente, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, sedes por excelência desse tipo de julgado, faz, desde logo, surgir a pergunta: de onde virão esses novos julgadores (pelo menos dois, diante de um voto divergente) para a composição do colegiado ampliado, que concluirá o julgamento?

Veja-se que dos trinta e dois tribunais de segundo grau da Justiça Comum (cinco da Justiça Federal, mais vinte e sete das Justiças Estaduais, incluída entre estas a do Distrito Federal), nas apelações e agravos, a imensa maioria das cortes brasileiras estabelece o julgamento por turmas ou câmaras constituídas:

- a) por apenas três Desembargadores – portanto totalmente incapazes de dar cumprimento à técnica de julgamento preconizada para o caso de decisão por maioria – nos seguintes tribunais:

- a1) Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), nos termos do art. 3º, § 1º, combinado com o 13, II, do seu Regimento Interno (RI);
  - a2) Tribunal Regional Federal da 2ª Região (art. 2º, § 5º, combinado com o 16, III, do RITRF2);
  - a3) Tribunal Regional Federal da 4ª Região (art. 2º, § 4º, combinado com o 15, II, *a*, do RITRF3);
  - a4) Tribunal Regional Federal da 5ª Região (art. 3º, § 2º, combinado com o 8º, II e III, do RITRF5);
  - a5) Tribunal de Justiça do Estado do Acre (art. 8º, combinado com o 9º, II, *a*, do RITJAC);
  - a6) Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (art. 3º, § 1º, combinado com o 89, I, do RITJAL);
  - a7) Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (art. 6º, combinado com o 13, do RITJAM);
  - a8) Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (art. 91, § 3º, combinado com o 97, II, do RITJBA);
  - a9) Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (art. 14, parágrafo único, combinado com o 17, II, do RITJMA);
  - a10) Tribunal de Justiça do Estado do Pará (art. 26, I, do RITJPA);
  - a11) Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 13, combinado com o 16, II, do RITJPB);
  - a12) Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (art. 17, combinado com o 25, II, *a*, e o 25-A, II, *a*, do RITJPE);
  - a13) Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (art. 3º, § 2º, combinado com o 85, I, do RITJPI);
  - a14) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (art. 14, *caput*, combinado com o art. 18, do RITJRN); e
  - a15) Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (“no mínimo três”, art. 9º, combinado com o 12 e seus incisos, e o 135, I, *b*, do RITJRO);
- b) por quatro Desembargadores – ainda assim, insuficientes para obedecer à técnica adotada no caso de formação de maioria – nos tribunais a seguir:
- b1) Tribunal Regional Federal da 3ª Região (art. 2º, § 4º, combinado com o 13, II, do RITRF3);

- b2) Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (art. 16, combinado com o 18, I, do RITJDFT);
  - b3) Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (art. 5º, combinado com o 25, I, *d*, do RITJCE);
  - b4) Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (art. 7º, III, combinado com o 54, II, *a*, do RITJES);
  - b5) Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – três Desembargadores mais um Juiz convocado – (art. 20, combinado com o art. 21, II, *a e e*, e 21-A, II, *a*, do RITJMT);
  - b6) Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (arts. 66 e 67 *a e b*, do RITJMS);
  - b7) Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (art. 4º do Ato Regimental nº 2, de 1989, combinado com o art. 29, II, do RITJSC); e
  - b8) Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (art. 11, combinado com o 402, II, *a*);
- c) por cinco Desembargadores:
- c1) Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (art. 12, combinado com o 14, II, do RITJGO);
  - c2) Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (art. 9º, VI, combinado com o 36, I e II, e 37, I e II, do RITJMG);
  - c3) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (art. 4º, V, combinado com o 89, II, do RITJPR);
  - c4) Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (art. 81, § 1º, combinado com o 6º, II, do RITJRJ);
  - c5) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (“até cinco”, art. 17 e seu § 1º, combinado com o 19, II, *a*, do RITJRS);
  - c6) Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (arts. 29 e 31 do RITJRR);
  - c7) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (arts. 34 e 35 do TJSP); e
  - c8) Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (art. 8º, *caput*, combinado com o 10, IV e suas alíneas, do RITJTO);
- d) por sete Desembargadores, unicamente, no Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, *ex vi* do art. 3º, § § 1º e 3º, combinado com o 19, II, *a e b*, do RITJAP.

Ou seja, dos trinta e dois tribunais, vinte e três (os quinze cujas câmaras ou turmas são de três Desembargadores, mais os 8 cujas câmaras ou turmas são de quatro) terão imensa dificuldade em funcionar com a nova técnica de julgamento – supostamente simples – que substitui os embargos infringentes.

Porque os julgadores a mais virão de outras turmas ou câmaras! O princípio do juiz (*rectius*, juízo) natural, portanto, fica claramente maculado. O feito será julgado por uma composição turmária antinatural.

Porém, há mais: e se um dos convocados, oriundo de outra ou outras turmas ou câmaras for o voto condutor?

O feito será relatado por alguém que não integra o colegiado que é o juízo natural do processo?

A agressão constitucional, nesse caso, será gritante.

Pior: e se os integrantes de outras turmas ou câmaras, convocáveis, estiverem em sessão no mesmo momento, ou atendendo partes e advogados, escrevendo votos e decisões, participando, enfim, de outras atividades, judiciais ou administrativas, inerentes a suas funções?

Dirá algum desavisado: então, basta aumentar todas as turmas ou câmaras para cinco membros.

Ora. Isso não resolverá nada. Antes, criará novos problemas, porque aumentando o número de integrantes de cada órgão divisionário mínimo (turma ou câmara), evidentemente diminuirá o número deles, e, por conseguinte, a capacidade de julgamento do Tribunal, o que implicará desaceleração da Justiça, maior tempo para os julgamentos e menor eficácia da jurisdição!

Num tribunal como, por exemplo, o que integro – Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de quinze Desembargadores – que tem quatro turmas de três membros, só poderá haver duas de cinco, reduzindo o potencial de julgamento da Corte à metade, porque seria inviável fazer três turmas de cinco, com a participação do Presidente, Vice e Corregedor, que têm múltiplas atividades administrativas de que não conseguiriam se desincumbir, participando das turmas. E, ainda que o pudessem fazer, elas cairiam de quatro para três, reduzindo o potencial de julgamento em um quarto.

E mesmo vários dos oito tribunais cujas câmaras ou turmas já são de cinco Desembargadores não poderão, sem alguma dificuldade, adaptar-se à nova técnica, pois na maioria deles as sessões de julgamento são com três ou quatro integrantes, o que levará, quando menos, à suspensão do julgamento, para que termine na próxima assentada.

Ademais, se a câmara ou turma já for de cinco, o problema perdurará, pois os votos vencidos poderão ser até dois, e aí será necessário convocar três, e esses de onde virão?

E até no Egrégio Tribunal de Justiça do Amapá, onde se tem uma turma de sete, poderá haver três votos vencidos, e aí será preciso chamar quatro julgadores, o que ultrapassará o número dos integrantes da Corte!

Se vinte e três dos trinta e dois tribunais cíveis brasileiros de segundo grau, a turma ou câmara julgadora das apelações e agravos não tem integrantes suficientes, ver-se-ão as cortes com a multiplicação do problema das convocações, que já as inferniza desde que, em má hora, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acabou com as férias coletivas nessas cortes.

Somente isso já bastaria para demonstrar que a solução encontrada para o problema na Câmara dos Deputados foi pouco feliz, e que não deve ser adotada de modo algum. Ou se mantêm os infringentes, ou se os suprime (melhor). Desse jeito é que não pode ser.

## 5. CONCLUSÃO

A conclusão avulta aos olhos: a solução encontrada traz mais desvantagens e problemas – alguns, quiçá, insolúveis – que a manutenção do *status quo* ou, como pretendia o Anteprojeto, a eliminação dos embargos infringentes.

Sempre me bati contra os infringentes, em especial num quadro recursal como o nosso, em que já há espécies de recursos demais, e oportunidades recursais ainda maiores.

As vantagens de aperfeiçoamento do julgado que esse recurso contém, e eu o reconheço, não superam a perda de tempo que ele gera.

A técnica de inclusão do voto vencido, do Anteprojeto, resolve problemas que a eliminação pura e simples da espécie recursal poderia gerar, para fins de prequestionamento.

Os embargos infringentes, por mais que tenham virtudes, não são imprescindíveis. A Justiça do Trabalho vive muito bem sem eles. A harmonização jurisprudencial interna a cada tribunal pode ser feita por outros meios.

Entretanto, a manutenção deles é muitíssimo menos danosa que sua substituição pelo equivocado mecanismo alvitado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Esta, tendo acertado muito e em muitos assuntos, nesse pecou terrivelmente.

Cabe, porém, ainda, ao Parlamento, impedir que equívocos tais prosperem. Que este trabalho possa ser um grito de alerta em relação ao assunto em foco, é nosso objetivo.

Sabendo da excelência da condução dos trabalhos pela Presidência e Relatoria-geral da Comissão, que têm agido de modo democrático, atencioso e cuidadoso, temos esperança de que este assunto não se transforme em lei da forma problemática como ora se apresenta.



# REFORMA DO PROCESSO CIVIL: SÃO OS RECURSOS O GRANDE VILÃO?

*TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>1</sup>*

*A economia processual* comporta abordagens em todas as suas possíveis dimensões. Sem dúvida, pode ser projetada tanto na dimensão individual de cada processo, quanto na dimensão macro, que diz respeito ao funcionamento, ou, para usar-se um estrangeirismo expressivo, à *performance do Poder Judiciário*, abrangendo o modo como o juiz e os Tribunais se organizam, conduzem e resolvem os conflitos, como um todo, que estão submetidos à sua apreciação.

Esta última ótica foi a que inspirou muitas alterações que o projeto para um novo CPC apresentou, em relação ao que se prevê no ordenamento jurídico processual em vigor para os recursos, e que lá permanecem até o presente momento.

O projeto, cuja tramitação teve início no Senado e que agora se encontra na Câmara dos Deputados, em fase final, não foi substancialmente alterado neste particular. Nestas anotações, evidentemente, não faremos qualquer referência à numeração de dispositivos, porque estas referências, se houvesse, seriam inúteis, pois provavelmente serão outras, no momento da publicação desta obra coletiva.

A ótica que prevaleceu foi a de que não seria oportuno o corte de recursos. Entende-se que não são eles, em si mesmo, os vilões! O problema está no seu uso abusivo, que, todavia, não pode ser recriminado, já que vivemos num país em que a jurisprudência muda ao sabor do vento, e, às vezes, da brisa suave.

---

1. Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Presidente do IBDP. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, da International Bar Association, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Advogada.

Há dispositivos em que se diz o óbvio, com clareza solar: as decisões dos Tribunais Superiores têm a função de orientar os demais. Há, também muitas medidas estimuladoras da jurisprudência estável e outras “dando” a devida autoridade às decisões dos Tribunais Superiores. Só isso deve, por si só, desestimular o uso excessivo dos recursos. Além disso, alterações substanciais, como as que veremos nestas anotações, geram maior *rendimento* para os recursos, que passam a ter maior aptidão para resolver ampla e definitivamente a controvérsia subjacente.

De fato, houve um número considerável de modificações com esta finalidade no plano dos recursos. Claro, muitas delas, se analisadas isoladamente, podem levar a que se afirme, equivocadamente, que o Judiciário teria “muito mais trabalho”. Mas sob a ótica macro, esta sobrecarga, de fato, existe, mas acaba por compensar.

Modificações com este objetivo foram feitas predominantemente no regime dos *recursos especial e extraordinário*.

No projeto, incluiu-se regra que diz, de modo inequívoco, que defeitos formais não graves *não* devem impedir a apreciação do mérito do recurso. Devem ser desconsiderados ou corrigidos. Alude-se a “recurso tempestivo”, para que não se tenha dúvida de que a tempestividade é requisito de admissibilidade que não se pode dispensar.<sup>2</sup>

Há regra também no sentido de que a disciplina geral da competência que se aplica a todos os órgãos do Poder Judiciário deva aplicar-se também ao STF e ao STJ. E que razões haveria para que assim não fosse?

Esta regra nasceu da dificuldade que há em se distinguir ofensa à lei de ofensa à Constituição. Esta situação gera, às vezes, duplicidade de julgamento:

---

2. Este dispositivo deve desestimular os seguidores e entusiastas da assim chamada jurisprudência “defensiva”. Como exemplo de jurisprudência defensiva, citamos os casos em que agravos em RE/RESP são inadmitidos em função de carimbos borrados, que, em tese, gerariam dúvida quanto à tempestividade do RE/RESP (STF – AI-AgR 612424/SC. Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julgamento: 26/06/2007. Fonte: DJE de 23/08/2007; STJ – EDAGA 201001528835/CE. Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão julgador: 2ª Turma. Julgamento em: 03/02/2011. Fonte: DJE de 14/02/2011); a Súmula 735 do STF, que dispõe não caber Recurso Extraordinário contra acórdão que defere medida liminar; e as decisões que asseveram que o RE/RESP necessita ser reiterado para o seu conhecimento se manejado antes do início da fluência do prazo recursal (STF – RE 78825/IN – Grã Bretanha (Inglaterra). Relator: ALDIR PASSARINHO. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgamento em: 26/11/1982. Fonte: DJ de 22/04/1983, PP-05000; STJ – AGRESP 200400461457/SC. Relator: CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Órgão julgador: 6ª TURMA. Julgamento em: 14/09/2010. Fonte: DJE de 04/10/2010).

ambos os órgãos, STJ e STF, julgam a mesma questão de direito; e às vezes, abandono do processo: nenhum dos dois órgãos julga.

São comuns acórdãos do STF em que se diz que a ofensa à Constituição Federal é apenas indireta e que, na verdade, no acórdão recorrido o que existe é uma ofensa à lei federal.

Então, se o relator do recurso extraordinário entender que a questão sobre a qual versa um certo recurso é legal, em vez de, pura e simplesmente, não apreciar o mérito do recurso, deve *remetê-lo ao STJ*.

Evidentemente, também o inverso deve acontecer: se o relator do recurso especial, no STJ, entender que a questão tratada no recurso é de natureza infraconstitucional, deve remeter este recurso ao STF. Antes disso, deve dar à parte recorrente o prazo de 15 dias para que seja demonstrada explicitamente a repercussão geral.

A última palavra a respeito da natureza da matéria do recurso é, como é natural, do STF.

O que acaba ocorrendo, como consequência das regras hoje em vigor, é que, muito frequentemente, decisões flagrantemente inconstitucionais ou ilegais transitam em julgado.

De fato, há questões que são simultaneamente, constitucionais e legais. Há matérias que comportam análise sob a ótica constitucional e sob a perspectiva da lei infraconstitucional. Em muitas ocasiões, como se observou a distinção entre ofensa direta e reflexa à Constituição Federal é tarefa bastante difícil, senão impossível.

Por isso é comum que, num mesmo processo, se interponham dois recursos, porque, de fato, a questão central pode ser analisada sob ambos os pontos de vista. Às vezes, e nenhum dos dois Tribunais Superiores entendem caber-lhe a competência; por outro lado, o que talvez seja ainda pior, casos há que *ambos* os Tribunais decidem e (pasmem!) em sentidos diversos.<sup>3</sup>

Havendo decisões diferentes sobre a mesma questão, partindo de dois órgãos de cúpula diferentes, desmoraliza-se o Judiciário. Se nenhum dos dois julga, e a decisão ilegal e inconstitucional transita em julgado, pode ser proposta *outra ação*, a ação rescisória. *Mais uma ação* a ocupar tempo e atenção dos nossos magistrados!

---

3. Exemplo recente: vale transporte; exemplo mais antigo: *leasing*.

Outra série de alterações que representa relevante passo adiante, sob o ângulo da necessidade de que o processo tenha o adequado rendimento, no sentido de que *resolva* efetiva e *inteiramente* o conflito subjacente à demanda, satisfazendo realmente o litigante que demonstrou ter direito, diz respeito ao *âmbito da devolutividade dos recursos extraordinário e especial*.

É muito comum que pedidos sejam formulados perante o Judiciário lastreados em mais de uma causa de pedir. Do mesmo modo, frequentemente a defesa se baseia em mais de um fundamento.

A causa de pedir é um dos elementos individualizadores da ação ou da demanda. *Grosso modo*, pode-se dizer que a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário.

Parece que, de fato, se pode enxergar certa dose significativa de simetria entre conceitos de *causa de pedir* e *fundamentos da defesa*, o que determina que, pelo menos predominantemente, o tratamento jurídico que se lhes deva imprimir seja o mesmo.<sup>4</sup>

Causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda; assim como fundamento da defesa é a *ratio* que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Assim é que, nesta medida, o dever de o Judiciário examinar integralmente a ambas as categorias – causas de pedir e razões de defesa – é idêntico, como se verá com mais vagar adiante.

Segundo o ordenamento jurídico em vigor, acolhida uma causa de pedir, o juiz, no primeiro grau de jurisdição, fica dispensado de analisar as demais. Julga procedente a demanda e o recurso que seja eventualmente interposto pelo réu devolve ao Tribunal as demais causas de pedir (art. 515, §§ 1º e

---

4. Nesse sentido: “Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional” (Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco, Antonio Carlos Araújo Cintra, *Teoria geral do processo*, 17. ed., São Paulo, Malheiros, p. 273). Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*Curso avançado de processo civil*, 12. ed., vol. 1, p. 423) afirmam que o direito de defesa “é o contraposto do direito de ação. Ao réu é assegurado o direito de pleitear um provimento jurisdicional que indefira a pretensão do autor. Assim, tanto o direito de ação quando o direito de defesa, até certo ponto e em certa medida, têm a mesma natureza, pois ambos representam o direito à tutela jurisdicional”.

2º). Isto cria a possibilidade de que o Tribunal mantenha a procedência do pedido, com base em outra causa de pedir, mesmo que o juiz não lhe tenha nem mesmo feito referência na sentença. Ou acolha a apelação do réu, julgando improcedente a demanda, lastreado num dos fundamentos da defesa, não mencionados pelo juiz.

Todavia, já tivemos oportunidade de sustentar<sup>5</sup> que o Tribunal de segundo grau tem dever de *dimensões diferenciadas* em relação ao juiz de primeira instância, no que tange à tarefa de motivar a decisão de mérito. Esta constatação decorre, dentre outras razões, de que os recursos cabíveis das decisões de primeiro grau têm, no direito em vigor, devolutividade mais ampla que os recursos que cabem de acórdãos dos tribunais de segundo grau.

Além disso, cada causa de pedir *diferente*, corresponde a uma ação *diferente*. Fosse movidas independentemente, seriam conexas e reunidas: e o juiz teria de julgar ambas, analisando todas as causas de pedir.

Portanto, é o próprio sistema que impõe uma abrangência maior ao dever de fundamentar acórdãos: já que os recursos excepcionais não contam com o efeito devolutivo em sua dimensão vertical, o acórdão há de ser fundamentado de outra forma, mais ampla, pois o Tribunal Superior, de regra, só examina o *acórdão recorrido* e o *recurso*, para decidir.

*Se os tribunais superiores admitissem certa dose de verticalidade no efeito devolutivo do recurso especial e no recurso extraordinário, este dever do Tribunal não seria tão relevante, e seu descumprimento não geraria consequências desastrosas. Foi exatamente por esta solução que se optou no projeto, que foi mantida pelas versões subsequentes, até o momento.*

Vamos a um exemplo: imagine-se que A impetire mandado de segurança contra o Fisco, afirmando, não poder ser cobrado por certo tributo, por ter havido prescrição e também por ser ilegal alíquota aplicada. Na sentença, o juiz acolhe a prescrição. O mesmo se faz no acórdão, que julga o recurso interposto pelo Fisco. O Fisco maneja, então, recurso especial, e neste recurso se decide não ter havido prescrição. Então, é claro, deve haver pagamento. É claro? Mas e a questão (= outra causa de pedir) da ilegalidade da alíquota? Fica sem solução?

---

5. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 390 e ss.

Não tendo sido, aquela causa de pedir, examinada, a ação poderia ser reproposta? Os autos deveriam retornar à segunda instância, para que houvesse decisão a respeito da outra causa de pedir?<sup>6</sup>

Permite-se, no CPC projetado, que o próprio *Tribunal Superior decida as demais causas de pedir*. Assim como se permite expressamente que se analise eventual outro fundamento de defesa. Portanto, se o réu alega pagamento e prescrição, em ação em que lhe é cobrada determinada quantia, e o juiz acolhe o pagamento, julgando improcedente ação, e o Tribunal de segundo grau confirma integralmente esta sentença, sem analisar o outro fundamento da defesa, o Tribunal Superior pode, para suprir a falha do segundo grau, segundo o CPC projetado, afastado o pagamento, conhecer da prescrição<sup>7</sup>.

- 
6. Nesse sentido, citamos como exemplo dois acórdãos já comentados por nós em outra oportunidade (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Omissão Judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 393-398): “DUAS MATÉRIAS DE DEFESA. ACATAMENTO PELA SENTENÇA DA PRIMEIRA, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL PARA DAR PELA PROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE SE EXAMINAR A SEGUNDA MATÉRIA. POR FORÇA DO Art. 515, § 2º, CPC. OMISSÃO NÃO SANADA EM DECLARATÓRIOS. NULIDADE. RECURSO PROVIDO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (Art. 257, ristj). PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. I – HAVENDO DUAS MATÉRIAS NA DEFESA E TENDO O JUIZ ACATADO SOMENTE A PRIMEIRA, A APELAÇÃO INTERPOSTA TRANSFERE AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL DA APELAÇÃO O CONHECIMENTO DA OUTRA, QUE DEVERIA TER SIDO EXAMINADA APÓS ULTRAPASSADO A ANTERIORMENTE ATACADA. II – NULIDADE DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, QUE SILENCIOU SOBRE A QUESTÃO, EMBORA PROVOCADA A TURMA JULGADORA. III – EM APREÇO A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E APLICANDO O DIREITO À ESPÉCIE (RISTJ, Art. 257), ANULA-SE O PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA, INCLUSIVE, PARA ENSEJAR A INSTRUÇÃO DO FEITO NO PRIMEIRO GRAU E REGULAR PROSSEGUIMENTO APÓS, SEM PREJUÍZO DO EXAME, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE TODOS OS ASPECTOS DA CAUSA, INCLUSIVE O CONCERNENTE A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO.” (STJ – Resp 95966-DF – 1996/0031486-1 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 11.11.1996); “DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM VIOLAÇÃO AO Art. 535, I E II, DO CPC – OCORRÊNCIA – RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA A QUO. 1. Ofende o art. 535, II, do CPC o acórdão proferido em sede de embargos de declaração que não enfrenta questão ventilada nas razões de apelação e que não foi objeto de discussão na formação do aresto recorrido. 2. A ausência de manifestação pela instância *a quo* quanto às impugnações ao laudo pericial, que embasou a fixação da indenização pelo desapossamento de área de preservação ambiental situada na Serra do Mar, impõe a nulidade do acórdão recorrido, máxime, porque essa análise é vedada em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ) subtraindo da parte a última oportunidade de atacar essa prova, elemento de convicção nas ações expropriatórias, com violação ao *due process of law*.” (STJ – Resp 440.157-SP – 2002-0072216-7 – rel. Min. Luiz Fux – j. 07.10.2003).
7. É importante salientar que, no entender de Nelson Nery Jr., já na sistemática atual é possível que os Tribunais Superiores decidam as demais causas de pedir, conforme atesta a própria Súmula 456 do STF (“*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie*”). Segundo este autor, esse entendimento também é aplicável ao recurso especial e “aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas

A importância desta solução está em que aquele que tem interesse em que a outra causa de pedir seja analisada pelo Tribunal Superior (ou o outro fundamento da defesa) *não teria podido recorrer* do acórdão de segundo grau, porque não era sucumbente. Resta-lhe alegar a matéria nas contrarrazões. Mas aí, poder-se-ia objetar no sentido de que o Tribunal não poderia conhecer, porque não teria havido prequestionamento etc.

Por isso é que se engendrou a criativa e malabarística solução do recurso “adesivo condicional”: se, mercê do recurso do Fisco, a prescrição for afastada (ela favorece o contribuinte, então que não pode recorrer imediatamente, porque lhe falta interesse recursal) mas *se for...* então o contribuinte precisa que seja analisada a questão da (i)legalidade da alíquota. Claro que com isto, o problema da ausência de prequestionamento permanece sem solução.

Veja-se que, francamente, o sistema recursal atual está cheio de arapucas. Porque tornar tão complexo o sistema recursal?

Dificulta-se o acesso rápido a uma decisão final satisfatória e o Poder Judiciário, adiando os problemas, fica cada vez mais congestionado. A complexidade diminui a possibilidade de acesso às instâncias superiores, mas o critério de seleção dos recursos, que serão analisados no mérito, muitas vezes não é legítimo. A seleção dos recursos que devem ser julgados pelas instâncias superiores deve ser feita, evidentemente, pelo menos *predominantemente*, à luz do critério relevância da matéria, grau de ofensa ao direito objetivo. Nunca com base em entraves técnico-processuais ou, o que é pior, na jurisprudência dita “defensiva”.

O projeto, em todas as suas consecutivas versões, abertamente procurou desmanchar as “armadilhas” do sistema recursal brasileiro. Esta é uma delas: a do “recurso adesivo condicional”. Basta que se lembre da regra antes referida, que desencoraja a jurisprudência defensiva, pois lá se diz que motivos de inadmissibilidade desprovidos de maior gravidade devem ser desconsiderados ou, se for o caso, corrigidos: o mérito do recurso deve ser analisado!

---

as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias”. Esclarece, ainda, que “(...) removido o óbice constitucional da *causa decidida* (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o *juízo de cassação* dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para amplamente, *rever a causa*” (grifos no original) e que, apesar de o reexame de provas não ser viável no juízo de cassação dos RE e REsp, é recorrente no juízo de revisão. (Nelson Nery Jr., *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. atual., ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 442).

Porque se imaginou que a permissão expressa (*rectius* – determinação) no sentido de que o STJ ou o STF julgue a outra causa de pedir ou a outro fundamento da defesa poderia não ser suficiente para resolver todos os problemas, criou-se também a regra no sentido de que, havendo a necessidade de apreciação de fatos, para que se decida a outra causa de pedir, ou o outro fundamento da defesa, devem remeter-se os autos ao segundo grau, para que haja esta análise e, em seguida, haja a decisão no Tribunal Superior. E mais: se provas forem necessárias, podem-se remeter os autos ao primeiro grau.

Pode surgir a necessidade de que se remetam os autos a outro Tribunal, por razões de competência. Vamos a um exemplo: imagine-se que A entre em juízo contra o Fisco, afirmando não dever certo tributo, uma vez que a norma que o institui é inconstitucional. Ademais, diz A, a alíquota aplicada é ilegal. Julgada procedente a ação em primeiro e em segundo grau pela inconstitucionalidade, fica o autor impedido de recorrer. Não terá havido, todavia, até o presente momento, apreciação do Judiciário a respeito da (i) legalidade da alíquota. Interposto o recurso especial, decide o STF pela inconstitucionalidade do tributo. Isto não significa, em absoluto, um “então pague”. A questão da alíquota deve ser resolvida. Mas não pelo STF, pois este Tribunal não tem competência para isso. Os autos devem ser, de ofício, remetidos ao STJ.

Com o regime criado pelo CPC projetado, sucintamente descrito acima, pretende-se justamente que aquele processo em que foram cumuladas ações (= causas de pedir) ou em que a defesa tinha vários fundamentos, resolva *de vez e amplamente* a controvérsia subjacente àquela ação. *Sem entraves, surpresas, armadilhas sem idas e vindas. Deixar de julgar recursos deste modo não é a solução contra o excesso de processos ou de recursos!*

Outra preocupação que esteve presente durante os trabalhos da comissão, nomeada pelo Senado, para se ocupar deste projeto de lei para um novo CPC e que permaneceu inspirando os demais grupos, foi a de criar condições para que a *jurisprudência* seja mais *uniforme* e, conseqüentemente, tenha mais *força e autoridade, cultural e socialmente reconhecida*.<sup>8</sup>

---

8. Na sistemática processual vigente já se identificavam esforços nesse sentido de valorizar a jurisprudência e buscar a observância aos precedentes jurisprudenciais, como, por exemplo, os incidentes de uniformização de jurisprudência previstos nos arts. 476 e 555, § 1º do CPC, o julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, e, em especial, a súmula vinculante, criada pela EC 45/2004, que acrescentou o art. 103-C à CF/1988 (cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common Law*, RT 893/33; Luiz Rodrigues Wambier et. al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.ed. São



Somos um país de *civil law*. Portanto, salvo se houver alterações na Constituição Federal, decisões judiciais não têm força rigorosamente vinculante, não importa de que tribunais sejam. Entretanto, se, de um lado, realmente decisões judiciais não determinam inexoravelmente o modo como os demais juízes devam decidir, de outro lado, é natural que a jurisprudência dos Tribunais Superiores *oriente* as dos demais tribunais do país e as de juízos de primeiro grau. Não se trata propriamente de vinculação, mas não se pode ignorar que a função do STF, julgando recursos extraordinários é *dizer o que a Constituição Federal diz*; e a função do STJ, ao julgar recursos especiais, dá a *interpretação “oficial” da lei federal*, que deve prevalecer.

Assim, e por isso, há, no CPC projetado, incentivos, como já se mencionou, em muitos dispositivos, que se *prestigie* a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Veja-se, por exemplo, a regra segundo a qual, caso haja tese firmada, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, contrária a pleito feito valer por meio de ação que ainda esteja no 1º grau de jurisdição, a parte poderá desistir da ação, ficando isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência, se a desistência ocorrer antes do oferecimento da contestação. Esta possibilidade evita que se chegue ao fim um processo, cujo resultado é previsível ou o perigo de que haja um processo concluído por decisão diferente da que veio a prevalecer.

O projeto conta, também, com extenso rol de dispositivos em que se formulam verbalmente princípios, como, por exemplo, o de que a jurisprudência dos Tribunais Superiores deve orientar os demais órgãos do Poder Judiciário; os órgãos do Judiciário devem levar em conta a necessidade de estabilidade e de segurança antes de alterar entendimento pacificado; essa alteração, quando houver, deve ser densamente fundamentada e assim por diante.

Ainda com o objetivo de estimular jurisprudência firme e estável e com bastante visibilidade, ampliaram-se as hipóteses de embargos de divergência. Isto ocorreu com o trabalho da primeira comissão e assim permanecem. Deu-se ênfase ao requisito de cabimento deste recurso, que se liga à sua *razão de ser*: haver *divergências de entendimento quanto a teses jurídicas, dentro de um mesmo Tribunal Superior*. Pouco importa, portanto, o “veículo”, assim como não interessa se as decisões, colocadas lado a lado, são relativas ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito do recurso: o que interessa é que em

---

Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113 e ss. e 333-338; Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros, *Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau*, RePro 191/187).

ambas, tenham-se adotado *entendimentos* diferentes a respeito da mesma tese jurídica. Segundo este dispositivo, podem-se contrastar decisões também caso uma delas tenha sido proferida em ação de competência originária e a outra, em julgamento de recurso.

O sistema atual contém dispositivo que sofreu alterações nas últimas reformas pelas quais passou o CPC em vigor. No CPC projetado, as normas que hoje estão no art. 557, dispositivo em que ainda se faz alusão ao vago critério da *jurisprudência dominante*, foram substituídas por outra que menciona *súmula* (do STF, do STJ ou do próprio tribunal); acórdão proferido pelo STJ e pelo STF em julgamento de *recursos repetitivos* ou em *assunção de competência*. Estas circunstâncias legitimam a decisão monocrática do relator.

Estas normas se aplicam a qualquer recurso. Para o leitor mais experiente, tem sentido esta observação, já que a versão originária do art. 557 dizia respeito exclusivamente ao recurso de agravo. As novas normas privilegiam a celeridade processual e, na medida em que a jurisprudência sumulada (ainda que de súmula vinculante não se trate) podem efetivamente *desestimular* o ato de recorrer. Com isso, pretendemos significar que a inexorabilidade da permanência da decisão daquele teor, apesar da interposição do recurso, tende a desestimular seu uso.

O prestígio que o direito positivo vai passar a emprestar às súmulas, dos tribunais de cúpula, ainda que não vinculantes, deverá corresponder a um extremo *cuidado* dos Tribunais quanto à elaboração de súmulas: escolha do tema, do momento e forma de redação. Evidentemente, deverão zelar, os Tribunais Superiores, pela *estabilidade* das súmulas. Trata-se de mudança cultural, sem a qual parte das alterações da lei ficará privada da eficácia esperada e desejada.

Em consonância com tendência predominante, passa a ser a regra a de que os recursos não impeçam a eficácia da decisão impugnada.

Extingue-se o agravo retido, e, correlatamente, altera-se o regime de preclusões no primeiro grau de jurisdição. Trata-se de recurso cuja principal função é de obstar a preclusão e que embora tenha prazo para ser interposto, só é julgado como preliminar de apelação, se e quando houver apelação a ser julgada. Portanto, de rigor, a alteração que houve não é relevante: no regime que consta do projeto, e que foi mantido pelo substitutivo, estas questões também serão decididas quando do julgamento da apelação. Ficou mais confortável, isto sim, a situação da parte, que não precisa recorrer. E tem hoje, como terá à luz do eventual novo Código, que esperar até o momento

do julgamento da apelação, para ver estas questões decididas pelo Tribunal (preclusão).

Os embargos infringentes foram suprimidos do sistema recursal; num segundo momento, reapareceram; depois, foram retirados de novo. Enfim, não se sabe como ficará a versão final.

Só por estas breves e sucintas anotações, já se percebe que o sistema recursal em si mesmo não pode, em hipótese alguma, ser visto como o responsável pelas mazelas e principalmente pela morosidade do processo. Os recursos, se bem usados, podem até evitar o nascimento de outros processos, como, por exemplo, uma ação rescisória.

Há muitas outras coisas erradas! Muitas outras causas para o principal dos males: a demora dos processos. A demora dos processos, decorre, em parte, do uso excessivo do sistema recursal. Mas como dizer à parte que não recorra, se sempre há a esperança de que seu recurso ou possa mudar a jurisprudência, ou caia em mãos de juiz ou órgão colegiado que não se curva ao que predomina nos Tribunais Superiores?

Mas o que predomina hoje, pode, muito rapidamente, deixar de predominar...

É, pois, urgente e imperativo que os Tribunais Superiores, principalmente o STJ, assumam sua responsabilidade histórica, social e cultural, em criar normas jurídicas ESTÁVEIS, pautas de conduta uniformes para toda a sociedade brasileira e orientação para a decisão de todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

Novas leis não operam milagres. O que faz milagres é a boa vontade dos homens.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reformulada. São Paulo: RT, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. RT 893/33.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. *Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau*. RePro 191/187.

# MEDIAÇÃO NO NOVO CPC: QUESTIONAMENTOS REFLEXIVOS

*FERNANDA TARTUCE<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Visão panorâmica do novo Código sobre o tema. 3. Notas sobre a diferenciada lógica consensual. 4. “Estímulo” à mediação. 5. Diferenças entre mediação e conciliação. 6. Confidencialidade como princípio da mediação. 7. Cadastramento como mediador e óbice à atuação advocatícia. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO.

Para assegurar a clareza e evitar confusões conceituais, revela-se importante apresentar a definição adotada para permitir desde o início ao atento leitor a percepção da vertente escolhida.

Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.

A configuração do título desse artigo se alinha a uma das principais técnicas da mediação: ao valer-se do modo interrogativo, o mediador busca, de modo imparcial, promover a reflexão dos envolvidos sobre pontos relevantes da controvérsia de modo a viabilizar a restauração produtiva do diálogo.

Por limitação de tempo e espaço não serão analisados em detalhes todos os dispositivos, mas sim algumas das inovadoras previsões da projetada Co-

---

1. Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da FADISP (SP). Professora e sub-coordenadora em cursos de especialização em Direito Civil e Processual Civil. 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.

dificação que possam ensejar controvérsias; a proposta é ampliar a reflexão sobre seu teor e sobre algumas possibilidades de interpretação.

## 2. VISÃO PANORÂMICA DO NOVO CÓDIGO SOBRE O TEMA.

Se o leitor buscar o vocábulo encontrará, ao longo do Novo Código, 22 (vinte e duas) ocorrências sobre mediação; tal presença revela uma considerável mudança, já que nos Códigos anteriores nenhuma menção era feita.

Segundo a comissão de legisladores envolvida no projeto, a disciplina busca dar aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos “todo o destaque que modernamente eles têm tido”<sup>2</sup>.

A localização dos dispositivos é bem variada, a revelar a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento. Com efeito, desde que haja disposição dos envolvidos o tratamento consensual é sempre possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas.

Na parte geral, além da previsão no início<sup>3</sup> do Código ao abordar a inafastabilidade da jurisdição, há toda uma seção<sup>4</sup> dedicada ao assunto entre os auxiliares da justiça.

---

2. As principais modificações do PL 8.046, de 2010. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeralautenticadoem18091222h47.pdf>. Acesso 13 fev. 2013.

3. Parte Geral – Livro I: Das Normas Processuais Cíveis; Título Único – Das Normas Fundamentais e da Aplicação Das Normas Processuais; Capítulo I – Das Normas Fundamentais Do Processo Cível. Art. 3. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida, na forma da lei, a arbitragem. § 2º O Estado promoverá a autocomposição como meio preferencial para a solução dos conflitos. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

4. Parte geral, Livro III – Dos Sujeitos Do Processo, Título III – Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça, Capítulo III – Dos Auxiliares da Justiça, Seção VI – Dos conciliadores e mediadores judiciais. Tal disciplina se justifica porque, segundo a comissão encarregada do projeto, “a tendência processual hodierna é a da conciliação” e o projeto de lei busca reafirmar esse método de pacificação social (As principais modificações do PL 8.046, de 2010. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeralautenticadoem18091222h47.pdf>. Acesso 13 fev. 2013.).

Há ainda capítulo<sup>5</sup> dedicado à audiência de conciliação em que a mediação vem mencionada em dois parágrafos<sup>6</sup>.

Ao tratar da audiência de instrução e julgamento, prevê o Código<sup>7</sup> que logo após sua instalação “o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro”,

Mais adiante, a mediação é referenciada no livro de procedimentos especiais, que passa, de forma inovadora, a destinar um capítulo ao processamento das demandas familiares<sup>8</sup>.

Merece ainda destaque pioneiro dispositivo sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo<sup>9</sup>.

- 
5. Capítulo V – Da audiência de conciliação. Art. 335. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.
  6. Art. 335. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes.
  7. CAPÍTULO XII – Da audiência de instrução e julgamento.
  8. CAPÍTULO X – DAS AÇÕES DE FAMÍLIA. Art. 709. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. O juiz, de ofício ou a requerimento, pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Art. 710. Recebida a petição inicial, após as providências referentes à tutela antecipada, se for o caso, o juiz mandará citar o réu para comparecer a audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 709. § 1º. O mandado de citação conterá apenas os dados necessários para a audiência e não deve estar acompanhado de cópia da petição inicial. § 2º. A citação ocorrerá com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência. § 3º A citação será feita na pessoa do réu, preferencialmente por via postal. § 4º Na audiência a que se refere o caput, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos. § 5º O Ministério Público deverá ser ouvido antes da homologação do eventual acordo. 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. Art. 712. Frustrada a conciliação, o juiz intimará o réu, em audiência, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, para que ofereça contestação, entregando-lhe cópia da petição inicial, passando a incidir, a partir de então, as regras do procedimento comum, observado sempre o art. 336. Parágrafo único. Ausente o réu, a intimação dar-se-á por via postal ou por edital, se for o caso.
  9. 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,

Com a inserção de dispositivos sobre mediação e a ampliação de previsões sobre a conciliação, dois modos diferentes de lidar com as controvérsias passam a conviver mais intensamente no Código de Processo Civil: a lógica de julgamento e a lógica coexistencial (conciliatória)<sup>10</sup>.

Em face das tradicionais previsões sobre conciliação em nossa legislação processual, de alguma maneira a interação entre as lógicas do julgamento e do consenso sempre existiu<sup>11</sup>. O reforço no estímulo à adoção dos meios consensuais, contudo, exige dos operadores do direito uma imersão mais aprofundada sobre aspectos importantes da vertente autocompositiva.

### 3. NOTAS SOBRE A DIFERENCIADA LÓGICA CONSENSUAL.

Na lógica de julgamento inerente à via contenciosa, as partes atuam em contraposição, disputando posições de vantagens; a análise dos fatos foca o passado e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo.

Diversamente, na lógica consensual (coexistencial / conciliatória) o clima é colaborativo: as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser avaliada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos.

---

no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

10. Sobre o tema bem se manifestou André Luiz Faisting (ressalvado o uso indistinto de conciliação e mediação): “Com a instalação dos Juizados no Brasil, criou-se também um processo de dupla institucionalização do Poder Judiciário, no sentido de que há duas formas distintas de prática judiciária, baseadas em lógicas também distintas: uma que visa o acordo entre as partes por meio da conciliação, conduzida por um advogado que desempenha a função de conciliador, e outra que busca a aplicação da justiça por meio do poder de decisão do juiz. Estas duas lógicas representam, portanto, uma tensão entre as duas pautas distintas da justiça contemporânea: a justiça formal da decisão e a justiça informal da mediação” (*O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas*, In SADEK, Maria Tereza (org.), *O Sistema de Justiça*, série Justiça – IDESP, São Paulo: Sumaré, 1999, p. 43-44).
11. Como bem destaca Athos Gusmão Carneiro, “a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide (...) A doutrina tradicional e majoritária encara a conciliação como um negócio, confiado à autonomia privada; os autores mais modernos inclinam-se em considerá-la como forma de atuação da jurisdição contenciosa, pela analogia funcional entre conciliação e sentença” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*. Disponível na internet: < <http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso 9 fev. 2013).



Nessa medida, constitui pressuposto da mediação a relativização da dicotomia certo/errado que funda o sistema legal<sup>12</sup>; dá-se atenção mais ao futuro da relação (em termos de restauração de harmonia) do que propriamente à retrospectiva do conflito em si; assim, por exemplo, o debate sobre quem deixou de cumprir a obrigação pode até ocupar certo espaço, mas não chega a merecer maior destaque<sup>13</sup> do que a busca de uma solução futura.

É forçoso reconhecer, contudo, que a formação tradicional dos bacharéis em Direito não se alinha naturalmente a esta concepção.

Segundo Leonard Riskin, é possível identificar o “*Lawyer’s Standard Philosophical Map*”, pensamento dominante entre os práticos e teóricos do Direito que se assenta em duas premissas principais sobre os litígios: 1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro<sup>14</sup>.

Constata-se facilmente que esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida<sup>15</sup>.

Como se percebe, as duas lógicas são bem diversas e podem gerar confusões no operador do Direito, geralmente<sup>16</sup> formado para considerar (exclusiva ou prioritariamente) o modo de pensar ligado à imposição da decisão pela via contenciosa<sup>17</sup>.

- 
12. CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice*, v. II, livro 1, Milano: Sijthoff/Giuffrè, 1978, p. 97
  13. CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice*, p. 54-55 e 84; VEZZULLA, Juan Carlos, *A Mediação. O Mediador. A Justiça e Outros Conceitos*, In OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*, nº 1, São Paulo: Ltr, 1999, p. 114.
  14. RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, St. Paul: West Group, 1997, p. 56-57.
  15. RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 56-57.
  16. Felizmente diversas iniciativas vêm possibilitando que alunos da graduação em direito tenham contato com a variada gama de meios de abordagem de conflitos; sobre a experiência na Faculdade de Direito da USP, vale conferir: SALLES, Carlos Alberto de; Gabbay, Daniela M.; Silva, Erica B.; TARTUCE, Fernanda ; GUERRERO, Luis Fernando; Lorencini, Marco Antônio G. L. *A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos (NEMESC)*. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 67-94, 2010.
  17. Para Kazuo Watanabe, a formação acadêmica dos operadores de Direito constitui o grande óbice ao uso mais intenso dos meios alternativos de resolução de conflitos; o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do país enfatiza "a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses" por meio do processo judicial (WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alter-*

No modelo consensual, busca-se a retomada do diálogo em bases produtivas de modo que os próprios envolvidos, por intermédio de conversações e debates, sintam-se aptos a alcançar uma situação favorável em prol de seus interesses<sup>18</sup>.

A dificuldade de adesão aos meios consensuais não se verifica apenas entre nós; ao abordar a realidade americana, Leonard Riskin e James Westbrook destacam que a falta de familiaridade dos advogados com métodos diferenciados de abordagem de conflitos, por falta de educação ou de interesse, é um obstáculo considerável; não obstante as escolas de direito e os tribunais se esforcem para promover esses meios, há muitos advogados que nem sequer conhecem a diferença entre mediação e arbitragem<sup>19</sup>.

Por força da arraigada “cultura da sentença” e do desconhecimento de muitos, o Poder Judiciário acaba sendo utilizado com única e natural via de enfrentamento de conflitos. Nesse contexto, promover informação sobre os diversos meios de abordagem de conflitos é iniciativa interessante para ampliar a visibilidade dos mecanismos consensuais, que podem se revelar adequados na busca da eficaz superação da controvérsia.

Como a genuína adesão se revela essencial para que o litigante possa participar do sistema consensual com maior proveito, conhecer a pertinência dos diversos meios é o passo inicial para que possa cogitar legitimamente sobre o interesse em sua utilização. A temática aparece na legislação projetada, mas o teor projetado causa certa preocupação.

#### 4. “ESTÍMULO” À MEDIAÇÃO.

Na versão analisada do Novo CPC, o fomento à mediação aparece, junto da conciliação, logo no início do Código, nos seguintes termos: “a realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Mais adiante o incentivo reaparece: afirma o Código que os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, criados pelos Tribunais, serão

---

nativos de solução de conflitos no Brasil. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP, Atlas, 2007, p. 6).

18. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 106.

19. RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. St. Paul: West Group, 1997, p. 52.

responsáveis não só por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, como também por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e **estimular** a autocomposição<sup>20</sup>.

Inicialmente, vale destacar que o impulso ao consenso já é previsto entre nós no Código de Ética do Advogado, sendo dever deste “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” e “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial<sup>21</sup>”.

Por força de seu destaque na nova legislação e pelo contexto de distribuição de justiça em que nos encontramos, merece considerações detidas o verbo “estimular” em seus possíveis significados:

- 1) dar incentivo a; despertar o ânimo, o interesse, o brio de; encorajar, incentivar, incitar;
- 2) empenhar-se para que (algo) seja criado, realizado, ou intensificado; impulsionar, promover;
- 3) submeter à ação de um estímulo; ativar, excitar;
- 4) tornar(-se) ofendido ou agastado; ofender(-se); aborrecer(-se);
- 5) picar animal com agulhão ou agulhada, para incitá-lo; aguilhoar<sup>22</sup>.

Como se percebe, “estimular” é um vocábulo equívoco: por permitir mais de uma interpretação, dá origem a julgamentos morais diferentes e desperta suspeitas, podendo ser entendido em dois ou mais sentidos diferentes<sup>23</sup>.

Ao promover o meio consensual e encontrar resistências à adoção do método, quem intervém em prol do consenso pode se frustrar e degenerar para insistências excessivas e inoportunas. Especialmente quando quem pro-

---

20. Seção VI – Dos conciliadores e mediadores judiciais. Art. 166. Todos os tribunais criarão centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

21. Art. 2º, § único, VI e VII.

22. Estimular. Dicionário Houaiss. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=estimular>. Acesso 07 fev. 2013.

23. Equívoco: 1 que pode ter mais de um sentido, de uma interpretação; que se pode tomar por outra coisa; ambíguo; 2 que não se percebe facilmente; que é difícil de classificar; 3 que dá origem a julgamentos morais diferentes; dúbio, duvidoso 4 que desperta suspeita(s) 5 *lóg* que, embora apresente um único significante linguístico, pode ser entendido em dois ou mais sentidos diferentes (diz-se de um conceito propositalmente polissêmico no interior de uma determinada doutrina filosófica) . Dicionário Houaiss. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=equ%25C3%25ADvoco>. Acesso 07 fev. 2013.

tagoniza a tentativa de abordagem consensual é o juiz, a situação pode se tornar ainda mais perigosa por força da autoridade que detém.

A situação poderá ser problemática para quem resiste à adoção do meio consensual: ao se deparar com a recusa à adoção do meio consensual, como o “estímulo” poderá então se verificar? Será que ela restará limitada às primeiras acepções do vocábulo, persistindo as noções de impulsionar, promover e ativar? Ou será que se aproximará dos sentidos de ofender-se e aborrecer-se?

Receia-se que o verbo estimular enseje posturas "encorajadoras" inapropriadas – especialmente mediante a exploração de mazelas da prestação judiciária quanto a tempo, dúvidas sobre possível julgamento de mérito<sup>24</sup>...

Uma iniciativa isenta e esclarecedora sobre os meios de composição de conflito (e não sobre o mérito do caso, para evitar comprometimento da imparcialidade) pode ser mais produtiva para angariar adesão aos mecanismos<sup>25</sup>.

O exemplo canadense merece destaque: em Quebec foi instituído um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares em que, por meio de uma palestra (de menos de uma hora), os interessados têm informações sobre a técnica consensual e seu respectivo procedimento; após certo prazo, as partes optam se utilizarão ou não tal mecanismo com plena liberdade<sup>26</sup>.

---

24. Como já exposto em outra oportunidade, “a função do conciliador é aproximar as partes trabalhando os interesses subjacentes à relação de direito material e não priorizar a finalização da relação processual. O foco deve ser a pessoa em crise e não as instituições com seus problemas estruturais” (TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: Salles, Carlos Alberto de; Lorencini, Marco; Alves da Silva, Paulo Eduardo.. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso para Programas de Graduação em Direito*. São Paulo, Rio de Janeiro: Método, Forense, 2012, v. 1, p. 170).

25. Eis proposta de redação de dispositivo apresentada pela autora quando da tramitação do projeto: Art. : No início do processamento da demanda, as partes deverão ser informadas sobre a existência de variados mecanismos de composição de conflitos para conhecer a pertinência da arbitragem, da mediação, da conciliação e de outros métodos que possam se revelar apropriados à superação de impasses. § A informação poderá ser fornecida pelo magistrado, por auxiliar do juízo especialmente treinado para tal mister ou por setor específico voltado a mecanismos de composição de controvérsias”.

26. VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais*. Lisboa: Agora Publicações, 2001, p. 110. “Marie-Claire Belleau e Aldo Moroni, mediadores de Québec, esclareceram o polêmico caráter obrigatório da mediação prevista na Lei canadense. Trata-se de prática de objetivo meramente informativo, e a Lei prevê, com minúcias, as várias hipóteses de compor esta sessão inaugural. Este primeiro encontro com a mediação pode ser realizado de modo individual ou em grupo, de acordo com a escolha do casal. Quando os cônjuges ou companheiros optam por participações individuais e, simultaneamente, escolhem grupos diferentes, cada qual pode se inscrever no serviço de mediação de sua preferência, exclusivamente para a sessão de

A liberdade e a autonomia, aliás, são valores essenciais à mediação. É imperioso lembrar que durante a sessão consensual não se atua segundo a lógica de julgamento formal em que há imposição de resultado pela autoridade estatal: a lógica conciliatória demanda o reconhecimento da dignidade e da inclusão todos, rechaçando condutas autoritárias por força do respeito recíproco que deve pautar a atuação dos participantes.

A experiência revela, porém, que infelizmente alguns juízes, ao encontrarem óbices ao consenso, buscam remove-los fazendo prognósticos ameaçadores. Essa situação, infelizmente tão recorrente, precisa mudar: ela compromete negativamente a credibilidade do Poder Judiciário e gera desconfiças em relação à utilidade e à vantagem de se valer dos meios consensuais<sup>27</sup>.

Por essa razão, anda bem o projeto ao disciplinar que as audiências de conciliação e mediação sejam realizadas preferencialmente nos centros judiciários de solução de conflitos por terceiros imparciais e, ainda que realizadas nos próprios juízos, por conciliadores ou mediadores<sup>28</sup>.

O mais importante é que o condutor do meio consensual seja preparado, técnica e psicologicamente, para promovê-lo, tudo aconselhando que não seja ele o próprio juiz togado a quem toca julgar contenciosamente o conflito<sup>29</sup>.

Por essas razões, ficam as perguntas: seria interessante substituir o verbo estimular na previsão legal? Os verbos “informar”, “promover” e “esclarecer” poderiam ser usados com vistas a evitar equívocos e evitar iniciativas de irrazoável exacerbamento no direcionamento aos meios consensuais?

---

informação, com outro critério para as sessões sucessivas” (BARBOSA, Águida Arruda. Boletim do IBFAM nº 30. *Fim do silêncio*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/177> >. Acesso em: 13 fev. 2013).

27. “Na atividade conciliatória, o juiz não pode ser autor de intimidação, infundindo temor às partes de que preste jurisdição. O consentimento para a celebração dos pactos deve ser, obviamente, livre de vícios. O poder do magistrado não deve ser usado para forçar ou intimidar as partes, sob pena de gravíssimo comprometimento da liberdade negocial dos litigantes e da isenção do julgador” (TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário. Disponível em [http://www.fernandatar-tuce.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10](http://www.fernandatar-tuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10). Acesso em: 13 fev. 2013).
28. Art. 166. § 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.
29. THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%20Anior\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%20Anior(5)%20-formatado.pdf). Acesso 08 fev. 2013.

## 5. DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO.

Sobre o polemico tema da diferenciação entre os dois principais meios consensuais, o Novo Código se posiciona positivamente expressando termos para a distinção.

Segundo o dispositivo projetado, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem<sup>30</sup>;

Já 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<sup>31</sup>”.

Embora contemple os principais diferenciais apontados pela doutrina sobre a distinção entre os mecanismos, sobleva destacar que a diferenciação não é unânime e encontra variadas percepções a partir da distinção feita em algumas escolas americanas entre as modalidades facilitativa e avaliativa de mediação<sup>32</sup>.

Nos Estados Unidos, mediação avaliativa é vista como meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar; em tal vertente, o mediador usa estratégias e técnicas para avaliar o que é importante na discussão e, se entender que as partes precisam de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso<sup>33</sup>.

De forma diversa, o modelo facilitativo preconiza que o mediador use estratégias (como o uso de perguntas) para favorecer o diálogo entre as partes,

---

30. Art. 166. § 3º.

31. Art. 166. § 4º.

32. TARTUCE, Fernanda. Mediação extrajudicial e indenização por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira. *Lex Humana*, v. 4, p. 32-48, 2012. Disponível em [http://www.fernandartatuce.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10](http://www.fernandartatuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10). Acesso 13 fev. 2013.

33. SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso 26 maio 2012.

sendo sua função aumentar e melhorar a comunicação entre as pessoas para que elas mesmas possam decidir o que é melhor para ambas<sup>34</sup>.

Para os defensores da mediação também avaliativa, aqui representados por Diego Faleck, embora idealmente a tarefa do mediador seja abrir o caminho para que as partes possam construir por si mesmas opções para por fim à disputa, não há rigidez e pode haver intervenção sobre o mérito das discussões em alguns casos<sup>35</sup>.

Nos Estados Unidos, instalou-se grande polêmica sobre qual modelo deve prevalecer, tendo prevalecido a posição de que mediação deve ser eminentemente facilitativa; embora admissível em certos casos, a avaliação deve ser vista com cuidado e praticada com muita cautela com vistas a não minorar nem impedir a colaboração ou a autodeterminação<sup>36</sup>.

Além disso, a imparcialidade sem dúvida será mais facilmente preservada se o mediador se afastar da análise técnica do mérito; por fim, o cumprimento espontâneo do teor avençado será mais provável se os próprios envolvidos definirem seus termos como protagonistas.

Assim, apesar da polemica, andou bem a legislação projetada em fazer a diferenciação e facilitar a compreensão dos operadores do sistema.

Ainda à luz da distinção realizada na projetada legislação, cabe perguntar: qual sua utilidade se, ao longo do Código, não há qualquer encaminhamento diferenciador em relação aos dois métodos, que vêm referenciados conjuntamente? Será possível a escolha pelo jurisdicionado quanto à conciliação ou à mediação? Ou o Poder Judiciário fará o encaminhamento para determinado método consensual?

---

34. SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso 26 maio 2012.

35. “A depender de uma série de fatores que circunscrevem a disputa, como a natureza do caso, o programa de mediação em que está inserido, o perfil das partes e o estilo do mediador, as possibilidades de intervenção do mediador transitam em um largo espectro de atuação que compreende os chamados ‘choques de realidade’, as avaliações neutras, o trabalho de colocar em palavras e conectar as opções que as partes ventitam, mas não conseguem consolidar sozinhas. Ou seja, a intervenção pode variar em grau” (Comentário ao art. 146 do Projeto de NCPC. Disponível em <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>. Acesso 09 fev. 2013).

36. SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso 26 maio 2012.

## 6. CONFIDENCIALIDADE COMO PRINCÍPIO DA MEDIAÇÃO.

É importante conhecer os princípios que norteiam a mediação porque durante sua realização eles precisarão ser expostos e aplicados para facilitar uma eficiente comunicação entre os envolvidos.

Segundo o art. 167 do NCPC, “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”.

A previsão se alinha ao que vem sendo reconhecido como pertinente em termos de diretrizes da mediação e do teor da Resolução nº 125 do CNJ<sup>37</sup>. Segundo tal ato normativo, são princípios formadores da consciência dos terceiros facilitadores e representativos de imperativos de conduta: a confidencialidade, a competência, a imparcialidade, a neutralidade, a independência e a autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes<sup>38</sup>.

Como se percebe, há mais princípios no ato do Conselho Nacional de Justiça; tal fato se justifica pelo maior espectro de temas tratados, já que o órgão tem por finalidade controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes<sup>39</sup>.

Dentre os princípios destacados no Novo CPC foi alvo de grande atenção do legislador o sigilo. Como pode ser entendida a confidencialidade na mediação?

Para que possam se comunicar de forma aberta e sem restrições, os participantes da sessão consensual precisam ter certeza de que o que disserem não será usado contra eles indevidamente em outra oportunidade (sobretudo em juízo).

---

37. CNJ – Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador/323-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso 02 jan. 2012. Segundo consta na Justificativa da Resolução, seu foco é estabelecer a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, destacando-se entre seus princípios informadores “a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa”; por tal razão foi desenvolvido “conteúdo programático mínimo a ser seguido pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores”.

38. Ao tempo da elaboração deste artigo tal teor vinha previsto no Anexo III da Resolução ao expor o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

39. CF, art. 103-B, § 4º.



Segundo novel previsão do Código, “a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes<sup>40</sup>”.

Para assegurar o compromisso, é comum a assinatura de um termo de sigilo<sup>41</sup> quanto ao que foi conversado durante a mediação; devem assina-lo não só os mediandos mas também seus advogados (caso estes participem das sessões).

Vale destacar que a Resolução 125 do CNJ traz uma ressalva importante ao se referir à confidencialidade: ela é concebida como “dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese<sup>42</sup>”. Como se percebe, há exceções ao dever de sigilo e elas devem ser informadas pelo mediador aos participantes antes da assinatura do termo de confidencialidade.

Como exposto, a preservação do sigilo visa assegurar que, caso não alcançado um acordo na tentativa de autocomposição, os envolvidos não sejam prejudicados por terem participado e exposto eventuais fatos desfavoráveis. Assim, é essencial que o juiz não seja o condutor do meio consensual também porque, se infrutífera a via consensual, ele precisará julgar a demanda; como o fará sem considerar o que ouvira durante as sessões? Ao ponto, destaca Roberto Bacellar:

“Se o mediador for magistrado ou juiz leigo, deve deixar claro que, caso a mediação não se concretize, nada do que foi conversado ou tratado durante o processo mediacional

---

40. NCPC, art. 167 § 1º.

41. A confidencialidade é expressa com maior detalhamento no Código de Ética para Mediadores (Referências de Boas Práticas para Mediadores) do FONAME: “A mediação deverá ser confidencial sobre todas as informações, fatos, relatos, situações, propostas e documentos trazidos, oferecidos ou produzidos durante toda a sua realização, vedado qualquer uso para proveito pessoal ou de terceiros alheios ao processo, salvo os limites estabelecidos pelo contexto em que a prática da mediação se dá e/ou previsão em contrário estabelecida entre os mediandos e o mediador ambos expressos no Termo de Compromisso de Mediação”. O FONAME (Fórum Nacional De Mediação) é integrado, voluntariamente, por entidades de qualquer natureza ou núcleos regularmente constituídos, que se dedicam ao aperfeiçoamento, à divulgação e à prática da mediação de conflitos no Brasil (Código de Ética para Mediadores – Referências de Boas Práticas para Mediadores. Disponível em <http://www.foname.com.br/codigo-de-etica-para-mediadores/>. Disponível em 13 fev. 2013).

42. Anexo III, art. 1º, § 1º.

poderá fundamentar eventual futura decisão. Por evidente, não deve fazer consignar propostas rejeitadas ou ofertas ocorridas no processo de mediação que devem manter-se em sigilo<sup>43</sup>”.

Na sequencia, afirma o Novo Código que “em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação<sup>44</sup>”.

As previsões soam interessantes, mas algumas dúvidas ficam no ar: como proteger todo o teor do que foi comunicado? Se durante uma sessão consensual um participante assumiu ter adotado certa conduta indevida, pode, em outra demanda, tal fato ser trazido em juízo pela parte contrária para que consequências sejam a ele atribuídas? A resposta tende a ser negativa... se a parte adversa demonstrar que aquela informação foi obtida durante uma sessão de autocomposição, o teor deve ser desconsiderado pelo juiz em observância à diretriz do sigilo. Pois bem, a parte até poderá apresentar tal alegação, mas como poderá prova-la? Os magistrados serão sensíveis a essa situação?

## **7. CADASTRAMENTO COMO MEDIADOR E ÓBICE À ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA.**

Segundo dispõe o art. 168, “os tribunais manterão cadastro de conciliadores e mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação, que conterà o registro de todos os habilitados com indicação de sua área profissional”. O § 5º de tal dispositivo afirma que os conciliadores e mediadores cadastrados “se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções”.

A partir da leitura de tais previsões, é forçoso perguntar: caso um mediador se cadastre como mediador no Tribunal precisará parar de advogar? Sendo resposta positiva, outra precisa ser formulada: como o mediador irá auferir recursos para sobreviver, se não está assegurada sua remuneração?

O projeto de Novo Código menciona a previsão de remuneração em tabela fixada pelo Tribunal em consonância com parâmetros estabelecidos pelo

---

43. BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos Juízes*. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/roberto\\_bacelar.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/roberto_bacelar.htm). Acesso 09 fev. 2013.

44. NCPC, art. 167 § 2º.

CNJ<sup>45</sup>; contudo, na sequência destaca que “a mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal”<sup>46</sup>.

Atualmente prevalece nos Tribunais o trabalho voluntário; como não há divulgação de qualquer iniciativa sobre o destaque de dotações orçamentárias para arcar com os pagamentos dos milhares de mediadores que precisarão atuar, é bem provável que o quadro assim permaneça.

Voltando a pergunta: se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver?

Imaginemos, para ilustrar, uma situação concreta: atuo como advogada no Departamento Jurídico XI de Agosto, entidade da Faculdade de Direito da USP que presta assistência judiciária à população carente desde 1919 e tem processos tramitando em praticamente todos os foros da Capital paulista.

Decido fazer o cadastro como mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e aguardo ser escolhida pelas partes ou nomeada para algum feito por força de distribuição<sup>47</sup>.

Caso seja chamada a atuar como mediadora em feito que tramita em determinada Vara, precisarei verificar se tenho algum processo em tramite ali; sendo a resposta positiva, deverei me reconhecer impedida de atuar e terei que declinar<sup>48</sup>. Esta situação é apropriada? Se atuo como advogada em um feito de natureza diversa, com litigantes diferentes, não sou apta a atuar em

---

45. NCPC, Art. 170. Ressalvada a hipótese do § 6º do art. 168, o conciliador e o mediador receberão, por seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

46. NCPC, Art. 170 § 1º.

47. NCPC, Art. 169. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador e a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. § 2º. Não havendo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º. Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

48. NCPC, Art. 171. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

outro processo com diferentes envolvidos pelo simples fato de tramitarem no mesmo juízo?

De todo modo, na Capital é possível que haja outros juízos em que eu possa porventura atuar; o que ocorre, porém, com quem se encontra em comarca ou circunscrição judiciária com vara única? Se decidir ser mediador precisará abdicar da advocacia? É isso possível e desejável no contexto atual?

Como bem destaca Diego Faleck, o impedimento de exercício da advocacia pelos mediadores e conciliadores apresenta dois grandes problemas: (i) a regra não fornece incentivos para que os advogados atuantes no mercado se inscrevam no rol de mediadores e conciliadores judiciais (pelo contrário, ela cria um grande desincentivo para que estes profissionais atuem no âmbito judicial)<sup>49</sup>; (ii) os impedimentos criados não compartilham a mesma lógica dos impedimentos previstos no Código de Processo Civil e no Estatuto da advocacia<sup>50</sup>.

Assim, vale perquirir: com que finalidade foi engendrada a previsão de impedimento do advogado que também atua como mediador? A regra colabora para a formação de um quadro amplo de profissionais capacitados ou o impedimento imposto ao mediador advogado pode representar entrave comprometedor? É possível rever a hipótese de impedimento e limita-la ao menor âmbito possível? Quais respostas criam incentivos à consolidação da mediação entre nós?

---

49. “... a proibição geral a que os mediadores e conciliadores judiciais integrem escritórios de advocacia que exerçam atividade dentro dos limites da competência do tribunal em que estão registrados parece exagerada e, em um primeiro momento, direciona a um desincentivo para que advogados abarquem a tentativa de expansão e consolidação da autocomposição no Brasil. Bem verdade que está prevista (...) a percepção de remuneração pelos mediadores e conciliadores, conforme determinação do Conselho Nacional de Justiça. É razoável, no entanto, a expectativa de que – ao menos em um primeiro momento de adaptação aos dispositivos da lei – o volume de contendas judiciais submetidas à mediação ou conciliação não será grande o suficiente para que os mediadores e conciliadores possam conseguir alcançar uma escala de trabalho que lhes proporcionem uma remuneração adequada. Como conseqüência, cria-se um desincentivo para que advogados se inscrevam perante os tribunais como mediadores e conciliadores” (Comentário ao art. 146 do Projeto de NCP. Disponível em <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>. Acesso 09 fev. 2013).

50. “(...) tanto na legislação processual civil (impedimentos para exercício do poder jurisdicional) quanto na lei de regência da advocacia (impedimento para exercício da advocacia) a lógica norteadora dos impedimentos se baseia na verificação em concreto de hipóteses fáticas que comprometam a atuação do profissional. Essa mesma lógica é repetida no projeto, sendo certo que o impedimento ao patrocínio de causas relativas a qualquer uma das partes pelo prazo de um ano coaduna com a integridade do sistema e parece suficiente para evitar o comprometimento da atuação profissional dos mediadores e conciliadores judiciais” (Comentário ao art. 146 do Projeto de NCP. Disponível em <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>. Acesso 09 fev. 2013).

## CONCLUSÕES.

O Novo CPC valoriza sobremaneira a adoção de meios consensuais e pode colaborar decisivamente para o desenvolvimento de sua prática entre nós – sobretudo nas Cortes de Justiça.

Para que a via consensual possa prosperar em amplos termos, porém, os operadores do Direito precisarão se abrir a novas concepções; para que a mediação possa se revelar um proveitoso meio de abordagem de controvérsias, será preciso entender a diferenciada concepção que ela encerra.

A abordagem da autocomposição evita a lógica contenciosa de vencedores e vencidos e visa propiciar um ambiente favorável à geração de soluções criativas e resultados satisfatórios.

Como se percebe, é de suma importância o conhecimento dos protagonistas das controvérsias e de seus operadores jurídicos sobre as possibilidades consensuais para que a mediação prospere entre nós; o novo Código de Processo enfrenta o tema em diversos dispositivos.

A diferenciação entre mediação e conciliação, bem exposta no Novo Código, precisa ser estudada e compreendida pelos sujeitos do processo com maior profundidade.

O estímulo à mediação deve ser dosado para evitar abusos fomentadores de intimidação e comprometimento do consenso genuíno.

A confidencialidade precisará ser reforçada e sustentada; caso alguém busque utilizar indevidamente em juízo informações obtidas em sessões consensuais caberá ao magistrado rechaçar tal atitude (sob pena de desestimular a ida às sessões de autocomposição pelo perigo da exposição de pontos desfavoráveis).

A previsão de que o cadastramento como mediador gera óbice à atividade advocatícia no juízo da inscrição merece ser revisto sob pena de inibir a consolidação de bons e diversificados quadros de mediadores.

Espera-se que, com o advento do novo Código, a atenção dos operadores e dos gestores da Justiça seja focada na gestão dos conflitos com qualidade; a mediação tem tudo para, nesse contexto, ser uma valiosa ferramenta para dar voz e vez a protagonistas de conflitos dispostos a investir produtivamente em um novo roteiro para suas histórias.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. *A mediação no NCCB*. Disponível na internet: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/191>. Acesso 09 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Boletim do IBFAM nº 30. *Fim do silêncio*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/177> >. Acesso em: 13 fev. 2013

- CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Access to Justice*, v. II, livro 1, Milano: Sijthoff/Giuffrè, 1978.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, Revista de Processo, nº 174, p. 82-97.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*. Disponível na internet: < <http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso 9 fev. 2013.
- FAISTING, André Luiz, *O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas*, In SADEK, Maria Tereza (org.), *O Sistema de Justiça*, série Justiça – IDESP, São Paulo: Sumaré, 1999.
- RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, St. Paul: West Group, 1997.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos*. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso 26 maio 2012.
- SALLES, Carlos Alberto de; GABBAY, Daniela M.; SILVA, Erica B.; TARTUCE, Fernanda; GUERRERO, Luis Fernando; LORENCINI, Marco Antônio G. L. *A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos* (NEMESC). Revista Direito GV, v. 6, p. 67-94, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: Salles, Carlos Alberto de; Lorencini, Marco; Alves da Silva, Paulo Eduardo. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso para Programas de Graduação em Direito*. São Paulo, Rio de Janeiro: Método, Forense, 2012, v. 1, p. 145-177
- \_\_\_\_\_. *Conciliação e Poder Judiciário*. Disponível em [http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10](http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10). Acesso em: 13 fev. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Mediação nos conflitos civis*. SP, Método, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Mediação extrajudicial e indenização por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira*. Lex Humana, v. 4, p. 32-48, 2012. Disponível em [http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10](http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10). Acesso 13 fev. 2013.
- VEZZULLA, Juan Carlos, *A Mediação. O Mediador. A Justiça e Outros Conceitos*, In OLIVEIRA, Ângela (coord.), *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*, nº 1, São Paulo: Ltr, 1999.
- Mediação: teoria e prática*. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRATA NETO, Caetano (Coords.) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

# O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO NO CPC ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC

GILBERTO GOMES BRUSCHI<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Introdução – 1. Casos idênticos e requisitos para a aplicação do art. 285-A do CPC. – 1.1. A improcedência do pedido sem a citação do réu. – 1.2. O real significado da norma – 2. O julgamento liminar de improcedência do pedido no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

---

## INTRODUÇÃO

No Código de Processo Civil em vigor muito se discute quais são os requisitos para a correta aplicação do disposto no art. 285-A. Por esse motivo, até para que não haja mais tanta discussão na doutrina e na jurisprudência, o legislador entendeu por aperfeiçoá-lo.

No presente trabalho abordaremos primeiramente as regras para a aplicação do atual julgamento prévio do mérito, para depois tratarmos dos artigos correspondentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil em uma evolução no processo legislativo, abordando a versão aprovada no Senado Federal para posteriormente analisar a versão em trâmite na Câmara dos Deputados, no que ficou conhecido como relatório Barradas-Teixeira.

---

1. Advogado. Doutor e mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Professor na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Professor convidado no curso de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Membro do corpo docente da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP. Sócio efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

## 1. CASOS IDÊNTICOS E REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC

### 1.1. A improcedência do pedido sem a citação do réu

O julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A), ou seja, o julgamento de improcedência *in limine litis*, em razão de tratar-se a causa envolvendo questão unicamente de direito e que tenha sido decidida, no mesmo sentido, por repetidas vezes, no juízo, será abordado nesta oportunidade, apenas no que tange aos requisitos para sua incidência.

Visando a desafogar a máquina do judiciário, a Lei 11.277/06 instituiu o novo art. 285-A, possibilitando o julgamento de improcedência do pedido, sem a necessidade de que o réu venha a integrar a lide, ou seja, não será citado para oferecer resposta.

Estabelece o *caput* do art. 285-A do CPC que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente proferida”.

Como bem assevera José Eduardo Carreira Alvim,<sup>2</sup> tal inovação fez com que fosse positivada uma prática comum entre os magistrados, a de reproduzir os fundamentos de sentenças proferidas anteriormente, mas, no que tange ao novo art. 285-A, o juiz somente o fará nos casos de *total improcedência*, sendo vedado proferir a sentença de resolução imediata quando se tratar de procedência do pedido.

Antes de emitirmos nossa opinião sobre a interpretação a ser dada ao *caput* do art. 285-A, devemos concordar com Luis Guilherme Aidar Bondioli<sup>3</sup> no que diz respeito à primeira parte da redação, ou seja, “quando a matéria

2. **Alterações do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 80.

3. **O novo CPC – a terceira etapa da reforma**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 196 e 197: “Comporta registro a falta de técnica na designação do primeiro componente do binômio pelo *caput* do art. 285-A, principalmente em razão do uso da palavra ‘controvertida’. Quando se pensa em qualquer derivação do substantivo *controvérsia*, vem à mente o *choque de afirmações* provocado pelo réu por ocasião de seu ingresso na relação jurídica processual; a sua contraposição aos pontos insertos na petição inicial, de modo a controvertê-los e transformá-los em questões. Ocorre que a sentença liminar é proferida sem que seja sequer determinada a citação do réu, o que torna inapropriado falar em ‘matéria controvertida’ como requisito para a sua prolação. Daí ser mais correta a seguinte leitura para a parte inicial do *caput*: *quando a matéria de mérito for unicamente de direito*”. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 482, nota 3 ao art. 285-A. Ver, com proveito: Denis



**controvertida ...**”, já que a redação está equivocada, pois, caso se trate de matéria controvertida não há que se falar em julgamento sem a oitiva do réu, tendo em vista que a questão se torna controversa após a manifestação do réu em sentido contrário às pretensões do autor.<sup>4</sup>

Para que o magistrado utilize a possibilidade<sup>5</sup> de resolver o mérito sem que o réu seja sequer citado, portanto, beneficiando-o, como primeiro requisito, é necessário que a questão posta em juízo seja “unicamente de direito”,<sup>6</sup> não havendo necessidade de nenhuma prova a ser produzida, sem que envolva, portanto, qualquer matéria fática, aplicando-se ao caso concreto apenas e tão-somente as regras jurídicas,<sup>7</sup> caso contrário não será aplicada a norma, que é excepcionalíssima.<sup>8-9</sup>

---

Donoso. **Julgamento prévio do mérito: análise do art. 285-A do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102 a 105.

4. Cf. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de direito processual civil**. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 364.
5. O dispositivo legal prevê a faculdade e não a obrigatoriedade do juiz proferir sentença de total improcedência quando entender preenchidos todos os requisitos previstos no art. 285-A, o que possibilita ao magistrado de primeiro grau, mesmo entendendo ser um caso idêntico a outros anteriormente por ele julgados e que tiveram como resultado a improcedência do pedido formulado pelo autor, ordenar a citação do réu para que ofereça resposta e posteriormente julgar o caso na forma do art. 330, I, do CPC.
6. Fredie Didier Jr. **A terceira etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58: “Trata-se de causa cuja matéria fática possa ser comprovada pela prova documental. É hipótese excepcional de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), que passa ser autorizado, também, antes da citação do réu, se a conclusão do magistrado é pela improcedência. Antecipa-se ainda mais o momento do julgamento da causa, dispensando não só a fase instrutória, mas também a própria ouvida do réu. É exemplo de decisão definitiva, apta a ficar imune pela coisa julgada material”.
7. Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 36, v. 2.
8. TJSP, Ap. 0030961-93.2010.8.26.0576, 20ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 26.11.2012: “Apelação. Ação revisional. Improcedência liminar. Matéria fática. Irregularidade formal. Nulidade da decisão. Art. 285-A do Código de Processo Civil. Inviável a aplicação do artigo 285-A, do Código de Processo Civil, na hipótese de controvérsia fática. Aplicação restrita para matéria “exclusivamente” de direito; Texto legal que exige a indicação da “sentença paradigma”, para aferição do cabimento do artigo 285-A, do CPC, e da adequação fática da matéria discutida ausência que implica em violação do preceito legal sentença nula. RECURSO PROVIDO, sentença anulada”. No mesmo sentido: TJSP, Ap. 9140343-15.2008.8.26.0000, 19ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Mário de Oliveira, j. 30.07.2012; TJSP, Ap. 0020698-48.2012.8.26.0344, 32ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Ruy Coppola, j. 07.02.2013.
9. TJRS, Ap. 70017360217, 17ª Câmara. Cível, rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, v.u., j. 30.11.2006: “Contratos bancários. Pretensão revisional. Sentença de acordo com o art. 285-A do CPC. Prova dos contratos. Desconstituição da sentença. Em pretensão revisional de contratos, a sua produção probatória se mostra imprescindível, pena de se configurar processo virtual. Eventual impossibilidade de produção da prova encontra, no sistema processual, os mecanismos próprios para a composição da lide. Impossibilidade de julgar conforme o art. 285-A do CPC no caso concreto. Sentença

Um ponto complexo de se interpretar no *caput* do art. 285-A é saber o que de fato significa “outros casos idênticos”.

Nem se diga tratar-se de ações totalmente idênticas, pois, nesse caso estaríamos diante de litispendência [mesmas partes, mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato)]. O que na verdade o legislador pretendeu dizer por *casos idênticos* foi causas que contenham a mesma tese jurídica, que podem ser detectadas nas ações com mesma causa de pedir e mesmo pedido,<sup>10</sup> desde que com partes diferentes.

Há de se observar, ainda, na análise do caso idêntico, que nada adiantará admitir que o juiz adote a norma do art. 285-A e passe, sistematicamente, a julgar improcedentes as ações propostas, se sua decisão for reformada pelo tribunal ao qual está vinculado, em virtude de contrariar a jurisprudência dominante por ele emanada, ou ainda, por divergir de súmula do próprio tribunal ou de tribunal superior.<sup>11-12</sup>

---

desconstituída. Recurso prejudicado”; TJMG, Ap. 1.0024.06.993188-9/001, 1ª Câm. Cível, rel. Des. Geraldo Augusto, v.u., j. 5.12.2006: “Servidor público – Discussão em torno de perdas decorrentes da conversão da moeda – Matéria de direito e de fato – Improcedência de plano – art. 285-A do CPC – Impossibilidade – Recurso provido. A aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, exige requisitos que devem estar presentes concomitantemente, quais sejam, que a matéria controvertida seja unicamente de direito e haja a reiteração de julgados de **total improcedência** em casos idênticos. Assim, em hipótese em que se discute perdas sofridas por servidores públicos do poder executivo com a conversão da moeda para URV’s, não pode o sentenciante utilizar-se do disposto no referido artigo, posto que necessário o exame de prova concreta das alegadas perdas, através de perícia judicial”.

10. José Eduardo Carreira Alvim. **Alterações...**, cit., p. 81.

11. Luiz Guilherme Marinoni. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Magister, set./out., 2006, p. 12:

“A razão de ser do art. 285-A é completamente incompatível com a idéia de se permitir ao juiz, em confronto com súmula do seu tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça, rejeitar liminarmente uma ação idêntica.

Ou seja, o juiz não é obrigado a rejeitar liminarmente a ação repetitiva apenas porque há súmula do seu tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça. Porém, não há racionalidade em admitir que ele possa rejeitá-la liminarmente em contrariedade com súmula destes tribunais.

Na hipótese em que a súmula consolidou o entendimento sobre a improcedência das demandas idênticas, a rejeição liminar da ação somente poderá observar a orientação do tribunal. Isto porque a razão de ser do julgamento liminar de improcedência seria frontalmente contrariada caso se admitisse uma decisão que negasse a súmula.

Ou melhor, há grande incoerência em admitir o julgamento liminar de improcedência de uma demanda idêntica quando se sabe que o tribunal – estadual ou regional federal – ou o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento destoante que conduziu ao abreviamento do processo”.

12. No mesmo sentido: Denis Donoso. **O julgamento prévio...**, cit., p. 141.

Devemos ainda chamar a atenção de que em face da existência de súmula com efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal, julgará improcedente a demanda, de acordo com previsto no art. 103-A da Constituição Federal e, ainda, caso seja interposta a apelação, deverá rejeitá-la de plano.<sup>13</sup>

Não se deve interpretar a palavra *casos* como sendo sinônima de *ações*, o que seria um contra-senso, pois, duas ações somente são idênticas, por definição legal, se abarcarem as hipóteses subsumidas no art. 301, § 2º, do CPC, ou seja, se houver litispendência ou coisa julgada.

Assim, por *casos idênticos*, de acordo com a lição de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, deve-se entender como “aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se difiram numa e noutra ação”.<sup>14</sup> Não basta assim apenas a identidade de causa de pedir e de pedidos.

Para eles, o exame dos *casos idênticos* é bem mais aprofundado, pois os fundamentos jurídicos componentes da causa de pedir e do pedido também devem ser idênticos, pelo simples motivo de que se o juiz deve reproduzir a motivação e a parte dispositiva da sentença anterior, esses elementos “deverão ajustar-se com precisão aos fundamentos da nova ação”.<sup>15</sup>

Isso significa dizer que o realmente importante para a ocorrência dos chamados *casos idênticos* é que a nova ação proposta tenha a mesma causa de pedir, seja baseada na mesma tese jurídica das outras anteriormente ajuizadas.<sup>16</sup> Dissemos outras, pois não basta que tenha sido proferida apenas uma sentença de improcedência anteriormente, devendo se exigir ao menos dois outros casos anteriores, para que no terceiro possa ser aplicada a regra do art. 285-A.

Ao visualizar a semelhança entre os casos, o juiz deverá reproduzir “o teor da anteriormente proferida”, como prevê a parte final do *caput* do art. 285-A. Mas, na verdade, o magistrado não deve apenas transcrever a sentença do processo já julgado e, sim, utilizar a mesma fundamentação, demonstrando que

---

13. Luiz Guilherme Marinoni. *Ações repetitivas...*, cit., p. 10.

14. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2006, p. 68, v. 2.

15. *Ibid*, mesma página.

16. Cf. Marcelo José Magalhães Bonicio. **Introdução ao processo civil moderno**. São Paulo: Lex, 2010, p. 170.

ambas as ações tem a mesma tese jurídica e que por isso devem ter a mesma decisão, para ao final julgar improcedente o pedido de forma liminar.<sup>17-18</sup>

Somos obrigados a concordar com o entendimento de Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>19</sup> no que diz respeito à extensão do novo dispositivo.

Preleciona o jurista pernambucano que as causas idênticas ou “repetidas” nada mais são do que as chamadas demandas de massa e assim nos ensina que será utilizada a ideia do art. 285-A para aquelas situações que atinjam “uma quantidade exagerada de pessoas” que, visando à satisfação e o reconhecimento de seu direito material, ingressam em juízo. Com a instituição da nova forma de julgamento antecipado da lide, antes da citação do réu, evita-se a utilização desnecessária da atividade cartorária, “pois já se sabe qual será o resultado” do processo.<sup>20</sup>

O conteúdo do art. 285-A está topicamente em local incorreto, pois se encontra no capítulo que trata do procedimento ordinário, mas, na verdade, desde que preenchidos seus requisitos, pode ser utilizado em toda e qualquer ação (conhecimento, cautelar e execução), em todos os procedimentos (sumário, ordinário e especial), bem como nas ações com rito previsto em leis extravagantes, como por exemplo: os juizados especiais estaduais e federais, ações que envolvam consumidores,<sup>21</sup> a ação civil pública, a ação popular,

---

17. Na jurisprudência, entendendo ser imprescindível a transcrição da sentença paradigma, para a perfeita fundamentação: STJ, REsp. 1.086.991/MG, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.08.2011, DJe 06.09.2011; STJ, AgRg no AREsp. 153.180/PE, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.2012, DJe 26.06.2012; TJSP, Ap. 0005806-37.2012.8.26.0053, 16ª Câmara. Dir. Público, rel. Des. Antonio Tadeu Ottoni, j. 22.01.2013; TJSP, Ap. 0017156-81.2011.8.26.0562, 38ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Flávio Cunha da Silva, j. 6.02.2013.

18. Em sentido contrário, entendendo ser desnecessária sua transcrição: TJSP, Ap. 0029938-23.2011.8.26.0562, 16ª Câmara. Dir. Público, rel. Des. Valdecir José do Nascimento, j. 8.05.2012.

19. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (julgamento imediato dos processos repetitivos: uma racionalização das demandas de massa). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 39, junho, 2006, p. 93.

20. No mesmo sentido: Fredie Didier Jr. **A terceira etapa...**, cit., p. 59: “É o que acontece nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores ou outros agrupamentos humanos. Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida. São causas que poderiam ter sido reunidas em uma ação coletiva. São exemplos: discussão de reajuste para uma categoria profissional; inexistência de certo tributo; determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa”.

21. TJSP, Ap. 0043975-10,2011,8,26.0577, 26ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Vianna Cotrin, j. 13.12.2012: “Arrendamento mercantil – Revisão contratual – Sentença de improcedência profe-

mandado de segurança, ações previdenciárias, ações que envolvam expectativa de direito de servidores públicos,<sup>22</sup> ações tributárias etc. Pode-se utilizar a regra, além de na justiça comum (estadual e federal), ainda nas ações de competência da justiça do trabalho,<sup>23</sup> bem como nas causas de competência originária dos tribunais.<sup>24</sup>

Feitas essas ressalvas, às quais não poderíamos nos furtar, tem-se assim que os requisitos para que se dê a hipótese contemplada pelo legislador no julgamento antecipado da lide, sem a oitiva da parte contrária, são as seguintes:

- a) que a matéria discutida seja unicamente de direito;
- b) que o julgamento anterior de improcedência tenha sido proferido no mesmo juízo;
- c) que o pedido repetido tenha a mesma causa de pedir da ação anterior;
- d) que o pedido anterior tenha sido julgado improcedente;
- e) que a fundamentação da sentença anterior seja reproduzida; e
- f) o posicionamento do juízo seja dominante no tribunal local<sup>25</sup> ou tribunal superior, ou, ainda, de acordo com as súmulas destes tribunais.

A seguir abordaremos se é ou não possível aplicar-se tal dispositivo quando apenas um dos pedidos cumulados for de igual teor ao anteriormente julgado como improcedente.

---

rida nos termos do artigo 285-A do CPC – Cabimento – Julgamento sedimentado em decisões anteriores do juízo e em consonância com esta Corte – Matéria exclusivamente de direito – Improvimento”. No mesmo sentido: TJRS, Ap. 70015007503, 16ª Câm. Cív, rel. Des. Ergio Roque Menine, j. 10.05.2006.

22. TJSP, Ap. 578.300-5/9-00, 2ª Câm. Dir. Público, rel. Des. Aloísio Toledo César, j. 28.11.2006: “Servidor de autarquia – Cargo em comissão exercido por mais de 1 ano – Pretensão de continuar a receber as gratificações e vantagens, cessadas com a exoneração – Inadmissibilidade, por falta de previsão legal – As gratificações que o servidor em comissão recebe, quando ocupa o cargo em comissão, têm a característica *pro labore faciendo* e *propter laborem*, ou seja, cessa a obrigação do pagamento quando desaparecem os motivos excepcionais e transitórios que as justificam – Recurso improvido”. No mesmo sentido: TJSP, Ap. 0042127-08.2011.8.26.0053, 16ª Câm. Dir. Público, rel. Des. Meyer Marino, j. 11.12.2012.
23. CLT, art. 769. “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.
24. Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil...**, cit., p. 483, nota 12 ao art. 285-A.
25. Cf. Sidnei Amendoeira Jr. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 389. No mesmo sentido: Misael Montenegro Filho. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 139.

## 1.2. O real significado da norma

Não há que se falar em julgamento parcial de improcedência ou ainda de procedência do pedido, com utilização do art. 285-A, em razão de que, se isso fosse possível estaria sendo violado o princípio do contraditório, tendo em vista que tais decisões prejudicariam o réu, que nem mesmo foi citado com o intuito de defender-se.<sup>26</sup>

Talvez a questão mais conturbada e que tende a gerar grandes controvérsias, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial, seja a interpretação do binômio “total improcedência”, ainda mais quando se tratar de ação em que forem formulados pedidos cumulados, autônomos entre si, sendo que apenas um deles se adequa aos requisitos para aplicação do art. 285-A, *caput*, do CPC.

Cumpre-nos explicar acerca da possibilidade ou não de julgamento de improcedência, nos termos do art. 285-A, no que tange a um dos pedidos cumulados e a ordem de citação do réu para contestar a demanda com relação aos demais pedidos.

Antes de expressarmos nossa opinião, releva ressaltar que a doutrina ainda está dividida, dentre aqueles que se atrevem a explorar tal assunto.

Imaginemos que o autor formula determinado pedido X cumulado com o pedido Y, sendo que tais pedidos são independentes entre si. O processo é distribuído perante a Vara Z, que julgou inúmeros casos em que se pediu X e decidiu pela improcedência de tal pedido em todas as oportunidades, mas jamais decidiu sobre o pedido Y ou, ainda, decidiu, mas pela procedência.

---

26. Para Eduardo Cambi (Julgamento *prima facie* (imediate) pela técnica do art. 285-A do CPC. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 854, dez., 2006, p. 62), a sentença de proferida *in limine litis*, sem a citação do réu, deve sempre ser favorável ao demandado. E ainda pondera que: “Esta forma de interpretação do art. 285-A do CPC afasta o argumento deduzido na ADIn 3.695, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, que pede que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da referida regra por violação das garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Para a OAB, há infringência do contraditório, uma vez que, conforme narra a petição inicial, tal garantia assegura a participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade influírem em todos os elementos (fatos, provas e questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que, em qualquer fase do processo, apareçam como *potencialmente relevantes para a decisão*. O Procurador Geral da República, em parecer favorável à constitucionalidade do art. 285-A do CPC, com razão, afirma que a regra não desrespeita a garantia constitucional do contraditório, pois o juiz somente preferirá a sentença liminar, em caso de total improcedência do pedido, ou seja, quando a causa seja em desfavor, exclusivamente, do autor. Destarte, nenhum prejuízo sofrerá o réu. A oitiva do demandado é *potencialmente irrelevante para a decisão*”.

De tal hipótese surge uma questão: pode o juiz aplicar o art. 285-A somente com relação ao pedido X, em razão de não poder aplicá-lo a todos os pedidos?

A resposta tende a ser negativa, apesar das abalizadas opiniões em contrário.<sup>27</sup>

Com a inserção do dispositivo em comento se busca conferir maior racionalidade, eficiência e celeridade à prestação jurisdicional e à tramitação dos feitos processuais, com vistas a propiciar a racionalização do julgamento de ações repetitivas. Isto significa dizer que a intenção do legislador foi a de diminuir a morosidade da justiça e fazer com que não se proceda ao regular andamento do processo, para que o feito seja julgado nos termos do art. 330 do CPC, dispensando-se a citação do réu, possibilitando ao juiz de primeiro grau reproduzir os fundamentos das sentenças anteriormente proferidas, decidindo pela improcedência do pedido.

Caso entendêssemos possível ser proferida a sentença nos termos do art. 285-A apenas no que diz respeito a um dos pedidos formulados e, fosse o réu citado, a fim de oferecer resposta quanto aos demais, não seria exitosa a intenção do legislador de dar maior efetividade, isto é, haveria um verdadeiro “tumulto processual”. Expliquemos nossa opinião no sentido de inviabilizar a cisão da sentença de mérito com base no art. 269, I, do CPC.

Na hipótese de o magistrado entender que apenas parte dos pedidos formulados cumulativamente pelo autor possa ser liminarmente rechaçada, não deverá aplicar a faculdade que a lei lhe confere no *caput* do art. 285-

---

27. Cassio Scarpinella Bueno. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – comentários sistemáticos às Leis nº 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006.** São Paulo: Saraiva, p. 69, v. 2: “Importante compreender que esta “total” improcedência pode receber determinadas variantes de acordo com as situações concretas sem que isto, por si só, afaste a aplicação do art. 285-A. Assim, por exemplo, se a anterior sentença rejeitar um determinado pedido (correção monetária no período “1”) mas o “novo processo” cumular a este um *outro* pedido, relativo a correção monetária em *outro* período, o período “2”. O caso é de rejeição *parcial* da petição inicial. O processo, nestas condições, prosseguirá com a citação do réu para defender-se do pedido não rejeitado (referente à correção monetária do período “2”), o que não significa dizer que o autor não poderá apresentar recurso de agravo de instrumento contra aquela decisão de indeferimento *parcial* da petição inicial”. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil...**, cit., p. 482, notas 7 e 8 ao art. 285-A; e Eduardo Cambi, *Julgamento prima facie...*, cit., p. 63.

A,<sup>28</sup> pois a razão de ser de tal instituto é a de dispensar o ingresso do réu no processo e, mesmo assim, decidir-se-á a questão com resolução de mérito.<sup>29</sup>

Para facilitar a compreensão de nosso raciocínio demonstraremos o que poderia acontecer com o processo, caso fosse permitido o julgamento parcial com base no art. 285-A, o que fazemos apenas a título de exemplificação.

Respondendo a questão que formulamos alhures de forma positiva, e não como acabamos por responder, o juiz julgaria improcedente de plano o pedido X e ordenaria a citação do réu para responder no prazo legal ao pedido Y.

O autor seria intimado da decisão, ou seja, da sentença de improcedência do pedido X, nos termos do art. 285-A, ensejando a interposição do recurso de agravo de instrumento no prazo de 10 (dez) dias.

Imaginemos que o autor recorra de tal decisão por meio do agravo, recebido apenas no efeito devolutivo e sem intimação do agravado para oferecer resposta em razão de ainda não figurar como parte no processo.

Antes que o recurso possa ser julgado, vem aos autos a contestação do réu, atacando o pedido Y e, julgando antecipadamente a lide, pelo art. 330, I, do CPC, o juiz profere sentença de procedência daquele pedido.

Em razão de ter sido resolvido o pedido pendente de julgamento, o réu derrotado interpõe recurso de apelação, recebido em ambos os efeitos, fazendo com que os autos subam ao tribunal após as contrarrrazões de apelação.

Alguns meses depois é julgado o agravo de instrumento, entendendo que as razões que levaram ao julgamento de improcedência do pedido X não devem prosperar, sendo anulada a sentença relativa àquele pedido, sendo ordenado

---

28. Fábio Victor da Fonte Monnerat. Primeiras aplicações do art. 285-A. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n° 157, março, 2008, p. 237:

“Em caso de cúmulo de pedidos, sendo um deles enquadrável na hipótese do art. 285-A, não vejo utilidade na aplicação do indeferimento liminar desde pedido, haja vista que o réu de toda forma será citado para responder os demais, sendo prejudicial à marcha processual a cisão do julgamento.

Desta feita, caso haja mais de um pedido e um deles não preencha todos os requisitos do art. 285-A, o magistrado deve citar o réu e julgar todos em uma só sentença, após formado o contraditório, inclusive aquele que se proposto separadamente daria ensejo a uma sentença de mérito liminar”.

29. Luis Guilherme Aidar Bondioli. **O novo CPC...**, cit., p. 199: “Se ele de qualquer forma tiver de ser integrado à relação jurídica processual, no caso para responder às pretensões que não podem ser rechaçadas de plano, essa forma de precipitação da tutela jurisdicional perde a razão de ser”. No mesmo sentido: Fernando da Fonseca Gajardoni. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n° 141, nov., 2006, p. 165.



ao juiz que determine a citação do réu para que ofereça resposta. Ora, se os autos estão no tribunal aguardando o julgamento da apelação, como poderá ser instruída a ação que apreciará o outro pedido?<sup>30</sup>

Alguns podem entender, ainda, correta a tese de que toda e qualquer sentença é recorrível exclusivamente por apelação, mas nunca por agravo, interpretando como dogma o disposto no art. 513 do CPC, com o que não concordamos, apesar da letra da lei em completa dissonância com as últimas reformas.<sup>31</sup>

Caso fosse correta tal afirmação, o trâmite da apelação no que diz respeito ao pedido em que se aplicou a resolução imediata, *de lege ferenda*, deveria ser diferente,<sup>32</sup> talvez nos moldes do art. 601, § 1º, do Código de Processo Penal, desde que fosse adequado aos requisitos exigidos pelo processo civil, com relação a prazo e procedimento, como, aliás, vaticina José Eduardo Carreira Alvim.<sup>33</sup>

Creemos que o legislador, em momento algum, pretendeu que a improcedência *in limine litis* pudesse ser feita apenas a um dos pedidos, tanto que nos parágrafos do art. 285-A está expressamente previsto que será utilizado o

---

30. Não somos contra a ideia de ser proferida uma sentença parcial (mesmo que resolva o mérito) e depois outra decidindo a lide em definitivo, mas não entendemos correta a interpretação de se cindir a sentença quando se tratar de aplicação do art. 285-A, pois ao invés de tornar mais célere o processo, fará com que se prolongue ainda mais, além de criar sérias dificuldades de ordem procedimental.

31. Sobre as sentenças agraváveis, ver: Gilberto Gomes Bruschi. **Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal**. São Paulo: Saraiva, 2012, n° 1.2, p. 27 a 44.

32. Glaucio Gumerato Ramos, **Reforma do CPC – Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: RT, 2006, p. 390 e 391, no seguinte sentido:

“Se o pedido cumulado vier fundamentado em matéria de direito e matéria de fato, em relação àquela o juiz não poderá valer-se do art. 285-A para proceder à *resolução imediata*, e isso por uma razão muito simples: a hipótese prevista no art. 285-A implica na *resolução de mérito* (art. 269, I), verdadeira sentença (art. 162, § 1º), e contra sentença caberá recurso de apelação (art. 513).

Admitindo-se como possível – o que não estamos fazendo! – que o juiz poderia proferir sentença de *resolução imediata* em relação à parte do pedido formulado em matéria unicamente de direito, o autor ver-se-ia obrigado a manejar o recurso adequado para evitar a preclusão e o conseqüente trânsito em julgado em relação a esse pedido, no caso a apelação (art. 513). Contudo, o processo continuaria em seu trâmite normal para a apreciação da matéria de fato que dá suporte ao pedido remanescente. Conclusão (de duas, uma): ou ter-se-ia de aceitar a figura de uma “apelação *por instrumento*” ou, o que é igualmente teratológico, a de uma “apelação *retida*”. .. situações de todo estranhas ao sistema do CPC”.

33. **Alterações...**, cit., p. 64.

recurso de apelação contra a sentença, o que demonstra que todos os pedidos formulados de forma cumulativa devem ser decididos.<sup>34</sup>

De se concluir que, ou se decide pela improcedência de todos os pedidos sem a citação do réu, ou este será instado a ingressar no processo para se defender de todos os pedidos formulados.

Perfeitamente aplicáveis as palavras de Sidnei Agostinho Beneti<sup>35</sup> acerca da interpretação das leis de simplificação do CPC:

“A interpretação das Leis de Simplificação Processual não pode deixar de levar em conta que essas leis vieram para a simplificação e agilização do procedimento, com o que se garante o acesso efetivo à Justiça, de modo que, sempre que necessária a interpretação de ponto aparentemente duvidoso nessas leis, é preciso não esquecer que vieram elas para simplificar e agilizar, não para complicar e procrastinar”.

Por derradeiro, não poderíamos nessa passagem, até como reforço de nosso posicionamento, deixar de ressaltar os comentários de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,<sup>36</sup> que nos direciona, acima de tudo, ao comedimento, à prudência e à moderação, na utilização do disposto no art. 285-A.

Só devemos pô-lo em prática, desde que preenchidos todos os seus requisitos, caso traga “consequências vantajosas”, tanto aos juízes de primeiro grau como aos dos tribunais e, evidentemente, para os jurisdicionados. Se assim não for, o gargalo continuará a campear a mancheias no judiciário, mudando apenas de lugar, a par da perda de tempo que afrontaria o princípio constitucional da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

## 2. O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A evolução do Projeto nas casas legislativas fez com que a redação do dispositivo correspondente ao art. 285-A fosse aprimorada e com isso temos duas versões produzidas nas casas legislativas.

---

34. No mesmo sentido: Sidnei Amendoeira Jr. **Manual...**, cit., p. 392 e 393.

35. A interpretação das leis de simplificação do Código de Processo Civil. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, nº 46, agosto, 1995, p. 10.

36. **Breves comentários...**, cit., p. 71, v. 2.

Para explicarmos o que entendemos como uma melhora na regra que prevê a possibilidade do julgamento de mérito ocorrer antes mesmo da citação do réu, em prol da celeridade e da efetividade do processo, contudo, sem violar qualquer princípio constitucional ou processual vigente, precisamos conhecer o teor das duas sugestões ao Projeto.

No Senado, foi aprovado o Projeto do Novo CPC com o art. 307 prevendo:

Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

§ 1º. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição.

§ 2º. Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 3º. Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306<sup>37</sup>.

Na Câmara dos Deputados, ainda em fase de votação, a regra ganhou novas hipóteses de aplicação, ficando mais abrangente e efetiva. A versão pode ainda ser alterada, mas deve ter a mesma intenção do abaixo transcrito:

Art. 333. Independentemente da citação do réu, o juiz, em causas que dispensam a produção de prova em audiência, julgará liminarmente improcedente o pedido que:

I. contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

---

37. Art. 306. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de três dias, reformar sua sentença.

§ 1º Se o juiz não a reconsiderar, mandará citar o réu para responder ao recurso.

§ 2º Sendo a sentença reformada pelo tribunal, o prazo para a contestação começará a correr a contar da intimação do retorno dos autos.

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 do 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.

§ 3º. Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias, contados da data em que tiver sido informado da interposição do recurso.

§ 4º. Se houver retratação, o juiz deverá comunicá-la ao tribunal imediatamente, de preferência por meio eletrônico; se não houver retratação, o relator 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. 508.

Como primeira observação acerca da regra conforme previsão no Projeto do Novo CPC devemos destacar que em suas duas versões, o legislador preocupou-se em positivar todas as hipóteses de cabimento, sem que deixasse a decisão de improcedência a mercê do juiz de primeiro grau.

Os incisos da redação do Senado Federal são repetidos na versão oriunda do substitutivo da Câmara dos Deputados e estabelecem, de forma inconteste, que as críticas da doutrina de que não bastava terem sido proferidas decisões no mesmo sentido, contrariando o posicionamento dos tribunais.

Na Câmara foram acrescentados dois incisos: (i) o inciso IV traz previsão semelhante ao *caput* do art. 285-A, só que mais completa, dizendo que o juiz pode julgar desde logo improcedente o pedido se ele for manifestamente improcedente, desde que não vá de encontro às súmulas ou julgamentos em processos repetitivos dos tribunais superiores e; (ii) o inciso V estabelece o

respeito aos precedentes dos tribunais estaduais, quando a matéria discutida no processo seja sobre direito local (municipal ou estadual).

O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição, consoante dispõe o § 1º de ambas as redações, solucionando um equívoco do CPC atual.

O art. 269 do CPC em vigor estabelece em seu inciso IV que ocorrerá resolução de mérito quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição. Por outro lado, estabelece no art. 295, IV, que a petição inicial será indeferida quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição. E, por fim, o art. 329 determina que ocorrerá a extinção do processo, dentre outras situações, quando estiver a sentença fundada em decadência ou em prescrição.

Com o novo dispositivo, não haverá dúvida que se trata de resolução de mérito, diferentemente do que ocorre no indeferimento da petição inicial, onde o mérito está longe de ser apreciado.

Outra solução para um problema existente hoje é a comunicação ao réu de que foi proferida uma decisão de mérito que lhe foi favorável, na hipótese de não ter sido interposto o recurso de apelação.

Significa dizer, que de acordo com o atual art. 285-A, diante da não comunicação do réu sobre a sentença de improcedência, não há como saber que já existe coisa julgada em seu favor e, se porventura, a ação for reproposta não poderá alegar tal fato em preliminar de apelação.

Mantido o juízo de retratação após a interposição da apelação, fato salutar.

O atual art. 285-A e seu correspondente no Projeto do novo CPC estão, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos repetitivos no STJ e no STF e o julgamento monocrático de recursos pelo relator são alguns dispositivos que demonstram a preocupação do legislador com os precedentes, bem como, com a segurança jurídica que o respeito ao posicionamento pacífico e ao majoritário podem trazer ao sistema processual civil brasileiro.

Devemos parabenizar o legislador por visualizar os problemas destacados pela doutrina e pela jurisprudência aperfeiçoando o novo dispositivo.



# O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO SUB-RAMO DO DIREITO PÚBLICO

VITOR FONSÊCA<sup>1</sup>

---

Sumário: 1. Introdução 2. Do privado ao público: a publicização 3. O regime jurídico público e privado 3.1. A contratualização 4. As normas processuais cogentes e dispositivas 5. Entre o publicismo e o privatismo: o ativismo, o garantismo e o cooperacionismo 5.1 O ativismo processual 5.2 O garantismo processual 5.3 O cooperacionismo processual 6. Os efeitos do caráter público 6.1 A definição do processo como serviço público 6.2 A necessidade de formulação de políticas públicas 6.3 A estipulação de metas de eficiência processual 6.4 A gestão pública de processos (*case management*) 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo fundamenta-se na ideia de que o Direito Processual Civil é sub-ramo do Direito Público. Essa é a lição repetida pelos processualistas civis por várias décadas, mas pouco esclarecida. A doutrina acolhe a ideia, mas não explica quais seriam as consequências atuais de ser o processo civil “público”. A pesquisa limitou-se, portanto, a extrair quais seriam os efeitos de se considerar o Direito Processual Civil como parte do Direito Público (e não do Direito Privado).

Para tanto, dividiu-se o trabalho em três abordagens. A primeira delas é dedutiva a partir de um breve relato do fenômeno da “publicização”, relacionando-o com o passado “privado” do Direito Processual Civil. Logo adiante, o trabalho passa a uma abordagem normativa, tentando esclarecer o fenômeno do “regime jurídico público” do processo civil, para, depois, tratar do que seriam normas processuais cogentes e dispositivas. Em seguida, explica-se

---

1. Mestre e Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Promotor de Justiça/AM.

como toda essa discussão entre público/privado reflete-se num plano macro-processual, ao possibilitar o estabelecimento de diretrizes para se classificar tendências ou modelos processuais (e não apenas normas processuais).

Por fim, a título de ilustração, demonstra-se como a premissa científica – ser o Direito Processual Civil considerado sub-ramo do Direito Público – implica diferenças no modo de atuação das normas processuais civis, não apenas no plano do “ser” como também no plano do “dever ser”.

Com isso, espera-se que um tema clássico como a “publicização” do processo civil seja revigorado, passando não apenas a ser considerado uma fase “histórica” do Direito Processual Civil, mas, sobretudo, passe a ser tratado como premissa científica necessária para pesquisas ulteriores.

## 2. DO PRIVADO AO PÚBLICO: A PUBLICIZAÇÃO

É comum atribuir o binômio “Direito Público/Direito Privado” às palavras de Ulpiano, jurista do período romano: “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares”. A teoria dominante diferencia ambos a partir da natureza da relação jurídica: o Direito Privado conteria uma relação de igualdade (particular x particular), enquanto o Direito Público manifestaria uma relação de subordinação (Estado x particular). Nunca se chegou, porém, a um critério doutrinário de consenso para distingui-los. Hoje aceita-se a relatividade da dicotomia, dada a existência de campos intermediários, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor<sup>2</sup>.

Até a segunda metade do século XIX, o Direito Processual Civil manteve-se no âmbito do Direito Privado. Como se sabe, os períodos históricos do processo demonstram que o Direito Processual Civil era visto como “coisa das partes” (*Sache der Parteien*) ou como uma relação jurídica de Direito Privado. As partes tinham domínio tanto do objeto do processo (o direito material em litígio) quanto do desenvolvimento do processo (a técnica processual); poderiam, portanto, prolongá-lo a seu gosto. As provas eram produzidas mediante “acordos”. O processo desenvolvia-se pela iniciativa das partes, mesmo sem a presença do juiz. Tanto isso é verdade que o juiz não participava da produção das provas; para não comprometer sua imparcialidade, o magistrado

---

2. Tercio Sampaio Ferraz Junior, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 133-137.



não ouvia as testemunhas do processo e apenas lia atos e registros escritos. Ao final, o juiz era chamado somente para julgar<sup>3</sup>.

A mudança ocorreu a partir dos estudos em torno da “relação jurídica processual” depois da segunda metade do século XIX. Percebeu-se que os direitos processuais se dão numa relação jurídica, sempre desenvolvida de modo progressivo e contínuo, entre funcionários do Estado (o juiz ou o tribunal) e os cidadãos. Essa relação jurídica processual seria completamente distinta da relação jurídica material, objeto do litígio entre as partes (*merita causae*). Mesmo que a relação jurídica material tivesse natureza “privada”, ainda assim a relação jurídica processual teria natureza “pública”<sup>4</sup>.

Um grande impulso ocorreu com a “constitucionalização” do processo civil em pleno século XX. O Direito Processual Civil teve muitas de suas normas “constitucionalizadas”, o que lhes garantiu a hierarquia de normas jurídicas superiores dentro do ordenamento jurídico. As normas processuais constitucionais revestiram-se de uma “aura” pública, inderrogável pela convenção entre as partes. Mais que isso: a “constitucionalização” impôs uma “prova” de validade às normas infraconstitucionais, de modo que somente seriam válidas as normas infraconstitucionais processuais que resistissem à conformidade com o texto constitucional<sup>5</sup>.

No século XXI, não mais se admite o processo como “coisa das partes”. O processo tornou-se “coisa pública”. Os interesses privados continuam existindo. Por exemplo, parece bastante óbvio o interesse do autor e do réu (interesses privados, portanto) na sentença do juiz, especialmente em processos que envolvam bens particulares (busca e apreensão de um carro, por exemplo). Se o autor obtiver uma sentença favorável, “ganhará” o bem da vida que almeja. No entanto, além dos evidentes interesses particulares envolvidos no processo, o Estado também tem interesse público na boa administração da justiça em geral. Cada processo instaurado contribui à paz social<sup>6</sup>.

---

3. Mauro Cappelletti, **O processo civil no direito comparado**, p. 38-40.

4. Oskar von Bülow, **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**, p. 01-09.

5. Eduardo J. Couture, **Fundamentos del derecho procesal civil**, p. 124-131; Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso, p. 214-216.

6. Afranio Silva Jardim, **Da publicização do processo civil**, p. 87-91; António Montalvão Machado e Paulo Pimenta, **O novo processo civil**, p. 12-13.

O Direito Processual Civil é, por isso, hoje considerado sub-ramo do Direito Público. Regula uma função pública (a jurisdição) entre o Estado e o cidadão. Desde que se aboliu a “justiça privada”, o monopólio da jurisdição é estatal. Cabe ao Direito Processual Civil regular as instituições jurídicas em torno desta mesma atividade jurisdicional (em geral, resumidas pelos autores em jurisdição, ação/defesa e processo).

Uma importante observação deve ser feita: o fato de o Direito Processual Civil ser sub-ramo do Direito Público não acarreta necessariamente o conteúdo público da matéria posta em juízo. Deve-se lembrar que o processo surgiu em épocas nas quais uma matéria “pública” dificilmente seria levada a julgamento, pois não existia o Estado e seus assuntos públicos como hoje acontece. Originariamente, o processo civil foi criado para dirimir os conflitos de Direito Privado. Aliás, a estrutura do processo civil e o desenvolvimento do Direito Processual Civil estiveram alinhados aos interesses privados durante séculos.

O fato de o Direito Processual Civil estar hoje inserido no âmbito do Direito Público nada tem a ver com a matéria colocada em juízo: o objeto do processo pode ser público ou privado. O inverso também é verdadeiro: mesmo que se discuta entre as partes uma demanda exclusivamente privada (exemplo: despejo de imóvel particular), ainda assim as normas processuais, para decidir a causa, farão parte do Direito Público<sup>7</sup>. Mesmo que o processo civil tenha também por finalidade resolver matérias ligadas ao Direito Privado (daí a ideia de “instrumentalidade” do processo), isso não implica um privatismo do processo civil<sup>8</sup>.

### 3. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO E PRIVADO

A despeito da reafirmação do caráter público do Direito Processual Civil, não é possível defender a exclusividade do “interesse público” sobre o “interesse privado” em toda e qualquer situação. Embora o Direito Processual Civil esteja hoje inserido no âmbito do Direito Público, ainda restam várias normas processuais de nítido caráter privado, ou seja, normas processuais construídas de acordo com os interesses das partes.

A distinção entre o regime jurídico público e o regime jurídico privado deve ser feita a partir da interpretação da norma jurídica processual civil.

---

7. Cassio Scarpinella Bueno, A emergência do Direito Processual Público, **Direito processual público**, p. 32-34.

8. Cândido Rangel Dinamarco, **A instrumentalidade do processo**, p. 58-59.

O modo como as normas regulam as situações e as diferenciam fornece a resposta sobre o seu regime jurídico. Uma norma processual civil “privada” somente pode ser diferenciada de uma “pública” se houver tratamento diverso entre elas<sup>9</sup>.

Exemplo clássico é o da competência absoluta e da competência relativa. Se por um lado a competência absoluta (em razão da matéria e da função) tem regime jurídico público, a competência relativa (em razão do valor e do território) parece estar mais voltada ao regime jurídico privado. Basta lembrar que a competência absoluta é inderrogável por convenção das partes (art. 111, *caput*, primeira parte, CPC/1973), ao passo que as partes podem modificar a competência relativa, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações (art. 111, *caput*, segunda parte, CPC/1973).

Outras opções legislativas tem um regime jurídico privado menos explícito. É o caso dos efeitos da revelia. Foi uma opção do legislador prever a presunção relativa dos fatos não contestados pelo réu (art. 319, CPC/1973). Outra opção legislativa reveladora de um regime privado é a norma processual do abandono da causa. O processo deve ser arquivado quando o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias, por não promover os atos e diligências que lhe competir (art. 267, III, CPC/1973). Não se pode negar: há um escondido regime jurídico privado por trás dessas normas processuais. No caso dos efeitos da revelia, a “verdade” dos fatos pode ser relativizada de acordo com o interesse do réu em contestar ou não os fatos alegados. No caso do “abandono” da causa, o pedido do autor pode ser arquivado se não for demonstrado seu “interesse” em prosseguir.

Por outro lado, existem normas indistintamente formuladas em razão do interesse público por trás do processo civil. As regras de litigância de má-fé (arts. 16 e seguintes, CPC/1973), por exemplo, demonstram que as partes devem ser responsabilizadas se cometerem atos ilícitos processuais, desviando-se do interesse público (recursos protelatórios, incidentes infundados, entre outros). Na verdade, a previsão de crimes contra a administração da justiça no Código Penal demonstra a preocupação máxima (*ultima ratio*) do sistema jurídico com o processo, como instrumento público de solução de conflitos. Exemplos: falso testemunho (art. 342, CP), coação no curso do processo (art. 344, CP), exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP), fraude processual (art. 347, CP), patrocínio infiel (art. 355, CP) etc.

---

9. Carlos Ari Sundfeld, **Fundamentos de direito público**, p. 138-142.

### 3.1. A contratualização

A doutrina francesa fala de uma possível “contratualização” do processo civil. O “processo” é, por definição, um desacordo (ou um não-contrato) entre as partes. No entanto – explicam os franceses – isso não passa de um “erro de perspectiva”, dado o próprio passado do processo civil (de que é exemplo a *litis contestatio* romana) e a própria instituição da transação judicial, há muito difundida entre os sistemas processuais.

Os autores franceses estudam a “contratualização” do processo civil presente nas convenções que visam a evitar o processo (arbitragem, por exemplo), aquelas que ocorrem durante o processo (a conhecida conciliação entre as partes), aqueles acordos relativos ao juízo (cláusula de eleição de foro, por exemplo) e tantos outros. Fala-se, na verdade, de uma “contratualização” como um fenômeno mais amplo do próprio ordenamento jurídico, de modo a se encontrar uma solução negociada para os conflitos. Daí o foco dado aos negócios jurídicos pré-processuais e processuais<sup>10</sup>.

Por outro lado, existe uma visão “contratual” mais radical e menos aceita, a partir da qual o processo civil poderia ser desenvolvido como as partes quiserem ou como as partes houverem “contratado” (processo civil como “coisa das partes”). Para essa “contratualização” radical, o processo civil diria respeito exclusivamente às partes, que nele influiriam a partir da alegação, da contestação ou não contestação dos fatos. Daí adviria também o poder das partes de estabelecer o que deve ou não deve ser provado (em outras palavras, o poder de estabelecer a “verdade processual”). A alegação do autor no processo civil seria como uma “proposta contratual” acerca da verdade que alega, ao passo que a contestação do réu configuraria a negativa da oferta e a revela, por seu turno, equivaleria à aceitação do contrato<sup>11</sup>.

## 4. AS NORMAS PROCESSUAIS COGENTES E DISPOSITIVAS

Uma das maiores críticas à dicotomia “Direito Público/Direito Privado” reside no suposto “caráter ideológico” do binômio. Segundo essa corrente, a distinção serviria ao Estado como instrumento em prol de uma suposta liberdade (desvinculação) em face da lei, como se, no âmbito do Direito

10. Loïc Cadiet, Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, **Revista de Processo**, p. 61-82.

11. Marcela Regina Pereira Câmara, A contratualização do processo civil?, **Revista de Processo**, p. 393-413.

Público ou do Direito Privado, o princípio da legalidade tivesse outro tipo de sentido ou de intensidade<sup>12</sup>.

Não é bem isso que acontece ou – pelo menos – não é esse o melhor modo de enxergar essa diferença. Na verdade, há normas jurídicas cuja incidência é inafastável pela vontade das pessoas, ao passo que outras a deixam a seu arbítrio: eis a distinção entre normas jurídicas cogentes e normas jurídicas dispositivas (não-cogentes). As normas jurídicas cogentes são aquelas cuja vontade deve ser obedecida pelas pessoas, sob pena de, não as obedecendo, infringirem-nas. As normas cogentes não podem ter sua incidência afastada pela autonomia individual. Não atuar conforme a norma jurídica cogente significa agir contrariamente ao Direito. Por outro lado, as normas jurídicas dispositivas permitem que as pessoas acolham sua incidência ou adotem norma de conteúdo diverso. Não constitui ato ilícito o fato de sua incidência ser contrariada por ato com conteúdo diferente. O que as difere, portanto, é a circunstância de ter ou não afastada a sua incidência pela vontade individual<sup>13</sup>.

Em sua maioria, as normas de Direito Processual Civil, como sub-ramo do Direito Público, são cogentes, isto é, não podem ter sua incidência afastada pela vontade das pessoas (incluem-se aí as partes e o juiz do processo). As partes devem obedecer às normas processuais cogentes, sob pena de infração à lei. Da mesma forma, nem mesmo o magistrado pode afastar a incidência da norma cogente, uma vez identificados os fatos que lhe dão suporte<sup>14</sup>.

Está excluída, portanto, a possibilidade de um processo resultante de convenção entre as partes. Não está autorizado às partes renunciar às normas processuais cogentes ou mesmo dispor livre e pessoalmente sobre seu conteúdo. A vontade do juiz, ainda nesse caso, é indiferente. A norma cogente deve ser obedecida mesmo contra a vontade das partes e do juiz.

Apesar de a grande maioria das normas processuais civis ser de natureza cogente, há outras de excepcional natureza dispositiva. São os casos: a) da inversão consensual do ônus da prova (art. 333, parágrafo único, CPC/1973); b) da eleição do foro competente (art. 112, parágrafo único, CPC/1973). Nessas hipóteses, é a vontade individual das partes que afastará as regras ordinárias quanto ao ônus da prova e à competência territorial do juízo,

---

12. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, p. 310-314.

13. Marcos Bernardes de Mello, **Teoria do fato jurídico**, p. 75-76.

14. Arruda Alvim, **Manual de direito processual civil**, p. 122-123.

respectivamente. Se nada for estipulado pelas partes, prevalecerá a norma jurídica supletiva.

## 5. ENTRE O PUBLICISMO E O PRIVATISMO: O ATIVISMO, O GARANTISMO E O COOPERACIONISMO

Dizer se um modelo de processo civil é “público” ou “privado” depende de variações históricas e de valores de acordo com o estágio de cada sociedade. A análise dos períodos históricos demonstra a ascensão, alternadamente, ora do privatismo processual (caso do liberalismo francês) ora do publicismo processual (como ocorreu com o advento do *Welfare State*). Cabe ao legislador disciplinar o processo civil de acordo com um modelo de publicismo ou de privatismo adaptado à sua própria realidade<sup>15</sup>.

Nenhum ordenamento, porém, adota um sistema processual inspirado integralmente num ou outro modelo. Não há modelos “puros”. Em um ordenamento jurídico processual, o “público” e o “privado” não estão separados por limites intransponíveis. Na verdade, a história do processo é a história dos diversos pontos de equilíbrio entre esses valores contrapostos (liberdade *versus* autoridade)<sup>16</sup>.

Em geral, os destaques dos valores “públicos” e “privados” são refletidos no modo generalizado de como se estrutura o processo civil. Ao se denominar um modelo processual de “público” ou de “privado”, o que se pretende é focalizar a predominância (e não a exclusividade) do publicismo ou do privatismo.

Até algumas décadas atrás, falava-se em geral num modelo dispositivo, baseado no privatismo, e num modelo inquisitivo (ou autoritário), quando fundamentado no publicismo. Apesar de generalizada entre os autores há décadas, essa terminologia de modelo “inquisitivo” ou “autoritário” deve ser abandonada e não deve ser adotada pelas razões seguintes:

a) não parece correto falar de um modelo processual “autoritário” (“autoritarismo” processual). Ao menos no processo civil, nunca houve um processo em que apenas o juiz agisse de ofício ou um processo no qual as partes não tivessem direito algum perante o tribunal. Do mesmo modo, nem todo regime político conhecido como “autoritário” produziu um modelo processual “auto-

15. Gustav Radbruch, *Filosofia del derecho*, p. 163-168.

16. Andrea Proto Pisani, *Pubblico e privato nel processo civile*, *Revista de Processo*, p. 281-304.

ritário”. A história ensina não haver uma vinculação necessária entre o cunho “autoritário” do regime político e o regime “inquisitivo” do processo civil<sup>17</sup>;

b) por outro lado, é criticável também a expressão do modelo processual “inquisitivo” (ou “inquisitório”). O fato de o juiz ter poderes de direção e de controle do processo não implica um modelo inquisitivo. Se um sistema contar com a iniciativa probatória oficial, nem mesmo isso o transforma em um modelo inquisitivo, se essa iniciativa estiver limitada aos fatos alegados pelas partes. Um verdadeiro modelo inquisitivo contrapõe-se a um modelo dispositivo, ou seja, um modelo baseado na máxima da disposição da parte, a partir da qual o juiz não pode instaurar *ex officio* um processo. No estágio atual, não há modelos processuais que prescindam da inércia da jurisdição como regra<sup>18</sup>.

Também tornou-se comum dividir-se os sistemas processuais, quanto aos poderes de direção do processo, entre o modelo de *common law* (*adversary system*) e o modelo de *civil law* (romano-canônico). No modelo de *civil law*, aos juízes seriam confiados maiores poderes no impulso do processo, inclusive em matéria de provas. Do contrário, pelo modelo de *common law*, as partes têm em mãos maiores poderes na condução do procedimento.

Esse binômio entre *common law* e *civil law* também é relativo. A doutrina há mais de trinta anos vem preconizando que a participação do juiz na direção do processo, nos modelos de *common law*, tende a aumentar, a ponto de fazê-lo dirigir e controlar mais o processo (*managerial judge*), sem o papel indiferente de outros tempos. Os juízes não se contentam mais em apenas julgar; querem participar enfaticamente dos resultados do processo. Essa tendência pode ser visualizada tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, principalmente após as *Civil Procedure Rules* de 1999. Por outro lado, mesmo na Europa, os modelos de *civil law* têm experimentado algumas limitações às iniciativas probatórias do juiz, em especial na Espanha depois da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000<sup>19</sup>.

Ao invés da dicotomia “inquisitivo/dispositivo” ou do binômio “*common law* (*adversary system*)/*civil law*”, deve ser acolhido um outro ponto de vista, mais atual e talvez com menos críticas, para distinguir o binômio “público” e

17. Andrea Proto Pisani, Pubblico e privato nel processo civile, **Revista de Processo**, p. 281-304.

18. Mauro Cappelletti, **O processo civil no direito comparado**, p. 34 e 51.

19. Judith Resnik, Managerial judges, **Harvard Law Review**, p. 376-380; José Carlos Barbosa Moreira, Reformas processuais e poderes do juiz, **Revista do Ministério Público**, p. 85-86.

“privado” no Direito Processual Civil. Parte-se da premissa de que os modelos processuais atuais adotam, como regra, o sistema dispositivo, a partir do qual é proibido ao juiz dar início a um processo ou recorrer de sua própria sentença, por exemplo. Assim sendo, o critério adotado para diferenciar os modelos refere-se a uma maior ou menor interferência do Estado-juiz na condução do processo civil, sem qualquer vinculação à “disposição” do direito material. Discute-se, aliás, se seriam “tendências” ou “modelos” de sistemas processuais: 1) o ativismo processual; 2) o garantismo processual; e 3) o cooperacionismo processual.

### 5.1. O ativismo processual

No “ativismo processual”, há uma maximização da figura do juiz. Na condução do processo, o juiz deveria atuar independentemente de provocação das partes. Aos olhos “ativistas”, não há nada de errado em conferir maiores poderes processuais ao juiz para resolver problemas sem uma solução legislativa adequada. Mesmo sendo omissa a lei, o juiz tem o poder de resolver questões processuais, tudo com o propósito de se “fazer justiça”. Daí a possibilidade, inclusive, de “criar” soluções não previstas em lei<sup>20</sup>.

Entre tais soluções criativas do “ativismo”, muitas delas já são objeto de estudos aprofundados pelos processualistas, como a flexibilização da congruência, e até mesmo de reformas legislativas, como a tutela antecipada e as cargas probatórias dinâmicas. É certo, porém, que o “ativismo” não se esgota nos poderes instrutórios *ex officio* do juiz<sup>21</sup>.

O fenômeno da “jurisdição” é o destaque desse modelo processual. Os “ativistas” dizem ser a função jurisdicional o fundamento jurídico-constitucional para permitir aos juízes maiores poderes no saneamento e na instrução da causa.

A esmagadora maioria dos processualistas brasileiros alinha-se ao “ativismo processual”, mesmo que inconscientemente. No Brasil, não é costume dividir os processualistas civis entre “garantistas” e “ativistas” (o que, ao contrário, começa a ocorrer no processo penal). No entanto, muitas das discussões durante a tramitação do Projeto do Novo Código de Processo Civil estão sendo

20. Glauco Gumerato Ramos, Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, **Revista MPMG Jurídico**, p. 08-15.

21. Jorge W. Peyrano, Sobre el activismo judicial, **Activismo y garantismo procesal**, p. 11-16.



permeadas de uma resistência maior ou menor ao ativismo processual. Basta verificar, por exemplo, a crítica de alguns setores aos “novos poderes” do juiz.

## 5.2. O garantismo processual

No “garantismo processual”, há uma maximização dos direitos das partes. Preocupa-se com as garantias processuais, sempre previstas pela Constituição em favor de seus cidadãos. Os “garantistas” exigem do juiz o compromisso de não assumir atitudes paternalistas com as partes. Ao juiz não é autorizado assumir para si deveres não previstos no texto constitucional. Enxergam o processo civil como “método de liberdade” (contra o Estado) e valorizam temas como o devido processo legal, o direito de acesso à justiça, a imparcialidade do juiz, a igualdade entre as partes e a bilateralidade de audiência<sup>22</sup>.

Foram os estudos sobre as garantias penais do réu que deram origem ao modelo do “garantismo processual”. Para eles, a teoria do “garantismo” aplica-se a outros ramos jurídicos – entre eles o Direito Processual Civil. Daí a obediência ao princípio da estrita legalidade, ou seja, a vinculação do Poder Público ao Estado de Direito. O “garantismo” também caracteriza-se pela distinção entre vigência e validade, sendo a primeira a simples compatibilidade às regras de competência e de processo legislativo, enquanto a segunda, a vinculação material das normas inferiores às prescrições das normas superiores<sup>23</sup>.

A maior crítica dos “garantistas” reside no fato de que o “ativismo processual” do juiz implicaria desrespeito ao devido processo legal. O fortalecimento das regras do devido processo legal serviria como garantia máxima de segurança jurídica. O “garantismo processual”, por exemplo, seria contrário às tutelas de urgência deferidas sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) e aos poderes instrutórios do juiz (*ex officio*).

## 5.3. O cooperacionismo processual

Estudos mais recentes acrescentam mais um tipo de modelo: o “cooperacionismo processual”. Maximiza-se a interação entre o juiz e as partes. Com fundamento na ideia da “cooperação processual”, esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório. O juiz e as partes

22. Adolfo Alvarado Velloso, El garantismo procesal, **Activismo y garantismo procesal**, p. 145.

23. Luigi Ferrajoli, **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal, p. 851-854.

passam a ser sujeitos de um “diálogo processual”. O processo nem é determinado pela vontade exclusiva das partes nem pela posição autoritária do juiz em relação às partes. Não há destaque para um único sujeito processual. Em razão da coparticipação e da paridade dos sujeitos processuais, o modelo cooperativo é entendido como o mais indicado à construção de um processo civil democrático<sup>24</sup>.

É interessante notar a alternância do enfoque do “cooperacionismo”. De um lado, tenta-se insistir numa posição mais ativa do juiz, deixando de lado seu tradicional papel de mero espectador do duelo entre as partes (“fortalecimento” do papel do juiz). Por outro lado, prefere-se ressaltar e resguardar o direito das partes de participarem das decisões sobre o desenvolvimento do processo, sempre ao lado do juiz (“fortalecimento” do papel das partes).

Em Portugal, por exemplo, defende-se, de um lado, que a “cooperação” não deve ser vista como um novo mito ou panaceia, pois, na verdade, não passaria de uma confiança excessiva no juiz como “senhor” do formalismo processual (“autoritarismo” disfarçado). Sob a influência de uma suposta ideia da “cooperação” entre as partes e o juiz, seria criado, na verdade, um processo civil “líquido”, completamente modelado pelo juiz (e não pelo legislador)<sup>25</sup>. Em lado oposto, defende-se que não há qualquer cunho autoritário no “cooperacionismo”. Pelo contrário: se assegurados às partes o dispositivo, o contraditório e o controle das decisões judiciais, então seria possível defender um “ativismo processual”, sem qualquer receio de autoritarismo. Para essa segunda corrente, tanto “ativistas” quanto “garantistas” pretendiam o mesmo: a rápida e a justa solução do litígio. Para alcançar esse objetivo comum: a) o dever de cooperação entre as partes não implicaria a desistência de seus interesses privados; e b) nem o dever de cooperação do juiz o tornaria “parcial” por colocá-lo ao nível das partes<sup>26</sup>.

No “cooperacionismo processual”, não deve haver protagonistas. Deve-se valorizar todas as profissões jurídicas (juízes, advogados, membros do Ministério Público, entre outras). Deve haver equilíbrio e corresponsabilização. Fala-se, inclusive, numa “teoria dos papéis” (*Rollentheorie*), ou seja, numa

---

24. Daniel Mitidiero, **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 101-103; Fredie Didier Jr., Os três modelos de direito processual: dispositivo, inquisitivo e cooperativo, **Revista de Processo**, p. 213-225.

25. Luís Correia de Mendonça, Processo civil líquido e garantias: o regime experimental português, **Revista de Processo**, p. 215-250.

26. Mariana França Gouveia, Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão, **Julgarg**: Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, p. 47-65.

divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo. Essa “comunidade de trabalho” decorre, enfim, de um modelo constitucional, pautado na garantia do contraditório e da razoável duração do processo<sup>27</sup>.

O modelo do “cooperacionismo processual” parece sugerir ainda que o juiz possui mais um “dever” do que um “poder” de jurisdição. Isso se deve à sua teoria-base: a “relação jurídica processual”. O processo seria uma relação entre o juiz e as partes. Nesse ambiente relacional, haveria direitos, deveres e ônus tanto para as partes quanto para o juiz, sem sobreposições. Um ambiente processual “cooperativo” permitiria um trabalho conjunto entre o juiz e as partes, cada um obedecendo aos seus deveres e observando seus direitos.

Os autores parecem indicar ainda que o “cooperacionismo processual” reconhece o controle do direito material pelas partes e não pretende afastar ou substituir as regras dispositivas do processo civil (como o próprio direito de pedir em juízo, o direito de recorrer etc.). Nem é um modelo autoritário nem um modelo liberal. O que se pretende é não deixar a condução do processo à disposição exclusiva das partes. Para isso, deve o juiz assumir uma posição não autoritária, e sim cooperativa<sup>28</sup>.

## 6. OS EFEITOS DO CARÁTER PÚBLICO

### 6.1. A definição do processo como serviço público

A doutrina francesa entende o processo como um “serviço público”, e, como tal, sujeita aos princípios gerais do serviço público, tais como continuidade, igualdade e eficiência. Daí a necessidade de os recursos estatais destinados à jurisdição serem ser melhor aproveitados e geridos em prol da coletividade.

Para um setor da doutrina, o próprio processo deve ser definido como “serviço público”, que, instaurado por meio do exercício do direito de ação, presta-se a entregar a tutela jurisdicional a quem a invoca. O processo seria um serviço público em sentido material (de acordo com a natureza da atividade exercida). Como serviço público, o processo apresentaria as mesmas características da generalidade (todo e qualquer cidadão pode ter acesso à

---

27. Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, 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**, p. 107-141.

28. Reinhard Greger, Cooperação como princípio processual, **Revista de Processo**, p. 123-134.

justiça, segundo o art. 5º., XXXV, da Constituição de 1988), da continuidade (na dicção do art. 93, XII, da Constituição de 1988, as atividades do Poder Judiciário são ininterruptas), da responsabilidade do Estado (o Estado-juiz responde pelo erro judiciário à luz do art. 5º., LXXV, da Constituição de 1988), da publicidade e da motivação (art. 93, IX, da Constituição de 1988)<sup>29</sup>.

Esse entendimento, aliás, é reforçado pela existência da chamada “taxa judiciária” (espécie das chamadas “despesas processuais”). Há muito tempo o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de se tratar a taxa judiciária de tributo da espécie “taxa”, resultante “da prestação de serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal deferida diretamente ao contribuinte”. Daí a conclusão de que a taxa judiciária deve ser: a) proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula; e b) limitada, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso à justiça<sup>30</sup>.

Parece razoável entender que a jurisdição não deve ser equiparada, para todos os efeitos, à atividade administrativa do Poder Executivo. Não há, em tese, escolhas de “governo” a serem realizadas na atividade jurisdicional. Nem por isso deve ser excluído o caráter “público” do serviço do Poder Judiciário e dessa característica deve-se resgatar as consequências para o processo civil.

## 6.2. A necessidade de formulação de políticas públicas

Como sub-ramo do Direito Público, o Direito Processual Civil deve ter suas próprias políticas públicas. Democraticamente, é necessário discutir, nas instâncias apropriadas, qual o sistema de justiça civil a ser implantado no país. No Brasil, duas recentes experiências demonstram a importância de políticas públicas voltadas à solução dos problemas do Poder Judiciário.

Em 2005, o I Pacto Republicano foi assinado a partir da Emenda Constitucional nº 45/2009, que teve como escopo principal conferir ao Poder Judiciário a qualidade da celeridade processual, resultando daí a introdução dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral. Em seguida, no que interessa ao processo civil, foram implantados mecanismos de racionalização de processos repetitivos pela Lei nº 11.277/2006, possibilitando o julgamen-

---

29. João Paulo Fontoura de Medeiros, **Teoria geral do processo**: o processo como serviço público, p. 189-213.

30. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 948, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 09/11/1995, DJ 17/03/2000, p. 02.

to liminar de improcedência de casos idênticos (art. 285-A, CPC/1973), e mecanismos de informatização do processo judicial e de regulamentação do processo eletrônico pela Lei 11.419/2006.

Em 2009, o II Pacto Republicano foi assinado, como símbolo por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Seus objetivos declarados foram: a) acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; b) aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; c) aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana. Suas principais medidas concretas foram a criação de mais de duzentas novas varas federais no interior do Brasil, a instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e o fortalecimento da Defensoria Pública. Muitas de suas metas prioritárias ainda encontram-se em fase de implantação.

No Brasil, a formulação e a implementação das políticas públicas voltadas ao Direito Processual Civil encontram-se concentradas nas mãos do Poder Judiciário. Inicialmente, as reformas foram formuladas pelo próprio Poder Executivo, com a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Sua meta era colaborar, articular e sistematizar propostas de aperfeiçoamento normativo e de acesso à justiça. Hoje essas modalidades de políticas públicas podem e devem ser formuladas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão do Poder Judiciário. Cabe ao CNJ elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (art. 103-B, VII, Constituição de 1988).

Nesse sentido, aliás, o CNJ editou a Resolução nº 125, de 29/11/2010, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Nessa resolução, incumbiu-se 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, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (art. 1º.). A resolução previu ainda ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (art. 4º.). Para tanto, foram previstos

meios de formação e de treinamento de servidores, além de acompanhamento estatístico específico (art. 2º.).

Os estudiosos entendem que, com essa nova “política pública”, o próprio conceito de “acesso à justiça” deve sofrer uma “atualização”. O direito de “acesso à justiça” não pode ser entendido como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa. Pretende-se, com isso, substituir a “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”<sup>31</sup>. De fato, não é novidade a sugestão de criação de um sistema integrado de solução de conflitos, que inclua o sistema judicial e os mecanismos de solução alternativa de disputas. Estudos processuais indicam há algum tempo que os tribunais não são o único recurso público para a solução dos conflitos. A solução dos conflitos pode ser alcançada por vários meios, inclusive a jurisdição. Se o Estado tem o monopólio da jurisdição, não tem, por outro lado, o monopólio da realização da justiça<sup>32</sup>.

### 6.3. A estipulação de metas de eficiência processual

A estruturação do processo é efeito natural do dever do Estado contemporâneo de proteger os direitos. Regular o processo civil faz parte da função estatal de tutelar direitos, ou seja, uma função pública. Dessa função, porém, espera-se um desempenho satisfatório. Afinal, a renúncia à autotutela pelos indivíduos (“justiça privada”) somente pode ser justificada se houver uma efetiva proteção estatal a esses direitos<sup>33</sup>.

Esse “desempenho” esperado do Judiciário é comumente conhecido como “efetividade” da justiça civil. É uma qualidade, porém, inerente a toda atividade empreendida pela Administração Pública (art. 37, *caput*, Constituição de 1988; art. 2º., Lei nº 9.784/1999; art. 22, Lei nº 8.078/1990). Por isso, o jurisdicionado deve ser considerado como destinatário final do serviço estatal de distribuição da justiça (“consumidor de justiça”). Ao Estado-juiz incumbe fornecer, em contrapartida, um serviço judiciário de qualidade<sup>34</sup>.

---

31. Kazuo Watanabe, Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses, **Revista de Processo**, p. 381-389.

32. Eduardo Borges de Mattos Medina, **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça, p. 128-130.

33. Luiz Guilherme Marinoni, **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, p. 134.

34. Rodolfo de Camargo Mancuso, **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**, p. 308-309.

Na Europa, desde 2002, busca-se a melhoria da eficiência e do funcionamento da justiça através da análise de resultados dos sistemas judiciais, da identificação de suas dificuldades e da definição das maneiras para desenvolvê-los. Conhecendo os diferentes modos de se fazer justiça em seu continente, os europeus propõem um intercâmbio entre si de informações e de experiências bem sucedidas, com a finalidade de conferir qualidade e efetividade à justiça.

Na Alemanha, por exemplo, ao lado do juiz, o “administrador judicial” (*Rechtspfleger*) profere decisões durante a tramitação do processo, exercendo a competência em questões executivas, na expedição de ordens de pagamento e nos processos de insolvência<sup>35</sup>. Essa tendência foi ratificada pelo Conselho da Europa, que indicou expressamente a seus Estados-membros a formação de um equipe de não-juízes (*non-judge staff*), podendo variar entre algumas experiências: a) administradores judiciais, ao lado dos juízes, como ocorre na Alemanha e na Áustria; b) assessores judiciais, para auxílio em audiências, para minutas de decisões judiciais e para pesquisas jurídicas; c) equipe administrativa, para setores financeiros, de informação e tecnologia etc.; d) equipe técnica, para segurança e limpeza, por exemplo<sup>36</sup>.

#### 6.4. A gestão pública de processos (*case management*)

Por fim, outro dos efeitos ao se identificar o Direito Processual Civil como sub-ramo do Direito Público consiste em saber como o Estado deve “gerenciar” o processo civil. O procedimento deve ter regras rígidas (“públicas”) ou flexíveis (“privadas”)? As partes devem ter maior ou menor participação no desenvolvimento do procedimento judicial?

Na Inglaterra, os tribunais têm amplos poderes de gestão de processos, tais como: a) encorajar a cooperação entre as partes, auxiliando-as a chegar a um acordo quanto ao litígio ou às soluções alternativas para a controvérsia, podendo-se, inclusive, suspender o processo para as negociações; b) determinar o que é relevante e prioritário para a causa, identificando as principais questões do caso; c) tomar decisões sumárias, podendo inadmitir pedidos e defesas inviáveis; d) promover o fluxo ágil do processo, fixando prazos e controlando os atos processuais para um julgamento rápido; e) controlar as custas, decidindo se determinada providência é economicamente viável. Em

35. Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Eficiência processual: algumas questões, **Revista de Processo**, p. 115-130.

36. European Commission for the Efficiency of Justice, **European judicial systems: efficiency and quality of justice** (CEPEJ Studies n° 18), p. 158-168.

geral, são realizadas audiências preliminares (*case management conference* e *pre-hearing review*), garantindo que a audiência de instrução e julgamento ocorra com eficiência<sup>37</sup>.

Os estudos indicam que a gestão de processos na Inglaterra implicou na passagem de um “juiz ignorante” a um “juiz informado”. A primeira razão para isso é a de que o juiz passou a “conhecer” a causa por si conduzida. Em segundo lugar, o juiz, ao controlar o processo, passou também a controlar a própria prova: o objeto de prova, o meio de prova e o procedimento probatório. Nessa direção, o juiz inglês não deixou a prova exclusivamente nas mãos das partes e aproximou-se, inclusive, de uma maior verdade processual<sup>38</sup>.

Nos Estados Unidos, a gestão de processos tem como finalidade controlar as despesas processuais, acelerar o trâmite dos casos, encorajar soluções alternativas de disputa e, se necessário, preparar o julgamento. Numa audiência preliminar (*pretrial conference*), prevista na *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure*, os tribunais podem: a) estabelecer um cronograma de requerimentos e de produção de provas; b) promover acordos; c) identificar fatos não controversos e provas não impugnadas; d) planejar a apresentação das provas, limitando a quantidade de testemunhas e de documentos, além de tempo para as partes<sup>39</sup>.

Em Portugal, a lei permite ao juiz adequar as especificidades da causa ao procedimento, desde que ouvidas as partes. É o chamado “princípio da adequação formal”, previsto no art. 265-A do CPC/Portugal, visando à prática de atos processuais que melhor se adaptem à apuração da verdade dos fatos, excluindo-se os atos inidôneos para os fins do processo. Não se pretende, porém, abandonar a natureza pública do processo civil, pois não se quer criar um “processo alternativo”. O objetivo do Código é a simplificação e a eficiência do procedimento<sup>40</sup>.

No Brasil, há uma corrente que defende a “gestão de processos” por intermédio dos princípios da adequação e da adaptabilidade (ou elasticidade) procedimental. Seriam quatro os modelos de flexibilidade procedimental: 1)

---

37. Neil Andrews, **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 73-79.

38. John Anthony Jolowicz, Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil, **Revista de Processo**, p. 161-178.

39. Geoffrey C. Hazard Jr. *et al*, **Civil procedure**, p. 390-394; Stephen C. Yeazell, **Federal rules of civil procedure**: with selected statutes, cases, and other materials, p. 46-50.

40. Fernando Luso Soares *et al*, **Código de processo civil anotado**, p. 306-307.



modelo legal genérico: por intermédio de uma cláusula geral (como ocorre com o art. 461, § 5º., CPC/1973); 2) modelo legal alternativo: a lei predetermina os atos processuais possíveis (exemplo do art. 285-A, CPC/1973); 3) modelo judicial: adaptação do procedimento pelo juiz mesmo sem previsão legal (é a situação da fungibilidade entre medidas cautelares típicas e atípicas); 4) modelo voluntário: caberia às partes eleger o procedimento processual adequado (já previsto no art. 21 da Lei nº 9.307/1996)<sup>41</sup>.

Infelizmente, nos países de *civil law* (incluindo o Brasil), as regras procedimentais são fartamente detalhadas, não havendo muito espaço para a liberdade judicial, incluindo o *case management*. No Brasil, é comum a lição de que as regras sobre procedimento são cogentes e, por isso, inflexíveis. Por isso, as tentativas de se “flexibilizar” os procedimentos são sempre excepcionais e ainda pouco acolhidas pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador.

## 7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

- 1) o fato de o Direito Processual Civil ser considerado sub-ramo do Direito Público não impede que algumas de suas regras tenham regime jurídico privado;
- 2) o fenômeno da “publicização” do Direito Processual Civil não se esgota numa fase histórica, devendo seguir como premissa científica para outros estudos processuais, principalmente para a identificação do caráter público ou privado das normas processuais civis. Exemplo disso é encontrar um regime jurídico processual próprio para o instituto da “reserva do possível” (exceção ou objeção material?);
- 3) a tendência da “contratualização” do processo civil quer apenas indicar que algumas normas processuais são normas dispositivas, como é o caso da conciliação. Não implica dizer, portanto, que o processo civil passa a ser “privado”;
- 4) as normas processuais civis podem ser consideradas cogentes, mas nem por isso excluem a possibilidade de coexistência de normas processuais dispositivas. Sugere-se, então, na linha da doutrina francesa, novas pesquisas sobre os efeitos do caráter privado em algumas normas processuais

---

41. Fernando da Fonseca Gajardoni, **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria procedimental, p. 133-122.

- civis ainda pouca discutidas, como a possibilidade de celebrar o termo de ajustamento de conduta (TAC) em ações coletivas *lato sensu*;
- 5) não é recomendável a terminologia das classificações entre modelos processuais inquisitivo/dispositivo e *civil law/common law*, ao menos para tratar, com segurança científica, do fenômeno público/privado no Direito Processual Civil;
  - 6) em virtude dos estudos mais recentes, seria possível, em conformidade com uma visão pública/privada do desenvolvimento do processo, distinguir os modelos (ou tendências) do ativismo processual, do garantismo processual e do cooperacionismo processual. No Brasil, é preciso ainda testar essa classificação, principalmente com o advento de um Novo Código de Processo Civil. Outrossim, a doutrina deve estar atenta a esses diferentes modelos (ou tendências), de modo que um embate teórico entre posições antagônicas partam sempre da mesma premissa (ativista, garantista ou cooperacionista), sob pena de tornar infrutífera a discussão científica;
  - 7) como efeitos do caráter público do Direito Processual Civil, pode ser mencionada a caracterização do processo como “serviço público”, a servir, não apenas como formulação conceitual, mas como fonte de efeitos jurídicos próprios, inclusive para fins de controle. Recomenda-se, aliás, estudos mais aprofundados da recorribilidade dos chamados “despacho de mero expediente” e “atos ordinatórios” à luz desta perspectiva do “serviço público” adequado;
  - 7) outro efeito desse caráter público é a necessidade de formulação de políticas públicas, hoje concentrada nas mãos do Conselho Nacional de Justiça. Deve-se, inclusive, concentrar pesquisas a respeito do caráter democrático dessa formulação, pois, em outras áreas públicas (como a saúde, a educação e a infância e juventude), há conselhos “sociais” (estaduais e municipais), e não “institucionalizados”, para a ampla discussão de políticas públicas. A estipulação de metas de eficiência processual, a propósito, deve ser enxergada como parâmetro dessas políticas públicas, como vem ocorrendo na Europa;
  - 8) por fim, a gestão pública de processos (*case management*), para ser bem entendida, deve ser analisada sob um ponto de vista ativista, garantista e cooperacionista, para se saber, enfim, que modelo processual se pretende adotar. Fora desses padrões, o repúdio imediato ao *case management* é puro preconceito científico.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. v.1. 7.ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista do Ministério Público**, v. 18, Rio de Janeiro, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, p. 83-95, 2003.
- BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.
- CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**, v. 160, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 61-82, 2008.
- CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil?. **Revista de Processo**, v. 194, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 393-413, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. 3.ed. México: UNAM, 2000.
- COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4.ed. Montevideo: B de F, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: dispositivo, inquisitivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 213-225, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- EUROPEAN COMMISSION FOR EFFICIENCY OF JUSTICE. **European judicial systems: efficiency and quality of justice** (CEPEJ Studies n° 18). Estrasburgo: Council of Europe, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madri: Trotta, 1995.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.
- GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, v. 206, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 123-134, 2012.

- GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. **Julgar**: Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, v. 01, Coimbra, Coimbra, p. 47-65, 2007.
- HAZARD JR., Geoffrey C. *et al.* **Civil procedure**. 6.ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011.
- JARDIM, Afranio Silva. **Da publicização do processo civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
- JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. **Revista de Processo**, v. 135, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 161-178, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. **O novo processo civil**. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria geral do processo**: o processo como serviço público. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias: o regime experimental português. **Revista de Processo**, v. 170, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 215-250, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho Nunes; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. **Revista de Processo**, v. 169, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 115-130, 2009.
- PEYRANO, Jorge W.. Sobre el activismo judicial. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
- PROTO PISANI, Andrea. Pubblico e privato nel processo civile. **Revista de Processo**, v. 193, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 281-304, 2012.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. 2.ed. Madri: Revista de Derecho Privado, 1944.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista MPMG Jurídico**, vol. 18, Belo Horizonte, CEAJ, p. 08-15, 2009.
- RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v. 96, Cambridge, The Harvard Law Review Association, p. 376-448, 1982.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. A emergência do Direito Processual Público. **Direito processual público**: a Fazenda Pública em juízo. Coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Fernando Luso *et al.* **Código de processo civil anotado**. 16.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, 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**, v. 168, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 107-141, 2009.

YEAZELL, Stephen C.. **Federal rules of civil procedure**: with selected statutes, cases, and other materials. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, v. 195, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 381-389, 2011.



# UMA NOVA REALIDADE DIANTE DO PROJETO DE CPC: A *RATIO DECIDENDI* OU OS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DA DECISÃO

LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. *Ratio decidendi* e *obiter dictum* no *common law*; 2.1 *Ratio decidendi*; 2.2 *Obiter dictum*; 2.3 A *ratio* como proposição necessária e suficiente ao alcance da decisão; 2.4 Significado de julgado com duas *rationes*; 2.5 Particularidade do *common law*: a *ratio decidendi* como solução do caso; 2.6 A consideração dos julgados anteriores. A importância da adequada visualização da *ratio decidendi*; 2.7 A formação paulatina da *ratio*; 2.8 A interpretação da *ratio*: os pontos de direito; 2.9 A interpretação da *ratio*: os fatos que dão composição ao caso e os que foram considerados na decisão; 3. Elaboração do conceito de *ratio decidendi* no direito brasileiro; 3.1. A importância dos fatos e os precedentes interpretativos; 3.2. Particularidades dos precedentes no direito brasileiro: as decisões que tratam exclusivamente de questão de direito e as decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade; 3.3 A *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos; 3.4. Novo fundamento e aplicação do precedente. Aplicação do precedente sem a invocação do seu fundamento. Da eficácia preclusiva da coisa julgada à necessidade de identificar os casos; 3.5. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão; 3.6. Elementos para a caracterização da *obiter dicta* no direito brasileiro; 3.7. *Ratio decidendi* e *obiter dicta* no projeto de CPC

---

## 1. INTRODUÇÃO

O tempo do processo, assim com a delonga trazida pelos recursos, são lugares comuns e recorrentes na história do processo civil. A dogmática processual já fez muito para minimizar o problema da demora processual, construindo a técnica antecipatória e a figura da execução imediata da sentença. Já argumentamos, inclusive, que de nada adianta falar em melhor sistematização

---

1. Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutor pela Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

dos recursos e em execução na pendência da apelação enquanto a doutrina não se livrar do mito do duplo grau de jurisdição e compreender que, para se outorgar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional, não há como insistir em dois juízos repetitivos sobre o mérito.

Realmente, é preciso calibrar a vazão do recurso de apelação, restringindo-se o seu cabimento diante dos casos de menor complexidade, como, por exemplo, os relativos a acidentes de trânsito, relações de locação e relações de consumo, que se acumulam nos Tribunais de Justiça. Em segundo lugar, há que se eliminar a falta de racionalidade e coerência instalada no sistema judicial, em que convivem decisões díspares – produzidas por um mesmo tribunal, colegiado ou julgador – para casos absolutamente iguais. É ocioso lembrar que isto nega a necessidade de coerência do direito, de segurança jurídica e de igualdade perante os atos estatais. Esquece-se que fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro<sup>2</sup>, bem como que a previsibilidade é um valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver<sup>3</sup>.

Mas isto também é de fácil percepção a quem se preocupa com o acúmulo de processos, com a demora processual e com a impossibilidade de os tribunais cumprirem adequadamente a sua função. A falta de autoridade dos julgados, ou melhor, a falta de coerência entre as decisões judiciais produzidas por um mesmo tribunal, órgão colegiado e magistrado, além de desesperar os jurisdicionados, que ficam sem saber como se comportar, impede a advocacia de exercer a sua missão, isto é, de orientar o comportamento dos seus clientes. Ou seja, a falta de coerência entre as decisões estimula a litigiosidade, trazendo aos tribunais milhares de casos que, caso o sistema judicial não violentasse a sua própria lógica, poderiam ser acomodados mediante acordos. Ora, não é preciso pensar muito para concluir que os recursos infundados e abusivos, a violação do direito fundamental à duração razoável do processo e o atual estado de apatia do Poder Judiciário são meras conseqüências da falta de autoridade dos precedentes judiciais.

Se é de lamentar a falta de qualquer restrição ao duplo grau de jurisdição no projeto de CPC, nele existe previsão relativa à importância de respeito aos precedentes judiciais. Trata-se, bem vistas as coisas, da principal inovação do projeto, na medida em que traz para o direito brasileiro algo que, apesar

---

2. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 178.

3. MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184.



de fundamental, ainda não foi bem absorvido pelo *civil law*. No projeto, encontram-se redigidas as seguintes normas: “Art. XX. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, buscando mantê-la estável. Art. XX. Os órgãos jurisdicionais devem, ainda, observar as disposições seguintes: I – na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II – os órgãos jurisdicionais seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III – a jurisprudência dominante de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve orientar as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia; V – *na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, devem os tribunais modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos, considerando o grau de confiança na jurisprudência, o interesse social, a segurança jurídica ou a importância de se aplicar imediatamente a decisão revogadora para o tratamento isonômico dos jurisdicionados*; § 1º *A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.* § 2º Observado o disposto no § 1º deste artigo, a mudança da jurisprudência poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, de ofício ou por provocação da parte, do interessado ou do Ministério Público. § 3º O efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes do acórdão adotados pela maioria dos membros do colegiado. § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV 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.* § 5º *O precedente dotado do efeito previsto nos incisos II, III e IV 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”.*

A norma possui várias impropriedades, entre elas a de se referir a jurisprudência quando está aludindo a precedente. Não obstante, possui regras

teoricamente sofisticadas e de grande valor prático, como as que dizem respeito i) aos fundamentos determinantes da decisão (ou *ratio decidendi*) e à *obiter dicta*, ii) ao *distinguishing*, iii) à decisão que revoga precedente – *overruling* – e iv) aos seus efeitos, todas elas baseadas em proposta que realizamos no livro “*Precedentes Obrigatórios*”, publicado pela Editora Revista dos Tribunais em 2010<sup>4</sup>.

Diante destas regras, em especial daquela que alude aos fundamentos determinantes da decisão, parece importante discutir os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*, tal como vistos no *common law*, bem como inseri-los no contexto contemporâneo do direito e da prática judicial brasileiros. É o que se fará a seguir.

## **2. *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM* NO *COMMON LAW***

### **2.1. *Ratio decidendi***

Não há dúvida que, no sistema de *common law*, os fundamentos não têm a sua importância condicionada à coisa julgada. Aliás, querer explicar os precedentes obrigatórios relacionando os fundamentos com a coisa julgada constitui grosseiro equívoco.

Deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.

---

4. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 2ª. edição.

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.<sup>5</sup> Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.<sup>6</sup>

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados “requisitos da sentença”, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.

Não há como esquecer que a busca da definição de razões de decidir ou de *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. No *common law*, há acordo em que a única parte do precedente que possui tal efeito é a *ratio decidendi*.

O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial, embora seja certo que a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.

---

5. Cf. Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

6. “*Ratio decidendi* pode significar tanto ‘razão para a decisão’, como ‘razão para decidir’. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico [*judicial reasoning*]. O raciocínio jurídico pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*” (Duxbury, Neil, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 67).

Frise-se que, embora a doutrina do *common law* fale em interpretação de precedente, seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado. De qualquer forma, é fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia.<sup>7</sup>

Não há sinal de acordo no *common law* sequer acerca de método capaz de permitir a identificação da *ratio*.<sup>8</sup> De qualquer forma, dada a sua notoriedade, devem ser referidos o denominado teste de Wambaugh<sup>9</sup> e o método de Goodhart.<sup>10</sup>

Para Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem

---

7. “Case-law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted” (Duxbury, Neil, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 59). V. Raz, Joseph. *The authority of law – Essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 191 e ss.

8. “A maior dificuldade no caminho para um entendimento claro de qualquer doutrina de precedente e, portanto, de qualquer direito jurisprudencial, é a qualidade controversa da *ratio decidendi*” (MacCormick, Neil. Why cases have rationes and what these are, in: *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 157).

9. Wambaugh, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17 e ss.

10. Goodhart, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case, in: *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1 e ss.

autoridade para a proposição original. Wambaugh resume o seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.<sup>11</sup>

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido – portanto, outra proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*.

O teste de Wambaugh – bastante próximo ao de Vaughan C. J., formulado no século XVII – é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*. Aponta-se para a situação em que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão.<sup>12</sup>

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Goodhart apresentou o seu método em ensaio que apareceu publicado, pela primeira vez, no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930.<sup>13</sup> Este ensaio, intitulado *Determining the ratio decidendi of a case*, tornou-se a base de todas as investi-

- 
11. Wambaugh, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*, cit., p. 18.
  12. V. Abramowicz, Michael. Defining dicta. *Stanford Law Review*, vol. 56, 2005, p. 953-966.
  13. Antes disso, precisamente em 1928, Goodhart publicou importante artigo no *Cambridge Law Journal*, intitulado de *Three cases on possession*, em que a sua concepção de *ratio decidendi* mostrou-se bastante diferente. Neste artigo, ao invés de buscar a *ratio decidendi* nos fatos – na identificação dos fatos que o juiz considerou materiais e imateriais –, Goodhart procurou-a nos fundamentos ou nas *reasons for the decision* (razões para a decisão). V. Goodhart, Arthur L. Three cases on possession. *The Cambridge Law Journal*, nº 3, 1928, p. 195-208.

gações posteriores acerca do tema no *common law*.<sup>14</sup> De acordo com Goodhart, a *ratio decidendi*, a que se refere constantemente como “*principle of a case*”, não é encontrada nas razões ou na *rule of law* apresentadas ou estabelecida na *opinion*. Também não é necessariamente encontrada mediante a consideração de todos os fatos averiguáveis do caso e na decisão judicial. Para Goodhart, a *ratio* é identificada por meio da análise dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e na decisão que neles se baseou.<sup>15</sup>

Melhor explicando: para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso *como vistos* pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.<sup>16</sup> Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também é importante a decisão que neles se fundou.

Na verdade, é necessário descobrir quais fatos foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais. Muitas vezes é difícil determinar os fatos que foram considerados imateriais. Isso porque a determinação dos fatos imateriais pode não estar implícita no raciocínio judicial, nem ter sido expressamente realizada pelo juiz. A dificuldade, nestes casos, é saber se o tribunal considerou, ou não, o fato como imaterial. É o que ocorre quando a Corte, depois de ter definido todos os fatos do caso, identifica um pequeno número de fatos para fundamentar a sua decisão. Os fatos omitidos presumivelmente são imateriais. Goodhart explica através de exemplo, servindo-se do caso *Rylands v. Fletcher*. Fletcher contratou empreiteiro para construir reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Goodhart, ao

---

14. “Não obstante o ensaio de Goodhart pertencer a uma época diferente – fórmulas para a determinação da *ratio decidendi* de um caso tendem a parecer um tanto quanto fossilizadas atualmente –, deve-se notar que muitos acadêmicos e juízes aceitavam, e provavelmente continuam aceitando, a concepção por ele criada” (Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 83).

15. Sublinhe-se que o trabalho *Determining the ratio decidendi of a case*, quando comparado ao que Goodhart escreveu anteriormente – *Three cases on possession* –, revela a influência que recebeu de Joseph Francis, um dos mais importantes realistas da história do *common law*, ao lado de Oliphant. Francis escreveu artigo para polemizar com Goodhart, publicado na *St. Louis Law Review*, também em 1928, sob o título de *Three cases on possession – Some further observations*. V. Francis, Joseph. *Three cases on possession – Some further observations*. *St. Louis Law Review*, nº 14, 1928, p. 11-16.

16. “Tendo determinado, como primeiro passo, todos os fatos do caso tais como vistos pelo juiz, é então necessário descobrir em quais destes fatos ele encontrou material para o seu julgamento” (“Having, as a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to discover which of these facts he has found material for his judgment”) (Goodhart, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 15).

analisar a situação, admitiu como “fatos do caso”: i) *B* tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por *B* para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou *A*. Foram considerados “fatos materiais: i) *B* tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou *A*. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerada como fato imaterial. Assim, como a Corte não considerou a negligência do empreiteiro, não houve responsabilização de *B* pela negligência do seu contratado, mas sim a instituição da doutrina da “*absolute liability*” (responsabilidade objetiva).<sup>17</sup>

O juiz deve expressa ou implicitamente tratar os fatos como materiais ou imateriais. Frequentemente, o juiz expressamente indica os fatos que considera materiais ou imateriais. Como isso nem sempre ocorre, Goodhart sugere vários testes para determinar quais fatos devem ser admitidos como tendo sido tratados como materiais ou imateriais pelo juiz. Assim, os relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumivelmente imateriais, a menos que declarados como materiais. Os argumentos e razões da Corte, assim como a declaração da regra de direito que está sendo seguida, igualmente têm importância para a identificação dos fatos que foram considerados materiais e imateriais.<sup>18</sup>

---

17. “Em *Rylands v. Fletcher*, o réu contratou um empreiteiro independente para fazer um reservatório em sua propriedade. Devido à negligência do empreiteiro em não encher algumas minas d’água em desuso, a água escoou e inundou a mina do autor. O réu foi considerado responsável. Seria o princípio do caso em que um homem que constrói um reservatório em sua propriedade deve ser considerado responsável pela negligência de um empreiteiro independente? Por que, então, este caso é sempre mencionado como aquele que fixou a doutrina mais ampla da ‘responsabilidade objetiva’? A resposta é encontrada nas opiniões. Após determinarem os fatos como acima descritos, os juízes então ignoraram o fato da negligência do empreiteiro, e fundamentaram suas conclusões no fato de que um reservatório artificial havia sido construído. A negligência do empreiteiro foi, assim, implicitamente considerada com um fato imaterial. O caso pode ser analisado como segue: Fato I – O réu teve um reservatório construído em sua propriedade. Fato II – O empreiteiro que o construiu foi negligente. Fato III – A água escoou e prejudicou o autor. Conclusão – O réu é responsável perante o autor. Fatos materiais como vislumbrados pela Corte: Fato I – O réu teve um reservatório construído em sua propriedade. Fato III – A água escoou e prejudicou o autor. Conclusão – O réu é responsável perante o autor. Em razão da omissão do Fato II, a doutrina da ‘responsabilidade objetiva’ foi estabelecida”. (Goodhart, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 17-18).

18. Como esclarece Rupert Cross, tratando do método de Goodhart, “sua justificativa pode ser incorreta e sua afirmativa sobre o direito ampla demais, mas elas nos indicarão sobre quais fatos ele alcançou sua conclusão” (Cross, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 71).

Por fim, Goodhart alerta que a conclusão baseada em um fato hipotético, ou melhor, em um fato cuja existência não foi determinada pela Corte, não constitui *ratio decidendi*, mas *obiter dictum*.<sup>19</sup>

Frise-se que a doutrina de Goodhart dá importância ao princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). Qualquer Corte que se considerar vinculada pelo precedente deve chegar à mesma conclusão a que se chegou no caso em que instituído o precedente, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como materiais, ou que fatos considerados materiais no caso anterior agora estejam ausentes.

Deixando-se de lado o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, que não poderiam ser esquecidos em virtude da sua notoriedade no *common law*, importa deixar claro que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso.<sup>20</sup>

- 
19. “Uma conclusão fundamentada em um fato hipotético é um *dictum*. Por fato hipotético quer-se dizer qualquer fato cuja existência não foi determinada ou aceita pelo juiz” (Goodhart, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 26).
20. Ver, ainda: Montrose, J. L. Reasoning, ratio decidendi and Denning L. J. *The Modern Law Review*, 1954, vol. 17, p. 462 e ss.; Montrose, J. L. Ratio decidendi and the House of Lords. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 124 e ss.; Montrose, J. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 587 e ss.; Simpson, A. W. B. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 413 e ss.; Simpson, A. W. B. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1958, vol. 21, p. 155 e ss.; Stone, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 597 e ss. Uma vez que a polêmica entre Montrose e Simpson atingiu Goodhart, este afirmou que eles não entenderam o seu principal argumento: “O Professor Montrose e o Sr. Simpson, em quatro ocasiões até agora, manifestaram opiniões acerca da *ratio decidendi* de um caso. Eu teria hesitado em intervir neste combate não fosse o fato de ambos se referirem exaustivamente ao meu artigo *Determining the ratio decidendi of a case*. Não é meu propósito discutir, no presente artigo, os pontos dos quais eles aparentam divergir, uma vez que não estou certo de que compreendi completamente seus argumentos. Estou inquieto com uma questão muito mais restrita e pessoal. Ambos os eruditos escritores estão de acordo em que as conclusões alcançadas em meu artigo são insatisfatórias. O Professor Montrose alega que minhas conclusões conflitam com a teoria ‘clássica’, que ele entende ser correta, enquanto o Sr. Simpson é da opinião de que minha teoria é substancialmente a mesma que a ‘clássica’, a qual, segundo ele, está aberta a críticas. Os eruditos escritores não estão de acordo sobre a existência ou natureza de uma teoria ‘clássica’, mas estão em feliz acordo no que tange ao conteúdo de minha doutrina relativa ao precedente vinculante. Infelizmente, do meu ponto de vista, ambos consideram minha teoria de uma maneira que penso ser impossível reconhecê-la, uma vez que omitem aquilo que considero como o ponto essencial de minha tese” (Goodhart, Arthur L. *The ratio decidendi of a case*. *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 117).



Não há dúvida que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos – que, em abstrato, podem ser identificados em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado.<sup>21</sup>

Destaque-se de forma breve, ainda, o problema relativo a se saber quem define a *ratio decidendi*,<sup>22</sup> se o órgão que institui o precedente ou se aquele que está a analisar se o precedente há de ser aplicado ao caso que está em suas mãos para julgamento. Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento.

Note-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabelece-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm

- 
21. “O poder do precedente depende de alguma assimilação entre o evento em comento e algum outro evento. (...) A tarefa de uma teoria do precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (Schauer, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, nº 3, 1987, p. 577).
  22. Não se olvidando, contudo, a opinião cética de Joseph Francis, que, em resposta ao *Three cases on possession* de Arthur L. Goodhart, escreveu: “Se for verdade que o caminho para o progresso humano é coberto de princípios e conceitos mortos, então me atrevo a sugerir que o empenho em se encontrar a *ratio decidendi* de um caso em breve será visto sob o mesmo enfoque que aquele de um médico tentando localizar a ‘alma’” (Francis, Joseph F. *Three cases on possession – Some further observations*. *St. Louis Law Review*, vol. 11, 1928). V. Scofield, Robert G. Goodhart’s concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. *King’s College Law Journal*, vol. 16, 2005, p. 311-328.

em conta a segurança e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte. Portanto, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia necessariamente duas *ratio decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso originário e outra pelo juiz do novo caso. Lembre-se que é nesta dimensão que Julius Stone falou em *ratio decidendi* descritiva e em *ratio decidendi* prescritiva, também atribuindo a esta última a qualificação de obrigatória, já que reveladora das razões que uma Corte posterior está obrigada a seguir.<sup>23</sup>

Além disso, é relevante a definição proposta por Rupert Cross, em seu conhecido *Precedent in English law*, no sentido de 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.<sup>24</sup>

Tratando da definição de Cross, MacCormick a imputa como muito abrangente, advertindo que em qualquer caso em que uma lei está sendo interpretada ou aplicada, a lei em si, ou um artigo dela, corresponderá a uma regra sem a qual a mesma conclusão não poderia ser alcançada (pelo menos se quisermos dizer por ‘conclusão’ uma conclusão de, por exemplo, responsabilização pela aplicação daquela lei específica). Ninguém supõe, entretanto, que a lei seja a *ratio*. Na verdade, a *ratio* será o que a Corte afirma como interpretação correta da lei. Por essa abordagem, é claramente preferível descrever ou definir a *ratio* pelo fato de ser uma solução do juiz, em vez de ser qualquer regra da qual sua conclusão dependa.<sup>25</sup>

Esta crítica à doutrina de Cross foi recentemente reafirmada por Duxbury. De acordo com o professor da *London School of Economics*, quando o juiz interpreta a lei para chegar à decisão, a *ratio* é o que o juiz acredita ser

---

23. Stone, Julius. The ratio of the ratio decidendi, *The Modern Law Review*, v. 22, 1959, p. 597.

24. “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 77).

25. MacCormick, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, cit., p. 209. Neil Duxbury comunga da mesma crítica de MacCormick, assim argumentando: A suposição de Cross – de que a *ratio* é a ‘regra de direito’ que o juiz trata como necessária para uma decisão – não parece exatamente correta. Quando o juiz interpreta uma lei para tomar uma decisão, a *ratio* é o que o juiz crê ser a melhor interpretação da lei. (Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 77).

a melhor interpretação da lei – “*the judges ruling, in other words, rather than the legal rule*”.<sup>26</sup>

Outra parte da definição de Cross que interessou a MacCormick diz que a regra de direito – vista pelo último como “solução do juiz” – deve ser tratada como “passo necessário” ao alcance da conclusão. Adverte MacCormick que a preocupação sobre as implicações do que é necessário foi levantada primeiro por Brian Simpson em seu artigo no *Oxford Essays in Jurisprudence*. Aí, ele mostrou que, nos termos de Cross e talvez em certas formulações judiciais, o termo necessidade compreende muitos significados e, por isso, propôs substituir a ideia do que é necessário por uma decisão pela ideia do que é suficiente para a decisão.<sup>27</sup>

Não obstante, para MacCormick a formulação de Simpson compreende quase tanto conteúdo quanto a “necessidade” de Cross. Assim, o teórico escocês acaba por refutar tanto a doutrina de Cross quanto a de Simpson, propondo outra leitura da ideia de suficiência, apresentada pelo último. Admite que, para configurar *ratio*, o fundamento precisa ser suficiente, mas que a questão jurídica deve exigir uma solução em particular para justificar a decisão do caso.<sup>28</sup>

## 2.2. *Obiter dictum*

A discussão acerca do significado de *obiter dictum* é tão antiga, intensa e difícil quanto a travada sobre o significado de *ratio decidendi*.<sup>29</sup> Isso porque o conceito de *obiter dictum* é absolutamente atrelado ao de *ratio decidendi*.<sup>30</sup>

No século XVII, época em que já se discutia sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, entendia-se que a última não era *judicial opinion*, tendo a ideia prevalecido até meados do século XIX. Supunha-se que a *obiter*

---

26. V. Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 78.

27. MacCormick, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 209.

28. MacCormick, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 210.

29. “The distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum* is an old one” (Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 37).

30. “Hoje é difícil imaginar um advogado que desconheça esta distinção – isto é, a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* de um caso”. (No original: “Today, it is difficult to imagine a common lawyer being unaware of this distinction – the distinction, that is, between the *ratio decidendi* of and the *obiter dicta* within a case”) (Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 67).

*dictum*, apesar de pronunciada por uma Corte, era um argumento de caráter extrajudicial.<sup>31</sup>

Não é difícil perceber a razão pela qual o *common law* sempre se preocupou em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Tal distinção se deve à valorização dos fundamentos da decisão, peculiar ao *common law*. Como neste sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar, com cuidado, a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.

No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação conflitiva. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença.<sup>32</sup>

Ao tratar da *obiter dictum*, Rupert Cross pergunta se nela é possível ver mais do que uma proposição de direito que não forma parte da *ratio decidendi*. Cross admite que, a princípio, a resposta à questão é negativa, embora devam ser considerados os diversos graus de autoridade e as várias espécies de *obiter dictum*.

Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que, quando se olha

---

31. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 37.

32. “A busca pela *ratio decidendi* é primariamente uma peculiaridade do processo judicial da Inglaterra, Escócia, e daqueles países cujo sistema legal deriva do nosso. Na *Cour de Cassation* da França, as razões para uma decisão são apresentadas de forma bastante sucinta e tudo que diz respeito à natureza de um discurso geral é proibido, ao menos naquilo que diz respeito a todas as Cortes civis francesas. O resultado é que discussões continentais sobre o assunto das decisões judiciais não compartilham da preocupação dos escritores que discutem a jurisprudência anglo-americana no que tange ao método de distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*” (Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 47).

para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão.<sup>33</sup>

Algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão, e, assim, são certamente *obiter dicta*. Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir.<sup>34</sup> De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.<sup>35</sup>

Porém, há questões que nada têm a ver com o caso que está sendo julgado e questões que, embora não necessitem ser apreciadas para se chegar à decisão, têm íntima relação com o caso *sub judice*. É claro que as questões relacionadas ao caso, bem como as que foram detidamente tratadas pela Corte e acolhidas por parte representativa dos seus membros, têm mais autoridade do que as que não dizem respeito ao caso sob julgamento e são sumariamente enfrentadas.

Não obstante, o que parece mais preocupar os doutrinadores é algo que, bem vistas as coisas, guarda particularidade com o fato de, no *common law*, o sistema de precedentes se pautar na resolução dos casos.

Cross, por exemplo, alude a questões independentes e questões dependentes para justificar a qualificação de uma dada questão como *obiter dictum*. Quando existem duas questões, mas o acolhimento de uma delas basta para dar ganho de causa à parte e, além disso, a abordagem da segunda questão não depende da aceitação da primeira, há questões independentes. Na hipótese

---

33. “Algumas partes de um [julgado] não são formalmente vinculantes como precedente. Isso é verdade acerca das compreensões ou opiniões de uma Corte que *não sejam necessárias* à solução da questão específica a ela apresentada. Essas são chamadas *dicta* e são geralmente não vinculantes. Como mencionado, *dicta* são normalmente definidas como declarações, presentes no [julgado], ‘não necessárias’ à decisão da Corte sobre a questão ou as questões”. (Summers, Robert. *Precedent in the United States*, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 384).

34. Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 68.

35. Summers, Robert. *Precedent in the United States*, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*, cit., p. 385. Ver, ainda, Abramowicz, M.; Stearns, M. *Defining dicta*. *Stanford Law Review*, v. 56, 2005.

em que a segunda questão apenas pode ser apreciada se acolhida a primeira, há questões dependentes.<sup>36</sup>

Em *Perry v. Kendrick's Transport* havia duas questões perante a Corte de Apelação. Uma dizia respeito à impossibilidade de se obter indenização por injúrias pessoais com base em *Rylands v. Fletcher*. A outra era relativa à viabilidade de o réu invocar, em sua defesa e no seu recurso, que o dano foi causado pelo ato de um estranho. A decisão, fundando-se em um ou outro ponto, seria favorável ao réu-apelante. A Corte decidiu o primeiro ponto em favor do autor-apelado, concluindo que os danos por injúrias pessoais poderiam ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*. Mas decidiu a segunda questão em favor do réu-apelante, que, assim, saiu vitorioso na apelação.

Havia questões independentes em *Perry v. Kendrick's Transport*. Uma foi decidida em favor do apelado e outra em favor do apelante. Ou seja, a segunda pôde ser decidida em favor do apelante ainda que a decisão da primeira tenha dado razão ao apelado. Porém, e aí é que surge a abordagem que realmente interessa, Cross afirma que a decisão a respeito da primeira questão não constitui *ratio decidendi*, mas *obiter dictum*. *Ratio decidendi* seria apenas a declaração sobre a segunda questão.

O raciocínio segue a própria lógica de Cross, Wambaugh e Goodhart. De acordo com Cross, as alegações acerca da questão das injúrias pessoais eram *obiter* porque a Corte não poderia tê-las considerado como necessárias para a decisão em favor do réu, isto é, para o provimento da apelação. Elas também seriam *obiter* à luz do teste de Wambaugh, porque a apelação poderia ser decidida da mesma maneira ainda que a Corte houvesse decidido que os danos por injúria pessoal não poderiam ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*. Se submetidas ao método de determinação da *ratio decidendi* de Goodhart, as alegações relativas à primeira questão também seriam *obiter*. Não obstante entender que a abordagem da primeira questão seria *obiter*, Cross deixa claro que é difícil acreditar que um órgão de primeiro grau se sentiria livre para decidir que os danos por injúrias pessoais não podem ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*, embora esta declaração seja apenas *obiter dictum* perante a Câmara dos Lordes.<sup>37</sup> Cross está aludindo ao efeito persuasivo da *obiter dictum*, que, em casos como o referido, pode ter intensidade tão forte quanto a do efeito obrigatório, particular à *ratio decidendi*.

36. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 81 e ss.

37. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 82-83.

Em caso submetido à Câmara dos Lordes, *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, também estavam presentes duas questões. Neste caso, em que se buscava anular uma ordem do Ministro da Saúde, foram apresentadas duas defesas: uma afirmando que a Corte não tinha competência para examinar a validade da ordem e outra no sentido de que a ordem era válida, pois autorizada pelo *Housing Act*, 1925. A *House of Lords*,<sup>38</sup> por votação unânime de seus membros, julgou contra o Ministro no primeiro ponto, mas, por quatro votos contra um, decidiu a segunda questão em seu favor. O resultado da segunda questão era certamente *ratio decidendi*, mas houve dúvida sobre o significado da resolução do primeiro ponto.<sup>39</sup>

Seria possível dizer que, como a segunda questão dava ganho de causa ao Ministro, não era necessário analisar a primeira questão, que, por este motivo, seria *obiter dictum*. Porém, além de esta questão ter sido analisada em primeiro lugar, ela constituía um antecedente lógico no raciocínio dos juízes, ou seja, um ponto que, por lógica, necessariamente deveria ser analisado para que a Corte pudesse adentrar na análise do segundo ponto.

A diferença de natureza entre as questões analisadas em *Perry v. Kendrick's Transport* e em *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé* foi detectada por Rupert Cross, que salientou que, no último caso, as questões não eram independentes, mas interdependentes.<sup>40</sup> Se a primeira questão é um antecedente necessário ao julgamento da segunda, a ausência de necessidade, apontada em *Perry v. Kendrick's Transport*, não poderia ser invocada para se negar à resolução da primeira questão a qualidade de *ratio decidendi*.

Contudo, no caso de questões independentes, a questão cuja análise não é necessária à resolução – que, assim, é *obiter dictum* – é intimamente ligada ao caso sob julgamento e abordada de forma aprofundada pelo tribunal, assumindo perfil e textura muito próximos ao da *ratio decidendi*. Portanto, esta *obiter dictum* representa uma espécie que merece ser diferenciada da comum das *obiter dicta*.

Lembre-se que o tribunal, em alguns casos, trata de pontos irrelevantes, cuja análise sequer precisaria ser feita e que, portanto, acaba representando

---

38. Recentemente, a *House of Lords* foi “substituída” pela Supreme Court of the United Kingdom, que assumiu as suas funções judiciais. A Supreme Court of the United Kingdom foi criada pelo Ato de Reforma Constitucional de 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), tendo iniciado as suas atividades em 1º de outubro de 2009.

39. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 83.

40. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 83.

um excesso de argumentação. Este tipo de *obiter dictum* certamente não tem o mesmo significado da *obiter dictum* que trata de maneira aprofundada de ponto de direito relacionado ao caso.<sup>41</sup>

A *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte. Recorde-se que, ao analisar *Perry v. Kendrick's Transport*, Cross chega a dizer que é difícil acreditar que um juiz de primeiro grau possa se sentir livre para negar o que a Corte decidiu em favor do apelado, embora esta, reconhecendo o argumento do réu-apelante, tenha lhe dado ganho de causa no *appeal*.<sup>42</sup> Diante da diferença entre essas *obiter dicta*, a doutrina fala em *judicial dictum* e em *gratis dictum*. Atribui-se tais denominações ao *obiter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas.<sup>43</sup>

### 2.3. A ratio como proposição necessária e suficiente ao alcance da decisão

Como visto, Rupert Cross define a *ratio decidendi* como passo necessário ao alcance da conclusão. Simpson, enquanto isso, propôs a substituição da ideia de necessário pela de suficiente.

O real problema, sem dúvida, está no significado que se pretende atribuir aos vocábulos “necessário” e “suficiente”. Se o passo é necessário, ele é imprescindível, obrigatório. Suficiente, porém, é o que é bastante. Ora, há diferença entre caminho obrigatório e caminho bastante. Se o caminho é obrigatório, não há como chegar onde se quer sem passar por ele. Contudo, se o caminho é suficiente, chega-se ao lugar que se procura passando-se por ele, que é apto para conduzir ao local desejado. Suficiente ou apto ou idôneo não se confunde com necessário ou obrigatório.

---

41. Merrill, Thomas W. Judicial opinions as binding law and as explanations for judgments. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 15, out. 1993.

42. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 82.

43. “Juristas e juízes do common law têm, em algumas oportunidades, tentado acumular distinções sobre a distinção básica entre *ratio-obiter* – argumentando que determinado caso pode conter um *holding* que seja mais impositivo que uma *ratio decidendi*, e que pode haver uma *judicial dicta* que seja menos impositiva que uma *ratio decidendi*, porém mais impositiva que qualquer outro *obiter dictum*. No entanto, é a distinção básica que tem perdurado” (Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 68). V. Llewellyn, Karl. *The case law system in America*. Chicago: University of Chicago Press, 1989. p. 14 e ss.; Scofield, Robert G. The distinction between judicial dicta and obiter dicta. *Los Angeles Lawyer*, Los Angeles, vol. 25, out. 2002.



Cross, ao falar em questões independentes e dependentes,<sup>44</sup> lembra de caso – *Perry v. Kendrick's Transport* – em que não se considerou *ratio decidendi* a análise de questão que, julgada favoravelmente ao recorrido, não impediu que a Corte, julgando a segunda questão em favor do recorrente, provesse o recurso. A primeira questão não seria *ratio decidendi* por não ser necessária ao provimento do recurso. Como é óbvio, esta questão também não seria suficiente para se prover o recurso. Entretanto, caso houvesse outra questão, invocada pelo recorrente, capaz de permitir o provimento do recurso, haveria duas questões suficientes. Nesta hipótese, caso o tribunal pudesse analisar apenas uma das questões, esta obviamente seria *ratio decidendi*, não havendo falar em *obiter dictum*. Advirta-se desde logo, porém, que, quando o tribunal aprecia duas questões suficientes ao provimento do recurso, há grande debate na doutrina sobre a natureza da análise de cada uma delas.<sup>45</sup>

É importante frisar, contudo, que em *Perry v. Kendrick's Transport* a primeira questão foi julgada em favor do recorrido e, a segunda, em favor do recorrente. Diante disso, é possível perguntar se a ideia de suficiência se relaciona com o resultado do recurso ou com o resultado dado à questão posta pela parte. Ou melhor, o passo deve ser suficiente para o tribunal julgar a questão afirmada pela parte (recorrente ou recorrido) ou para dar solução ao recurso? O ponto é deveras importante, já que, caso a suficiência se ligue à solução da questão posta pela parte, não haverá entrave para se considerar *ratio decidendi* a decisão de questão em favor do recorrido, em caso de provimento do recurso. Note-se que, ao ser assim, não será propriamente a análise da questão que será suficiente para a decisão recursal. Na verdade, a razão ou o fundamento é que deverá ser suficiente à solução da questão.

Outro caso, igualmente referido por Cross, permite análise. No caso *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*,<sup>46</sup> a *House of Lords* refutou questão invocada pelo Ministro da Saúde, e, ao julgar a segunda questão, decidiu por quatro votos contra um em seu favor. A primeira questão disse respeito à competência da Corte para julgar a validade da ordem do Ministro e, a segunda, à sua validade propriamente dita, ou seja, à circunstância de estar a ordem autorizada pelo *Housing Act*, 1925.

Considerou-se que a decisão acerca da competência da Corte era *ratio decidendi*, ao argumento de que tal decisão seria *necessária* para se resolver o

---

44. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 81 e ss.

45. Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 75.

46. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 83.

recurso. Nesta situação, nem mesmo seria possível falar em *suficiente*, uma vez que a decisão sobre competência jamais poderia ser pensada como *suficiente* para a resolução da questão de fundo do recurso. Realmente, a decisão apenas poderia ser considerada *necessária* para se chegar ao exame do mérito recursal.

Não obstante, caso considerada a ligação das razões com a solução da questão, deixando-se de lado a ideia de se relacionar a análise da questão com a solução do caso, seria possível pensar que a fundamentação da *House of Lords* foi suficiente – e não somente necessária – para a decisão a respeito da competência.

Quando há duas questões e uma é resolvida em favor do recorrido e outra para dar provimento ao recurso, a decisão em favor do recorrido nunca será suficiente para a solução em prol do recorrente, podendo, no máximo, ser considerada necessária, como aconteceu quando se tomou em conta a análise da questão da competência como necessária à resolução do mérito. Entretanto, quando se destaca o raciocínio judicial para a análise das questões postas pelas partes, colocando-se à luz a solução dessas questões e não a solução do recurso ou do caso, torna-se viável pensar em suficiência de dada razão para a solução da questão, ficando claro que não apenas a decisão do caso, mas também as decisões relativas a outras questões envolvidas no caso podem constituir *ratio decidendi*.

#### 2.4. Significado de julgado com duas rationes

No *common law*, fala-se em julgados com duas *rationes*. Porém, é necessário deixar claro que, nestes casos, cada uma das *rationes* é considerada necessária ou suficiente para se chegar à solução *do caso*. Portanto, não se pensa em duas *rationes* quando há decisões contrapostas, ou melhor, uma decisão favorável ao vencido e outra ao vencedor. Para que haja duas *rationes*, ambas devem ser capazes de propiciar idêntico resultado, isto é, decisão que beneficia o autor ou decisão que beneficia o réu.

Em *Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd*, Devlin J., na condição de juiz de primeiro grau, fez interessantes ponderações acerca do assunto. Argumentou que, se o juiz apresenta dois fundamentos para a sua decisão, ambos são obrigatórios ou vinculantes. Não é possível escolher um fundamento, supondo-se o melhor, e ignorar o outro. Também não importa, para tal propósito, qual fundamento vem antes e qual vem depois. Lord Simonds, em *Jacobs v. L.C.C.*, afirmou na *House of Lords* que não há justificação para considerar um fundamento dado pelo juiz para a sua decisão como *obiter dictum* apenas

porque ele também apresentou outro fundamento. Em *Commissioner of Taxation for New South Wales v. Palmer*, Lord MacNaghten advertiu, na mesma linha, ser impossível tratar uma proposição que a Corte declarou ser um claro e suficiente fundamento para a sua decisão como *obiter dicta*.<sup>47</sup>

Porém, no sistema do *common law* há inescandíveis problemas em se admitir uma decisão com duas *rationes*, ainda que cada uma delas possa constituir base necessária e suficiente para se dar ao caso idêntica solução. Há preocupação em outorgar ao juiz uma latitude de poder que lhe permita indevidamente influir sobre o futuro desenvolvimento do direito. Note-se que, se um julgado pode se fundar em várias *rationes*, o juiz pode definir inúmeras regras que, a partir daí, terão de ser respeitadas pela magistratura e consideradas pelas partes e pelos advogados.<sup>48</sup>

Além disso, se a Corte posterior tem poder para escolher entre uma das *rationes*, afirma-se que esta não está propriamente obrigada a seguir o precedente, mas apenas a uma das *rationes*, e, o que é mais grave, aquela que, segundo a sua livre convicção, lhe parece a mais adequada. Nesta hipótese, a Corte subsequente estaria a criar o precedente, em vez de seguir o precedente antes criado.<sup>49</sup>

Inversamente, se o caso deve ter apenas uma *ratio*, seria possível conceber a *ratio* como o primeiro fundamento. O raciocínio seria o de que, como a primeira *ratio* é suficiente para a solução do caso, o segundo fundamento seria supérfluo ou desnecessário, e, portanto, *obiter dicta*.

Contra a tese de que a Corte que está com o caso sob julgamento deve poder delimitar, entre dois fundamentos firmados em precedente, aquele que lhe parece adequado, argumenta-se que isto eliminaria os benefícios propor-

---

47. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 38, 54 e 87.

48. Deriva daí, igualmente, a impossibilidade de a *dicta* ser considerada vinculante. “A distinção entre *ratio decidendi* e *dictum* limita a taxa em que novo direito pode ser criado, a qual é importante no que diz respeito à manutenção do equilíbrio de obediência ao precedente [*precedent-obeying equilibrium*]. Os juízes devem aguardar, para criar novo direito, até que casos apropriados cheguem à sua apreciação, e somente a *ratio decidendi* ou *holding*, a matéria de direito essencial e decisiva do caso, constitui precedente vinculante. *Dicta*, soluções irrelevantes para a solução do caso, são, por convenção, não vinculantes para futuros juízes, ainda que, tal qual os escritos de qualquer pessoa, possam ser consideradas como argumentos. Se as *dicta* fossem vinculantes, um juiz poderia criar uma quantidade ilimitada de novo direito” (Rasmusen, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n° 10, abr. 1994, p. 63-83).

49. “Quando juízes identificam a *ratio* de um caso antecedente em que se apresenta possível mais de uma *ratio*, eles podem, de fato, estar criando direito, em vez de o seguindo” (Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 75).

cionados pelo sistema de precedentes, especialmente a segurança jurídica e a previsibilidade.

Alega-se, ainda, que se a Corte pode ver em um fundamento *ratio* e no outro *obiter dicta*, estar-se-ia admitindo que ela pode negar um *ratio* sem a devida justificada ou realizar um *overruling* destituído de fundamento.<sup>50</sup> De qualquer forma, responde-se com a alegação de que se a definição da *ratio* em tais termos é indicativo de arbitrariedade judicial, toda decisão ancorada em uma *ratio* poderia ser taxada de arbitrária se, em tese, pudesse haver mais de um fundamento capaz de permitir o alcance da mesma decisão.

Aliás, em alguns casos as Cortes estadunidenses procedem de forma inversa, dizendo-se vinculadas por razões que, até então, eram vistas como *obiter dictum*, e, portanto, não tinham qualquer efeito obrigatório. Assiste-se, nestas hipóteses, a um fenômeno de assimilação do *dictum* como *ratio*, falando-se em *ratio* alternativa ou em “*alternative holding*”.<sup>51</sup>

De modo que há discussão no *common law* sobre a natureza dos vários fundamentos que, em princípio, seriam capazes de permitir o alcance de idêntica solução.<sup>52</sup> Note-se que essa discussão deriva de uma circunstância peculiar ao *common law*. A dificuldade em ver um julgado com várias *rationes decidendi* tem a ver com a ideia de que o precedente, no *common law*, reflete a solução do caso e não a solução das questões nele envolvidas. Mediante os precedentes, os jurisdicionados e as Cortes subsequentes são informados de como os casos devem ser julgados. Quando se insiste na ideia de uma única *ratio decidendi*, seja ela o primeiro fundamento, seja ela a que, a partir da leitura da linguagem do anterior julgado, for definida pela Corte que está com o caso em mãos, demonstra-se que a única preocupação existente diz respeito à solução do caso. Ora, se houvesse preocupação em cristalizar, mediante precedente, a solução de dada questão jurídica versada no caso, não haveria razão para negar a qualidade de *ratio decidendi* às razões que, por exemplo, examinam causa de pedir cumulada.

50. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 88.

51. Ver, citando *Highland Falls v. State*, Summers, Robert. Precedent in the United States, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*, cit., p. 385.

52. Porém, como escreve Margaret Kniffin, as decisões da Suprema Corte em que os juízes concordam com um único resultado por diferentes razões têm reduzido valor como precedente. (Kniffin, Margaret n° *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals*, *Fordham Law Review*, 1982, p. 56).

Perceba-se, aliás, que quando a doutrina afirma, com preocupação, que o poder de escolha de uma das *rationes* faz com que a Corte crie novo precedente,<sup>53</sup> revela-se claramente que o precedente, no *common law*, dirige-se a permitir a resolução de casos e não de questões que podem importar à solução de casos.

## 2.5. Particularidade do *common law*: a *ratio decidendi* como solução do caso

Contudo, certamente não é por acaso que, na tradição do *common law*, a *ratio decidendi* sempre foi ligada com a solução do caso e não com a análise das várias questões que podem ser discutidas no âmbito do tribunal.

É preciso não esquecer que o sistema do *common law*, ao se ancorar no *stare decisis*, sempre se pautou pelos julgamentos dados aos casos. Quando é invocado o caso *X* ou o caso *Y*, são chamadas as *ratio decidendi* desses casos. Assim, é possível dizer que o *stare decisis* ou o sistema de precedentes do *common law* é um sistema de casos (*case law*).

De modo que não é de estranhar que a *ratio decidendi* nunca tenha sido ligada às decisões favoráveis à parte vencida, como as proferidas em *Perry v. Kendrick's Transport* e em *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, ou mesmo às decisões favoráveis ao vencedor, mas que não são necessárias para se chegar à solução do caso.

Mais visível, para demonstrar que o *stare decisis* é um sistema de casos, é a tendência de negar a qualidade de *ratio decidendi* às decisões acerca de questões que, isoladamente, poderiam conduzir a uma solução favorável, quando o caso foi resolvido mediante a análise de outra questão. Nessas situações, aliás, chega-se a admitir que a Corte inferior pode se considerar obrigada em face das razões não necessárias à solução do caso, as quais, então, deixam de ser vistas como *dicta* e passam a ser consideradas uma *ratio decidendi* alternativa. Assim, se, por exemplo, a solução da Corte em relação à segunda questão é desnecessária, uma vez que a solução da primeira foi suficiente para definir o caso, aquela é *obiter dicta* e, portanto, não vincula as Cortes inferiores. Mas há casos, nos Estados Unidos, em que a Corte considera-se vinculada pela

---

53. Duxbury, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 75.

solução dada à questão que não é necessária ou suficiente – em princípio um *dictum* –, que então é considerada uma *ratio* alternativa.<sup>54</sup>

Compreendem-se melhor, dessa forma, os desabaços de alguns doutrinadores do *common law* quando se deparam com questões ampla e profundamente discutidas pelas Cortes, muitas vezes decididas à unanimidade, que tecnicamente são consideradas *obiter dicta* apenas por não constituírem passo necessário ou suficiente à resolução do caso. Cross, ao constatar que, em *Perry v. Kendrick's Transport*, a Corte decidiu a primeira questão em favor do recorrido *sem* que isso fosse necessário para se chegar a solução positiva ao recorrente, exclamou que é difícil acreditar que um juiz de primeiro grau vá se sentir livre para desprezar tal decisão,<sup>55</sup> embora ela seja tecnicamente *obiter dictum*.

No sistema brasileiro, em que a força dos precedentes nada deve à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à solução que é dada ao caso. Assim, por exemplo, em uma ação rescisória julgada procedente, nada impediria que as razões que serviram para rejeitar uma das causas de pedir assumissem a qualidade de *ratio decidendi*. Ora, o mesmo motivo que estimula à obrigatoriedade das decisões que resolvem os casos está presente quando se está diante de decisões que, embora sem solucionar os casos, emprestam significado a questões frequentemente discutidas no Judiciário.

## 2.6. A consideração dos julgados anteriores. A importância da adequada visualização da *ratio decidendi*

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*, bem como o que significa *obiter dictum*.

54. Tratando desta mesma situação e citando *Highland Falls v. State*, Robert Summers fala em “alternative holding” (Summers, Robert. Precedent in the United States, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*, cit., p. 385).

55. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 82.

O problema é que nem sempre é fácil definir os contornos da *ratio decidendi*. Na doutrina do *common law* inglês, Rupert Cross oferece o exemplo do tratamento de *Barwick v. The English Joint Stock Bank* em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*<sup>56</sup>

Em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, discutiu-se a respeito da questão da responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado durante o serviço. Mais precisamente, sobre a responsabilidade do banco por ato fraudulento do seu gerente, que prejudicou alguém que obteve uma garantia inútil ou insuficiente. Na Corte, após a decisão do juiz de primeiro grau em favor do empregador, o Juiz Willes J. declarou: “Mas, em relação à questão de se o empregador é responsável pelos atos do seu empregado no curso do serviço, e em benefício do empregador, nenhuma distinção sensível pode ser feita entre o caso de fraude e o caso de qualquer outra falta. A regra geral é a de que o empregador é responsável por toda falta do empregado ou agente praticado no curso do serviço e para o benefício do empregador, embora não seja provado comando ou ordem expressa do empregador”.<sup>57</sup>

No caso, não houve dúvida de que o ato fraudulento praticado pelo gerente beneficiou o banco. Porém, problematizou-se, em julgamento posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, sobre a exata extensão da *ratio decidendi* do caso *Barwick*. Considerando-se as palavras do Juiz Willes J., proferidas em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, verifica-se a alusão de que o ato ocorrera “em benefício do empregador”. Pois bem, o problema, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, era justamente o de saber se a *ratio decidendi* do caso *Barwick* se limitava a declarar a responsabilidade do empregado pelos atos praticados em benefício do empregador ou se, de forma mais abrangente, declarava a responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo empregado no curso do serviço.<sup>58</sup>

Note-se que a adequada interpretação do primitivo precedente era fundamental para se saber o exato alcance da responsabilidade então declarada. Definição restritiva da *ratio decidendi* tornaria o precedente do caso *Barwick* favorável ao empregador em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* Isso porque, no caso *Lloyd*, o empregador se defendeu alegando que o ato fraudulento, praticado pelo seu empregado, não lhe trouxe nenhum benefício.

---

56. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 42.

57. . Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 42.

58. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 43.

No caso *Lloyd*, o juiz de primeiro grau decidiu contra o empregador, a Corte de Apelação reformou a decisão recorrida, mas a *House of Lords* acolheu o recurso da vítima, declarando que o empregador é responsável pelas fraudes praticadas pelo seu empregado durante o emprego. Para prover o recurso, a Câmara dos Lordes foi obrigada a interpretar o precedente do caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, especialmente as palavras de Willes J., descritas acima. Lembre-se que Willes J. aludiu ao fato de que o ato fraudulento, em *Barwick*, beneficiou o banco. Não obstante, a *House of Lords* entendeu que essa alusão foi meramente acidental diante dos fatos que estavam à vista de Willes J., não constituindo parte da *ratio decidendi*. A *House* chegou a esta conclusão depois de atenta análise do precedente do caso *Barwick*, visto em sua globalidade. Além disso, a *House* interpretou a linguagem de Willes J. considerando o que foi dito, em julgamentos posteriores, por outros membros da Corte que julgou *Barwick*.<sup>59</sup>

Tudo isso demonstra que a Corte subsequente, para aplicar um precedente, necessita definir o que realmente a obriga, vale dizer, precisa ter delineada a *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve atentar não só para a linguagem do precedente, para a questão de direito discutida e para os fatos que nele estiveram presentes, mas também para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente, que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob interpretação.

Assim, o caso *Barwick*, além de essencial para a compreensão da importância da definição exata da *ratio decidendi*, permite que se tenha em vista a relevância dos casos posteriores para a identificação do significado das declarações contidas nos precedentes. Veja-se até mesmo que, após a decisão em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, ficou bastante claro o significado da *ratio* do caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*.

## 2.7. A formação paulatina da *ratio*

Mostrou-se a importância e a necessidade da interpretação da *ratio decidendi* e que os julgados posteriores podem servir como instrumentos para o seu esclarecimento. Algo diferente ocorre quando um julgamento ou julgamentos posteriores agregam conteúdo a uma anterior *ratio decidendi*, dando-lhe outra conformação. Nesta hipótese não há interpretação da antiga *ratio*,

---

59. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 43.



mas sim formação paulatina da *ratio*, que vai ganhando corpo à medida que os julgamentos vão sendo proferidos.<sup>60</sup>

A dessemelhança pode ser mais bem compreendida a partir da distinção entre o ato do fotógrafo e a atividade do pintor. Embora o fotógrafo possa retratar e dar significado peculiar à paisagem, atribuindo-lhe interpretação, é certo que a fotografia congela a interpretação do passado, enquanto que o pintor vai, com o passar dos dias, dando forma e significado a sua pintura, até terminá-la. Caso se parta da premissa de que a interpretação sempre gera uma nova *ratio*, tornando a *ratio* interpretada sem autoridade, reduz-se a importância da distinção que foi feita. Mas será verdade que a interpretação da *ratio*, em um novo caso, destitui o significado do caso pretérito e a autoridade da sua *ratio*?

É certo que a interpretação, mais do que dizer o significado, pode ampliar ou reduzir um pretendido significado. Como ampliar e reduzir são atos que convivem com uma porção de significado que existia e que, mesmo com a ampliação ou com a redução, se mantém, não há como concluir que a *ratio*, depois de interpretada, deixa de ter qualquer autoridade e que o caso de que provém perde importância.

De qualquer forma, pretende-se falar aqui da necessidade de *novos* significados e não de esclarecimento de significado. Suponha-se, por exemplo, que em um caso, em que foi expressa de forma clara e precisa a *ratio*, não tenha sido enfrentada determinada questão de direito, que, se acolhida, pode reduzir ou ampliar a *ratio* primitiva.

Nessa situação, embora também se mantenha porção da primeira *ratio*, a sua alteração provém não da necessidade de esclarecimento, mas da imprescindibilidade de enfrentamento de uma nova questão. Não há acréscimo ou redução em virtude da necessidade de esclarecer, mas da imperiosidade de complementar. E não se pense que a complementação exclui a redução, podendo se dar somente pela ampliação. Na verdade, quando a completa solução do caso exige o enfrentamento de outra questão, o verbo reduzir não é incompatível com a ideia de complementar.

Note-se, ademais, que isso não se confunde com uma revogação ou *overruling*, já que a *ratio* é alterada, mas não perde a sua autoridade.

---

60. Ronald Dworkin compara o delineamento da *ratio decidendi* com um romance que vai sendo escrito em capítulos (Dworkin, Ronald. Law as interpretation. *Texas Law Review*, vol. 60, p. 527-550).

## 2.8. A interpretação da *ratio*: os pontos de direito

Para identificar o ponto de direito que faz parte da *ratio decidendi*, ou seja, que tem força obrigatória, é preciso analisar, em primeiro lugar, a apresentação do caso pela Corte. Para tanto, importa verificar o que a Corte disse acerca das alegações das partes, em relação aos fatos que dão composição ao litígio, a respeito das provas e, enfim, sobre os pontos de direito envolvidos.

Na fundamentação da Corte, será necessário investigar a maneira como os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos. Os pontos de direito que realmente importam são aqueles que, não apenas lembrados pela Corte, são relacionados com os fatos, de forma a se constituírem na base para a solução do caso.

É neste sentido que se diz que o ponto de direito tem de ser necessário ou suficiente para a solução do caso. Sublinhe-se que o ponto de direito tem de ser suficiente para a específica solução dada ao caso. É por tal motivo que não constitui *ratio decidendi*, no *common law*, o fundamento que, embora detidamente analisado, é suficiente para decisão que pronuncia a competência da Corte, mas não soluciona o caso. Ainda por exemplo, é pelo mesmo motivo que as razões que rejeitam argumento elaborado pela parte, que, com base em outro fundamento, obteve solução favorável, não constituem *ratio decidendi*.

De qualquer forma, identificar o ponto de direito não é o mesmo que estar de posse de metodologia que permita saber se o ponto de direito contido na *ratio decidendi* do precedente se aplica a um novo caso sob julgamento. Isso se dá fundamentalmente porque, qualquer que seja essa metodologia, ela nunca se eximirá da comparação entre os fatos que dão composição aos dois casos.

## 2.9. A interpretação da *ratio*: os fatos que dão composição ao caso e os que foram considerados na decisão

Se o sistema de precedentes, e, portanto, a *ratio decidendi* e a sua força obrigatória, objetiva que casos similares sejam decididos de igual modo, quanto mais se aproximam os fatos de dois casos maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo.

Essa ideia tem presente a obviedade de que os fatos nunca se repetem e nunca podem ser ditos absolutamente iguais.<sup>61</sup> É por isso que se fala em

---

61. “Não há dois eventos exatamente iguais. Para que uma decisão seja precedente para outra não há necessidade de que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos. Caso

“probabilidade” de aplicação do precedente e em “maior aproximação” dos fatos. Portanto, para a conclusão acerca da adoção de um precedente, é imprescindível tratar da proximidade dos fatos que dão composição aos casos em cotejo.

Há diferença entre “fatos do caso” e “fatos tomados como fundamentais pela decisão”. É possível ver, na fundamentação, os fatos que foram considerados fundamentais para se chegar à decisão. Porém, nem sempre é fácil qualificar os fatos que, fazendo parte do caso, foram omitidos pela decisão. Estes, por presunção, são considerados não fundamentais.

Lembre-se de *Rylands v. Fletcher*, tratado por Goodhart. No caso em que um empreiteiro foi contratado para construir reservatório de água que, mais tarde, vazou sobre a área do vizinho do proprietário-contratante, os fatos do caso ainda incluíam o fato de que o empreiteiro agira com negligência. Porém, a Corte se omitiu a respeito deste fato, tendo considerado apenas i) a propriedade do reservatório de água e ii) que este vazou sobre as terras do vizinho, causando-lhe danos. Goodhart, certamente a partir da visualização da decisão em sua globalidade, advertiu que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, considerando-o implicitamente não fundamental. Por isso, a *ratio decidendi* teria aclamado a doutrina da “*absolute liability*”.<sup>62</sup>

Deixando-se de lado a questão dos fatos fundamentais e não fundamentais, torna-se indispensável perceber que os fatos do precedente sempre podem ser enquadrados em determinada categoria – mais restrita ou mais ampla –, em conformidade com as razões que serviram de base à decisão.

Para se proceder a tal enquadramento, é necessário tomar em conta especialmente a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que podem identificar as categorias em que os fatos se inserem. É possível identificar o produtor de suco de laranja como produtor de sucos ou como produtor de bebidas ou ainda de gêneros alimentícios. Alguém pode ser visto como consumidor, como membro de certa religião, como intelectual, como honesto etc., dependendo da situação pragmática em que está inserido.

Acontece que o enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada à segunda,

---

isso fosse exigido, nada seria precedente para nenhum outro caso”. (Schauer, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).

62. Goodhart, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, *Essays in jurisprudence and the common law*, cit., p. 17-18.

depende da análise cuidadosa das razões contidas na decisão, pois são estas que não só podem justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, como também a inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente.<sup>63</sup>

Ao se olhar para as razões da decisão é preciso identificar a cultura e o modo de viver da época e do lugar do caso que deu origem ao precedente. Isso porque, como é sabido, a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores podem variar conforme as épocas e os lugares.

Contudo, como este enquadramento, ainda que dependente das razões do precedente, requer racionalidade jurídica, aquele sempre dependerá, em maior ou menor medida, da justificativa apresentada na decisão que aplicou o precedente. Na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma mesma categoria. Em outras palavras, deve haver razão para assimilar fatos, procedendo-se ao seu enquadramento em uma mesma categoria.

Deixe-se claro, porém, que os fatos somente devem ser distanciados, quando a princípio ou aparentemente pertencentes a uma mesma categoria, se as razões do precedente fizerem ver que se está diante de contextos diversos.

Assinale-se, por fim, que a força de um precedente, ou a extensão que ele pode atingir, depende do tamanho ou da latitude da categoria em que os seus fatos fundamentais se inserem. Sem dúvida, quanto mais larga for a categoria a que pertencem os fatos do precedente, mais ampla será a área de sua aplicação.

### 3. ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE *RATIO DECIDENDI* NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1. A importância dos fatos e os precedentes interpretativos

Atualmente, os casos do *common law* frequentemente têm respaldo em normas legais infraconstitucionais ou em precedentes, e, quando constituem *hard cases*, fundamentam-se em princípios de direito, em sua maioria de estatura constitucional. De modo que os casos não são estruturados apenas em fatos ou dependem de uma solução exclusivamente fundada nos fatos.

---

63. "... é cristalino que a relevância de um precedente anterior depende de como caracterizamos os fatos presentes no caso anterior" (Schauer, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).

Isso, porém, não retira do sistema do *common law* algo que é peculiar à sua própria tradição. O direito jurisprudencial dá grande relevo aos fatos do caso, seja quando da elaboração do precedente, em geral nos *hard cases*, seja quando da análise e da aplicação dos precedentes.

Como se pôde perceber nos itens anteriores, a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento. Tanto é assim que, para alguns doutrinadores, a *ratio decidendi* é identificada a partir dos fatos do caso e não das razões utilizadas para justificar a solução encontrada. Lembre-se que o célebre método de identificação da *ratio decidendi* proposto por Goodhart, ainda hoje considerado no ambiente do *common law*, exige a determinação dos fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, a identificação de quais desses fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.<sup>64</sup>

No *civil law*, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. Isso é facilmente explicável. A tradição do *civil law* acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor.

É claro que a suposição de que os fatos sempre estariam enquadrados na lei tem relação com a ideia de subordinar o Judiciário ao Legislativo. Com isso se pretendia evitar que o juiz declarasse qualquer outra coisa que não as palavras contidas na lei. Nessa dimensão, é absolutamente correto dizer que o *common law*, ao contrário do *civil law*, cria o direito, ou seja, decide apenas a partir dos fatos do caso, não importando que não haja lei ou precedente.

Note-se, porém, que em tal dimensão está a se pensar nas tradições de *civil law* e de *common law* e não nos sistemas de *civil law* e de *common law* contemporâneos. No atual direito estadunidense, além de existir grande profusão de leis,<sup>65</sup> os precedentes passaram a interpretar normas e, em especial, princípios, inclusive de natureza constitucional.

---

64. Goodhart, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, *Essays in jurisprudence and the common law*, cit., p. 15.

65. V. Merryman, John Henry; Pérez-Perdomo, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 27 e ss.

Neste sentido, recorde-se que importante doutrina estadunidense, capitaneada por Ronald Dworkin, sustenta que a dignidade da decisão judicial não está na criação do direito pelo juiz, mas na possibilidade de este decidir a partir de princípios e fundamentos.<sup>66</sup> Essas decisões – que afirmam princípios ou direitos fundamentais – podem ser vistas como construtivistas ou interpretativistas, dependendo do lugar de que se parte ao analisá-las. Tendo como base a premissa de que não se pode tomar em conta princípios para afirmar um direito não expresso, a decisão que assim o fizer será vista como criadora do direito; mas, ao se admitir que o juiz deve considerar princípios e concretizar direitos, a decisão será compreendida como interpretativa.

De outro lado, é importante ter em conta o que dizem MacCormick, Bankowski, Morawski e Ruiz Miguel, em importante artigo sobre os precedentes no direito comparado, quando tratam da repercussão das decisões da Corte Europeia de Justiça perante as Cortes dos Estados-membros. Nesta abordagem, os eminentes teóricos do direito advertem que, nas decisões que enfrentam questões constitucionais e aplicam cláusulas gerais, a prestação judicial constrói princípios e lhes confere efeitos concretos, tornando-se artificial, ou até mesmo fictício, tentar desenhar uma linha demarcatória entre os precedentes interpretativos e os de criação do direito.<sup>67</sup>

Atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de *common law* e *civil law*, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa.

É interessante perceber que a nova dimensão de poder atribuída ao juiz de *civil law*, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema. Como o princípio não se limita a emoldurar fatos e atribuir-lhes consequência jurídica, tendo textura mais aberta e escopo mais generalizado, a racionalização da sua adoção exige a detida identificação das particularidades fáticas do caso concreto. Ademais, as cláusulas gerais, diante do seu próprio propósito, não

---

66. Lembre-se que o cosmos normativo da concepção constitucionalista do direito é mais abrangente do que aquele tradicionalmente concebido pelo positivismo. V. Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 273.

67. Bankowski, Zenon; MacCormick, Neil; Morawski, Lech; Miguel, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent. Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 485.

podem ter a sua aplicação justificada de maneira racional sem a identificação dos fatos sobre os quais estão a incidir.

Mas a importância que os fatos assumiram no sistema de *civil law* contemporâneo não deriva apenas desses fatores. A superação da ideia de que o juiz está subordinado à letra da lei permitiu a percepção da relevância dos fatos para a identificação da norma que lhes deve dar regulação, bem como da necessária interação entre os fatos e as normas jurídicas, fazendo frutificar uma nova hermenêutica, em tudo preocupada com tais circunstâncias.

De qualquer forma, o que se pode frisar, em conclusão, é que, embora os fatos tenham assumido outra conotação no *civil law* atual, o juiz brasileiro evidentemente não está na mesma posição do juiz da tradição do *common law*, e, portanto, não tem a mesma dificuldade em identificar os fatos, até porque, aplicando-se ao caso regras jurídicas, os fatos são por elas previamente selecionados e determinados. Além disso, é importante deixar claro que a circunstância de o precedente, no direito brasileiro, ter natureza interpretativa não lhe retira a dignidade e a importância operacional, bem como a sua notável relevância em face da igualdade, da segurança jurídica, da previsibilidade e da otimização da administração da justiça.

### **3.2. Particularidades dos precedentes no direito brasileiro: as decisões que tratam exclusivamente de questão de direito e as decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade**

Os precedentes, no direito brasileiro, têm particularidades, especialmente aqueles que se formam em recursos especial e extraordinário e no controle concentrado de constitucionalidade. Embora as decisões proferidas em recurso especial e recurso extraordinário sejam tomadas em casos concretos, esses recursos são restritos à valoração de questões de direito ou de teses jurídicas, o que confere a estes precedentes natureza genuinamente interpretativa.

Tanto as decisões proferidas em recurso especial como aquelas tomadas em recurso extraordinário limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, respectivamente. A natureza de “precedente interpretativo” das decisões tomadas nestes recursos ficou ainda mais evidente com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo do recurso repetitivo.

Não há dúvida que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isso,

muitas vezes terão de ser consideradas ao se analisar a aplicação do precedente a casos subsequentes. Entretanto, a peculiaridade destes precedentes é a de que as suas “razões de decidir” são assimiláveis exclusivamente a partir das razões de direito dadas pela Corte ao decidir.

Tratando-se de controle concentrado, o fio condutor que proporciona ampla discussão das teses jurídicas nesta sede é a ideia de processo objetivo. Não havendo necessidade de se pensar em partes e de se julgar um “caso concreto”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concentra-se na controvérsia constitucional e em seus efeitos. Tal técnica de julgamento permite um foco maior em questões que extrapolam o individual para atingir toda a coletividade. Nestas hipóteses, ao se atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, cria-se precedente em tudo assimilável àqueles do Tribunal Constitucional alemão.<sup>68</sup>

Os precedentes do controle concentrado se limitam a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional, declarando a sua (in)constitucionalidade. O controle é em tese e com caráter objetivo. Ao contrário daqueles oriundos de recurso especial e extraordinário, tais precedentes não são individuais e concretos.

De qualquer forma, ainda que o objeto do controle concentrado seja uma norma abstrata e geral, o precedente que aí se forma inegavelmente assume particularidade, a refletir a individualidade da norma confrontada. A decisão de (in)constitucionalidade, em virtude dos seus efeitos gerais e obrigatórios, naturalmente aplica-se a casos futuros. O problema é que, ao se considerar apenas a parte dispositiva da decisão e, assim, a específica norma questionada, simplesmente se retira da decisão de inconstitucionalidade a força de precedente. Isto quando se tem em conta o que realmente caracteriza uma decisão como precedente, ou seja, a sua *ratio decidendi*. Ora, a decisão de inconstitucionalidade apenas constituirá precedente, no sentido de regra judicial que outorga estabilidade à ordem jurídica e segurança jurídica aos cidadãos, quando for considerada a partir da sua *ratio decidendi* ou, em outra terminologia, dos seus “motivos determinantes”.

---

68. No direito alemão, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro e no direito estadunidense, o Tribunal Constitucional Federal (*Das Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) alemão exerce um controle monopolístico sobre a constitucionalidade dos atos normativos (*monopolisierten Normenkontrolle*), denominado de *Verwerfungsmonopol* (cf. Grimm, Dieter. *Die Verfassung und die Politik – Einsprüche in Störfällen*. München: C. H. Beck, 2001. p. 206). As decisões do *BVerfG* têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, conforme o § 31, 1, da Lei do Tribunal Constitucional alemão,.



Para que norma similar possa ser abrangida por precedente oriundo de decisão de (in)constitucionalidade, é preciso identificar a sua *ratio decidendi* ou, o que é o mesmo, atribuir eficácia vinculante aos seus motivos determinantes. Se não for assim, em caso de decisão de inconstitucionalidade não haverá sequer razão para falar em precedente. Só há sentido em pensar em *ratio decidendi* ou em precedente obrigatório quando se almeja abarcar casos similares. Daí porque o *verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la.*

Pois bem, tratando-se de controle concentrado os “casos similares” dizem respeito a “normas similares”, motivo simples pelo qual a ideia de que a eficácia vinculante deve ficar restrita ao dispositivo não tem qualquer sentido. Para se ter precedente ou se pensar em *ratio decidendi* é necessário extrair as razões de decidir da fundamentação da decisão de inconstitucionalidade. É a única forma de se dar verdadeira eficácia à decisão de inconstitucionalidade, ao menos enquanto se tem como importante que elas tutelem a ordem constitucional e a garantam a segurança jurídica e a igualdade.

Ademais, considerando-se a *ratio* das decisões de inconstitucionalidade, outro valor passa a ser dado aos fatos, pois é possível que os fatos abrangidos pela norma declarada inconstitucional e pela norma sob julgamento possam ter de ser identificados ao se decidir pela aplicabilidade do precedente diante da norma apontada como similar.

### **3.3. A *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos**

Já foi demonstrado que a *ratio decidendi*, no âmbito do *common law*, é vista como passo necessário à específica solução dada ao caso. No direito brasileiro, contudo, a conformação da *ratio decidendi* não necessita e não deve sofrer igual restrição.

O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de assegurar coerência ao direito, segurança jurídica e igualdade não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes.

As questões preliminares, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes a serem observados no futuro. Assim, por exemplo, a decisão acerca da competência da Corte para decidir determinada matéria, a decisão sobre hipótese de admissibilidade de recurso ou a decisão a respeito de pressuposto para o manejo da ação rescisória, para não se falar de inúmeras outras situações, todas elas carentes de estabilização por meio de precedentes.

Também não há motivo racional para excluir da classe dos precedentes as decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte que, ao final, restou vencida. Suponha-se, por exemplo, que a Corte admita parcialmente o recurso e, no mérito, lhe dê provimento, ou que a Corte negue a decadência da ação rescisória e, após, a julgue improcedente. Nada impede que, em tese, as decisões respeitantes a essas situações se comportem como importantes precedentes.

No caso de pedidos cumulados, é possível ter tantos precedentes quantos sejam os pedidos, considerando-se, evidentemente, a espécie de cumulação. Quando a cumulação é simples,<sup>69</sup> em que os pedidos podem ser julgados autonomamente, independentemente do resultado atribuído a cada um, haverá sempre a chance de se formarem tantos precedentes quantos sejam os pedidos, não importando se todos forem julgados procedentes, todos forem julgados improcedentes, ou um ou alguns forem julgados procedentes e outros não.

Na hipótese de cumulação sucessiva, quando o segundo pedido, para ser apreciado, depende da procedência do primeiro, poderão se formar dois precedentes – não importando o resultado do segundo – ou um precedente – no caso em que o primeiro pedido for julgado improcedente.

Se a cumulação for alternativa, situação em que o segundo pedido é realizado para a eventualidade de o primeiro não poder ser acolhido, abrir-se-á ensejo a apenas um precedente, isto é, ou o resultante da procedência do primeiro pedido ou daquele alternativo ou o que se estabelecer com a improcedência do pedido.

Tratando-se de pedido ancorado em várias causas de pedir, a formação dos precedentes dependerá do número de causas de pedir apreciadas. Assim,

---

69. V. Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – v. 2 (Processo de conhecimento)*, 10ª. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

por exemplo, no caso de ação rescisória, podem ser analisadas várias causas de pedir até que se julgue procedente o pedido com base em uma delas, ou podem ser enfrentadas várias causas de pedir até que se acabe por julgar improcedente o pedido.

O tribunal pode, por exemplo, rejeitar duas causas de pedir da ação rescisória por três votos contra dois e acolher uma das causas de pedir pela mesma votação. Não importa se todos os juízes votaram – consideradas as duas causas de pedir – pela improcedência do pedido, ou seja, se os juízes *A*, *B* e *C* rejeitaram a primeira causa de pedir e os juízes *D*, *E* e novamente o juiz *A* votaram pelo não acolhimento da segunda causa de pedir. O que interessa, para determinar a procedência, é se no mínimo três juízes, sejam eles quais forem, acolheram a terceira causa de pedir.

É interessante lembrar – uma vez que intimamente ligado ao tema da individualização da *ratio decidendi* – que são frequentes os equívocos cometidos em sede de ação rescisória quando da tomada dos votos proferidos pelos membros do órgão colegiado. A proclamação do resultado do julgamento deve considerar o número de causas de pedir sustentadas pelo autor. Se a ação rescisória se funda, por exemplo, em erro de fato e na violação literal das normas *X* e *Y*, inexistente resultado de procedência se, dos cinco juízes, dois julgam a ação rescisória improcedente, um declara ter ocorrido erro de fato, outro afirma ter sido violada a norma *X* e o último a norma *Y*. Neste caso, existem três ações rescisórias cumuladas, tendo se chegado ao resultado de 4 x 1 em favor da improcedência em cada uma delas.

Porém, apenas é possível pensar em *ratio decidendi* quando todos os membros do órgão analisam a causa de pedir. Assim, se uma causa de pedir é rejeitada por três votos a dois e a outra é acolhida por igual contagem, há como individualizar duas *rationes decidendi*. Contudo, se dos cinco juízes dois julgam a rescisória improcedente e cada um dos outros três acolhe causa de pedir distinta, é preciso que as três causas de pedir, cada uma delas rejeitada por quatro votos a um, tenham sido efetivamente discutidas por todos os juízes para que possam dar origem a *rationes decidendi*.

### **3.4. Novo fundamento e aplicação do precedente. Aplicação do precedente sem a invocação do seu fundamento. Da eficácia preclusiva da coisa julgada à necessidade de identificar os casos**

Elemento integrante da ação e requisito necessário da petição inicial, a causa de pedir é constituída pelas alegações de fato e pelas razões jurídicas

que justificam o pedido de tutela jurisdicional do direito. Em outros termos, trata-se de apresentar um fato e de demonstrar o seu nexos com o efeito jurídico pretendido.

Se é certo que o juiz não pode decidir fora da causa de pedir, o problema é saber o que está dentro da causa de pedir. A pergunta a respeito do que está inserido na causa de pedir, em determinada perspectiva, tem íntima relação com o chamado princípio do deduzido e do dedutível ou com a eficácia preclusiva da coisa julgada. Isso porque se reputa dedutível o que está inserido na causa de pedir. O que faz parte da causa de pedir, tenha ou não sido expressamente deduzido pelo autor, presume-se deduzido.

De acordo com o art. 474 do CPC, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Assim, todas as alegações deduzidas, bem como as dedutíveis – porque mantêm relação direta com o material da demanda, ainda que não tenham sido postas em juízo ou analisadas pelo juiz – presumem-se apresentadas pela parte e conhecidas pelo juiz.

Exatamente o mesmo problema é colocado quando se indaga a respeito das alegações que ficam preclusas, ainda que não deduzidas, após o trânsito em julgado. Assim, por exemplo, tratando-se de ação de despejo fundada em uso inadequado do imóvel, poderá o locador, em caso de improcedência, propor outra ação sob a alegação de não pagamento dos aluguéis? Proposta ação de ressarcimento sob a alegação de que o réu, ao colidir com o veículo do autor, desrespeitou o sinal vermelho, poderá o autor, tendo sido vencido na demanda, voltar a juízo alegando que o réu estava dirigindo embriagado? E se o autor descobrir que o réu agiu com dolo, tendo lhe causado prejuízo com intenção deliberada? Afinal, o que define as alegações que se tornam preclusas com o trânsito em julgado da sentença? Tais alegações seriam aquelas que dizem respeito à norma jurídica contemplada como fundamento para o pedido? Seriam apenas as circunstâncias acessórias, que acompanham o fato principal que compõe a causa de pedir?

É fácil perceber que, no exemplo da ação de despejo, a segunda ação é totalmente viável, já que baseada em outra causa de pedir. Na hipótese da ação de ressarcimento, não há como admitir a alegação posterior de que o réu estava embriagado, mas é possível nova ação fundada em dolo. Isso porque o estado de embriagado faz parte da causa de pedir consistente no fato de ter o réu agido com culpa, mas a intenção deliberada de trazer prejuízo não

faz parte da primitiva causa de pedir, abrindo ensejo a ação sob a alegação de que o réu atuou com dolo.

Trata-se de questão de lógica. Uma vez que, na elaboração da petição inicial, devem estar presentes, a título de causa de pedir, somente os elementos relacionados ao específico fundamento – fatos jurídicos necessários e suficientes para ensejar certo efeito jurídico –, apenas os fatos relacionados a esta causa de pedir deverão ser deduzidos. Outros fatos, ainda que possam subsidiar outra causa de pedir, são totalmente impertinentes, e, assim, não podem figurar na narrativa apresentada na petição inicial e ser apreciados no julgamento da causa. Por conseguinte, sendo alegações alheias à causa de pedir, e assim não estando sujeitas à decisão judicial, não podem vir a ser consideradas preclusas diante do trânsito em julgado da sentença de mérito.

De modo que a preclusão, capaz de operar em razão do art. 474 do CPC, diz respeito apenas às alegações concernentes à mesma causa de pedir. Somente as alegações internas à causa de pedir são apanhadas por tal efeito preclusivo, de forma a se tornarem não dedutíveis em ação posterior. Nenhuma questão não pertencente a uma específica ação, ainda que relacionada indiretamente a ela – porque correspondente a outra causa de pedir passível de gerar o mesmo pedido ou porque concernente a pretensão de outra parte sobre o mesmo objeto etc. –, pode ficar sujeita à eficácia preclusiva.

Por outro lado, o juiz, ao instruir o processo, não pode tomar em conta alegação não pertencente à causa de pedir. Assim, não cabe ao juiz, na audiência preliminar, fixar como controvertido um fato que não se relaciona com o fato principal ou com a causa de pedir.

Todavia, é chegado o momento de esclarecer a relação entre a delimitação dos fatos pela causa de pedir com o tema dos precedentes. Na verdade, o que se pretende saber, quando são frisadas as ideias i) de que as alegações contidas na causa de pedir reputam-se deduzidas e ii) de que as alegações nela não presentes não podem ser julgadas, é i) se a *ratio decidendi*, derivada de caso em que não se fez determinada alegação, aplica-se a caso posterior, em que esta alegação esteja sendo feita, e ii) se o juiz pode considerar fato não invocado na ação, mas considerado no precedente.

No *common law* faz-se raciocínio inverso. Importa verificar os limites da *ratio decidendi*, bem como a assimilação entre os fatos, para saber se esta incide sobre o caso sob julgamento. Recorde-se do caso *Rylands v. Fletcher*, em que Fletcher contratou empreiteiro para construir reservatório em sua propriedade, cuja água vazou e atingiu as terras do vizinho. Em casos posteriores, discus-

tiu-se sobre o perfil da *ratio decidendi* formada neste caso, especialmente se a *ratio* firmou a doutrina da responsabilidade absoluta (*absolute liability*) ou se, para declarar a responsabilidade do proprietário, considerou a negligência do empreiteiro. Note-se que se a Corte, para declarar a responsabilidade, considerou a negligência do empreiteiro, ela não afirmou a responsabilidade objetiva do proprietário pelos danos decorrentes de atos gerados a partir da sua propriedade. Ela teria declarado a responsabilidade do proprietário por atos negligentes praticados pelo contratado em sua propriedade.

Goodhart, ao analisar *Rylands v. Fletcher*, entendeu que o fato de o empreiteiro ter atuado com negligência não constituiu fato material ou fundamental para a Corte decidir. A Corte, na verdade, teria ignorado a questão da negligência do empreiteiro, e, portanto, ao invés de responsabilizar o proprietário pela negligência do seu contratado, instituiu a doutrina da responsabilidade absoluta (*absolute liability*).<sup>70</sup>

Assim, a questão da negligência, por não ser fato material, não importaria para a delimitação da *ratio decidendi*. Mas fato material não se confunde com fato essencial ou que dá base à causa de pedir. Fato material é um fato da causa, considerado a partir do raciocínio e das razões do juiz como fundamental à solução do caso. O fato material importa para delimitação da *ratio* e para a investigação a respeito da sua aplicação a caso subsequente. Mas não tem relevância para a identificação da coisa julgada e para a análise sobre a possibilidade da sua alegação em ação posterior.

Se o lesado, ao formular a ação de ressarcimento, alega que o proprietário é responsável porque o seu contratado agiu com negligência, o juiz não pode condená-lo se não ficar evidenciada e considerada a negligência como fator determinante do dano. Se a ação é proposta sob o fundamento de que o proprietário é responsável pelos atos derivados da sua propriedade, sem que se faça a alegação respeitante à negligência do contratado, o juiz não poderá condenar o proprietário em virtude da negligência. Há, nesta situação, duas causas de pedir distintas. A negligência do contratado não é simples fato que se insere na outra causa de pedir. De modo que, se o lesado não alegar negligência na primeira ação e receber sentença de improcedência, poderá propor outra ação de ressarcimento com base na negligência do empreiteiro contratado, o mesmo valendo para a hipótese de exclusiva alegação de ne-

---

70. Goodhart, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case, *Essays in jurisprudence and the common law*, cit., p. 17-18.

glicência na primeira ação. Não há incidência do princípio do deduzido e do dedutível.

Note-se que a espécie técnico-jurídica fato material ou fundamental tem a ver com a necessidade ou suficiência para se chegar à conclusão. Portanto, um fato pode ter sido alegado, e constituir causa de pedir autônoma, e não ser considerado como necessário ou suficiente, já que outro fato ou outra causa de pedir teria sido necessário ou suficiente para a decisão. Aliás, foi o que ocorreu em *Rylands v. Fletcher*, pois se ignorou a negligência ao se supor que bastaria, para a responsabilização, o fato de o dano advir do reservatório construído na propriedade de Fletcher.

Na verdade, a distinção entre a qualidade atribuída aos fatos (material e incluído na causa de pedir) repousa nas diferentes intenções em que estão envolvidos. Quando se indaga se um fato é material, deseja-se esclarecer os limites da *ratio decidendi* ou se o fato contido em caso posterior foi considerado no precedente. Se o réu se defende alegando que o seu contratado não foi negligente, obviamente interessa ao autor que a Corte que possui o caso nas mãos – a *instant Court*, nos termos do *common law* – entenda que a primitiva Corte não tomou em consideração a negligência para julgar. Enquanto isso, quando se pergunta se um fato integra causa de pedir, quer-se apenas esclarecer se tal fato está acobertado pela coisa julgada, ou melhor, pela eficácia preclusiva da coisa julgada, com a qual o princípio do deduzido e do dedutível tem estreita ligação e similitude. Se o réu alega as duas questões para responsabilizar o réu e recebe decisão final de improcedência, não lhe é possível propor ação com base em qualquer dos fatos. Mas se o autor alega causa de pedir – por exemplo, a culpa do réu – e deixa de alegar fato que nela está integrado, a improcedência o impede de propor nova ação alegando o fato que poderia ter sido deduzido para evidenciar a culpa, aplicando-se o princípio do deduzido e do dedutível e incidindo a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Diante do que acaba de ser dito, a pergunta de se a *ratio decidendi*, derivada de caso em que não se fez determinada alegação, aplica-se a caso posterior, em que esta alegação esteja sendo feita, torna-se mais simples. Nesta situação não se fala de princípio do deduzido e do dedutível e de eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, pouco importa se a alegação que deixou de ser feita está ou não contida na causa de pedir da ação que deu origem ao precedente. Ora, não se está pretendendo fazer valer a coisa julgada, mas apenas aplicar a *ratio decidendi*. O fato que a Corte não considerou ao desenhar o precedente, tenha ou não sido alegado pela parte, constitui fato

imaterial ou não fundamental, de modo que a *ratio decidendi* não lhe diz respeito. Quando esta alegação for feita em caso posterior envolvendo outras partes – exatamente por não estar obstaculizada pela eficácia preclusiva da coisa julgada ou pelo princípio do deduzido e do dedutível –, caberá realizar uma tarefa de distinção dos casos, demonstrando-se que a nova alegação, feita no caso sob julgamento, não foi considerada como fato material no primitivo caso, que deu origem ao precedente.

Com o *distinguished* a solução respeitante à aplicação da *ratio* pode variar. Caso a questão que se formou em razão da nova alegação possa ser vista de maneira autônoma, sem prejudicar a análise daquela já enfrentada no precedente, existirão duas questões, devendo o precedente ser aplicado para permitir ao juiz dar à questão, idêntica ou semelhante à já definida, a mesma solução. No entanto, se a nova alegação não formar questão autônoma, mas estiver presa ao fundamento apreciado no caso que deu origem ao precedente, não haverá como aplicá-lo. Na última hipótese, a nova alegação, ao exigir o *distinguished*, não deixa espaço para que a questão seja solucionada mediante a aplicação do precedente. Aqui, impõe-se o exame da mesma questão, mas a partir de outra perspectiva. Há um novo fato material ou fundamental, pouco importando se este fato estava ou não integrado na causa de pedir do caso primitivo. Isso simplesmente porque o princípio do deduzido e do dedutível apenas serve para se delimitar a coisa julgada material, que diz respeito à segurança jurídica entre as partes de um mesmo litígio, nada tendo a ver com a *ratio decidendi*, que objetiva assegurar a todo e qualquer jurisdicionado igualdade de tratamento perante o juiz.

Portanto, é sempre possível fazer nova alegação, respeitante à mesma causa de pedir da ação que deu origem ao precedente, para se tentar obter solução diversa daquela a que se chegou no caso em que instituída a *ratio*. Se o novo argumento ou fato mostrar que o caso sob julgamento é diverso, será feito o *distinguished*, deixando-se de aplicar o precedente. De outra parte, a indagação de se o juiz pode considerar fato (fundamento) não invocado na ação, mas considerado no precedente, exige a verificação de se tal fato está embutido na causa de pedir da ação sob julgamento. Se o fundamento ou fato está presente na causa de pedir, embora não expressamente alegado pela parte, ele pode ser considerado pelo juiz. Tratando-se de fato que deve ser esclarecido mediante prova, o juiz pode fixá-lo como controvertido de ofício, na audiência preliminar, determinando a produção de prova para esclarecê-lo. Não obstante, se o fundamento considerado no precedente constitui causa de pedir distinta da apresentada pela parte na ação em desenvolvimento, o juiz obviamente não pode tomá-lo em conta para decidir.



A mesma lógica governa as alegações do réu. De acordo com o art. 300 do CPC, “compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”. O art. 302, um pouco depois, estabelece o ônus de o réu impugnar, na forma especificada, as alegações de fato do autor. Passada em julgado a sentença contrária ao réu, tudo o que por ele foi deduzido, ou poderia ter sido deduzido, reputa-se repellido, não mais podendo ser alegado para o efeito de se tentar subverter a decisão (eficácia preclusiva da coisa julgada). Frise-se que o art. 474 do CPC é expresso no sentido de que, ocorrido o trânsito em julgado, reputa-se deduzido e repellido não só o que o autor poderia invocar para o acolhimento do pedido, mas também o que o réu poderia opor à sua rejeição.

Assim, como incumbe ao réu apresentar todas as defesas para a rejeição do pedido, não poderá o juiz tomar em conta argumento ou fato que não faça parte da defesa, ainda que tenha sido expressamente considerada pelo tribunal quando da elaboração do precedente.

Contudo, o não acolhimento das alegações do réu, em determinado precedente, não impede que parte distinta alegue outro fundamento para convencer o tribunal de que a *ratio decidendi*, então elaborada, não pode ser aplicada ao caso sob julgamento. Novamente incumbirá à parte realizar a distinção dos casos, demonstrando que a nova alegação, feita no caso sob julgamento, não foi considerada como fato material no primitivo caso.

Outro ponto interessante se relaciona com a pergunta a respeito da diferença entre alegar novo argumento de direito para ver o precedente não aplicado e invocar fato que torna os casos diferentes, seja porque no primeiro está presente fato que não se encontra no caso sob julgamento, seja porque fato que aparece no novo caso não fez parte daquele em que o precedente foi elaborado. Na situação em que se alega novo fato para que o precedente não seja aplicado, demonstra-se que o novo caso não é igual àquele em que o precedente foi instituído, e, na hipótese em que se alega que, no primeiro caso, estava presente fato que não está no caso sob julgamento, também se está evidenciando a disparidade entre os casos. Não obstante, nem mesmo a alegação de novo fundamento de direito elimina a técnica da “distinção”. Isso porque a aproximação dos casos, quando se pensa em aplicação de precedentes, não depende apenas dos fatos alegados, mas também das razões jurídicas invocadas pela parte e consideradas pelo juiz.

De qualquer forma, é inegável que existem situações em que a parte simplesmente diz que no caso sob julgamento não está presente – ou está

presente – fato ou fundamento considerado – ou não considerado – no caso que deu origem ao precedente. Nesta última dimensão é interessante pensar no caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, em que se discutiu sobre a responsabilidade do banco por ato fraudulento de seu gerente. Como a Corte, no julgamento deste caso, aludira ao fato de que a fraude teria beneficiado o banco, questionou-se em caso posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, se a responsabilização do empregador exige que o ato fraudulento – praticado pelo empregado – lhe traga benefício, e, assim, sobre a exata extensão da *ratio decidendi* do caso *Barwick*. Sem dúvida, a adequada interpretação do precedente era fundamental para se saber o exato alcance da responsabilidade que fora declarada. Definição restritiva da *ratio decidendi*, no sentido de que do ato teria de advir benefício ao empregador, tornaria o precedente do caso *Barwick* favorável ao empregador em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, uma vez que, no último caso, o empregador se defendeu alegando que o ato fraudulento, praticado pelo seu empregado, não lhe trouxe qualquer benefício. Ao julgar o caso *Lloyd*, a *House of Lords* entendeu que a alusão a benefício foi meramente acidental diante dos fatos que estavam à vista da Corte em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, não constituindo parte da *ratio decidendi*, e, assim, deu ganho de causa a *Lloyd*, declarando a responsabilidade do empregador por ato praticado por seu empregado durante o serviço, independentemente de outro fator.<sup>71</sup>

Considerando-se a doutrina de Goodhart, o benefício ao empregador não é um fato material ou fundamental. Como no caso *Barwick* a Corte não considerou, para decidir pela responsabilidade, a questão do benefício advindo ao empregador em virtude do ato praticado pelo seu empregado, a defesa no sentido de que o empregador não fora beneficiado pelo ato do seu empregado não teve relevância no caso *Lloyd*. Nesse caso, entendeu-se que, no caso *Barwick*, a Corte decidiu que a responsabilidade prescinde de cogitação acerca do impacto do ato – se benéfico ou não – sobre o empregador.

Contudo, isso não quer dizer, obviamente, que o réu não poderia deduzir a defesa de que não fora beneficiado pelo ato fraudulento para tentar evitar a aplicação do precedente firmado em *Barwick*. Em *Lloyd*, a defesa argumentou que a decisão, em *Barwick*, admitiu que, para responsabilizar o empregador, a fraude teria de beneficiá-lo. É exatamente esta falta de benefício que, em *Lloyd*, militaria em favor do réu, distinguindo os casos.

---

71. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 43.

### **3.5. Ação declaratória de (in)constitucionalidade e aplicação do precedente. Da coisa julgada erga omnes à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão**

Discute-se no direito brasileiro acerca dos limites objetivos da eficácia vinculante, perguntando-se se esta atinge os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade – e assim incide em casos em que se discutem normas similares – ou é restrita, como a coisa julgada material, à parte dispositiva da decisão.

Ao se falar em eficácia vinculante da fundamentação se está generalizando, de modo atécnico, a eficácia vinculante ou obrigatória atribuída, no *common law*, a toda e qualquer *ratio decidendi*. É compreensível. Tendo sido constatado, em meio à névoa da doutrina processual clássica do *civil law*, a obviedade de que o tribunal não revela o seu entendimento apenas no dispositivo, é preciso desenvolver uma teoria jurídica que não só explique a razão para se atribuir eficácia obrigatória ao que está na fundamentação, mas que também se desenvolvam critérios capazes de permitir a identificação daquilo que, na fundamentação, efetivamente expressa o pensamento do tribunal acerca da questão constitucional levada ao seu conhecimento.

Cabe ao Ministro Gilmar Mendes o grande mérito de ter desenvolvido o assunto a partir do direito alemão. Aludindo à ideia de “eficácia transcendente da motivação”, o Ministro fez ver que esta eficácia está umbilicalmente ligada à própria natureza da função desempenhada pelos tribunais constitucionais, além de ser absolutamente necessária à tutela da força normativa da Constituição.

Com a expressão “eficácia transcendente da motivação” se pretende passar o significado de eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, têm grande semelhança com a já decidida e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional *X* foi considerada inconstitucional em virtude das razões *Y*, a norma constitucional *Z*, porém substancialmente idêntica a *X*, exige a aplicação das razões *Y*.

A expressão “motivos determinantes da decisão”, em princípio tomada como sinônima da enunciada por “eficácia transcendente da motivação”, contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*. Isso porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro *link* entre os motivos e a decisão. Os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou trans-

cedente – apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia. E os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*.

Feitas essas considerações, é indispensável recorrer ao pensamento do Supremo Tribunal Federal, considerando-se, em particular, a Reclamação 1.987, o *leading case* sobre o tema da eficácia transcendente da fundamentação.<sup>72</sup> Nesta Reclamação afirmou-se que a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10.<sup>a</sup> Região, ao determinar o sequestro de verba do Distrito Federal para o pagamento de precatório, desrespeitou decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.662.

Esta ADIn, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, teve como objeto a IN 11/1997, do Tribunal Superior do Trabalho, que cuidou da uniformização dos “procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado, contra a União Federal (administração direta), autarquias e fundações”. A IN 11/1997-TST, em seus itens III e XII, equiparara à hipótese de preterição do direito de preferência a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente devedor, assim como a de pagamento a menor, ou realizado fora do prazo, permitindo, nestas hipóteses, o sequestro de verba pública para o pagamento de dívidas judiciais trabalhistas. A ADIn voltou-se exatamente contra esta autorização, asseverando-a inconstitucional. No curso da ADIn, foi promulgada a EC 30/2000, que alterou determinadas regras relativas aos precatórios, mas nada modificou quanto ao tema então em discussão. Ao julgar o mérito da ADIn, o Supremo Tribunal Federal advertiu que a EC 30 não trouxe qualquer alteração à disciplina do sequestro no âmbito dos precatórios trabalhistas, decidindo que este somente estaria autorizado pela Constituição Federal no caso de preterição do direito de preferência, sendo inadmissível em qualquer outra situação.

Porém, a decisão da Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10.<sup>a</sup> Região não se ancorou na IN 11/1997-TST, mas se fundou na EC 30. Nesta situação, como é óbvio, a Reclamação não poderia ser julgada procedente com base no fundamento de que a decisão do TRT-10.<sup>a</sup> Região teria desrespeitado a parte dispositiva da decisão proferida na ADIn. A procedência da Reclamação apenas poderia se apoiar em desrespeito aos fundamentos ou às razões que o Supremo Tribunal Federal adotou para pronunciar a inconsti-

---

72. V. Mello, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148 e ss.

tucionalidade. Portanto, na Reclamação restou em jogo decidir se os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade ou a sua *ratio decidendi* teriam força obrigatória de modo a evidenciar que a decisão do TRT-10.<sup>a</sup> Região teria desrespeitado a decisão proferida na ADIn.

A Reclamação, após grande discussão entre os ministros, foi julgada procedente por maioria de votos. Na parte que interessa, a ementa do acórdão tem a seguinte redação: “Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, 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 o desenvolvimento da ordem constitucional”.<sup>73</sup>

O relator da Reclamação, Ministro Maurício Correa, afirmou que “a questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADIn 1.662, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes”.<sup>74</sup> Em termos mais claros, quis dizer o ministro relator que a decisão contra a qual se reclamou contrastou com os motivos determinantes da decisão proferida na ADIn.

Acompanharam o ministro relator, admitindo a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluzo, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Divergiram, não admitindo que os fundamentos pudessem ter efeitos vinculantes, os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Mário Velloso.<sup>75</sup>

O Ministro Carlos Velloso negou a abrangência da eficácia vinculante aos fundamentos e, por isso, não poderia ter admitido que a decisão do

---

73. STF, Pleno, Rel 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.

74. Idem.

75. Na Reclamação 4.219 existiam nove votos tratando da questão quando, em virtude do falecimento do reclamante, julgou-se prejudicado o pedido. Tinham votado pela admissibilidade da reclamação os Ministros Eros Grau, Cezar Peluzo, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Em sentido contrário, votaram os Ministros Joaquim Barbosa (relator), Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Carlos Brito e Cármen Lúcia. Restavam os votos dos Ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio. Ou seja, a questão é objeto de vivo dissenso no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

TRT da 10.<sup>a</sup> Região, baseada na EC 30, desconsiderou a eficácia vinculante da decisão proferida na ADIn 1.662, que declarou a inconstitucionalidade de ato normativo do TST. Eis o que disse o ministro: “Não me oponho, Sr. Presidente, a esse efeito vinculante, que considero inerente à natureza da decisão proferida na ação direta. Quando esse efeito vinculante ficou expresso, na Constituição, com a EC 03/1993 – CF, art. 103, 2º –, relativamente à ADC, afirmei que a EC 03/1993 apenas explicitou algo já existente, implicitamente. Esse entendimento, mais recentemente, veio a predominar nesta Corte. Deve ficar claro, entretanto, que o efeito vinculante está sujeito a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos”.<sup>76</sup> O Ministro Velloso, embora tenha afirmado que o efeito vinculante é “inerente à natureza da decisão proferida na ação direta”, evidencia que, na sua concepção, este efeito incide sobre o dispositivo da decisão e não sobre os seus fundamentos.

O Ministro Carlos Britto, ao proferir o seu voto, disse que acompanharia o voto do relator, mas “observando o limite objetivo da reclamação”.<sup>77</sup> O Ministro Pertence, mostrando-se incomodado com a atribuição de eficácia vinculante aos fundamentos da decisão, ponderou em tom de alerta: “O que parece é que realmente esta é uma decisão do maior relevo. Transformamos em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão...”.<sup>78</sup>

O Ministro Marco Aurélio argumentou que a atribuição de efeito vinculante à fundamentação equivaleria à admissão de coisa julgada em relação aos fundamentos da decisão, o que – prosseguiu – não seria admitido nem mesmo no campo civil, uma vez que o art. 469 do CPC é claro ao limitar a coisa julgada à parte dispositiva da sentença.<sup>79</sup>

Reconhecidamente favorável à tese da eficácia transcendente da fundamentação, o Ministro Gilmar Mendes lembrou a literatura alemã, advertindo

---

76. STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Carlos Velloso.

77. Idem, voto do Ministro Carlos Britto.

78. Idem, manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence.

79. “Mas, Senhor Presidente, há mais na hipótese: verificamos que o fator cronológico é contrário à admissibilidade, como já ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, desta reclamação. Por que? Porque na ADIn 1.662 – se não me falha a memória –, cujo acórdão se diz descumprido, fulminamos um ato de 1997, e a base da decisão proferida pela louvável Justiça do Trabalho é um diploma posterior, é a EC 30, de 2000. Mas parte-se para o princípio da transcendência – e, aí vislumbra-se a coisa julgada quanto aos fundamentos da decisão da Corte. Nem mesmo no campo civil temos coisa julgada de fundamentos. A coisa julgada diz respeito, de início – como está no art. 469 do CPC – à parte dispositiva do julgado” (STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Marco Aurélio).

que, embora na Alemanha exista discussão acerca dos limites objetivos dos efeitos vinculantes – se abrangentes da fundamentação ou apenas do dispositivo –, a razão de ser do § 31<sup>80</sup> da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão teria sido a de dotar as suas decisões de uma eficácia transcendente, que, caso fosse limitada ao dispositivo da decisão, não teria muito a acrescentar à função desempenhada pela coisa julgada material, além de diminuir significativamente a contribuição que o Tribunal Constitucional pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional.<sup>81</sup>

Merece destaque a lembrança do Ministro Gilmar Mendes à doutrina de Klaus Vogel, que, embora aludindo à coisa julgada, disse que a sua extensão iria além do dispositivo para abranger o que designou de “norma decisória concreta”. Essa seria a “ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes”.<sup>82</sup>

Na verdade, Vogel está misturando coisa julgada com eficácia vinculante ou obrigatória, ou melhor, está rotulando a força obrigatória das decisões, peculiar ao *common law*, de coisa julgada, ou, ainda mais precisamente, está conferindo à fundamentação o que o *common law* atribui à *ratio decidendi*.

É certo que a limitação da coisa julgada material à parte dispositiva constitui uma opção técnica no âmbito do *civil law*. É possível impedir às partes, em dado sistema de *civil law*, a rediscussão dos fundamentos da decisão. Porém, há que se notar que este obstáculo apenas atinge as partes, a menos que se pense em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos, o que equivaleria, em substância, a abandonar o instituto da coisa julgada para tratar de outra questão, em que também importaria a obrigatoriedade dos fundamentos, mas em dimensão e perspectiva completamente distintas.

A coisa julgada nada tem a ver com a intenção de se permitir igual solução a casos semelhantes. O conceito de Vogel deve a sua originalidade à concepção de *ratio decidendi*. Note-se que, assim como a *ratio decidendi*, a “norma decisória concreta” está à distância do dispositivo e dos fundamentos. Para permitir a decisão de casos semelhantes, tanto a *ratio decidendi* quanto

---

80. As decisões do Tribunal Constitucional alemão têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, nos termos do § 31, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. (No original: “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”).

81. STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Gilmar Mendes.

82. Idem, cf. voto do Ministro Gilmar Mendes.

a norma decisória concreta devem constituir uma espécie de “extrato significativo da fundamentação”.

Porém, não obstante a equivocada assimilação entre eficácia vinculante e coisa julgada, o conceito de Vogel, quando bem visto, contém um *plus* significativo em relação à ideia de eficácia vinculante ou transcendente da fundamentação. É que a ideia de norma decisória concreta diz respeito à porção da fundamentação em que se identifica o motivo pelo qual se decidiu e, portanto, ao o isolamento de uma parte significativa da fundamentação, deixadas de lado aquelas que não importam como razões de decidir, que, assim, são *obiter dicta*.

Como se vê, o conceito de Vogel se aproxima do de “motivos determinantes da decisão”, visto que o qualificativo “determinante” supõe o motivo como imprescindível e essencial, e, desse modo, como não supérfluo, restando em uma só dimensão, guardadas as suas particularidades, as ideias de *ratio decidendi*, norma decisória concreta e motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão.<sup>83</sup>

Ao se colocar os conceitos de norma decisória concreta e de motivos determinantes da decisão na mesma dimensão do de *ratio decidendi*, deseja-se apenas evidenciar a importância de se extrair da fundamentação o que realmente levou o tribunal a decidir, bem como sublinhar que a não identificação desta porção da fundamentação gera incerteza, colocando em sério risco a segurança jurídica e a própria missão que se quer atribuir aos tribunais com a extensão dos efeitos vinculantes.

Os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.

---

83. Este é um ponto de congruência entre os sistemas americano e alemão. Tanto num quanto noutra só irradiam efeitos vinculantes os motivos determinantes da decisão, isto é, a própria *ratio decidendi*, e não as questões ditas de passagem (*obiter dicta*), como de resto também reconhece o nosso Supremo Tribunal Federal (STF, *Informativo* 335).



Nesta dimensão, de qualquer forma, não há razão para não admitir a adoção da *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes de decisão de inconstitucionalidade em caso em que se impugne norma de conteúdo similar. Aliás, embora o art. 102, § 2º, da CF afirme que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, têm eficácia vinculante “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário”, e, portanto, não sobre o próprio Supremo Tribunal Federal, parece inquestionável que as *rationes decidendi* das decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – seja em controle concentrado, seja em controle difuso – não podem deixar de ser por ele observadas. Entendimento contrário daria ao Tribunal a que incumbe a tarefa de interpretar a Constituição, zelando pela sua força normativa, a possibilidade de negar a sua importante missão para a estabilização da ordem jurídica constitucional.

Como é óbvio, não se quer dizer com isso que o Supremo Tribunal Federal não possa, diante da alteração da realidade social, da evolução da tecnologia ou da própria transformação da compreensão do direito (o que não se confunde com o mero repensar o direito), entender que os fundamentos das suas decisões perderam consistência, e que, assim, os seus precedentes devem ser revogados. Isso é plenamente viável no *common law*. Aliás, isso sempre foi praticado nos Estados Unidos.

No *common law*, os precedentes são revogados fundamentalmente mediante o que se denomina de *overruling*. Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões. Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais “motivos novos”, é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida.

Para dar concretude ao princípio de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira, é necessário atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, isolando-se, em outras palavras, a sua *ratio decidendi*. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante da fundamentação, eis a realidade que se impõe diante da imprescindibilidade de preservar e proteger a igualdade diante da jurisdição e a força normativa da Constituição.

### 3.6. Elementos para a caracterização da *obiter dicta* no direito brasileiro

Não basta simplesmente constatar que os fundamentos não efetivamente discutidos constituem *obiter dicta*. Nem mesmo há como pensar que *obiter dicta* são apenas os fundamentos não adequadamente discutidos. É preciso verificar, antes de tudo, se o fundamento podia ser discutido e se a decisão tomada exigia a sua discussão.<sup>84</sup> Desse modo, torna-se inclusive mais claro e objetivo o raciocínio que se deve percorrer para a determinação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta*.

Os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são, inegavelmente, *obiter dicta*. O mesmo se passa em relação aos fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez. Os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão.

Todavia, como os frutos dessas discussões podem se sedimentar, dando origem à procedência do pedido ou mesmo ao provimento do recurso, aquilo que, em tese e à primeira vista, é *obiter dictum* pode se transformar em *ratio decidendi*. O pedido, a causa de pedir ou o fundamento que não poderiam ser apreciados, embora gerem sentenças passíveis de rescisão – seja por violação ao princípio da adstrição ao pedido e à causa de pedir ou aos princípios do contraditório e ao que veda as chamadas “decisões surpresa” –, podem dar origem a decisões transitadas em julgado e, inclusive, a decisões soberanamente transitadas em julgado, passados dois anos sem a propositura de ação rescisória. Assim, é possível pensar nas razões que especificamente conduziram a tais decisões, isolando-se as suas *rationes decidendi*, embora estas

---

84. O Superior Tribunal de Justiça, ao realizar juízo de admissibilidade de recurso especial, já aludiu à distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Veja-se acórdão de relatoria da Ministra Denise Arruda: “Processual civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Recurso especial – Administrativo – Energia elétrica – Interrupção do serviço. 1. O Tribunal local, embora reconhecendo que é indevida a manutenção do serviço em comento quando inadimplente o usuário, com base nas peculiaridades do caso concreto, entendeu que o ‘direito à saúde merece maior destaque em relação às demais situações’, fazendo referência expressa ao art. 196 da CF/88. A eliminação de tal premissa importa necessariamente a conclusão de que seria viável a interrupção do serviço. 2. Desse modo, a premissa referida não constitui mero *obiter dictum*, como argumenta a agravante, mas *ratio decidendi*, que deveria necessariamente ser impugnada pela via adequada (recurso extraordinário). Tal descuido obsta o exame do recurso especial (Súmula 126/STJ). 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, 1.<sup>a</sup> T., AgRg no Ag 739535, rel. Min. Denise Arruda, DJ 07.11.2006).

possam merecer menos crédito. E isso, é claro, quando as questões tiverem sido efetivamente discutidas por todos os integrantes do órgão colegiado, pressuposto sem o qual, aliás, nenhum pronunciamento, ainda que relativo a pedido e causa de pedir invocados e discutidos pelas partes, pode vir a constituir *ratio decidendi*.

Mais difícil, sem dúvida, é isolar o fundamento que, independentemente de ter sido alegado e discutido pelos juízes, era desnecessário à tomada da decisão. É certo que, quando um fundamento é desnecessário para se chegar à solução de dada questão, em regra ele não é tomado a sério e efetivamente discutido pelos juízes, caracterizando-se facilmente, dessa forma, como *obiter dictum*. Entretanto, tal regra tem exceções. Daí a importância de se analisar a conhecida definição de Rupert Cross, celebrizada no *common law*, de 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.

É preciso esclarecer em que termos se deve ter a decisão para a qual a *ratio decidendi* constitui passo necessário. Importa perceber que o passo necessário, ou a premissa ou as razões no curso do raciocínio decisório, não diz respeito à “decisão do caso” vista em abstrato, mas se refere à específica decisão tomada pelo juiz ou pela Corte em determinado caso.

De modo que, para individualizar o passo necessário, não basta relacioná-lo, por exemplo, com a solução do recurso, mas com a decisão que deu ou negou provimento ao recurso, e, mais do que isso, com o raciocínio decisório empreendido pela Corte para lhe dar ou lhe negar provimento. Assim, se a Corte, ao dar provimento ao recurso do réu, decide pela decadência do direito do autor, obviamente não importam as alegações de que, interpretando-se de determinada maneira a norma *x* ou considerando-se a tese *y*, o réu não poderia ser condenado. Tais alegações não constituem passo necessário à decisão de decadência.

Porém, se o tribunal, para dar provimento ao recurso e condenar o réu a pagar, pode interpretar a norma *x* de determinada forma ou admitir a tese *y*, seria possível dizer que as razões relacionadas à admissão da tese *y* não importam porque o recurso foi provido com base na interpretação da norma *x*. Em verdade, é possível dizer que a admissão da tese *y*, neste caso, não é um passo necessário.

Entretanto, o fato de um fundamento (por exemplo, a admissão da tese *y*) ser suficiente ao provimento do recurso não garante que as razões que o

apreciaram possam dar origem a uma *ratio decidendi*. Aliás, no caso em que existem duas razões suficientes, é preciso que ambas, para poderem ser reconhecidas, tenham sido adequadamente discutidas pelos membros do colegiado.

Há um julgado do Superior Tribunal de Justiça que, por sua repercussão no meio forense, oferece interessante exemplo de *obiter dicta*. Trata-se de julgado que tratou da interpretação do art. 475-J do CPC, mais precisamente a respeito da necessidade de intimação do condenado para a incidência da multa de 10% diante do não pagamento no prazo de quinze dias. No REsp 954.859, decidiu-se que a multa incidiria independentemente de intimação pessoal do condenado.<sup>85</sup> O relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, assim argumentou: “Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo”.<sup>86</sup> Note-se que o Tribunal não estava julgando a responsabilidade do advogado, mas somente analisando a necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa.<sup>87</sup> De modo que a observação do relator, no sentido de que o advogado se torna responsável pela multa ao não informar seu constituinte sobre a condenação – certa ou não –, é verdadeiro *obiter dictum*, configurando-se como mero argumento lateral, à margem da questão que estava sendo discutida, de solução desnecessária para se chegar à

---

85. STJ, 3.<sup>a</sup> T., REsp 954.859, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007.

86. Idem.

87. “Lei 11.232/2005 – Art. 475-J, CPC – Cumprimento da sentença – Multa – Termo inicial – Intimação da parte vencida – Desnecessidade. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%” (STJ, 3.<sup>a</sup> T., REsp 954.859, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007).

decisão do recurso. Conseqüentemente, esta observação, de que o advogado é responsável pela multa do art. 475-J, jamais poderá ser invocada como precedente ou *ratio decidendi*.

O Supremo Tribunal Federal, no AgRg na Rcl 2.475, também discutiu questão de grande relevância quando se discute a respeito de *obiter dicta*. Mediante esta Reclamação, afirmou-se que a 2.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg em REsp 429.610/MG, teria desrespeitado a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 1/DF, em que se entendeu que a LC 70/1991 – que concedeu isenção para as sociedades civis prestadoras de serviços profissionais – é materialmente ordinária e apenas formalmente complementar. A 2.<sup>a</sup> Turma do STJ concluiu que a revogação da isenção da Cofins não poderia ocorrer por lei ordinária, sob pena de lesão ao princípio da hierarquia das leis. Argumentou a reclamante que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 1/DF, “considerou que a Constituição da República não exige lei complementar para disciplinar a Cofins, motivo pelo qual se deve ter a LC 70/1991, que a instituiu, como uma lei apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária. A consequência desse fundamento é o de admitir que lei ordinária venha a alterar os dispositivos da referida lei complementar, justamente o que fez o art. 56 da Lei 9.430/1996, que revogou a isenção da Cofins concedida no inc. II do art. 6º da LC 70/1991 para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais”.<sup>88</sup>

A liminar requerida na Reclamação foi negada, quando se disse que a decisão proferida na ADC 1/DF “não assentou ser a LC 70/1991 lei complementar simplesmente formal. É verdade que no voto do Ministro relator isso foi dito (RTJ 156/745). Trata-se, entretanto, de um *obiter dictum*. Também no meu voto expressei *obiter dictum* igual (RTJ 156/745). Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autoriza o deferimento da liminar”<sup>89</sup> (decisão objeto do agravo regimental, da lavra do Ministro Carlos Velloso).

A reclamante, no agravo regimental interposto contra esta decisão, sustentou que, quando o Supremo Tribunal Federal declarou, para considerar a Cofins constitucional, que se estava diante de uma lei apenas formalmente complementar, ele expôs um motivo determinante e não um *obiter dictum*.

---

88. Acórdão proferido no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

89. Idem.

O relator originário do agravo regimental, Ministro Carlos Velloso, disse que, “por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a LC 70/1991 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir *extra petita*. É verdade que, no voto do Ministro relator, foi dito que a contribuição poderia ser instituída por lei ordinária e que ‘essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que não são objeto dessa ação – é materialmente ordinária’ (RTJ 156/745). Também no meu voto isso afirmei (RTJ 156/752). Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, *obiter dictum*. De um modo ou de outro – fundamento ou *obiter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”.<sup>90</sup>

O Ministro Marco Aurélio, seguindo o voto do relator, observou: “Não se fez em jogo, quando julgamos a ADIn 1, a natureza da lei que teria disciplinado o Cofins. Como salientado pelo relator, consideramos a anterioridade, o princípio da não cumulatividade e não adentramos nessa seara. O relator da ADIn 1 aludiu ao fato de que não haveria sequer necessidade de lei complementar para a criação do tributo, da contribuição. Evidentemente, todavia, se inexistiu celeuma em torno dessa matéria, não chegamos a decisão a respeito. Por isso acompanho o relator”.<sup>91</sup>

O Ministro Sepúlveda Pertence deixou claro que, no seu entender, não há como buscar fazer valer a autoridade de decisão proferida em ação direta de constitucionalidade, via Reclamação, arguindo-se desrespeito aos seus fundamentos: “Quero deixar claro que, em princípio, não estendo o efeito vinculante das decisões nas ações de controle abstrato de normas à sua fundamentação; isso me basta. Para mim, só desrespeitaria a nossa decisão na ADC 1 se se tivesse julgado inconstitucional dispositivo da LC 70, então questionada, e então afirmados constitucionais”.<sup>92</sup>

O voto do Ministro Gilmar Mendes, ao contrário dos votos dos Ministros Carlos Velloso (relator), Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence – que o antecederam –, não se preocupou em saber se a questão relativa à natureza da norma estava abrangida pela parte dispositiva da decisão tomada na ação direta de constitucionalidade. Isso porque, no seu entender, a eficácia vinculante cobre os motivos determinantes da decisão. Assim, o que importaria saber

---

90. Idem.

91. Idem.

92. Idem.

era apenas se os pronunciamentos da Corte acerca desta questão constituíam *obiter dicta* ou motivos determinantes da decisão.

O voto do Ministro Gilmar foi dirigido à demonstração de que a questão respeitante à natureza jurídica da LC 70/1991 fora tratada no acórdão da ADC 1/DF. Consta do voto: “Atenta leitura do acórdão na ADC 1/DF permite afirmar que a questão da natureza jurídica da LC 70/1991 foi expressamente tratada nos votos dos Ministros Moreira Alves (relator), Ministro Carlos Velloso (fls. 140-141) e Ministro Sydney Sanches (fl. 149). Os demais ministros não enfrentaram expressamente a questão, silenciando-se a seu respeito, mas, genericamente, acompanharam o voto do relator. Dessa forma, não se pode deixar de admitir que a decisão proferida na ADC 1/DF foi enfática ao reconhecer, como um de seus fundamentos determinantes, que não se exige lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional, de forma que, por razões lógicas, a LC 70/1991 é, materialmente, uma lei ordinária, muito embora seja, à evidência, lei formalmente complementar. E não prevalece o argumento de que tal assertiva não constitui fundamento determinante, mas apenas complementação (ou *obiter dictum*) ao fundamento principal (que, segundo se alega, seria a existência de previsões constitucionais distintas para a Cofins e o PIS), pois resta claro do voto do Ministro Moreira Alves que esta é premissa essencial, a qual conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão (...). Assim sendo, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do AgRg no REsp 429.610/MG, não observou fundamento determinante de decisão desta Corte Suprema proferida na ADC 1/DF, de modo que o pedido da presente reclamação, ao que parece, deve ser julgado improcedente”.<sup>93</sup>

A questão relativa à possibilidade de estender a eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão de (in)constitucionalidade deve ser vista de forma separada em face da respeitante à identificação das porções que, na fundamentação, constituem *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Melhor explicando: inadmitindo-se que os motivos da decisão possam ter eficácia vinculante, não há sequer por que questionar, em sede de Reclamação, se determinado pronunciamento da Corte, por ocasião do julgamento de ADC, constitui motivo determinante ou *obiter dictum*. Ora, se a fundamentação não pode ser abarcada pela eficácia vinculante, e, destarte, não pode ser alegada como base

---

93. Idem.

de Reclamação contra desrespeito a decisão prolatada em controle abstrato, pouco importa a determinação da *ratio decidendi*.

O Ministro Carlos Velloso reconheceu que, na ADC 1, tanto o seu voto quanto o do relator afirmaram que a LC 70/1991 é materialmente ordinária, e, logo depois, concluiu que “tais afirmativas (...) constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, *obiter dictum*. De um modo ou de outro – fundamento ou *obiter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”. Portanto, ao negar provimento ao agravo regimental, o Ministro Velloso firmou o entendimento de que “tais afirmativas (...) não integram o dispositivo da decisão”. Do seu voto resta claro que não importou se “tais afirmativas” constituíam motivos determinantes ou *obiter dicta*, mas se integravam ou não o “dispositivo da decisão”. Ou seja, como para o Ministro Velloso os fundamentos não são tocados pela eficácia vinculante, bastaria constatar que as referidas “afirmativas” não estão inseridas na parte dispositiva da decisão. Tanto é que, antes, o Ministro Velloso disse que o Tribunal não poderia sequer declarar que a LC 70/1991 é materialmente lei ordinária, por isso “não ter sido pedido”. Caso isso tivesse sido declarado, estaria o Supremo Tribunal Federal a “decidir *extra petita*”.<sup>94</sup>

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence também não deu qualquer importância à distinção entre *ratio decidendi* (ou motivos determinantes) e *obiter dicta*. Foi incisivo ao dizer que não estende “o efeito vinculante das decisões nas ações de controle abstrato de normas à sua fundamentação”.<sup>95</sup>

O Ministro Marco Aurélio disse que o Tribunal não teria enfrentado a questão; alegou que “inexistiu celeuma em torno dessa matéria”. Porém, concluiu que, diante dessa falta de discussão, o Tribunal não chegou “à decisão a respeito”.<sup>96</sup> Assim, embora o Ministro Marco Aurélio, em princípio, aluda a argumento capaz de demonstrar que pronunciamento inserido na fundamentação é *obiter dictum* – por não ter sido discutido –, torna-se claro que essa alusão é feita para permitir a conclusão de que a Corte não proferiu decisão a respeito. Mais uma vez, portanto, importou a circunstância de que o pronunciamento sobre a natureza jurídica da lei não constituiu uma decisão, ou melhor, não foi abarcado pela parte dispositiva da decisão.

---

94. Idem.

95. Idem.

96. Idem.



Contudo, o voto do Ministro Gilmar, sem dúvida, preocupou-se em demonstrar que as afirmativas ou os pronunciamentos acerca da questão constituíram motivos determinantes da decisão de constitucionalidade, não podendo ser vistos como *obiter dicta*. Nesta perspectiva – de análise da natureza dos pronunciamentos inseridos na fundamentação – importava apenas saber se a questão realmente havia sido discutida pelos Ministros. O argumento do Ministro Carlos Velloso, de que, “por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a LC 70/1991 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir *extra petita*”,<sup>97</sup> não tem procedência. Sabe-se que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deve indicar o dispositivo questionado, demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante acerca da sua aplicação e apresentar o pedido de declaração de constitucionalidade deste dispositivo. Ademais, deve conter os fundamentos jurídicos do pedido (art. 14, I, II e III, Lei 9.868/1999). Mas o Tribunal está adstrito apenas ao pedido, ou aos dispositivos apontados como constitucionais, e não aos fundamentos jurídicos. Vale aqui o entendimento adotado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, de que o Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos apresentados na petição inicial.<sup>98</sup> Sendo o caso de declarar a constitucionalidade, o Tribunal pode cogitar de qualquer fundamento bastante para evidenciá-la, ainda que não alegado na inicial.

Assim, enquanto o pedido evidentemente não era – nem poderia ser – de declaração de que a lei “seria materialmente lei ordinária”,<sup>99</sup> não importa se esta questão foi alegada na petição inicial. O que interessa, para aceitar que a questão constitui *ratio decidendi* no acórdão proferido na ADC 1/DF, é que a discussão de a LC 70/1991 ser, materialmente, uma lei ordinária “conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão”.<sup>100</sup>

De qualquer forma, apenas o voto do Ministro Gilmar Mendes atentou para a individualização da natureza de “tais afirmativas” ou pronunciamentos no interior da fundamentação. Torna-se estranha, nesta dimensão, a própria ementa do acórdão proferido na Reclamação, a salientar que “no julgamen-

---

97. Voto do Min. Carlos Velloso no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

98. Ver STF, ADInMC 2.396/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.12.2001.

99. Voto do Min. Carlos Velloso no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

100. Voto do Min. Gilmar Mendes no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

to da ADC 1/DF, o Colegiado *não dirimiu controvérsia* sobre a natureza da LC 70/1991, consubstanciando a abordagem, no voto do relator, simples entendimento pessoal”.<sup>101</sup>

### 3.7. *Ratio decidendi* e *obiter dicta* no projeto de CPC

Importa retomar, agora, as regras do projeto de CPC que tratam especificamente da *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) e da *obiter dicta*. Afirma-se que “§ 3º O efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo decorre *dos fundamentos determinantes do acórdão* adotados pela maioria dos membros do colegiado”, e que “§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV 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*”.

Como já dito, a ideia de “fundamentos determinantes” equivale a de “*ratio decidendi*”. Trata-se da essência dos fundamentos da decisão ou dos fundamentos ou motivos que a determinaram. Com a ideia objetiva-se não só delimitar os verdadeiros motivos que embasaram a conclusão, mas também o seu significado no contexto do caso.

A regra fala que não são determinantes os fundamentos que, ainda que presentes no acórdão, não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo. Conforme antes explicitado, o acórdão pode albergar questões que foram discutidas de passagem pela Corte. Estas questões não se ligam diretamente à decisão, ou melhor, não se colocam como pontos em que o raciocínio decisório se apóia em sua trajetória rumo à tomada de decisão. As razões que recaem sobre tais questões não são hábeis ou suficientes para justificar a conclusão. Razões hábeis ou suficientes para justificar uma específica decisão guardam relação de causa e efeito com a tese jurídica declarada na conclusão.

Note-se que os fundamentos determinantes não se relacionam exatamente com, por exemplo, a condenação ou a desconstituição, mas com a tese jurídica adotada para se condenar ou desconstituir. Assim, quando se condena com base em responsabilidade sem culpa, os fundamentos determinantes são os que justificam a tese da responsabilidade destituída de culpa. Para uma teoria

---

101. Acórdão proferido no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

dos precedentes, especialmente uma voltada aos “precedentes interpretativos”, os fundamentos determinantes importam enquanto justificam a adoção de uma tese ou doutrina jurídica.

No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre no *common law*, o precedente, e por conseguinte a *ratio decidendi*, não é refém da solução ou da decisão de “um caso”. Uma vez que a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade dependem de como as questões jurídicas são resolvidas, e não apenas de como os casos são solucionados, importa outorgar “autoridade” às *rationes decidendi* ou aos fundamentos determinantes que solucionam particulares questões, inclusive de natureza processual, tomadas no curso do raciocínio judicial que tem por objetivo a solução do caso, ou que dizem respeito a causa de pedir cuja solução não é suficiente ou necessária para a específica decisão que foi tomada para resolver o caso.

Quando a norma do projeto fala em fundamentos que não forem imprescindíveis para alcançar o resultado fixado no dispositivo, ela deixa claro que a questão, cuja solução não guarda relação de causa e efeito com o resultado, não constitui fundamento determinante. Porém, como o sistema brasileiro não é um “sistema de casos”, obviamente importam as razões que trataram de causa de pedir cumulada, ainda que estas não tenham sido nem necessárias nem suficientes para se chegar ao específico resultado de procedência. Na verdade, as razões que embasam os raciocínios que culminam na formulação de teses jurídicas constituem fundamentos determinantes, não importando se existem diversas teses jurídicas em um único processo, umas para justificar a improcedência e outra a procedência.

Note-se, aliás, que se uma causa de pedir não é acolhida e afirma-se outra, decide-se em relação a ambas, e o resultado fixado no dispositivo obviamente considera o que aconteceu diante das duas causas de pedir, ainda que, por exemplo, “condene” em virtude de ter reconhecido apenas uma delas. Mais precisamente, as razões de decidir dizem respeito a cada uma das causas de pedir, pouco importando se, ao final, todas são rejeitadas ou algumas são rejeitadas e outra acolhida.

Portanto, a regra não elimina do *status* de *ratio decidendi* as razões utilizadas pela Corte para justificar a rejeição de causa de pedir cumulada, ainda que tais razões não sejam imprescindíveis para justificar a adoção de causa de pedir que impôs a procedência do pedido.

Não obstante, isto não basta para se ter *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes. As razões ou fundamentos só adquirem tal relevância quando

discutidos por todos os integrantes do colegiado e adotados pela maioria dos seus membros. É assim que o projeto afirma que não constituem fundamentos determinantes aqueles que, ainda que relevantes e contidos no acórdão, “não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador”. Não seria preciso dizer que os fundamentos determinantes têm que ser adotados ou referendados pela maioria, uma vez que o fundamento acolhido pela minoria obviamente não é capaz de gerar qualquer precedente ou *ratio decidendi*. Na verdade, mais do que adotado pela maioria, o fundamento, para adquirir a feição de *ratio decidendi*, deve ter sido discutido por todos os julgadores, ou melhor, deve ter sido explicitamente colocado à discussão de todos os membros do colegiado.

O ponto importa especialmente às questões de natureza processual e às causas de pedir cumuladas, que, embora resolvidas, não são determinantes da procedência do pedido. É preciso investigar com cuidado se estas foram devidamente discutidas ou abertas à discussão. Ou melhor, importa verificar se, quando da análise de questão processual ou de causa de pedir cumulada, não houve déficit de discussão a comprometer a idoneidade dos fundamentos. Deixe-se claro que déficit de discussão não significa falta de adequação dos fundamentos utilizados. Este déficit se relaciona apenas com a abertura ao diálogo, de modo a comprometer a participação de todos os julgadores e a efetiva tomada dos votos. Lembre-se que é comum, em casos em que há várias causas de pedir cumuladas e naqueles em que se discute questão prejudicial à solução do mérito, existir defeito ou vício na votação, a impedir a adequada deliberação do colegiado. Assim, por exemplo, não é raro que membros do colegiado rejeitem preliminar de mérito e os demais, sem a discutirem, diretamente ingressem no mérito, ou mesmo que uma causa de pedir seja rejeitada por dois juízes sem que os outros quatro, que acolhem outra causa de pedir para julgar o pedido precedente, tenham sobre ela votado. Trata-se, é certo, de vícios graves, mas que frutificam nos tribunais sem conduzir à desconstituição da decisão. Bem por isso, tais situações, quando vistas na perspectiva da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes, exigem cautela, especialmente por se estar diante de metodologia que até há pouco tempo era estranha ao direito e à prática judicial brasileiros.

# AMICUS CURIAE, REPERCUSSÃO GERAL E O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FELIPE DE MELO FONTE<sup>1</sup> E  
NATÁLIA GOULART CASTRO<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A repercussão geral. 3. *Amicus curiae* no direito brasileiro: uma breve abordagem. 4. Debate constitucional democrático e a funcionalidade dos *amici* na sistemática da repercussão geral. 5. O incremento da qualidade do recurso extraordinário por meio do alargamento da atuação do *amicus curiae*. 6. Discussões sobre a “causa de pedir aberta” do recurso extraordinário. 7. O *amicus curiae* no projeto de novo Código de Processo Civil. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO.

O objetivo deste artigo é destacar o papel singular exercido pelo *amicus curiae* nos processos afetados à sistemática da repercussão geral, diferenciando-o daquele exercido no controle concentrado de constitucionalidade, no qual prevalecem posições restritivas ao ingresso e participação dos referidos agentes. Postula-se o reconhecimento de maiores direitos aos referidos atores processuais, como forma de incrementar a legitimidade democrática e a consistência jurídica das decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal. Ante a posição restritiva do tribunal, conforme se verá a seguir, sustenta-se que o advento do novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, revela excelente oportunidade para requalificar o *amicus curiae* no sistema jurídico brasileiro.

- 
1. Mestre e doutorando em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, em exercício no Supremo Tribunal Federal, como Assessor de Ministro. Contato: felipefonte@globocom.
  2. Especialista em direito constitucional pelo Instituto de Direito Público Brasileiro – IDP. Advogada no Distrito Federal. Contato: NCastro@machadomeyer.com.br.

Profundas alterações ocorreram no controle difuso de constitucionalidade desde que a admissibilidade dos recursos extraordinários passou a ser filtrada pelo instituto da repercussão geral, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Mais que um requisito de procedibilidade, modificou-se a lógica do sistema processual recursal no que tange à parcela de jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Se antes cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar todos os recursos extraordinários admitidos na origem, assim como os respectivos agravos contra as decisões denegatórias, no sistema erigido pela reforma de 2004, cabe ao tribunal primeiramente avaliar se a questão é dotada de suficiente relevância para a instauração da jurisdição da corte. Caso a resposta seja positiva, então os demais recursos envolvendo o tema ficam sobrestados, aguardando a manifestação definitiva do tribunal sobre a matéria de fundo.

A repercussão geral nasceu como o regime que levará o Supremo Tribunal Federal a exercer essencialmente o papel de Corte Constitucional, abandonando a competência de Tribunal revisor abarrotado de recursos pendentes de julgamento. Num aspecto, erigiu nova concepção de jurisdição e processo constitucionais de forma a coletivizar litígios de igual fundamento, primando pela igualdade e segurança jurídica na interpretação da Constituição. De outro lado, buscou racionalizar o tempo escasso da Corte, ampliando sua capacidade de julgar temas realmente relevantes para o país.

Com tal propósito em vista, o sistema acabou por suprimir a participação, quer seja na sustentação oral ou mesmo na interposição de novos recursos, no âmbito da Suprema Corte, das partes cujos processos não foram destacados como paradigma. Nessa ótica, ganha relevância o papel desempenhado pelo *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário escolhido como *leading case* de um tema específico. A despeito de a decisão proferida produzir efeitos apenas em relação às partes litigantes, é indubitável que a tese assentada acabará por alcançar toda a coletividade de pessoas: as que aguardam julgamento, com os respectivos recursos sobrestados – mediante simples aplicação do artigo 543-B, § 3º e 4º do Código de Processo Civil –; bem como os demais indivíduos que porventura venham a se sujeitar à aplicação concreta da tese jurídica assentada.

Aí reside a ideia de que o “amigo da corte” pode ser a figura representante dessa coletividade que não participa da relação processual, mas que tem interesse (em sentido lato) no resultado da atividade interpretativa da Corte. De certa forma, os interessados no desfecho do *leading case* que não puderam se fazer presentes e atuantes na causa, são representados por meio dos *amici*,

os quais comparecem não apenas para fornecer subsídios técnicos, mas também para reforçar a legitimidade da decisão alcançada<sup>3</sup>. Os *amici* exsurgem, igualmente, como via de controle do grau de informação e tese levantadas no recurso extraordinário paradigma, ou seja, atuam no sentido de suprir as lacunas de elementos por meio da concretude argumentativa processual<sup>4</sup>.

Todavia, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal é deveras restritiva relativamente aos poderes processuais reconhecidos ao *amicus curiae*. Em inúmeras decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, a Corte reafirma a falta de legitimidade das entidades que atuam como *amicus* não só para recorrer como também para contestar, aditar a peça recursal ou reclamar que suas razões sejam consideradas. Inobstante ser essa a posição adotada pela Corte quando dos julgamentos das ações de controle concentrado de constitucionalidade, não se diferenciando quando se trata da via difusa, inevitável o pensamento de que o *modus operandi* da repercussão geral desafia o direito processual e seus intérpretes, incitando a ampliação da influência do *amicus curiae* nas deliberações das teses constitucionais.

## 2. A REPERCUSSÃO GERAL.

O instituto da repercussão geral está presente no § 3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Dispôs o constituinte reformador que “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” para que a Corte examine a admissão do recurso nas condições previstas por lei.

- 
3. A solução proposta apenas mitiga o problema, não o resolve. O direito ao contraditório pressupõe o reconhecimento do direito a influenciar o conteúdo do provimento jurisdicional final por meio da apresentação de razões. Ao se aplicar a solução encontrada no paradigma aos recursos sobrestados, certamente resta restringida a eficácia do referido princípio constitucional. Sobre o tema, v. KRISLOV, Samuel. “The amicus curiae brief: from friendship to advocacy”, *Yale Law Journal* 72:694, 1962-1963, p. 696: “Talvez o mais significante elasticimento da função do *amicus curiae* tenha sido [como] solução parcial a um dos mais sérios e persistentes problemas ao sistema de contraditório (“adversary system”). O problema da representação de terceiros nas demandas ordinárias não permite uma solução simples ou fácil (e, também nesse ponto, nos procedimentos voltados às ações coletivas, nas quais um grande número de pessoas é afetado). Pelo contrário, a dificuldade vem persistindo ao longo dos séculos, e dispositivos criados para mitigar o problema, ao invés de resolvê-lo, têm sido a regra”.
  4. Segundo SIMMONS, Omari Scott. “Picking friends from the crowd: amicus curiae participation as political symbolism”, *Connecticut Law Review* 185:203-4, 2009-2010: “Algumas das petições de *amicus curiae* têm a importante função de prover orientação à Corte quando falta talento jurídico ao litigante principal. As petições de *amicus*, especialmente aquelas redigidas pelo Governo, podem ‘apoiar’ uma apresentação ruim da parte e ainda apresentar um argumento não empregado pelas partes”.

O legislador resolveu, ainda, que a recusa da repercussão só poderá ocorrer mediante o voto de oito dos onze ministros<sup>5</sup>.

A fim de regulamentar o dispositivo supracitado, foi decretada e sancionada a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil e, por sua vez, o mecanismo de incidência da repercussão. A lei também atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para orientar a aplicação desse instituto na forma de seu regimento interno. A matéria encontra-se atualmente disciplinada nos artigos 322 a 329 do diploma.

Apesar da expectativa, o conceito de “repercussão geral” não foi dado pelo legislador ordinário. Houve tão somente direcionamento no sentido de versar a lide sobre questões que transcendem o universo subjetivo da causa: “Art. 543-A. (...) § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (...)”. A tal respeito, observam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que a Constituição trouxe um “conceito aberto”, a ser completado por norma infraconstitucional<sup>6</sup>, que se apossou de “outros conceitos jurídicos indeterminados” para garantir um leque ampliado de compreensão dessa exigência. Afirmam, ainda, que sua específica dimensão é verdadeiramente delimitada pela interpretação constitucional dada pela Suprema Corte<sup>7</sup>.

Sobre o mesmo tema, aduz Scarpinella Bueno que o instituto da repercussão geral deve ser compreendido como o “impacto significativo que

- 
5. Interessante recordar, nas palavras de Bernardo Pimentel Souza, a principal diferença entre a ultrapassada arguição de relevância e a repercussão geral: “A antiga arguição de relevância era julgada em sessão secreta e sem fundamentação alguma. Já a nova repercussão geral deve ser julgada em sessão pública e a respectiva recusa depende de fundamentação, a qual pode ser concisa, mas deve ser explícita”. E continua: “enquanto no sistema anterior, para que o recurso extraordinário fosse julgado pela Corte Suprema, a relevância da arguição precisava ser conhecida por pelo menos quatro Ministros, no regime atual o recurso extraordinário só pode deixar de ser conhecido se a irrelevância da questão constitucional for declarada por pelo menos oito Ministros”. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 699.
  6. Embora os critérios sejam subjetivos, em regra, há uma hipótese objetiva prevista na Lei nº 11.418/2006: há repercussão geral quando o acórdão recorrido está em divergência com jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que pode estar consolidada em súmula da Corte ou não.
  7. DIDIER Jr., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 9ª ed. Salvador: JusPodvim, 2011, vol. 3, p. 331.



a decisão recorrida assume ou tem aptidão de assumir” no contexto não só jurídico, como também econômico, político e social, ultrapassando os direitos e interesses das partes no caso concreto<sup>8</sup>. Continua o professor argumentando acerca da exigibilidade da repercussão no sentido de ser ela responsável pela elaboração de uma minuciosa lista de casos que terão “análise derradeira” do Supremo Tribunal Federal, cuja manifestação prevalecerá sobre as demais oriundas das instâncias inferiores. Torna-se, portanto, imprescindível um estudo criterioso da “qualidade” e “quantidade” dos casos que lhe são enviados pela via extraordinária<sup>9</sup>.

Para Taís Ferraz, a repercussão geral “passou à condição de verdadeiro instrumento processual, ganhando efeitos transcendentais semelhantes, mas ainda mais abrangentes” que os que já vinham sendo produzidos pelas decisões da Corte Suprema<sup>10</sup>. No mesmo trabalho, a autora afirma que o *leading case* não é processo cuja função fora servir de parâmetro para os demais. Em outras palavras, diferentemente do que acontece nos processos objetivos, os de natureza subjetiva não são ordinariamente conduzidos de modo a prepará-los para servir de modelo de uniformização de determinada tese, mas servem, antes, à solução do conflito da vida nele veiculado. É natural, portanto, que ostentem deficiências diversas, que podem se refletir (i) na qualidade com que os argumentos são apresentados, (ii) na devida antecipação de todas as implicações jurídicas do caso ou, ainda, (iii) na ausência de elementos fático-probatórios que eventualmente possam ser relevantes para a correção solução do tema jurídico-constitucional. Nesse contexto, sobressai a importância dos *amici curiae* na repercussão geral, já que o rol estrito de legitimados à deflagração do controle concentrado de constitucionalidade faz pressupor que a atuação profissional perante a Corte constitucional será altamente qualificada, o que não ocorre no âmbito da repercussão geral.

É bem verdade que o relator, ao analisar a questão constitucional suscitada em diversos recursos, pode escolher, dentre todos disponíveis, aquele que julga mais adequado à representação da controvérsia, ressalvados os casos em que o Tribunal inferior, por atuação própria, seleciona o representativo,

---

8. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e Incidentes nos Tribunais. Sucedâneos Recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

9. BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, p. 294.

10. FERRAZ, Taís Shilling. *Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade*. Publicado em *Repercussão Geral em Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011, p. 80.

na forma do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil<sup>11</sup>. Embora a eleição leve em consideração as discussões e apontamentos ocorridos ao longo do processo, não se pode afirmar que a escolha, necessariamente, seja sempre a mais acertada. Inexistem garantias objetivas de que o *leading case* seja aquele no qual todos os argumentos pertinentes à solução da causa tenham sido apresentados da melhor maneira possível. Por tal razão, registra Ferraz a relevância da atuação dos *amici curiae* no sentido de dar ao caso concreto elementos novos, contundentes e necessários à discussão da questão constitucional, levando o Tribunal, inclusive, se for o caso, a extrapolar as razões recursais<sup>12</sup>.

A Lei no 11.418/2006 autoriza a participação do *amicus curiae* nas sessões de julgamento de repercussão geral, na forma abaixo transcrita:

“Art. 543-A: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irre-corrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Aos advogados constituídos por terceiros é facultada a apresentação de memoriais, a sustentação oral em sessão plenária, o que agrega ao debate fundamentos relevantes, muitas vezes inéditos. Essa é a extensão da atuação dos *amicus curiae* segundo a jurisprudência predominante do Supremo. Mas há de se observar que o papel desempenhado por tais atores processuais é pequeno frente às possibilidades de julgamento nos casos envolvendo a repercussão geral.

### 3. AMICUS CURIAE NO DIREITO BRASILEIRO: UMA BREVE ABORDAGEM.

O papel do *amicus curiae* comporta diferentes interpretações. Pode ser tido por aquele que apenas informa a Corte naquilo que ela não está habi-

---

11. O Supremo Tribunal Federal teve por praxe, na gestão do Ministro Ayres Britto, solicitar aos tribunais inferiores que encaminhem sempre trinta recursos extraordinários representativos da controvérsia, permitindo, portanto, que cada ministro receba ao menos três exemplares. Consoante verificado pela Presidência, o encaminhamento de poucos recursos pode ocasionar situações inusitadas, como quando o representativo não é conhecido por falta de pressupostos recursais. O sobrestamento em instâncias inferiores permanece sem que o tema tenha qualquer *leading case* no Supremo para ser julgado.

12. FERRAZ, Taís Shilling. *op. cit.*, p. 84.

litada, como, por exemplo, aspectos técnicos necessários ao deslinde de um conflito – o exemplo mais famoso de atuação nessa linha é o *Brandeis Brief*<sup>13</sup> –, bem como por aquele que litiga em favor da parte<sup>14</sup>, assemelhando-se a um assistente processual, daí a expressão norte-americana “amigo litigante”.

Sobre tal termo, Cassio Scarpinella Bueno articula com a premissa de que essa evolução conceitual demonstra que a figura neutra e imparcial do *amicus* transformou-se, de certo modo, em “interessada” e “parcial”, pelejando por sua intervenção no processo “muito mais para a tutela de direitos seus” do que para manter o juízo informado. Conceituando o processo como ‘deformação’ do *amicus curiae*, assevera: “De um *amicus* ‘neutro’ passou-se a um *amicus* ‘litigante’”<sup>15</sup>.

Dameres Medina, em estudo sobre o tema, serviu-se de análise empírica da atuação no Supremo Tribunal Federal e concluiu ser o *amicus curiae* “um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca das questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada”<sup>16</sup>. Dentro desse conceito trazido pela citada autora é que se articula com os efeitos quanto à função exercida por ele: (i) informador e, portanto, contribuinte no processo de formulação de soluções para o caso concreto; (ii) formador de opinião a respeito de uma possível interpretação constitucional; (iii) peça elementar nas discussões de temas de grande impacto; e (iv) ainda “instrumento de defesa por parte de interessados na temática discutida”<sup>17</sup>.

- 
13. O relatório Brandeis foi apresentado perante a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1908 e representa um marco na história da atuação dos *amici curiae*, pois, das mais de cem páginas, apenas duas eram devotadas a argumentos de índole jurídica.
  14. Nesse sentido, atual decisão do Ministro Marco Aurélio ao indeferir pedido formulado no RE 603.583 pelos advogados Eduardo Seino Wiviurka e Nelson Luiz Gomez para ingressarem no feito como *amici curiae*: “[...] 2. O simples fato de os requerentes serem profissionais da advocacia não viabiliza a admissão no processo no qual está em jogo o denominado Exame de Ordem como terceiros. **Indispensável é que surja do contexto o interesse na vitória de uma das partes e, sob o ângulo jurídico, isso não ocorre. Indefiro o pedido formulado.**”. Decisão publicada em 01/09/2011. (Grifamos)
  15. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125.
  16. MEDINA, Dameres. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*
  17. LEAL, Saul Tourinho. “A influência do *amicus curiae* nas decisões tributárias do STF”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 181, 1ª edição, 2010.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão *amicus curiae* está presente em uma única espécie normativa: Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais,<sup>18</sup> embora seja extensamente utilizada pela linguagem jurídica. Por outro lado, é possível identificar a figura dos *amici* em variadas leis ordinárias que disciplinaram a participação – e não intervenção – de terceiros. Exemplos estão no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, que admite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos intersubjetivos, nos quais se discutam questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa autarquia<sup>19</sup>. É exemplo de *amicus curiae* público.

Há quem defenda que a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que deu ao Conselho de Administração e Defesa Econômica (CADE) o “status” de autarquia federal, por meio do art. 89, trouxe o instituto do *amicus*, senão vejamos: “Art. 89 – Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. Todavia, foi com a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que se deu concretude à participação dos *amici* no desenvolvimento processual constitucional. É o § 2º do art. 7º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

A despeito da lei supracitada regular ações de controle abstrato de constitucionalidade, empresta-se a sistemática ao sistema da repercussão geral, ante a crescente e significativa participação do *amicus curiae* nos julgamentos dos recursos extraordinários. No debate referente à constitucionalidade do exame de ordem, que ocorreu por meio do RE 603.583, por exemplo, participou como terceiro interessado a Associação dos Advogados de São Paulo – ASSP<sup>20</sup>.

---

18. “Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente. § 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de “*amicus curiae*”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.” (Grifamos)

19. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Salvador: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 1, 2005, p. 4.

20. Decisão do Ministro Marco Aurélio, relator, admitindo à ASSP o ingresso no feito: PROCESSO SUBJETIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXAME DE ORDEM – EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – ADMIS-

No mesmo sentido, outro exemplo a ser suscitado é a entrada de *amici curiae*, dessa vez pessoas jurídicas de direito público, quais sejam, Estados da federação e o Distrito Federal, no julgamento do RE 566.471, cuja matéria constitucional foi a obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamento de alto custo. Mais de quinze<sup>21</sup> unidades federativas subscreveram a peça de requerimento de admissão no processo como interessados, que foi deferida pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso.

#### 4. DEBATE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E A FUNCIONALIDADE DOS AMICI NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

No entendimento de Gustavo Binenbojm, a Lei nº 9.868<sup>22</sup>, de 10 de novembro de 1999, inovou em duplo sentido: a) pela primeira vez, objetivou-se a participação do *amicus curiae* como interveniente no processo de

---

BILIDADE: 1. O Gabinete prestou as seguintes informações: A Associação dos Advogados de São Paulo – AASP requer a admissão no processo como interessada. Sustenta contar atualmente com cerca de oitenta e nove mil associados, entre advogados e estagiários, não apenas militantes no Estado de São Paulo, mas em todo o Brasil. Afirma haver manifestado, em várias ocasiões, a preocupação quanto ao preparo dos bacharéis, tanto no aspecto técnico como no ético, porquanto, segundo alega, numerosas entidades de ensino jurídico não estariam cumprindo com a função social de formar, adequadamente, o profissional para o exercício de tão importante atividade. Assevera que o tema versado no extraordinário possui grande relevância para o exercício da advocacia e para a atuação do Judiciário. Apresenta procuração e cópia do respectivo estatuto. O Tribunal, em 11 de dezembro de 2009, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário – a constitucionalidade do artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 e dos Provimentos nº 81/96 e 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no que condicionam o exercício da advocacia à prévia aprovação no Exame de Ordem. O processo está no Gabinete.

**2. É notória a representatividade da requerente. O tema de fundo versado no extraordinário possui repercussão maior,** surgindo, assim, o interesse da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. **3. Admito-a como terceira interessada, recebendo o processo no estágio em que se encontra.** 4. Publiquem. Brasília – residência –, 6 de outubro de 2011, às 10h55. Ministro MARCO AURÉLIO – Relator. (Grifamos)

21. Subscrevem a peça os procuradores do Distrito Federal e dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina e Sergipe. Já tinham sido admitidos os estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Figurava no polo passivo o estado de Rio Grande do Norte.
22. Válido ilustrar a intenção do legislador por meio da Exposição de Motivos do projeto da Lei: “[...] Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7, § 2º, e 18, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as

controle de constitucionalidade, apesar de o STF já admitir informalmente a entrega de memoriais; e b) deu-se ao “órgão ou entidade” a possibilidade de apresentar a sua visão sobre o tema em debate, interferindo na interpretação constitucional, como “partícipe ativo da sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

Binenbojm defende, ainda, que o legislador, intencionalmente, positivou a pluralização de debate constitucional ao possibilitar que a Corte tome nota de elementos informativos e razões constitucionais daqueles que, a despeito de não estarem legitimados a atuar no processo, “serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida”. E acrescenta: “Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade das deliberações do Tribunal Constitucional<sup>23</sup>, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade”. Compartilha dessa opinião o cientista político Paul Collins por entender que a ausência de interação com a opinião pública, que se manifesta por meio da participação dos *amici curiae*, pode gerar perda de legitimidade da Corte como instituição democrática<sup>24</sup>.

Inobstante esta seja uma compreensão que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade, há que se dizer que o controle difuso de constitucionalidade requer atenção especial dos *amici*. Embora não possua eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, típicos das decisões proferidas em controle concentrado, os acórdãos proferidos com fundamento na sistemática da repercussão geral terão inequívoco impacto sobre os processos sobrestados que versem sobre a mesma controvérsia. A rigor, ainda não há mecanismo institucional adequado que permita o Supremo rever a própria tese assentada, de modo que o julgamento do *leading case* é um momento singularmente relevante.

---

suas implicações ou repercussões”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 460. Apud BUENO, Cassio Scarpinella, *op cit*, p. 136 e 137.

23. Mesmo pensamento mostrou o Ministro Celso de Mello em voto proferido na Medida Cautelar na ADI 2130-SC: “[...] a admissão como terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais.”
24. COLLINS, Paul M. Jr. *Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation*. *Law & Society Review*, vol. 38 Nbr. 4, December, 2004, p. 813.

Nesse plano, os jurisdicionados vulneráveis à decisão pretoriana, ou seja, tanto os litigantes quanto parte da sociedade indiretamente afetada, podem fazer-se representar pelo *amicus curiae* no desenredar processual. Vastos são os impactos do pronunciamento final do Tribunal, afinal, milhares de causas serão definidas imediatamente, mediante simples aplicação da decisão final do Supremo. E mais uma vez: não só as que já estão em trâmite como as que no futuro surgirão, tendo como parâmetro a discussão do *leading case*.

O tema da repercussão geral como via de economia e celeridade processuais, além de “boa gestão judiciária”, impõe ao Supremo Tribunal Federal o dever de permitir e dar ênfase às deliberações e discussões públicas. Mesmo porque a essência do requisito da repercussão reside na superação dos limites da própria lide – *i.e.*, na transcendência da controvérsia constitucional nele suscitada. O recurso extraordinário *leading case* nada mais é que um conflito particular *ab initio* em cujo deslinde estará a solução de muitos outros casos similares. A própria noção de *repercussão geral* exige que assim seja.

Paul Collins argumenta que, do ponto de vista dos julgadores, o fato de um grande número de consignatários apoiarem um litigante particular pode servir como verdadeiro “barômetro” da opinião pública. Complementa terem estudiosos observado que juízes não são imunes às pressões externas. E desafia explicando o porquê: os magistrados não querem ver reformadas as suas decisões ou preferem não se distanciar da opinião pública<sup>25</sup>. Avalia tal participação como essencial para o deslinde processual, no sentido de que os “amigos da corte” revelam a opinião dos interessados naquele caso concreto, com enfoque específico acerca de cada ponto da discussão<sup>26</sup>.

Scarpinella Bueno, em artigo intitulado “Repercussão Geral no projeto de novo Código de Processo Civil”, assevera a importância da iniciativa do *amicus curiae* no sentido de viabilizar um “amplo” e “prévio” debate sobre a ocorrência ou não da repercussão geral a partir da participação de setores específicos da sociedade civil e até mesmo do próprio Estado. E acentua: “Trata-se de forma que inclusive tem o condão de reduzir o que vem sendo

---

25. COLLINS, Paul M. Jr. *op. cit.*, p. 812. No mesmo sentido, Cass Sustein entende que é positivo para a produção do direito que a Corte considere os riscos da repercussão da decisão e da eventual crítica negativa do público. Agindo assim, eles ficarão alertas quanto à própria falibilidade e, portanto, menos suscetíveis ao cometimento de erros judiciais (*A constitution of many minds*, 2009, pp. 134-135).

26. COLLINS, Paul M. Jr. *op. cit.*, p. 813

chamado de ‘déficit democrático’ daquele Tribunal e de suas decisões”<sup>27</sup>. Ainda no que tange à oitiva do *amicus*, Bueno anota que a atuação dos ‘terceiros’ reveste-se na construção de precedentes que sejam favoráveis aos seus próprios interesses ou, amplamente, em prol dos interesses institucionais, sem prejuízo dos argumentos levados pelas partes no recurso extraordinário paradigma<sup>28</sup>.

## 5. O INCREMENTO DA QUALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR MEIO DO ALARGAMENTO DA ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Observados os impactos da repercussão geral sobre os jurisdicionados, chega-se ao cerne do presente estudo: a ampliação dos poderes processuais dos *amici* para atuar no curso da lide é imprescindível ao incremento da qualidade do recurso extraordinário escolhido como *leading case* e à legitimação da decisão produzida no respectivo julgamento.

No julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no 187, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no dia 15 de junho de 2011, em que se discutia a liberalização de eventos chamados “Marcha da Maconha”, o Supremo Tribunal Federal ratificou seu entendimento quanto às restrições processuais dadas ao *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade. Ao reafirmar que ele não é parte, reafirmou-se a proibição de prática de quaisquer atos dentro do processo que não sejam prestar informações.

Ainda nas ricas lições do eminente Ministro, pode-se extrair do voto publicado na ADI nº 2.130-SC sobre a atuação processual do *amicus* ainda quando não lhe era permitida a sustentação oral – note-se a progressão do pensamento jurisprudencial sobre a influência dos terceiros nos debates constitucionais:

“(…) entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhes venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que jus-

27. BUENO, Cássio Scarpinella. Repercussão Geral no projeto de novo Código de Processo Civil. In PAULSEN, Leandro. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011, p. 143.

28. BUENO, Cássio Scarpinella. *op. cit.*, p. 143.



tificaram a sua admissão formal na causa. Assim permitindo, o STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, como, sobretudo, valorizará, sob perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente num processo como o de controle abstrato de constitucionalidade, cujas implicações sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.”<sup>29</sup>.

Assim como no controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso, que ocorre, principalmente, pela via dos recursos extraordinários, a participação dos *amici* também é limitada. De maneira geral, restringe-se à entrega de memoriais e à sustentação oral em plenário, ambas no intuito de integrar a esfera de interlocutores no debate constitucional. Além dos quinze minutos regimentais<sup>30</sup> e da possibilidade de distribuição de memoriais, ao *amicus* não está prevista legalmente a legitimidade recursal.

Ao menos a doutrina e a jurisprudência do Tribunal têm admitido recurso contra a decisão que denega o ingresso na lide como *amicus curiae*<sup>31</sup>. Sobre tal legitimidade, Scarpinella Bueno entende ser inerente aos *amici*, uma vez que tal decisão denegatória “afeta, direta e especificamente, a sua própria esfera de direitos, legitimando-o para a apresentação do recurso, conseqüentemente”<sup>32</sup>. Na esteira, o pronunciamento da Corte no julgamento da ADI 3615/PB (Rel. Min. Cármen Lúcia – DJ: 17.03.2008): “1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos”.

- 
29. STF, ADI (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, DJU 02.02.2001. O STF não permitia a sustentação oral do *amicus curiae* até o julgamento das ADIs 2.675/PE, de relatoria do Min. Carlos Velloso e 2.777/SP, sendo relator o Min. Cezar Peluso, que aconteceu nos dias 26 e 27 de novembro de 2003, respectivamente. A propósito, v. DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*. In DIDIER Jr., Fredie. *Ações Constitucionais*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 495.
30. RISTF – Art. 132: Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos [...]; § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar.
31. LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói: Ímpetus, 2010, p. 165.
32. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 575.

Ainda que se tenha falado do controle concentrado de constitucionalidade, cuja legislação, antecipadamente, previu a participação de terceiros no processo, há que se ressaltar o fenômeno da “abstrativização do controle difuso ou do recurso extraordinário”, responsável por aproximar os dois sistemas de controle existentes no Brasil. Tal fenômeno é a potencial causa do paralelismo no tratamento dado aos amigos da corte. Em outras palavras, ele nada mais é que a discussão de uma tese, em vez de um caso concreto, por meio de um recurso extraordinário, cujo julgamento terá impactos nas pretensões formalizadas por todas as pessoas. Surgiu com os institutos da repercussão geral, da súmula vinculante e da modulação de efeitos<sup>33</sup>.

É possível cogitar que, em sentido prático, os efeitos da decisão proferida no *leading case* sejam ainda maiores que os oriundos da decisão proferida em qualquer uma das modalidades do controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, além de não haver, como regra, no processamento das ações diretas, o sobrestamento dos demais processos correlatos, o desfecho do julgamento de uma ação como essa não importa a exclusão de apreciação de outra, com tema similar. No caso da repercussão geral, os processos deixarão de ser remetidos ao Supremo mediante aplicação do precedente pelos Tribunais estaduais. Isso significa dizer que o Tribunal não voltará a analisar o tema.

Diante desse quadro, inevitavelmente inserido no direito constitucional processual<sup>34</sup>, não há de ser descartada a hipótese de se ampliar o grau de atuação do *amicus curiae* como fator de (i) incremento da qualidade do julgamento definitivo do recurso extraordinário e (ii) elemento de reforço de legitimação da decisão final proferida.

Ora, a decisão final proferida em um recurso dotado de repercussão geral indica a posição a ser seguida pelos Tribunais *a quo*, de maneira que todos os julgamentos sejam uniformizados e, com isso, solucionados os descompassos nas esferas judiciais. Se, no entanto, o Supremo Tribunal Federal examina a controvérsia de forma incompleta, isto é, deixando de considerar algum argumento jurídico ou consequência da decisão, os tribunais analisarão a

33. LEAL, Saul Tourinho. *op. cit.*, p. 141 – 142.

34. Alexandre Freitas Câmara diferenciou o conceito de “Direito Constitucional Processual” de “Direito Processual Constitucional”, atribuindo ao primeiro a definição de “conjunto de normas de índole constitucional cuja finalidade é garantir o processo, assegurando que este seja, tanto quanto possível, um processo justo” e ao segundo “conjunto de normas de índole processual que se encontram na Constituição com o fim de garantir a aplicação e a supremacia hierárquica da Carta Magna. [...] normas que regulam, entre outros, o mandado de segurança, o recurso extraordinário e o mandado de injunção”.

questão não debatida no *leading case* com possibilidade de retorno dos autos ao Supremo para o deslinde do ponto não ventilado anteriormente. Assim definiram Checchia e Leal: “Não há racionalidade. A Corte se verá na complicada situação de rejeitar a análise do recurso sob o argumento de que a matéria já teve um pronunciamento final ou promover novo julgamento do tema, reanalisando a matéria anteriormente decidida em sede de repercussão geral em razão do novo argumento surgido”<sup>35</sup>.

As pessoas direta ou indiretamente afetadas não devem ficar alheias ao julgamento do recurso em que se decidirá matéria de seu interesse. Nem muito menos seria justo que fossem prejudicadas em virtude de um patrocínio deficitário, que por uma razão ou outra, pode não recorrer de um acórdão que não tenha examinado um dos pontos da controvérsia. Nas palavras de Scarpinella Bueno, a atuação dos *amici curiae* no processo constitucional, significando oitiva prévia da sociedade civil organizada e do próprio Estado, resulta na construção de uma jurisprudência legítima: “o que os Tribunais decidem hoje vincula procedimentalmente e substancialmente o que se decidirá amanhã”<sup>36</sup>.

## 6. DISCUSSÕES SOBRE A ‘CAUSA DE PEDIR ABERTA’ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recentemente, mais uma vez, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deparou-se com um impasse: seria aberta a *causa petendi* do recurso extraordinário? Na apreciação do RE 630.147/DF, em 2010, interposto pelo ex-governador do Distrito Federal, Joaquim Domingos Roriz, na pretensão de ter deferido o pedido de registro de sua candidatura, a Corte Constitucional apreciou a Lei Complementar nº 135/2010, a tão conhecida Lei da Ficha Limpa.

Por ocasião dos diálogos a respeito da constitucionalidade da lei em referência, foi proposta questão de ordem acerca do tema – causa de pedir. Em resumo: o Ministro Presidente, Cezar Peluso, certo de que o Senado Federal procedeu a uma emenda modificativa no projeto aprovado na Câmara dos Deputados, não o tendo devolvido para nova aprovação, apontou vício formal de inconstitucionalidade. O Ministro relator, Carlos Ayres Britto, todavia, não chegou a ventilar tal questão na promulgação de seu voto por entender

35. CHECCHIA, Bruno Toledo e LEAL, Saul Tourinho. *op. cit.*

36. BUENO, Cássio Scarpinella. *op. cit.*, p. XXXVIII.

que a mesma não foi suscitada nas razões do recurso, o que o restringiria à extensão dos argumentos trazidos aos autos.

Formalizado o descompasso de ideias, cada membro da Corte registrou a sua percepção sobre os reflexos de uma decisão proferida em sede de recurso extraordinário na atual sistemática, em que se discutem teses constitucionais, não mais conflitos *inter partes* formalmente ditos.

Acompanhando o Ministro Presidente, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello suscitaram o processo de objetivação pelo qual tem passado o recurso extraordinário. Ponderou o primeiro: “[...] Isso antes, muito antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, que consagrou a repercussão geral. Hoje, nós temos enfatizado cada vez mais essa possibilidade.”<sup>37</sup>.

E acresceu sobre a jurisprudência quanto à *causa petendi* aberta:

“[...] Há possibilidade para que possamos tanto manter o acórdão por outro fundamento como eventualmente superá-lo por um outro fundamento. Eu cito, aqui, o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, e o RE 172.058, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e também o RE 298.694, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.”<sup>38</sup>.

Ao final, registrou o Ministro Cezar Peluso: “[...] é função da Corte, quando se argui a inconstitucionalidade, ou se põe em dúvida a constitucionalidade da lei, como guardião da Constituição, examinar a lei perante toda a Constituição.”<sup>39</sup> Essa é a premissa que norteia o andamento do direito constitucional processual.

É certo que tal embate não representou a primeira vez em que a Corte deliberou a questão da causa de pedir no processo subjetivo, especialmente no recurso do qual se fala. Como foi oportunamente memorado pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 172.058, que abrigou matéria tributária, imposto de renda de pessoa jurídica, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal havia fixado entendimento segundo o qual os limites da controvérsia não impedem que o Plenário declare a inconstitucionalidade da lei ou ato atacado como um todo, vez que é o guardião primeiro da Constituição. Assim foi ementado o acórdão:

37. STF, Min. Gilmar Mendes. Na Questão de Ordem suscitada pelo presidente no RE 630.147/DF publicada em 22/09/2010.

38. *Idem*.

39. *Idem*.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL – LIMITES. Ali-cerçado o extraordinário na alínea *b* do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal – de guarda maior da Carta Política da República.”<sup>40</sup>

Notadamente, já naquela época, outubro de 1995, o juízo a que chegaram os componentes da Suprema Corte parece o mais acertado. Antes mesmo de se pensar no instituto da repercussão geral, vislumbrou-se um processo amplificado de discussão, capaz de abarcar todos os pontos relevantes para o deslinde do conflito, de modo a salvaguardar toda a sociedade de qualquer obediência à inconstitucionalidade.<sup>41</sup>

Com base nesse precedente, é de se questionar: até onde vai o empecilho para que possa o *amicus curiae*, na condição de concretizador do processo constitucional-democrático, inaugurar elementos discutíveis no extraordinário, ante a abertura na causa de pedir? Por que abster uma das formas de se chegar à prestação jurisdicional eficiente na forma da repercussão geral? A evolução para a abertura da *causa petendi* com a objetivação recurso extraordinário não traria uma consequente ampliação da legitimidade processual do *amicus*? Parece-nos que a resposta é positiva.

40. STF, RE 172.058/SC, rel. Min. Marco Aurélio, DJU em 13.10.95, p. 1530.

41. Oportuno transcrever parte do voto do eminente Ministro ante o destaque dado ao princípio da razoabilidade, intrínseco e necessário a toda decisão jurídica: “[...] Esclareço que a razão de ser deste voto abrangente, embora a lide envolva tão-somente a situação jurídica de sociedade por quota de responsabilidade limitada, está na circunstância de a Corte de origem haver declarado a inconstitucionalidade do artigo 35, tantas vezes referido, como um todo, ou seja, no que nele residem três normas diversas sobre a disciplina – é certo, sob a mesma inspiração – do desconto na fonte relativamente ao sócio cotista, ao acionista e ao titular da empresa individual. Assim, os limites da lide não revelam os parâmetros da atuação desta Corte, porque foram excedidos na prolação do acórdão atacado. **Cabe, ultrapassada a barreira do conhecimento do extraordinário, avançar, em atuação condizente com a atividade precípua que a Constituição Federal impõe ao Supremo – de Guarda Maior dela própria.** Indaga-se: o que ocorrerá a não ser entender dessa forma? Limitada a apreciação à parte envolvida na lide – desconto na fonte quanto aos cotistas – permanecerá sem o crivo do Supremo Tribunal Federal o provimento do Tribunal Regional Federal no que declara, também, a inconstitucionalidade do artigo quanto ao acionista e ao titular da empresa individual. **Cumpre, na espécie, construir, atento o Plenário ao princípio da razoabilidade.**”. STF, RE 172.058/SC, rel. Min. Marco Aurélio, DJU em 13.10.95, p. 1548 e 1549. (Grifamos)

## 7. O *AMICUS CURIAE* NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.078/2010), em tramitação na Câmara dos Deputados, há diversos dispositivos que disciplinam a atuação dos *amici curiae*. O artigo 935 do projeto cuida da participação de terceiros no incidente de resolução de demandas repetitivas, novo instituto cuja teleologia é muito assemelhada à da repercussão geral. Já o artigo 989, § 5º do projeto trata da admissão de terceiros na análise da existência ou não da repercussão geral. Contudo, o mais importante deles é o artigo 322 e respectivo parágrafo único, que assim trata a questão:

Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

O projeto de novo Código de Processo Civil tem o mérito de conferir tratamento geral para a matéria, hoje regulada em leis esparsas. Além disso, ao disciplinar a repercussão geral e o incidente de resolução demandas repetitivas, o projeto segue tendência salutar ao direito brasileiro, consistente em desafogar os tribunais superiores, permitindo que foquem os esforços na resolução de teses jurídicas e não dos casos que lhes subjazem. Contudo, consoante defendido ao longo do texto, a legitimidade de tais decisões depende fortemente da *abertura* de tais processos – *leading cases* – à participação da comunidade jurídica, e o instrumento apto a tanto é a permissão de ingresso dos *amici curiae*. Nesse sentido, urge a reformulação do parágrafo único do artigo 322, para que seja expressamente reconhecida a legitimidade recursal de tais atores processuais e a possibilidade de aditar causas de pedir, quando em sede de repercussão geral.

Como visto, ao contrário do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, o recurso extraordinário escolhido para servir como paradigma na aplicação da repercussão geral não necessariamente é aquele melhor aparelhado a tanto. A mesma consideração é válida quanto ao profissional da advocacia por ele responsável. Se este profissional, por exemplo, perder o prazo para a interposição de embargos declaratórios – *e.g.*, para requerer a

modulação dos efeitos da decisão do Supremo<sup>42</sup> – pode resultar em prejuízo incalculável a toda a sociedade.

## 8. CONCLUSÃO

O direito constitucional processual rege-se pela busca da efetividade da prestação jurisdicional do Estado. Liebman já definia o direito processual como sendo ramo da ciência do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico. A partir desse conceito, visualiza-se o processo como instrumento real de concretização do direito material. Dissociar as regras processuais da busca pela prestação da tutela estatal da jurisdição é divorciar o direito de seu fim. Diante da necessidade de se colocarem paralelos o direito e o processo é que o fator tempo tornou-se o elemento catalisador para o nascimento do instituto da repercussão geral.

Uma das principais consequências advindas do “novo” requisito de admissibilidade recursal foi a objetivação da característica individual do devido processo legal, mais precisamente com relação ao recurso extraordinário, o principal meio de acesso ao Supremo Tribunal Federal para o controle concreto de constitucionalidade. Essa nova sistemática instituída pelos artigos 543-A e 543-B do CPC permitiu que questões constitucionais de largo alcance, assim definido pela relevância social, política, jurídica ou econômica, sejam amplamente discutidas pela sociedade por meio dos debates que ocorrem no Plenário da Corte.

É nesse aspecto que a participação dos *amici curiae* ganha relevo. Se as discussões dentro de uma determinada lide ultrapassam os limites da causa para alcançar outros muitos processos, que aguardam sobrestados, por que não ampliar o grau de envolvimento da sociedade afetada? Qual a razão para obstar o concreto exercício processual dos interessados na medida em que o *leading case* escolhido não necessariamente representa o recurso mais bem aparelhado ao deslinde da controvérsia?

Nesse contexto, há que se pensar e avaliar, inclusive, a capacidade recursal do *amicus curiae* no sentido de não tornar sem efeito a cláusula de acesso à justiça garantida constitucionalmente aos jurisdicionados nos casos de reper-

---

42. Sobre tal possibilidade, confira-se: BODART, Bruno Vinícius Da Rós. “Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade”, *Revista de Processo*, v. 198, p. 389-402, 2011.

cussão geral, possibilitando-os fornecer elementos adicionais, diferentes dos trazidos aos autos no recurso representativo e, com isso, evitar o esmaecimento das garantias procedimentais das pessoas que poderão vir a ser atingidas pelas consequências concretas da decisão. O projeto de novo Código de Processo Civil, embora meritório ao conferir tratamento geral ao *amicus curiae*, poderia ter avançado no reconhecimento de prerrogativas processuais aos referidos agentes, o que se revela imprescindível para a legitimação do novo modelo.

Para finalizar, conclui-se que a participação do *amicus curiae*, cuja entrada é de livre escolha e convencimento do relator, mesmo não sendo obrigatória no processo constitucional, tem importância crucial e indiscutível, visto que denota a inclusão da sociedade na interpretação das normas constitucionais.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BINENBOJM, Gustavo. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. Salvador: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 1, 2005.
- BODART, Bruno Vinícius Da Rós. “Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade”. *Revista de Processo*, v. 198, 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e Incidentes nos Tribunais. Sucedâneos Recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. Repercussão Geral no projeto de novo Código de Processo Civil. In PAULSEN, Leandro. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.
- CHECCHIA, Bruno Toledo e LEAL, Saul Tourinho. O ‘*amicus curiae*’ na disputa tributária. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/1003274/o-amicus-curiae-na-disputa-tributaria>, acesso em 25/09/2011.
- COLLINS, Paul M. Jr. *Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation*. *Law & Society Review*, vol. 38 Nbr. 4, December, 2004.
- DIDIER Jr., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 9ª ed. Salvador: JusPodvim, 2011, vol. 3.
- DIDIER Jr., Fredie. *Ações Constitucionais*. 5ª ed. Salvador: JusPodvim, 2011.



- FERRAZ, Taís Shilling. Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In PAULSEN, Leandro. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- KRISLOV, Samuel. “The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy”, *Yale Law Journal* 72, 1962-1963.
- LEAL, Saul Tourinho. “A influência do *amicus curiae* nas decisões tributárias do STF”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 181, 1ª edição, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói: Ímpetus, 2010.
- MEDINA, Damares. *Amicus Curiae – Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.
- SIMMONS, Omari Scott. “Picking friends from the crowd: *amicus curiae* participation as political symbolism”, *Connecticut Law Review* 185, 2009-2010
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

