

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

nos Tribunais Superiores

Coordenação:

PROFESSORA DOUTORA LILIAN ROCHA

PROFESSOR DOUTOR JOÃO FERREIRA BRAGA

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

LEANDRO SOARES NUNES

Lilian Rose Lemos Rocha
João Ferreira Braga
Gabriel Rocha Rozendo Pinto
Leandro Soares Nunes

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

nos Tribunais Superiores

Organizadores:

Gabriel R. Rozendo Pinto
Leandro Soares Nunes
Naiara Ferreira Martins
Paulo Victor Lima
Pedro Almeida Costa
Pietro Pimenta
Rafael de Almeida Guimarães
Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Brasília, 2016.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB/ACC | André Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

AR Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : prática processual nos tribunais superiores / organizadores, Gabriel R. Rozendo Pinto ... [et al.] ; [autores] Lilian Rose Lemos Rocha ... [et al.]. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2016.

285 p.

ISBN 978-85-61990-59-6

1. Direito tributário. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.9(81)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	7
A CONTRADIÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 1.013 COM O ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E SUA INCONSTITUCIONALIDADE	9
<i>ANA RAQUEL COELHO SANTOS</i>	
A TÉCNICA DE ESTABILIZAÇÃO E A COISA JULGADA: QUAIS AS FORMAS DE IMPUGNAR A ESTABILIZAÇÃO DEFINITIVA.....	21
<i>BRUNO PEREIRA DE MACEDO</i>	
OS ASPECTOS POLÊMICOS DA INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	43
<i>ERMESON DE AMORIM MELO</i>	
AS INFLUÊNCIAS DOS REPETITIVOS NA CONSOLIDAÇÃO DE MAIOR ESPAÇO SOCIAL A SER ALCANÇADO PELO PODER JUDICIÁRIO	57
<i>DIOGO MESQUITA PÓVOA</i>	
ASPECTOS POLÊMICOS DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015	73
<i>GEOVANA MUNIZ RUELLE</i>	
DE UMA JURISDIÇÃO DEFENSIVA A UMA JURISDIÇÃO DE MÉRITO.....	93
<i>IARA CRISTINA TEIXEIRA DE LIMA</i>	
ELEMENTOS PARA DISCUSSÃO ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	103
<i>RENATA NINI AZZOLINI</i>	
DETERMINAÇÃO DE JULGAMENTO DAS CAUSAS EM ORDEM CRONOLÓGICA PREFERENCIALMENTE PELA LEI 13.256 DE 2016.....	121
<i>JOÃO SOARES FRAGOSO NETO</i>	
O NOVO CPC E SUA APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO	135
<i>CELSE FERREIRA DOS ANJOS</i>	

O PAPEL DO AMICUS CURIE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA DEMOCRATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	143
<i>ELBEM CESAR NOGUEIRA AMARAL JUNIOR</i>	
OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E OS PRAZOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	169
<i>ALTAIR</i>	
LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS PROCESSOS COLETIVOS E POSICIONAMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	177
<i>AMANDA CANCHERINI LEFONE</i>	
O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS DA INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO ANTES DA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO	199
<i>SHIRLEY ANDRADE DE OLIVEIRA CARVALHO</i>	
TUTELA PROVISÓRIA: O CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA APÓS O PRAZO PREVISTO NO ART. 304, §5º, DO CPC/2015	215
<i>TÂNIA CRISTINA MARTINS ARAÚJO</i>	
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	233
<i>BRUNO DE QUEIROZ P. DE OLIVEIRA</i>	
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	243
<i>LEILIANE OLIVEIRA</i>	
LIMITES DO PROCEDIMENTO NEGOCIADO NAS INSTÂNCIAS RECURSAIS	253
<i>FERNANDO LUIZ CARVALHO DANTAS</i>	
TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	277
<i>PIETRO PIMENTA</i>	

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de e-book.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.



A CONTRADIÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 1.013 COM O ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Ana Raquel Coêlho Santos¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Motivação da sentença e sua descrição no artigo 489 do *novo Código de Processo Civil*. 3 A contradição entre o artigo 489 e o § 3º do artigo 1.013, ambos do Código de Processo Civil. 4 Inconstitucionalidade do § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil pela violação ao artigo 93, IX, e ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O novo Código de Processo Civil surge com a proposta de elucidar questões práticas procedimentais. Buscando a celeridade processual, o § 3º do artigo 1.013 prevê a possibilidade do Tribunal ad quem julgar, desde logo, o mérito da demanda, quando reconhecida a nulidade da sentença por ausência de motivação. Contudo, ao elaborá-lo, o legislador não observou as demais normas infraconstitucionais, bem como princípios e garantias constitucionais. Assim, o presente artigo visa a demonstrar, por meio de estudos e pesquisas realizadas em fontes primárias e secundárias, a contradição e incompatibilidade do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil com o artigo 489 do mesmo diploma legal, e sua inconstitucionalidade em face dos artigos 93, inciso IX e 5º inciso LV, da Carta Magna.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Novo Código de Processo Civil. Artigo 1.013.

ABSTRACT

The new Civil Procedure Code comes with the proposal to solve procedural practices problems. Trying to speed the procedural, the § 3º do article 1.013 brings the possibility, for the Court, to judge the demand's merit whenever it is recognized the sentence's nullity by the absence of motivation. However, when the legislator elaborated the law, he didn't observe the others infra-constitutional rules, and constitutional principles and guarantees. Considering the new regulation, this essay aims to demonstrate, through studies and research in

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília UniCEUB/ICPD. E-mail: anaraquelbsb@gmail.com.

primary and secondary sources, the incompatibility of the § 3º of the Article 1.013 of the new Code with the Article 489 of the same law, and its unconstitutionality by the violation of the articles 93, IX and 5º, LV, of the Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Unconstitutional. New Civil Procedure Code. Article 1.013, § 3º.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 nasceu com a proposta de elucidar questões e problemas procedimentais práticos que ocorriam nos Tribunais nacionais.

Como solução a um desses problemas, o legislador procurou definir, em seu artigo 489, os elementos essenciais da sentença e as causas em que as decisões judiciais são consideradas como não fundamentadas, buscando, assim, elucidar a questão da ausência de motivação de decisões.

Acontece que, ao tentar dar maior celeridade ao processo, o legislador possibilitou desde logo, conforme dispõe o § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil, nos casos em que for declarada nula a sentença por falta de motivação, o julgamento do mérito pelo juízo ad quem, indo de encontro ao que prescreve o artigo 489, haja vista que referido acordão não cumprirá os padrões estabelecidos para uma sentença, por ser uma decisão de órgão colegiado, restando o processo sem uma decisão monocrática devidamente fundamentada.

Ademais, houve um descuido do legislador quanto aos princípios e garantias constitucionais, uma vez que, ao elaborar referida norma, violou o princípio constitucional da motivação das decisões e a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Desse modo, pretende-se através do presente artigo, sem a pretensão de esgotar ou apresentar soluções ao tema, demonstrar a contradição do § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil com norma nele constante, bem como sua inconstitucionalidade.

2 MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA E SUA DESCRIÇÃO NO ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Atualmente é comum, nos diversos Tribunais do Brasil, que as motivações das decisões remetam ou mencionem as alegações deduzidas por uma das

partes, como também a precedentes ou até mesmo a decisões proferidas anteriormente no mesmo feito, o que, muitas vezes, resulta na ausência de uma justificação própria e autônoma que dê embasamento próprio às questões decididas. O Código de Processo Civil de 1973 não foi hábil o bastante para solucionar tal conflito, pois apenas reproduziu as redações dos Códigos anteriores², não tratando suficientemente dos elementos essenciais à fundamentação das decisões, continuando o problema da falta de fundamentação apropriada, com um embasamento próprio referente à controvérsia submetida à apreciação judicial.

Ciente dessa adversidade, o Código de Processo Civil de 2015 regulamentou, em seu artigo 489, não só os elementos essenciais da sentença, como também as práticas que levam decisões judiciais, sentenças e até mesmo acórdãos a serem considerados como não fundamentados, a exemplo do não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Vejamos o teor do referido artigo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem de-

² KORENBLUM, Fábio. *A polêmica acerca da efetiva motivação das decisões judiciais sob a perspectiva no novo Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217116,91041-A+polemica+acerca+da+efetiva+motivacao+das+decisoes+judiciais+sob+a>>. Acesso em: 01 maio 2016.

monstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.³

Da análise do dispositivo supracitado, nota-se que o Código de Processo Civil se mostra extremamente minucioso com a motivação das decisões judiciais, e não podia ser diferente, uma vez que trata de uma garantia constitucional, cuja ausência pode importar em nulidade do julgado, conforme dispões o artigo 93, IX, da *Carta Magna*: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”⁴

Interessante destacar a tamanha importância dada à fundamentação das decisões pela Constituição Federal, pois usualmente as normas constitucionais não apresentam penalidades, apenas afirmam direitos e impõe deveres. Contudo, a supressão da motivação demonstra enorme gravidade, pois o constituinte dispôs no próprio texto constitucional a sanção de nulidade.⁵

Cabe pontuar, nessa esteira, a importância da preocupação, visto que é razoável e necessária, uma vez que está intrinsecamente ligada com o controle e legitimação do Poder Judiciário do Estado⁶, em razão de explicitar o motivo

³ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁶ BARCELOS, Alana Machado. *Motivação implícita da sentença*: análise do Artigo 489, 1º, IV, do novo Código de Processo Civil. 2015. 102 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

que ensejou a decisão, e ser, portanto, o fator que impede que sejam prolatadas decisões discricionárias.

3 A CONTRADIÇÃO ENTRE O ARTIGO 489 E O § 3º DO ARTIGO 1.013, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto anteriormente, a ausência de motivação nos atos decisórios é causa de nulidade. No caso em comento, a nulidade será absoluta, isso porque, além da ausência de fundamentação configurar ato processual defeituoso, haverá prejuízo para a parte, uma vez que a finalidade do ato não é atingida, ou seja, não é explicitada de forma razoável os motivos que levaram o Julgador a se posicionar naquele sentido.

São duas as formas para o reconhecimento da nulidade: a de ofício, pelo magistrado, e resultante de provocação de uma das partes.

O reconhecimento da nulidade sem a provocação das partes, ou seja, de ofício, deve ser realizado a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição em que for constatada, determinando-se, se for o caso, o seu envio ao órgão prolator da decisão, para que uma nova decisão seja proferida.

Já o reconhecimento da nulidade pela provocação das partes, em especial no caso de sentença não fundamentada, pode, primeiramente, ser realizado por oposição de Embargos de Declaração, com fundamento na omissão, que muitas vezes não é acolhido em razão da não obrigatoriedade dos julgadores de rebater ponto a ponto todos os argumentos das partes.

Não sendo acolhido os embargos de declaração (ou de forma direta – sem oposição dos embargos) é possível a interposição do Recurso de Apelação, cabendo no caso de provimento do recurso, a devolução dos autos ao Tribunal de origem para conhecimento da matéria impugnada, conforme dispõe o *caput* do artigo 1.013 do *novo Código de Processo Civil*.⁷ Já no caso de não provimento do Recurso de Apelação, é cabível Recurso Especial por violação do artigo 489 do *novo Código de Processo Civil*.⁸

⁷ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

Assim que o novo diploma processual trouxe uma novidade quanto ao reconhecimento de nulidade de sentença por falta de fundamentação, ou seja, a possibilidade de julgamento do mérito pelo juízo *ad quem*, nos casos em que o processo estiver em condições de imediato julgamento. Vejamos a redação do referido artigo:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.⁹

Nota-se que tal novidade ampara notória contradição, não só ao disposto no artigo 489 do *novo Código de Processo Civil*, como também ao princípio constitucional previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Isso porque não havendo uma nova sentença, desta vez fundamentada, resta apenas um acórdão decretando a nulidade da sentença, reconhecendo e possibilitando o julgamento imediato do mérito, que resulta na procedência ou improcedência das pretensões iniciais.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁹ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

Desse modo, é fácil vislumbrar que o julgamento imediato do mérito desfaz todo o conteúdo do artigo 489 do *novo Código de Processo Civil*, uma vez que o acórdão que analisar a controvérsia não estará adstrita aos elementos essenciais previstos no referido artigo, haja vista que restará vinculado as formalidades do Recurso de Apelação, não possibilitando a manifestação e fundamentação própria da sentença lavrada em primeira instância, conforme os termos do artigo em comento.

Verifica-se, portanto, que, ao fim, o processo restará com uma sentença inócua e não fundamentada, suplantada por um acórdão que julgará o mérito da causa, não oportunizando o saneamento do vício pelo juízo monocrático originário.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 1.013 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, E AO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Da análise do § 3º do artigo 1.013 do *novo Código de Processo Civil* é possível, ainda, vislumbrar duas violações à Constituição Federal de 1988. Primeiro a resultante às afrontas ao artigo 93, inciso IX, que dispõe sobre o princípio da motivação das decisões. Segundo, a violação ao artigo 5º, inciso LV, que dispõe sobre o princípio do duplo grau de jurisdição.

A violação ao princípio da motivação das decisões advém da possível ausência de fundamentação dos acórdãos quanto ao mérito da questão de fundo, pois ao decretarem a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, e julgarem desde logo o mérito da demanda, sob o entendimento da presença da condição de julgamento imediato, comprometem o teor desse princípio.

Sendo esses acórdãos inadequadamente fundamentados quanto à questão de fundo, resta caracterizada a violação ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, haja vista que os acórdãos lavrados nesse contexto não irão satisfazer o que determina o artigo 489 do *novo Código de Processo Civil*, como fazem a sentença de primeiro grau.

Quanto à violação do princípio do duplo grau de jurisdição, este ainda é mais evidente, pois ao proferir uma decisão julgando o mérito, o juízo *ad quem* inibe que a matéria fática seja apreciada por outro grau de jurisdição, deixando

de prestigiar o duplo grau de jurisdição, uma vez que a decisão passa a não ser suscetível à revisão por um grau superior¹⁰.

Por exemplo, o autor entra com uma demanda de rescisão de contrato com base na violação de cláusula de sigilo devidamente comprovada por documentos acostados aos autos, sendo que a demanda é julgada procedente no juízo *a quo*. Contudo, ao proferir referida sentença, o juiz deixa de observar os elementos essenciais previstos no artigo 489 do *novo Código de Processo Civil*. Dessa forma, inconformada com a decisão, a parte ré interpõe recurso de apelação no qual alega a nulidade absoluta, ante a ausência de motivação da decisão. Ao julgar o recurso, o juízo *ad quem* decreta a nulidade e verifica que há elementos suficientes para julgar o mérito, julgando-o, assim, totalmente improcedente.

No caso descrito, a parte autora restaria prejudicada, pois não haveria recurso cabível capaz de alterar o mérito, ante a redação da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”¹¹.

Assim, o *novo Código de Processo Civil* traz um grande prejuízo à parte litigante, que deixa de estar amparada pela garantia constitucional do duplo grau de jurisdição quando sua demanda, em primeiro grau de jurisdição, for julgada sem a devida motivação, impossibilitando que a nova decisão seja apreciada por um órgão revisor, de segundo grau de jurisdição, uma vez que a demanda passa a ser decidida em única instância, inibindo o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes como dispões o artigo 5º, inciso LV, da *Carta Magna*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹².

Importante destacar que nesse contexto alguns autores entendem que o princípio do duplo grau de jurisdição estaria atendido, pois ainda que a sentença

¹⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do STJ*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

recorrida não enfrentasse o mérito, a causa teria sido analisada por duas instâncias¹³.

Esse posicionamento torna-se, assim, falacioso na medida em que não há análise efetiva do contraditório por duas instâncias, pois a nulidade verificada no primeiro julgamento leva apenas à validade do segundo julgamento, permitindo a apreciação do mérito da questão em uma única instância. Resta, assim, prejudicada a possibilidade de uma prestação jurisdicional adequada.

Ademais, oportuno salientar que o § 3º do art. 1.013 do *novo Código de Processo Civil* não se destaca apenas em razão da violação a um dispositivo constitucional, pois acaba por afrontar uma garantia fundamental, externando a gravidade gerada pela sua adoção na solução de controvérsia em nome de uma suposta celeridade que supriu direitos.

Assim, é notória a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 1.013 do *novo Código de Processo Civil*, uma vez que está não só em desconformidade com o princípio da decisão motivada, mas também com o princípio constitucional e a garantia fundamental do duplo grau de jurisdição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil visou a solucionar os problemas práticos do cotidiano que emperram os Tribunais nacionais, em especial em conferir agilidade ao impulso processual, preocupando-se em dar solução racional e pragmática que permitam a vazão de grande quantidade de processos de forma mais rápida, através de decisões inadequadamente fundamentadas, sem observância dos elementos essenciais previstos no seu artigo 489, flexibilizando a exigência de fundamentação.

Com isso, fragilizou o legislador a dogmática processual ao redigir o § 3º do artigo 1.013 do diploma legal em comento, desconsiderando o duplo grau de jurisdição, com a inovação através da qual permitiu que o juízo *ad quem* julgasse

¹³ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” em caso de nulidade da sentença por falta de fundamentação: um diálogo com Marco Antônio Perez de Oliveira. *Portal Processual*, c2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/a-aplicacao-da-teoria-da-causa-madura-em-caso-de-nulidade-da-sentenca-por-falta-de-fundamentacao-um-dialogo-com-marco-antonio-perez-de-oliveira/>>. Acesso em: 01 maio 2016.

o mérito da causa, em sede de apelação, em único grau de jurisdição quando reconhecida a nulidade de sentença em razão da ausência de fundamentação.

Assim, pode-se concluir que a nova legislação se mostra contraditória, haja vista que a redação do § 3º do artigo 1.013 do *novo Código de Processo Civil* vai em sentido contrário aos elementos exigidos pelo artigo 489 do mesmo diploma legal.

Mais grave do que a nítida contradição entre os seus dispositivos, é a contrariedade à própria *Carta Magna*, pois é clara a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 1.013 do *novo Código de Processo Civil*, uma vez que o referido artigo não só fere ao princípio da decisão motivada, como também afronta a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Com isso, revela-se não indicada a aplicação do § 3º do artigo 1.013 do *novo Código de Processo Civil*, uma vez que contrária ao ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal. Tal fato demonstra-se como de extrema gravidade, uma vez que a inconstitucionalidade demonstrada advém de uma inovação jurídica trazida por um diploma processual que tem por intuito facilitar a prestação jurisdicional, mas acaba por prejudicar o jurisdicionado quanto a conferir a pretensão almejada a quem tem o bom direito.

Assim, é imperativo se firmar um posicionamento acerca dessa relevante questão, em especial no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, quanto a legalidade e constitucionalidade do referido dispositivo, para que se possa alcançar um entendimento que permita a efetiva prestação jurisdicional com segurança e guardando a inviolabilidade da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Alana Machado. *Motivação implícita da sentença: análise do Artigo 489, 1º, IV, do Novo Código de Processo Civil*. 2015. 102 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do STJ*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

KORENBLUM, Fábio. *A polêmica acerca da efetiva motivação das decisões judiciais sob a perspectiva no novo Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217116,91041-A+polemica+acerca+da+efetiva+motivacao+das+decisoes+judiciais+sob+a>>. Acesso em: 01 maio 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POMJÉ, Caroline. Motivação per relationem: uma análise à luz do art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil. In: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 27., 2015, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: UFRGS, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/136629>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” em caso de nulidade da sentença por falta de fundamentação: um diálogo com Marco Antônio Perez de Oliveira. *Portal Processual*, c2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/a-aplicacao-da-teoria-da-causa-madura-em-caso-de-nulidade-da-sentenca-por-falta-de-fundamentacao-um-dialogo-com-marco-antonio-perez-de-oliveira/>>. Acesso em: 01 maio 2016



A TÉCNICA DE ESTABILIZAÇÃO E A COISA JULGADA: QUAIS AS FORMAS DE IMPUGNAR A ESTABILIZAÇÃO DEFINITIVA

Bruno Pereira de Macedo¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Tutelas provisórias de urgência. 2.1 Tutela antecipada antecedente. 3 Técnica de estabilização da tutela provisória satisfativa. 3.1 Requisitos para obtenção da estabilização. 3.2 Ação para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada. 4 Coisa julgada. 4.1 Ação rescisória como forma de impugnar a coisa julgada. 5 Formas de impugnar a estabilização definitiva. 5.1 Cabimento de ação rescisória em face da decisão estabilizada. 5.2 Possibilidade de ajuizamento de nova ação em decorrência da não formação da coisa julgada. 6 Considerações finais. Referências.

RESUMO

A decisão apta à estabilização não faz coisa julgada - art. 304, § 6º, CPC/2015. Chega-se a tal conclusão a partir da própria previsão legal, bem como da incompatibilidade de obtenção da coisa julgada por meio de cognição sumária. O presente artigo visa a discutir as possíveis formas de impugnar a decisão estabilizada após o decurso do prazo decadencial para propositura da ação prevista no art. 304, §2º, CPC/2015. Assim, levando-se em conta a não formação da coisa julgada, discute-se a possibilidade de ação rescisória e/ou ajuizamento de uma nova ação para discutir a lide novamente.

Palavras-chave: Estabilização da tutela provisória satisfativa. Coisa julgada. Formas de impugnar a estabilização definitiva.

ABSTRACT

The decision aimed to stabilize doesn't res judicata - art. 304, § 6º, CPC/2015. Such a conclusion is extracted from the legal provision as well the formation of the res judicata incompatibility judged by summary cognition. This article discusses the possible ways to contest the stabilized decision after the expiry of the statutory period for bringing the action provided for in art. 304, § 2º, CPC/2015. Thus, taking into account the non-

¹ Advogado, sócio fundador da Costa, Macedo & Nogueira Advogados, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e da Comissão de Direito das Famílias e das Sucessões da OAB/DF. Aluno do curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Graduado na mesma instituição de ensino.

-formation of *res judicata*, discusses the possibility of rescission and/or filing of a new lawsuit to discuss the deal again.

Keywords: Stabilization of the interim protection. *Res judicata*. Means to challenge the definitive stabilization.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil – Lei 13.205/2015 – trouxe diversas inovações para o processo brasileiro. É inegável que grande parte dessas mudanças busca alcançar a tão sonhada celeridade processual, sobretudo, visa a aproximar as partes da efetividade jurisdicional.

Dito isso, o novo CPC traz vários mecanismos hábeis a permitir que os jurisdicionados usufruam do direito pleiteado antes mesmo do trânsito em julgado. Não quer dizer que o CPC/73 não possuía alguma forma de exercício do direito vindicado, antes de se obter a coisa julgada, porém, o atual código amplia as possibilidades para tanto.

Nesse rumo, como exemplo de uma dessas técnicas introduzidas pelo novo diploma processual, tem-se a *estabilização*, prevista no artigo 304, do CPC/2015.

A *estabilização* é fruto da internacionalização da nossa norma processual. Sem dúvidas, o CPC/2015 possui um conjunto de procedimentos advindo do direito comparado, de tal forma que o nosso código fixou um intercâmbio maior entre o direito processual pátrio e o direito processual estrangeiro.

A título de exemplo, a técnica da *estabilização* é amplamente utilizada no direito processual italiano e no direito processual francês.

Como dito, a *estabilização* é uma técnica processual de aproximação entre as partes e o resultado pretendido, entretanto, por óbvio, tem características próprias. Dentre as quais, escolheu-se como alvo deste trabalho, o estudo da *estabilização* e a não propensão de formação da coisa julgada.

Nesse diapasão, pretende-se traçar um paralelo entre a decisão tendente a estabilizar-se e a coisa julgada, de modo a verificarmos quais as formas de atacar esse *decisum*, ou, até mesmo, se existe a possibilidade de rediscutir a lide.

A *estabilização* está prevista no capítulo das tutelas provisórias satisfativas antecedentes ou, também chamadas, tutelas antecipadas antecedentes. Assim, *a priori*, consubstancia-se em uma técnica de expansão dos efeitos da provisão urgente no tempo, em outras palavras, a *estabilização* tem o condão de manter

a eficácia da decisão concessiva por tempo indeterminado, de modo a permitir que a parte homenageada usufrua o direito pleiteado.

Contudo, tendo em vista que a *estabilização* não forma coisa julgada - seja pela determinação legal (art. 304, § 6º, CPC/2015), seja pela incompatibilidade entre os dois institutos -, portanto, não se torna imutável e indiscutível, tem-se um grau de volatilidade da decisão estabilizada. Nesse rumo, qualquer uma das partes poderá, respeitado o prazo decadencial de dois anos (art. 304, § 5º, CPC/2015), ingressar com ação autônoma para buscar a cognição exauriente, ou ainda, para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a antecipação da tutela (art. 304, § 2º, CPC/2015).

Ocorre que, ultrapassado o prazo decadencial acima descrito, a estabilização passa a ser definitiva, na medida em que não é mais cabível a ação de reforma, invalidação e revisão da decisão estabilizada, prevista no art. 304, § 2º, CPC/2015.

Entretanto, não obstante o acima exposto, essa decisão estabilizada não forma coisa julgada, mesmo após o prazo decadencial. Assim, surgem, ao menos, dois questionamentos acerca do destino da decisão estabilizada: i) se as partes poderão ingressar com uma nova ação para rediscutir a lide após o prazo decadencial de dois anos; e ii) se cabe ação rescisória em face da decisão estabilizada.

Em virtude da inexistência de jurisprudência sobre o assunto aqui tratado - por ora -, busca-se inspiração na doutrina e no direito comparado a fim de explicitarmos as problemáticas envolvidas a não obtenção da coisa julgada pela *estabilização*.

Delimitado o objeto do presente estudo, espera-se, ao final, conseguir trazer à baila os principais argumentos até então utilizados para defesa de cada uma das teses a seguir tratadas.

2 TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA (ARTS. 294 E SEQUINTE DO CPC/2015)

O Estado-juiz, materializado no Poder Judiciário, pode entregar a tutela jurisdicional de forma definitiva ou provisória. A primeira modalidade de tutela é adquirida por meio da cognição exauriente, onde se tem um debate profundo sobre a demanda, ampla produção de prova, garantindo-se o devido processo

legal, a ampla defesa e o contraditório. Portanto, comumente, a obtenção da tutela definitiva demanda um significativo lapso temporal, representando um risco para a efetividade jurisdicional, o que, por si só, justifica a existência das tutelas provisórias.²

Nesse rumo, a tutela provisória é obtida por meio de cognição sumária, não sendo raro sequer se estabelecer o contraditório antes de sua concessão. Assim, enquanto a tutela definitiva possui as credencias necessárias para obtenção da coisa julgada, via de regra, a tutela provisória não alcança tamanho status, salvo, quando confirmada em grau de tutela definitiva, em decorrência de sua precariedade.

Assim, o legislador, ciente dos riscos que o tempo para a obtenção da tutela definitiva pode trazer para as partes – um mal necessário para a boa prestação jurisdicional –, instituiu uma importante técnica processual, qual seja, a possibilidade de antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva pretendida, satisfativa ou assecuratória.

Desse modo, a principal finalidade da tutela provisória é amenizar os eventuais prejuízos advindos com o tempo e garantir maior efetividade da jurisdição, nas palavras do Prof. Fredie Didier Jr.³: “Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele”.

Ademais, importante destacar que a urgência não está consubstanciada somente na eventual demora da cognição exauriente, mas principalmente, na urgência de efetivação do próprio direito material. Quer dizer, o perigo ao direito material pode se apresentar significativo ao ponto de necessitar de proteção jurisdicional, sob pena de se esvaziar no tempo.⁴

As tutelas provisórias estão previstas nos artigos 294 a 311, do CPC/2015. Conforme a própria norma processual dispõe, estas podem se fundar na *urgên-*

² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

cia ou na *evidência* – novidade trazida pelo CPC/2015 –, sendo de maior relevância para esse trabalho as tutelas fundadas na urgência.

O CPC/73 já previa a figura da tutela antecipada e das medidas cautelares como meio de obtenção de tutela emergencial. Nesse ponto, o atual código unificou os requisitos⁵ e trouxe novidades com relação as tutelas provisórias requeridas de forma antecedente.⁶

Como visto, as tutelas provisórias podem se dividir em tutelas de urgência ou de evidência. Avançando com relação as tutelas fundadas na urgência, tem-se que estas podem ser satisfativas ou acautelatórias, contudo, independente da modalidade, ambas têm como requisitos a demonstração da *probabilidade do direito pleiteado* e do *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*.

A tutela provisória de urgência satisfativa – também denominada de tutela antecipada – corresponde a antecipação dos efeitos da tutela definitiva requerida. O autor almeja, com a antecipação da tutela, usufruir imediatamente o direito vindicado. Por exemplo, o autor ajuíza ação de reintegração de posse e faz pedido de concessão de liminar para ser reintegrado. Assim, quando se trata de tutela antecipada notoriamente estamos diante de identidade entre o pedido antepatório e o definitivo.

Por outro lado, a tutela provisória de urgência acautelatória – também denominada de medida cautelar – ocorre quando o pedido de concessão de tutela urgente tem como função precípua assegurar o resultado útil do processo. A título de exemplo, o autor ajuíza ação de cobrança e requer em caráter de tutela de urgência o bloqueio de bens do devedor insolvente. Nota-se que no exemplo dado a tutela de urgência pretendida tem como função apenas proteger eventual

⁵ No CPC/73 tinha-se como requisito para obtenção da tutela antecipada a demonstração da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Por sua vez, para concessão das medidas cautelares, exigia-se a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A doutrina e a jurisprudência por muito tempo se ocuparam para tentar traçar distinções entre os requisitos de cada modalidade de tutela de urgência, contudo, na humilde opinião desse autor, os requisitos sempre foram sinônimos, apresentando-se como mera distinção nominal. Acredita-se que o legislador, quando da elaboração do atual código, percebeu, de igual modo, a inexistência de diferenças entre os requisitos das medidas de urgência. Nesse sentido, o art. 300, CPC/2015, prevê como requisitos comuns a demonstração da probabilidade do direito vindicado e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

direito do autor, mas não lhe permite usufruir o direito em si.

Ainda, as tutelas provisórias de urgência, nos termos do parágrafo único do art. 294, do CPC/2015⁷, podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. Desse modo, permite-se a realização de pedido de tutela de urgência de forma antecedente, concomitante ou incidental ao pedido de tutela definitiva.

Conforme destaques da nota de rodapé n. 5, os requisitos para concessão das tutelas de urgência foram unificados, não havendo distinção para concessão de tutela antecipada ou de medida cautelar. Entretanto, na prática, o operador do direito precisa saber distinguir as modalidades de tutela de urgência, sobretudo, em razão da diferença procedimental quando requeridas de forma antecedente.

Assim, no próximo tópico, trata-se sobre o pedido de tutela antecipada antecedente, ou, pedido de tutela provisória de urgência satisfativa antecedente.

2.1 Tutela antecipada antecedente (art. 303, do CPC)

O CPC/73 previa a hipótese de ajuizamento de ação cautelar preparatória. Tal medida tinha como objetivo assegurar o resultado útil do processo a ser ajuizado, assim, o autor buscava a concessão de uma tutela emergencial, para posteriormente apresentar a chamada “ação principal”, na qual continha o pleito de tutela definitiva.

O legislador, da época, criou a possibilidade de ajuizamento de cautelares preparatórias para permitir que o autor, diante da flagrante urgência, e, talvez, da complexidade do caso, pleiteasse apenas a concessão da medida emergencial, resguardando-se para apresentar a ação principal em momento posterior.

Contudo, as cautelares preparatórias serviam, por óbvio, apenas para pedidos de natureza acautelatória, não havendo um respectivo processual para os casos de pedido de tutela antecipada. Assim, o autor não tinha a possibilidade de requerer apenas a antecipação dos efeitos da tutela em sua petição inicial.⁸

⁷ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

⁸ Faz-se uma ressalva a eventual aceitação das denominadas “cautelares preparatórias satisfativas” pela jurisprudência pátria, quando da utilização do CPC/73. Contudo, não se tinha uma segurança jurídica a respeito do cabimento dessas ações, as quais surgiram com o crescente

Nesse rumo, o novo Código tratou de solucionar essa situação, fazendo previsão expressa da possibilidade do autor de restringir a sua inicial ao pleito de concessão de tutela antecipada (art. 303) ou de medida cautelar (art. 305).

Reza o art. 303, CPC/2015, que nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, o autor poderá limitar-se a requerer a concessão de tutela antecipada e a indicar o pedido de tutela final.

Nesse sentido, caso seja concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial – complementar a petição com o pedido de tutela definitiva -, sob pena de extinção da ação.

Nota-se que, diferentemente do procedimento das cautelares preparatórias do CPC/73 - onde se ajuizava a ação cautelar e, posteriormente, ajuizava-se uma nova ação com o pedido principal -, o CPC/2015 prestigiou o processo sincrético, de modo que o autor não terá que ajuizar uma nova ação, mas tão somente aditar a ação que já está em curso.

Nesse ponto, conclui-se que, acertadamente, o CPC/2015 deu a devida atenção aos casos em que o autor tem o interesse de requerer, de início, somente a concessão de tutela antecipada. Ademais, só foi possível a introdução da técnica de estabilização em virtude dessa faculdade do autor em restringir sua inicial ao requerimento de tutela antecipada.

número de cautelares preparatórias que tinham como objeto um pedido correspondente a antecipação dos efeitos da tutela, de modo que por vezes se negava provimento, conforme abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - EXCLUSÃO DE NOME DE CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - PRETENSÃO DE CUNHO SATISFATIVO - ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DO PEDIDO - EMENDA À INICIAL - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. O pedido de exclusão do nome dos cadastros restritivos ao crédito possui natureza satisfativa, não podendo, portanto, ser objeto de ação cautelar preparatória. O princípio da economia processual determina o máximo aproveitamento dos atos processuais, mesmo na hipótese de nulidade, se não houver prejuízo à defesa, tornando cabível a alteração do pedido inicial ou a conversão do procedimento quando necessários. Verificada a irregularidade processual consistente na incongruência entre o procedimento adotado e a pretensão formulada em juízo, deve ser oportunizada ao autor a emenda da petição inicial, para que adéqüe a ação e a pretensão formulada ao rito adequado, em observância ao art. 284 do Código de Processo Civil de 1973 e ao princípio da economia processual.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. AC: 10707150254431001 MG. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Leite Praça. Belo Horizonte, 10 de março de 2016.

3 TÉCNICA DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA (ART. 304)

O novo CPC, inspirado nos códigos processuais italiano e francês, introduziu um mecanismo de descolamento entre a cognição sumária e a cognição exauriente. Isso porque, a estabilização é uma forma de permitir que a decisão proferida em cognição sumária tenha sua eficácia prolongada, de modo que, mesmo após a extinção do processo, esta decisão continue a regular o direito material em conflito, independentemente da busca pela cognição exauriente.⁹

A estabilização, dentre outras, é uma das novidades patrocinadas pelo novo Código processual que visa a aproximação do jurisdicionado da efetividade jurisdicional. Dito isso, pois, o legislador, quando da elaboração do código, percebeu que o lapso temporal entre o ajuizamento da ação e a efetivação da tutela definitiva leva um período considerável, o qual pode acarretar severos prejuízos ao autor, ou, no mínimo, na postergação desarrazoada da fruição do direito almejado.

Não pode o autor ficar à mercê do tempo, tem-se a necessidade de redimensionar o dano eventualmente ocasionado pela demora da prestação jurisdicional entre ambas as partes. Nesse rumo, a técnica da estabilização é uma das formas de proporcionar efetividade e celeridade para o autor.

Interessante destacar, mesmo a estabilização sendo divulgada como uma grande novidade do CPC/2015, já no CPC/73, possuía-se uma técnica similar, qual seja o procedimento da ação monitória. Dito isso, pois, conforme restará esclarecido, a estabilização, igualmente a monitória, se dá em decorrência da inércia do réu, como forma de monitorização processual.

Nessa senda, a estabilização consiste, basicamente, em uma técnica de expansão dos efeitos da provisão urgente no tempo, em outras palavras, a estabilização tem o condão de manter a eficácia da decisão concessiva por tempo indeterminado, de modo a permitir que o autor usufrua o direito pleiteado. Portanto, a decisão que concede tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando estabilizada, recebe uma carga de firmeza/segurança.

⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

3.1 Requisitos para obtenção da estabilização

Evidente que para a ocorrência da estabilização tem-se necessário o preenchimento de determinados requisitos. O primeiro, por óbvio, é a existência de decisão concessiva da tutela provisória de urgência satisfativa.

Seguindo, o caput do art. 304, CPC/2015, estabelece que a estabilização só será possível na hipótese de tutela antecipada requerida nos termos do art. 303, ou seja, antecedente¹⁰. Ainda, soma-se ao primeiro requisito, a inércia do réu, verificada pela não interposição de recurso em face da decisão concessiva da tutela de urgência¹¹.

Percebe-se que o requisito acima, inexistência de recurso do réu, denota um dos objetivos da estabilização – oferecer resultado efetivo e imediato ao autor diante da inércia do réu.¹²

Retomando-se para os requisitos da estabilização, tem-se que o autor deve declarar expressamente o seu interesse de se valer dos benefícios dessa técnica, nos termos do § 5º, do art. 303. Tal requisito tem razão de ser, pois, o réu precisa de previsibilidade para abdicar de interpor o recurso. A estabilização pode ser uma opção do réu, uma vez que ele não precisará investir em sua defesa, terá redução dos honorários sucumbenciais e ficará isento das custas processuais¹³.

¹⁰ Nesse ponto, importante destacar que parte da doutrina defende ser possível a estabilização também nas hipóteses de tutela de evidência, previstas no art. 311, CPC/2015. Cite-se, como exemplo de defensor dessa possibilidade, José Miguel Garcia Medina. Além disso, Teresa Wambier e Humberto Theodoro Junior, compactuam do entendimento da possibilidade de estabilização também nas hipóteses de tutela antecipada requeridas de modo incidental.

¹¹ Importante destacar que há divergência doutrinária quanto a correta interpretação do art. 304, no que diz respeito à expressão “*não for interposto o respectivo recurso*”. Por ora, a maioria tem entendido que somente a interposição do recurso cabível tem o condão de afastar a estabilização. O próprio ENFAM editou enunciado que indica tal conclusão (Enunciado n. 28. Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso.). Por outro lado, alguns doutrinadores, tal como Didier, defendem que qualquer manifestação de inconformismo do réu contra a decisão que antecipou os efeitos da tutela servirá como fator impeditivo da estabilização. Assim, para esses, a apresentação de pedido de reconsideração, de contestação, ou qualquer outra manifestação, é o bastante para impedir a estabilização, não sendo exigível apenas a interposição de recurso para tanto. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatória, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 608.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatória, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 606.

¹³ Enunciado ENFAM nº 18. Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pa-

Caso assim não fosse, mesmo que o réu não recorresse, o autor poderia buscar a cognição exauriente de modo a fazer com que o réu tivesse os gastos que acreditou economizar. Entretanto, ressalva-se que, mesmo após a estabilização, as partes poderão buscar a cognição plena.

A doutrina vem se esforçando para delimitar outros requisitos para a estabilização, a grande maioria desses voltados para as características do próprio direito material em discussão¹⁴, contudo, para o presente trabalho restringe-se aos requisitos descritos acima.

Portanto, preenchidos os requisitos aqui delimitados, o magistrado deverá extinguir o feito, em decorrência da estabilização, conforme preceitua o § 1º, do art. 304, CPC/2015.

Assim, visto como se chegar à estabilização, passa-se a forma de atacar a decisão estabilizada.

3.2 Ação para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada (art. 304, § 2º)

Como visto, a estabilização é uma técnica que permite a manutenção dos efeitos da decisão antecipatória após a extinção do processo, mesmo sem ter alcançado o status de coisa julgada material.

Contudo, o CPC/2015 prevê uma ação própria para que qualquer uma das partes possa rediscutir o feito. Assim, seja para buscar a coisa julgada – cognição exauriente –, seja para reformar, rever ou invalidar a decisão estabilizada, a parte interessada, desde que respeitado o prazo decadencial de dois anos (art. 304, § 5º), poderá ajuizar a referida ação.

Nesse ponto, acredita-se não existir dúvidas consideráveis, sendo clara

gamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, caput, c/c o art. 701, caput, do CPC/2015). BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CPC, 2015, Brasília. *Enunciados...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

¹⁴ Eduardo Talamini em seu texto *Ainda a estabilização da tutela antecipada* sustenta que não caberá a estabilização nas modalidades de citação ficta (edital e por hora certa). Ainda, deduz como outro impeditivo da estabilização as hipóteses em que se tratar de direito indisponível. TALAMINI, Eduardo. *Ainda a estabilização da tutela antecipada*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em: 06 out. 2016.

a possibilidade de ajuizamento de ação por qualquer parte, a fim de buscar a cognição plena, a qual possui como prazo decadencial o período de dois anos, contados a partir da data de intimação da extinção do feito em decorrência da estabilização.

Tem-se como juízo competente, para julgar a ação em comento, o juízo que concedeu a tutela provisória, em convergência com o exposto no § 4º, do art. 304, sendo que a parte interessada poderá requerer o desarquivamento do processo, a fim de instruir a ação a ser ajuizada.

Não custa ressaltar, até que haja decisão em contrário no bojo da ação em destaque, a tutela provisória satisfativa anteriormente concedida continuará produzindo os seus efeitos.

O ponto que introduz a problemática, alvo desse texto, cinge-se em saber se as partes poderão propor alguma medida depois de transcorrido o prazo decadencial, uma vez não ajuizada a ação intitulada no § 2º, do art. 304. Isso porque, perpassado o prazo decadencial *in albis* a decisão estabilizada receberá os efeitos do trânsito em julgado.

Antes de passar ao próximo tópico, chama-se atenção para o disposto no § 6º, do art. 304, *in verbis*:

§ 6º **A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada**, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.¹⁵

Sustenta-se que não havia a necessidade de a lei consignar que a decisão que concede a antecipação da tutela não faz coisa julgada. Entretanto, tratar-se-á da coisa julgada em tópico próprio.

Por ora, verificou-se que o meio processual adequado para atacar a decisão estabilizada é a ação introduzida no § 2º, do art. 304, a qual possui um prazo decadencial de dois anos para sua propositura.

¹⁵ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

4 COISA JULGADA

O art. 502, CPC/2015¹⁶, introduziu no código a definição da coisa julgada. Destaca-se, inicialmente, que considera a coisa julgada uma “autoridade”, a qual corresponde a uma situação jurídica – obrigatória e definitiva.

Ainda, traz como corolários dessa autoridade o fato da decisão se tornar indiscutível e imutável. A primeira se projeta para fora do processo, como fator impeditivo de rediscussão/repropositura da causa – efeito negativo da coisa julgada – e como norma jurídica de observação obrigatória, quando utilizada como fundamento de outra demanda – efeito positivo da coisa julgada. Por sua vez, a decisão revestida da coisa julgada se torna imutável, não podendo ser revista ou desfeita, salvo exceções previstas na lei.¹⁷

Os pressupostos para formação da coisa julgada são: i) a existência de decisão jurisdicional obtida por meio de cognição exauriente; e ii) o trânsito em julgado, em outras palavras, a decisão não pode ser passível de recurso.

Além disso, pertinente destacar que a coisa julgada possui fundamento constitucional, uma vez que por meio dela que se atinge a segurança jurídica e consolida-se o direito adquirido reconhecido judicialmente, ainda, representa um direito fundamental, sendo inviolável por lei posterior.

Com relação a constitucionalidade da coisa julgada, fica evidente uma vinculação entre esta e a cognição exauriente. Infere-se, a partir das garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. De modo que a qualidade da coisa julgada – imutabilidade – não pode ser atribuída a qualquer ato jurisdicional.

Conclui-se, em suma, que a coisa julgada é necessária para obtenção de segurança jurídica, a qual torna a decisão imutável e indiscutível, salvo as exceções expressamente previstas em lei (ação rescisória, ação anulatória, impugnação com base em erro material, revisão de sentença inconstitucional e querela *nullitatis*).

¹⁶ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 514.

4.1 Ação rescisória como forma de impugnar a coisa julgada (art. 966, CPC/2015)

A fim de não delongar muito nesse tópico, pretende-se apenas explicar a regra geral de cabimento da ação rescisória.

A ação rescisória é ação autônoma de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado, portanto, trata-se de ação de conhecimento constitutiva negativa, tendo por objetivo ultrapassar a barreira imposta pela coisa julgada às decisões transitadas. O art. 966, CPC/2015¹⁸, traz os requisitos e as hipóteses de cabimento da ação rescisória. Em suma, pressupõe o trânsito em julgado da decisão de mérito (formação da coisa julgada), a qual se ataca em decorrência de um(s) do(s) fundamento(s) previsto(s) nos incisos da norma em destaque. Tem-se ainda, um prazo bienal para sua propositura, salvo na hipótese de prova nova, a qual poderá ser intentada em até cinco anos após o trânsito em julgado, limitado a dois anos do conhecimento da prova.

¹⁸ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar manifestamente norma jurídica;
VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
§ 1o Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.
§ 2o Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
I - nova propositura da demanda; ou
II - admissibilidade do recurso correspondente.
§ 3o A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.
§ 4o Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

5 FORMAS DE IMPUGNAR A ESTABILIZAÇÃO DEFINITIVA

Já foi objeto de debate a possibilidade de qualquer das partes ajuizar ação autônoma visando reformar, rever e/ou invalidar a decisão estabilizada, contudo, destacou-se que a lei conferiu um prazo decadencial de dois anos para tanto.

Assim, o intuito agora é discorrer sobre a possibilidade – ou não – de atacar a decisão estabilizada após o transcurso *in albis* do prazo decadencial previsto no § 5º, art. 304, levando-se em conta a não formação da coisa julgada.

5.1 Cabimento de ação rescisória em face da decisão estabilizada

Como dito alhures, a rescisória é ação autônoma que tem como objeto desfazer a coisa julgada envolta a decisão atacada. Assim, questiona-se se após o prazo decadencial (art. 304, § 5º) as partes podem propor ação rescisória em face da decisão estabilizada.

A grande parte da doutrina tem afirmado categoricamente o não cabimento de ação rescisória no presente caso. Justifica-se, em suma, pela inexistência de coisa julgada, o que caracterizaria um requisito para tanto.

Nas palavras do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁹:

Durante o prazo de dois anos para a propositura da referida ação, a inexistência de coisa julgada da decisão que antecipa a tutela antecipada que se estabiliza por ausência de recurso da parte sucumbente não chega a ser um problema, e o mesmo não se pode dizer do momento posterior ao decurso do prazo. Nesse caso, **a previsão expressa de que não há coisa julgada afasta o cabimento de ação rescisória contra tal decisão**, de forma que teremos uma decisão de mérito no sistema que jamais será impugnável por ação rescisória, ainda que definitiva.

No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC editou enunciado com o seguinte entendimento: “Enunciado nº 33. (art. 304, §§). Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência. (Grupo: Tutela Antecipada).”²⁰

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*: lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

²⁰ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CPC, 2015, Brasília. *Enunciados...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/>

Igualmente, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM editou enunciado corroborando o entendimento do FPPC, senão vejamos: “Enunciado nº 27. Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015.”²¹

Por outro lado, o prof. Humberto Teodoro Junior entende pelo cabimento de ação rescisória, após o prazo decadencial para propositura da ação autônoma prevista no § 2º, do art. 304. Argumenta que, não obstante a inexistência de coisa julgada material, a estabilização definitiva dessa decisão - após o prazo bienal - acarreta efeitos similares ao trânsito em julgado. Equiparando-se, portanto, a coisa julgada no que diz respeito a sua imutabilidade.²²

Aduz ainda, que o eventual prazo para ajuizamento de ação rescisória tem como marco inicial a estabilização definitiva da decisão que concedeu a tutela de urgência, assim, somente transcorreria depois de findo o prazo decadencial.

Evidente que, na prática, dificilmente as partes terão interesse de rescindir uma decisão que concedeu tutela de urgência após o período decadencial. Isso porque o objeto dessa decisão é a urgência do pleito, de modo que, com o transcorrer dos dias, o objeto pode se perder no tempo. Por exemplo, o autor apresenta petição inicial restringindo-se a fazer pedido de concessão de tutela de urgência para autorizar a realização de tratamento médico negado pelo plano de saúde. Por óbvio, que após o cumprimento da decisão, não restará interesse processual prático para rever essa medida, exceto, para fixação de eventual indenização.

Entretanto, entende-se ser simpática a tese de cabimento da ação rescisória, desde que o caso concreto se enquadre em uma das hipóteses do art. 966, do CPC/2015. Dito isso, pois, não obstante a não formação de coisa julgada – propriamente dita -, a estabilização definitiva impõe à decisão efeitos da coisa julgada – indiscutível e imutável -, de modo que se defende a ocorrência da coisa julgada *ficta*

uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.

²¹ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CPC, 2015, Brasília. *Enunciados...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

²² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ou *virtual*, quer dizer, não se tem a coisa julgada material, porém, a decisão possui conteúdo de mérito e recebe os efeitos da coisa julgada, em razão do transcurso do prazo decadencial impedir a sua revisão. Assim, necessária uma saída processual para as partes caso estejam diante de algum dos vícios previstos no art. 966.

Corroborar a tese defendida acima o exposto pelo processualista Daniel Assumpção²³:

Se a parte quiser alegar um dos vícios previstos no art. 966 do novo CPC, poderá se valer da ação prevista no § 2º, do art. 304. Entretanto, após esse prazo, os vícios, que só poderiam ser alegados por meio de ação rescisória, já não podem mais sê-los porque essa espécie de meio de impugnação depende da coisa julgada.

A única saída possível é uma interpretação ampliativa do § 2º do art. 966 do novo CPC. Segundo o dispositivo legal, cabe ação rescisória contra decisão terminativa (ou seja, que não resolva o mérito), desde que ela impeça a nova propositura da demanda ou a admissibilidade de recurso correspondente. Apesar de tratar de situação distinta, já que a decisão que antecipa a tutela é indiscutivelmente de mérito, pode-se alegar que a decisão terminativa também não faz coisa julgada e ainda assim pode, respeitadas determinadas exigências, ser impugnada por ação rescisória.

A ausência de coisa julgada, portanto, teria deixado de ser condição *sine qua non* para a admissão de ação rescisória, o que poderia liberar o caminho para a conclusão de cabimento de tal ação contra decisão que concede tutela antecipada estabilizada depois de dois anos de seu trânsito em julgado.

Justifica a aceitação da ação rescisória, por exemplo, a hipótese da decisão definitivamente estabilizada ter sido prolatada por juízo manifestamente incompetente, ou ainda, as partes terem agido em conluio para obtenção de vantagem ilícita.

Desse modo, necessária uma saída jurídico-processual para as partes, após eventual estabilização definitiva, caso ocorra uma das hipóteses descritas no art. 966, sob pena de revestir a referida decisão de maior imutabilidade do que as próprias decisões propensas a formar a coisa julgada.

Destarte, existir posicionamento tanto para o cabimento quanto para o não cabimento da rescisória em face da estabilização definitiva. Nesse sentido, cumpre

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*: lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015. p. 211-212.

informar que, aceitar a rescisória como forma de rescindir a decisão estabilizada, pressupõe a ocorrência de um dos vícios estampados no art. 966, de modo que o caso concreto deverá se amoldar a previsão contida na referida norma.

5.2 Possibilidade de ajuizamento de nova ação em decorrência da não formação da coisa julgada

Conforme dito alhures, a decisão tendente a estabilização não faz coisa julgada – propriamente dita. Tal opção legislativa está em consonância com o direito italiano e com o direito francês.

Viu-se no tópico anterior que a não formação de coisa julgada é inclusive argumento utilizado para não aceitação de ação rescisória em face da decisão definitivamente estabilizada. Assim, a indagação a ser feita, tendo em vista que não há coisa julgada e, supostamente, não cabe a ação rescisória – frise-se, para grande maioria da doutrina, porém, esse autor possui opinião diversa -, escoado o prazo decadencial para a ação prevista no § 2º, poderão as partes reproporem a ação?

Recorrem-se, nesse ponto, as palavras da Dra. Teresa Wambier²⁴:

O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação da tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta. [...]. Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar.

Entende-se, a partir do posicionamento acima, que em decorrência da não formação de coisa julgada, a estabilização definitiva acarreta apenas na impossibilidade de rediscutir o processo extinto nos mesmos termos da lide originária. Desse modo, sustenta-se pela possibilidade de as partes ajuizarem uma nova ação a fim de buscarem a cognição exauriente, sob pena de prevalência da

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

decisão de cognição sumária em detrimento da decisão advinda da cognição plena e completa.

Exemplifica-se a possibilidade acima por meio do seguinte caso: o autor ajuíza ação buscando, em caráter de tutela antecipada antecedente, que o réu – fábrica que deposita dejetos poluentes em um lago – seja compelido a instalar mecanismos que evitem a poluição, por exemplo, seja instalado um filtro. Ainda, o autor indica em sua petição inicial o pleito definitivo no sentido de determinar a obrigatoriedade do réu de usar o referido filtro, bem como a condenação a pagamento de indenização compatível com o dano causado a coletividade. Após a estabilização da decisão concessiva da tutela emergencial, o prazo decadencial para propositura da ação prevista no § 2º, do art. 304, transcorre *in albis*. Assim, na corrente defendida pela prof.ª Teresa Wambier, tendo em vista a não formação da coisa julgada, o autor poderá propor ação a fim de pleitear a indenização indicada na inicial, ou ainda, o réu poderá ajuizar ação a fim de comprovar a desnecessidade do filtro, porém, as partes não poderiam se limitar ao que foi discutido na ação outrora estabilizada.

Nesse rumo, até mesmo por uma questão de coerência, ressalta-se que, não obstante a não formação de coisa julgada material, é inegável que a estabilização definitiva faz recair sobre a decisão em comento os efeitos da coisa julgada, tais como a imutabilidade e a impossibilidade de rediscussão da matéria. Caso assim não o fosse, a lei não teria previsto um prazo decadencial para as partes reverem a decisão estabilizada, tão somente deixaria a possibilidade de revisão vinculada a prescrição do próprio direito material.

Entender pela ampla e livre possibilidade de as partes proporem nova ação para tratar do mesmo caso, ainda que respeitados os prazos prescricionais do direito material, torna o prazo decadencial pouco, ou quase nunca, respeitado.

Por outro lado, defender a completa rigidez da estabilização definitiva, fatalmente, constitui-se em uma prevalência da decisão obtida por meio de cognição sumária em face da cognição exauriente, o que, por óbvio, soasse estranho.

Assim, entende-se pela possibilidade de as partes proporem nova ação, após o prazo decadencial, desde que não se limitem a discussão da decisão estabilizada. Por exemplo, o autor em uma primeira análise se contentou com a estabilização, porém, a tutela antecipada concedida se referia a apenas um dos

pedidos indicados como pleitos definitivos, logo, é de se aceitar a propositura de uma nova ação para discutir esse pedido não alcançado pela estabilização. Materializando-se em um caso prático, o autor requer em caráter de tutela antecipada o reconhecimento da rescisão contratual, contudo, indica como pedidos finais, além do reconhecimento definitivo da rescisão contratual, a condenação do réu a pagamento de multa em razão do inadimplemento. Nesse caso, respeitado o prazo prescricional do direito material, defende-se que a parte poderia propor nova ação limitando-se a requerer a multa convencionada, o que não foi objeto da decisão estabilizada.

Digno de nota, Eduardo Talamini, defende que o prazo decadencial previsto no § 5º do art. 304, refere-se especificamente à ação de desconstituição da tutela estabilizada. De tal modo, que o escoamento do referido prazo não inviabiliza a propositura de ação que se destina a discutir o mérito da pretensão principal, observados os prazos decadenciais e prescricionais do próprio direito material.

Nesse rumo, a eventual ação ajuizada, após o prazo bienal, que visa a atacar o mérito do pleito definitivo não afetará a tutela antecipada estabilizada. A título de ilustração, o autor ajuíza ação de alimentos, restringindo-se ao requerimento de tutela antecipada, indicando como pleito principal, além dos alimentos, o reconhecimento da paternidade. O réu não interpõe recurso em face da decisão concessiva da tutela de urgência, a qual se estabiliza. Nota-se, a decisão estabilizada diz respeito tão somente ao pagamento de alimentos, não fazendo qualquer cognição sobre a paternidade. Assim, mesmo que as partes não proponham a ação para rever a decisão estabilizada (§2º do art. 304), evidente que poderá haver interesse no reconhecimento da suposta paternidade. Imaginando-se que o réu ajuíze ação para investigação da referida paternidade, uma vez transcorrido em branco o prazo para rediscussão da decisão estabilizada, essa ação não afetará a decisão estabilizada definitivamente.

Assim, enxerga-se a possibilidade das partes, mesmo após o prazo decadencial, ajuizarem ação visando discutir o mérito do pedido principal, observado o prazo prescricional do direito vindicado. Porém, defende-se que a decisão acometida pela estabilização definitiva não poderá sofrer qualquer alteração em virtude dessa nova ação, sob pena de tornar sem efeito o prazo decadencial pre-

visto no § 5º do art. 304. Desse modo, essa ação eventualmente proposta não poderá ter como objeto a decisão estabilizada, a qual, sustenta-se que só poderá ser rescindida por meio de ação rescisória, conforme demonstrado no tópico anterior.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que a estabilização se compreende a uma técnica de manutenção dos efeitos da decisão concessiva de tutela de urgência satisfativa antecedente mesmo com a extinção do feito. Tal técnica permite que o autor usufrua o direito vindicado sem necessidade de uma cognição exauriente.

Ainda, destacou-se a possibilidade de ajuizamento, por qualquer parte, de ação para rever, reformar e invalidar a decisão estabilizada, desde que respeitado o prazo bienal estabelecido no § 5º do art. 304 do CPC/2015.

Restou consignado os requisitos para obtenção da estabilização, bem como a não propensão de formação da coisa julgada propriamente dita. Contudo, coaduna-se do entendimento de que a estabilização definitiva – alcançada com o transcurso *in albis* do prazo do § 5º do art. 304 – traz consequências inerentes da coisa julgada para a referida decisão – imutável e indiscutível.

Assim, defende-se a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória após o prazo bienal, caso diante de alguma das hipóteses previstas no art. 966, CPC/2015, tendo em vista a ocorrência da coisa julgada *ficta* ou *virtual*. Isso porque, o prazo decadencial traz como consequência a inviabilidade de mutação da decisão estabilizada, de tal forma, que necessário se faz um instrumento para, em casos específicos (art. 966), alterar o *decisum*.

Ademais, registrou-se também a possibilidade das partes, mesmo após o prazo decadencial, ajuizarem ação visando a discutir o mérito do pedido principal, observado o prazo prescricional do direito vindicado. Porém, defende-se que a decisão acometida pela estabilização definitiva não poderá sofrer qualquer alteração em virtude dessa nova ação, sob pena de tornar sem efeito o prazo decadencial previsto no § 5º do art. 304.

Desse modo, tem-se a ação rescisória como meio processual de atacar a estabilização definitiva, e, por outro lado, tem-se a possibilidade de buscar a

cognição exauriente por meio de ação autônoma, desde que não se restrinja ao objeto da decisão estabilizada, vislumbrada, por exemplo, nas hipóteses em que a parte possuía a intenção de manejar mais de um pedido, entretanto, não o fez no prazo bienal.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatória, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC comparado: lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 209, p. 13-34, 2012.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Novo Código de Processo Civil comparado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



OS ASPECTOS POLÊMICOS DA INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ermeson de Amorim Melo¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Distinção entre a conciliação e a mediação e suas peculiaridades. 3 Hipóteses em que não será realizada a audiência de conciliação ou de mediação. 4 Não comparecimento das partes à audiência de conciliação ou de mediação, configuração de ato atentatório à dignidade da justiça. 5 Problemas a serem enfrentados para se perfectibilizar esta inovação processual. 6 Conclusão. Referências

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade fazer uma análise sobre a inovação implementada pela lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil - CPC, especificamente no que diz respeito à instituição da audiência de conciliação ou mediação no âmbito do processo de conhecimento, que teve por objetivo proporcionar às partes um meio alternativo de solução de conflitos, de modo que estas seriam incentivadas a pôr fim à controvérsia existente entre as mesmas, da melhor maneira que lhes aprouver. Inovação esta que já vinha sendo defendida pelos operadores do direito como importante meio de pacificação social dos conflitos. A esse respeito, apesar da conciliação e a mediação possuírem uma amplitude que ultrapassa o âmbito judicial, ou seja, ambas podem ser realizadas inclusive extrajudicialmente, este trabalho será voltado para a conciliação ou mediação na esfera judicial. Dessa forma, será realizada uma breve introdução sobre o tema, uma distinção entre conciliação e mediação, abordagem sobre a consequência para a parte que deixar de comparecer injustificadamente à esta audiência, hipóteses em que esta não irá acontecer, bem como traçar as peculiaridades de cada uma. Por fim, sem a intenção de esgotar todos os problemas a serem enfrentados para se perfectibilizar esta novidade processual, uma vez que a dinâmica do processo pode apontar para a necessidade de outras adequações a depender de cada caso, este artigo adentrará ainda em aspectos polêmicos e controversos que já estão sendo percebidos e debatidos

¹ Aluno do curso de Pós-graduando no curso de *Lato Sensu* em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, advogado. *E-mail*: ermeson_amorim@hotmail.com.

pela doutrina, em decorrência desta nova sistemática processual.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. CPC.

ABSTRACT

This article aims to make an analysis of the innovation implemented by Law No. 13,105, of March 16, 2015, which established the new Civil Procedure Code - CPC, specifically with regard to the institution of conciliation hearing or medication in under the process of knowledge, which aimed to provide the parties an alternative means of dispute resolution, so that they would be encouraged to put an end to the controversy between them in the best way they see fit. Innovation this that was already being advocated by jurists as an important means of social pacification of conflicts. In this regard, despite the conciliation and mediation having an amplitude that exceeds the legal framework, or both can be performed including extrajudicially, this work will be geared to conciliation or mediation in court. Thus, a brief introduction will be held on the subject, a distinction between conciliation and mediation approach on the result for the party fails to appear without justification at this hearing, cases where this will not happen, as well as trace the peculiarities of each an. Finally, without the intention to exhaust all the problems to be faced to perfectible this procedural novelty, since the dynamics of the process may point to the need for further adjustments to depend on each case, this article still had entered into polemical aspects and controversial already being perceived and discussed by the doctrine as a result of this new procedure systematic.

Keywords: Conciliation. Mediation. CPC.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da lei nº 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC), foi possível perceber que esta trouxe alterações significativas a serem observadas no trato processual, dentre elas, a previsão de realização de audiência de conciliação ou de mediação no processo de conhecimento, em consonância ao que dispõe o artigo 334² do CPC. Senão vejamos:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

² BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

É bem verdade que o antigo Código de Processo Civil (lei nº 5.869/73), previa que ao juiz caberia tentar conciliar as partes a qualquer tempo.³ Contudo, com o novo CPC, a audiência inicial de tentativa de conciliação ou mediação passou a ser obrigatória.

É perceptível a importância conferida pelo legislador a este meio alternativo de solução de conflito, uma vez que cuidou para que a designação de audiência de conciliação ou de mediação fosse o marco inicial do processo, de modo a incentivar as partes envolvidas a realizarem uma composição amigável. Tanto é verdade, que somente depois de ultrapassar esta etapa (constatar se seria ou não o caso de realizar a audiência, quer por ausência de vontade de ambas as partes, ou o feito tratar de questão envolvendo direito material que não admita a autocomposição, ou, ainda, não ter logrado êxito na tentativa de composição amigável em assentada, é que o réu seria intimado para poder apresentar sua contestação.

Essa iniciativa do legislador de conferir ao judiciário o poder de promover meios diferenciados de soluções de conflitos, especialmente de proporcionar às partes a oportunidade destas de resolverem a lide da melhor forma que lhes aprouver, já era algo esperado e inclusive defendido por alguns doutrinadores, dentre eles, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, os quais pontuam⁴:

Pois tudo toma *tempo* e o tempo é o inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal.

O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

Ao lado da *duração* do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu *custo* constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas

³ Artigo nº 125, IV. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Antigo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

ao Estado (*os preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que se cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação e pelo arbitramento.

Esta inovação da legislação processual civil, encontra-se em consonância com a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a qual menciona ser uma obrigação do Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade⁵.

É possível perceber, portanto, que a implementação da audiência de conciliação ou de mediação, tem por objetivo, além de promover meios alternativos para a solução de conflitos, o de proporcionar às partes uma participação mais intensa no processo, de modo que o desfecho da controvérsia caberia à estas, o que se entende que seria mais satisfatório que uma obrigação imposta pelo magistrado. Nesse sentido, é o que prevê exatamente na exposição de motivos previstos no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.⁶

A esse respeito, deve se observar que apesar de ser extremamente louvável esta intenção do legislador de promover meios alternativos de solução de conflitos, alguns doutrinadores defendem que melhor seria implementar medidas que proporcionasse a conciliação ou mediação antes da instauração do processo, de modo a oferecer uma socialização de conflito às partes para que estas sejam incentivadas a produzirem o ideal desfecho da controvérsia.

Nesse contexto, o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves⁷, pontua: O novo Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere às formas consensuais de solução de conflitos. Há uma seção

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁶ BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015. p. 22.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito processual civil*: volume único. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 4.

inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação (melhor teria sido usar autocomposição) e mediação.

Ainda que por razões óbvias tal seção se limite a regulamentar a mediação ou conciliação quando já instaurado o processo, quando o ideal seria que elas justamente evitassem sua existência, o diploma processual é inovador e sai da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução do conflito e por consequência a extinção do processo por sentença homologatória de autocomposição.

Importa ressaltar que em que pese a conciliação ou mediação possuir uma amplitude que ultrapassa o âmbito judicial, ou seja, ambas podem ser realizadas inclusive extrajudicialmente, este artigo será voltado para a conciliação ou mediação na esfera judicial.

2 DISTINÇÃO ENTRE A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO E SUAS PECULIARIDADES

Conforme se verifica na leitura do referido artigo 334 do CPC, após o juiz analisar e constatar que a petição inicial atende aos requisitos essenciais, este determinará a realização de audiência de conciliação ou de mediação, observando o prazo de antecedência mínima de 30 (trinta) dias. Neste contexto, cabe agora fazer uma distinção entre a audiência de conciliação e a de mediação.

A esse respeito, deve ser observado que o próprio diploma processual cuidou de fazer esta distinção e conceituação nos §§ 2º e 3º do artigo 165 do CPC⁸, através dos quais, prevê, respectivamente, que a conciliação acontecerá nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, onde o conciliador atua com a faculdade de sugerir solução para o litígio; enquanto que, a mediação se aplica nas situações em que as partes já possuem um vínculo anterior, de modo que o mediador apenas as auxilia a compreender as questões e interesses em litígio, proporcionando que estas identifiquem, por si próprios, as soluções que entenderem pertinentes à lide.

⁸ BRASIL. Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil), §§ 2º e 3º do artigo 165. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 25 abr. 2016.

Nesse contexto, o Dr. Ricardo Ranzolin⁹, ao lançar suas anotações aos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil Anotado, esclarece que:

A conciliação se direciona mais aos aspectos práticos finalísticos da solução de conflitos, podendo o conciliador, sempre imparcialmente, dar sugestões às partes, sendo mais apropriada para conflitos episódicos e com menor vínculo entre as partes. A mediação, por sua vez, exige formação mais elaborada de seu agente, o qual deve manter equilíbrio emocional e sensibilidade acurada para obtenção da confiança das partes na aplicação de técnicas que se direcionam a resgatar a comunicação e conduzir as partes a uma maior consciência em relação a todos os pontos de vista do conflito e as reais motivações e aspirações que estão na sua raiz. Do mediador não se espera qualquer sugestão de solução prática, em hipótese alguma, a qual deve vir sempre das partes, podendo utilizar do expediente de sessões privativas com cada uma delas.

Como se vê, a distinção entre qual modalidade de audiência a ser aplicada em cada caso, será por meio de verificação se havia ou não, vínculo anterior entre as partes, sendo que, na conciliação o conciliador possui um papel mais atuante, inclusive propondo um desfecho para a causa, enquanto que, na mediação, o mediador não oferece uma solução para a controvérsia, apenas auxilia as partes para que elas encontrem o melhor encerramento para a discussão.

Importa esclarecer ainda, que em ambos os casos, ou seja, tanto na audiência de conciliação ou de mediação, o novo Código de Processo Civil cuidou de disciplinar na redação do artigo 334, § 9º¹⁰, a necessidade das partes estarem acompanhadas por advogados ou defensores públicos, o que demonstra mais uma vez o objetivo do legislador em incentivar as partes à realizarem uma composição amigável, ao passo em que pressupõe-se que se sentiria melhor em realizar um acordo se estiver auxiliada por seu patrono.

⁹ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016. p. 167.

¹⁰ §9º do artigo 334. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

3 HIPÓTESES EM QUE NÃO SERÁ REALIZADA A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Em consonância ao que prevê o § 4º, incisos I e II, do artigo 334 do CPC, duas são as hipóteses em que não se realizará a audiência de conciliação ou de mediação, a primeira se configura quando as partes expressamente se manifestam pelo desinteresse da realização desta assentada.

A esse respeito, deve ser observado que apesar do artigo 319, inciso VII, do CPC trazer a previsão de que na petição inicial o autor da ação poderia manifestar pelo desinteresse em participar da audiência de conciliação ou mediação, esta situação, por si só, não seria capaz de ensejar a não realização da referida audiência, uma vez que o referido artigo 334 do diploma processual condiciona a renúncia à todas as partes envolvidas no feito, inclusive do litisconsórcio, se houver, conforme se extrai do § 6º destes mesmo artigo¹¹.

A segunda hipótese, por sua vez, se apresenta quando o processo versar sobre direito material que não admita a autocomposição, o que impossibilitaria a designação de audiência de conciliação ou de mediação.

4 NÃO COMPARECIMENTO DAS PARTES À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO, CONFIGURAÇÃO DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Da leitura no disposto no artigo 334, § 8º do CPC¹², verifica-se que na tentativa de compelir as partes a comparecerem a audiência de conciliação ou mediação, ou seja, fazer valer esta inovação processual pela busca de meios alternativos de solução de conflito, o legislador cuidou de acrescentar uma penalidade para a parte que injustificadamente não comparecer à assentada, de modo que será aplicada multa de até 2%(dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

¹¹ §6º do artigo 334. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

¹² §8º do artigo 334. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

5 PROBLEMAS A SEREM ENFRENTADOS PARA SE PERFECTIBILIZAR ESTA INOVAÇÃO PROCESSUAL

Sem intenção de esgotar todos os problemas a serem enfrentados para se perfectibilizar esta inovação processual, uma vez que a dinâmica do processo pode apontar para a necessidade de outras adequações, deve se observar que muitas dificuldades que devem ser sanadas para que esse meio pacífico e célere de solução de conflito possa fluir normalmente, já têm sido constatadas.

Uma dessas problemáticas e possivelmente a de maior preocupação neste primeiro momento, estaria na ausência de estrutura do Poder Judiciário para poder realizar estas audiências. Isto porque o próprio Código de Processo Civil disciplinou na redação do artigo 165¹³, que os tribunais teriam por obrigação criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

No entanto, o que se tem percebido é que não obstante o Código de Processo Civil já estar em vigor, bem como já existirem inúmeras demandas em curso onde será necessário realizar a audiência de conciliação ou mediação, muitos dos estados e municípios não possuem os referidos centros judiciais de solução consensual de conflitos. Por conta disso, forçosamente a população estaria diante do fato em que a exceção tomaria o lugar da regra¹⁴, ou seja, a audiência seria realizada no próprio juízo, ante a inexistência de centro de conciliação, o que seria totalmente desaconselhado, em virtude de que muitas vezes esse magistrado não se restringe a apenas arguir às partes se seria possível a realização de uma composição amigável.

Em verdade, tal situação se mostra mais preocupante, quando se verifica que em diversos locais do país não possui sequer fórum instalado.

Somado ao problema da ausência de espaço físico, outro ponto a ser en-

¹³ Artigo 162 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

¹⁴ Artigo 8º, § 1º. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

frentado é o de promover e colocar em prática meios de seleção, capacitação e acompanhamento dos conciliadores e mediadores que atuarão nessas audiências de conciliação ou mediação, inclusive no que diz respeito à definição quanto ao pagamento por eventual serviço prestado por estas, uma vez que o Conselho Nacional de Justiça delegou para os tribunais o poder de fixar a remuneração destes.

Ao que se verifica este terceiro assumirá papel de grande importância nesta fase processual de tentativa de solução amigável do conflito, de modo que é evidente que o mediador ou conciliador poderia exercer melhor suas atividades, se estivesse amparado não só financeiramente, mais também munido de todo o aparato necessário (computadores e local físico adequado), de modo a lhe incentivar a buscar sempre a pacificação social.

Outra situação controversa encontrada, reside no fato em que, se o conciliador ou mediador for advogado, este estará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções, conforme disposto no artigo 167, § 5º do CPC¹⁵, o que fatalmente ocasionará o desinteresse deste em atuar como conciliador e/ou mediador, posto que dificilmente deixará de exercer uma atividade remunerada, para assumir uma função que não lhe proporcionará nenhum retorno financeiro.

Nesse sentido, o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶, assim se manifesta:

Sendo advogado, estará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que exerça suas funções. O impedimento poderá diminuir o interesse dos advogados naquelas comarcas menores onde o advogado teria que optar entre as atividades: advocacia ou mediação e conciliação, sendo difícil crer que o advogado abrirá mão da advocacia para se limitar à atividade de solução consensual de conflitos.

Verificou-se ainda, que uma parte da doutrina alerta para o problema em que, como o legislador não teria previsto um prazo máximo que deveria ser observado para a designação da audiência, poderia ensejar a situação em que esta

¹⁵ Artigo 167, § 5º. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito processual civil*: volume único. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 10.

demoraria muito para acontecer. É o que o que defende o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁷:

O legislador não prevê um prazo máximo para a designação da audiência que dependerá da estrutura do centro Judiciário de solução consensual de conflito ou do juízo em que tramita o processo. Embora a opção seja criticada por parcela da doutrina, que entende que essa falta de previsão de prazo máximo para a audiência pode acarretar demora na realização da audiência e o prolongamento do prazo para a apresentação da contestação, a verdade é que a previsão de um prazo máximo de nada valeria, por se tratar de prazo impróprio, cujo descumprimento não gera qualquer consequência processual.

Corroborando esta problemática, estaria o fato em que como o prazo para oferecer contestação só se iniciaria após a realização de audiência de conciliação ou do protocolo do pedido de cancelamento (artigo 335 do CPC), caso esta demore muito para ocorrer, e, não sendo realizado acordo quando aconteça, o réu só iria apresentar defesa depois deste longo prazo, o que ensejaria, uma demora maior no andamento do processo.

Nesse sentido, o advogado e professor Daniel Colgano Rodrigues pontua:¹⁸

Seria melhor que o legislador tivesse previsto, para a manifestação do réu, contagem do prazo a partir de sua citação, e não da audiência (de forma invertida), o que prestigiaria o princípio da boa-fé processual (art. 5º), impedindo que o demandado a utilizasse como mecanismo protelatório. Num exemplo: suponha que o autor, na petição inicial, opte pela não realização da audiência. Mesmo assim – já que o ato somente não se realizará se ambas as partes manifestarem desinteresse –, o juiz cita o réu e, diante da pauta congestionada, designa audiência para dali, aproximadamente, 1 (um) ano. Observe que, neste caso, a audiência segue agendada apenas pela vontade do réu (que pode peticionar depois de 11 meses da citação dizendo que não deseja mais a audiência, ou ainda comparecer à audiência e simplesmente não fazer nenhuma proposta de acordo).

Além disso, outra situação que gerou repercussão por parte dos opera-

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito processual civil*: volume único. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 570.

¹⁸ RODRIGUES, Daniel Colgano. Sobre a audiência de conciliação ou mediação no novo CPC: questões ainda resolvidas. *Justificando*, 9 mar. 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

dores do direito, foi o fato em que em dezembro de 2015 entrou em vigor a lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos, enquanto que, em março de 2016, começou a vigorar a lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, de modo causaria dúvidas sobre qual legislação aplicar, uma vez ambas disciplinam sobre a mesma matéria, possuem pontos conflitantes entre si, bem como não haver menção qualquer sobre revogação total ou parcial do CPC.

Sobre o tema, o Dr. Ricardo Ranzolin¹⁹, ao lançar suas anotações aos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil Anotado, esclarece que:

Causa certa espécie que a regulação da mediação pelo novo CPC não é iniciativa legislativa isolada acerca do tema. A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, recentemente sancionada, disciplina minuciosamente a mediação – a conciliação é tratada esparsamente – com sobreposição de muitas normas em relação ao CPC. Chama atenção o fato desta peça legislativa não referir qualquer revogação parcial ou total do novo CPC, o qual foi totalmente ignorado, em que pese ser evidente que, ao tratar de forma especial e mais recente da matéria, será aquela, a princípio, a norma pre-valecente. Dentre as regras desta nova Lei especial para a mediação destaca-se o estabelecimento de penalidade para o não comparecimento à primeira reunião de mediação extrajudicial, fixada em 50% das custas e honorários sucumbenciais, caso a parte ausente venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial ulterior. Diferentemente das previsões do novo CPC, que preservam irrestrito sigilo e confidencialidade na atuação do conciliador e mediador, e impede expressamente seu depoimento acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação, a Lei de Mediação, referindo-se apenas à mediação, excepciona do sigilo as informações relativas a crime de ação pública e as de interesse da Administração Tributária. Tais exceções são novidades e não encontram paralelo no sigilo profissional do advogado. Destaca-se também o foco da aludida Lei de Mediação na ampliação da regulação do novo CPC acerca das mediações próprias para Pessoas Jurídicas de Direito Público – mais expressivos litigantes do país, segundo as estatísticas do CNJ.

¹⁹ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. Porto Alegre: OAB RS. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016. p.167-168.

Diante deste cenário, o Deputado Federal Victor Mendes apresentou à Câmara dos Deputados na data de 8 de setembro de 2015, um projeto de lei (PL 2.913/15), com o objetivo que fosse adiado a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, para o ano de 2018, sendo que, apesar do novo CPC já ter entrado em vigor, o referido projeto de lei encontra-se aguardando parecer do relator.²⁰

De acordo com o Deputado Federal Victor Mendes a necessidade de prorrogar o prazo que o Código de Processo Civil entraria em vigor diante da seguinte justificativa²¹:

A Lei nº 13.105/15, que introduziu o Novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico nacional, quando de sua entrada em vigor, tende a promover radicais mudanças no sistema processual civil brasileiro.

No desenrolar do processo legislativo que redundou na sanção do Novo CPC, os debates foram de uma intensidade nunca antes experimentada, tanto no âmbito do Senado Federal, Casa onde se originou o projeto, como na Câmara dos Deputados, Casa Revisora, em que as questões mais controvertidas foram discutidas durante a maior parte do tempo de tramitação (três anos, aproximadamente).

Mesmo após a publicação do novo diploma legal adjetivo, ainda vários conceitos permanecem sem exata definição, muito embora a doutrina e a comunidade jurídica em geral já tenham se debruçado fortemente sobre o texto. Dita imprecisão, para além de causar diversidade de entendimentos no dia-a-dia forense, pode provocar insegurança quando do emprego das recentes regras procedimentais, que serão imediatamente aplicadas após a vigência, frise-se, conforme característica própria das normas processuais, no que tange à sua eficácia no plano temporal.

Doutra banda, o próprio Poder Judiciário Nacional precisa se adaptar para essa nova sistemática processual, eis que traz uma série de mudanças na rotina das unidades judiciárias de todo país

Pelo que se vê, muitos são os pontos controversos e os problemas a serem enfrentados a fim de que se possa ter eficácia na implementação desta nova sistemática introduzida no novo Código de Processo Civil.

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.913, de 8 de setembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712716>>. Acesso em: 02 maio 2016.

²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.913, de 8 de setembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712716>>. Acesso em: 02 maio 2016.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo permitiu verificar que: (a) que com a implementação introduzida pela nº 13.105/2015, houve uma substancial alteração no trato processual, de modo a incentivar as partes a produzirem por si própria, o melhor desfecho da controvérsia existente entre estas; (b) foi possível perceber quando seria o caso de realizar audiência de conciliação ou a de mediação e suas peculiaridades; (c) observou-se, por fim, que apesar desta nova cultura de política de pacificação social proporcionada pelo novo Código de Processo Civil ser extremamente louvável, ainda há muito pontos a serem solucionados para que esta ideia do legislador venha a funcionar na prática, de maneira eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.913, de 8 de setembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712716>>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Antigo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito processual civil: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIGUES, Daniel Colgano. *Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda resolvidas*. 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>>. Acesso em: 02 maio 2016.



AS INFLUÊNCIAS DOS REPETITIVOS NA CONSOLIDAÇÃO DE MAIOR ESPAÇO SOCIAL A SER ALCANÇADO PELO PODER JUDICIÁRIO

Diogo Mesquita Póvoa¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A ascensão do Poder Judiciário no Brasil. 3 Os repetitivos no novo Código de Processo Civil. 4 Os repetitivos no novo Código de Processo Civil: consolidação da ascensão do Poder Judiciário? 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo estudar os fenômenos da ascensão do Poder Judiciário, a partir do instituto dos repetitivos no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Aponta-se a ascensão do Poder Judiciário, através da análise histórica, passando pelos motivos até chegar as suas consequências, mencionando com detalhes a constitucionalização das matérias processuais que visam a assegurar a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. O perfil constitucional foi elemento propiciador de crescimento das demandas judiciais, e, conseqüentemente, mas não só por isso, da alteração do Código de Processo Civil. Faz-se, para tanto, uma breve exposição do instituto dos repetitivos no novo Código de Processo Civil (incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, além do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial como repetitivos), que levará a decisões as quais deverão ser observadas pelos demais órgãos jurisdicionais vinculados. Diante disso, analisam-se as eventuais repercussões que os repetitivos podem causar sobre a judicialização de demandas e sobre um maior fortalecimento do Poder Judiciário. Em que pese o Poder Judiciário poder, por meio do instituto dos repetitivos, consolidar maior espaço social de atuação, pode dificultar a efetividade do direito à participação popular. O excesso de poder decisório concedido ao judiciário pode causar uma submissão a ele e uma futura mudança de rumos, tendo em vista a ineficiência dos demais poderes, e o excesso de procura por aquele que, em tese, tudo deve resolver. Utilizou-se como metodologia o estudo bibliográfico e a análise da legislação.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB. *E-mail:* diogopovoa@cezarbritto.adv.br.

Palavras-chave: A ascensão do poder judiciário. O instituto dos repetitivos. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the Judiciary ascension phenomena, according to the repetitive institute in the New Civil Procedure Code (Law No. 13,105 / 2015). It points out the rise of the Judiciary, through historical analysis, passing through the reasons and consequences, mentioning in detail the constitutionalization of procedural matters that aims to ensure equality, juridical security and predictability of judicial decisions. The constitutional profile was a favorable element for the rise of lawsuits, and, consequently, but not only for that, the amendment of the Civil Procedure Code. Therefore, a brief exposition of the repetitive institute in the New Code of Civil Procedure (incident of assumption of competence and of solving repetitive demands, besides the judgment of Extraordinary and Special Appeal as repetitive) is made, which will lead to decisions which should be observed by other courts in a mandatory fashion. Following this, an analysis is made on the possible repercussion that the repetitive could cause the rise of judiciary demands and on a further strengthening of the judiciary system. Although the judiciary power, through the Institute of repetitive, consolidates a bigger social work space, it may hamper the effectiveness of the right to popular participation. Too much decision-making power granted to the judiciary can cause a submission to it and a future change of direction, in view of the inefficiency of other powers, and excess demand for the one that, in theory, may solve everything. The bibliographical study and analysis of the legislation it was used as methodology.

Keywords: The rise of judiciary. The institute of repetitive. New Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, após a centralização arbitrária do Poder Executivo no período da ditadura militar (1964-1984), o Poder Judiciário surge como garantidor e concretizador das políticas sociais em debates de temas extremamente controvertidos. Acompanha essa evolução histórica a constitucionalização do Direito Processual, uma vez que para proteger os direitos e garantias das pessoas, é essencial proteger também seus direitos processuais, de forma que as questões processuais e constitucionais não colidam.

Nesse sentido, o objetivo desse artigo é problematizar a ascensão da atuação do Poder Judiciário e suas consequências com a previsão legal do instituto dos repetitivos no novo Código de Processo Civil, que poderão consolidar

maior espaço social a ser alcançado pelo Poder Judiciário, de modo a delimitar, restringir ou ampliar ainda mais as perspectivas de atuação dos Tribunais como criadores do Direito.

2 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

No Brasil, durante o período da ditadura militar, o direito vivia, na prática, uma ausência de direitos, tendo em vista que o direito constitucional tradicional era impedido de reagir ao regime autoritário, ao passo que os jovens acadêmicos conduziam a teoria crítica do direito a um caráter ideológico que tentava lutar contra o poder militar. Assim, somente com a desconstrução exercida ideologicamente foi possível a reconstitucionalização, redemocratização do país e a retomada do direito, que tem como marco a Constituição Federal de 1988².

Se no Brasil a reconstitucionalização se deu com a Constituição de 1988 e o fim de regime autoritário, na Europa o fim da Segunda Guerra Mundial compõe o marco de uma nova organização política baseada no constitucionalismo e na democracia.

Nos Estados constitucionais de direito, como no caso do Brasil, a Constituição é elemento central das normas jurídicas e forma de manutenção da democracia não só quanto ao regime de governo ou direito de participação política, mas no que diz respeito à inclusão de direitos sociais e à redução de desigualdades³. À Constituição foi concedido o reconhecimento como fonte normativa, regada por princípios e direitos fundamentais capazes de ampliar a sua abrangência, abarcando a mais variada quantidade de direitos.

De certa forma, a evolução dos direitos e garantias fundamentais não foi acompanhada pela atualização processual, afinal, o Código de Processo Civil brasileiro, até março de 2016, ainda era aquele criado e promulgado no período da ditadura militar, em 1973. Ou seja, o próprio Código Processual não trazia necessariamente os reflexos da constitucionalização dos direitos fundamentais, tarefa incorporada pela Constituição Federal de 1988.

² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. p. 26.

³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. p. 408.

Ainda que o Código de Processo Civil de 1973 não refletisse as pretensões de direitos fundamentais, a Constituição de 1988, em virtude dos seus ideais garantidores, destaca alguns direitos constitucionais processuais: devido processo legal; contraditório; ampla defesa; acesso à justiça; isonomia; motivação das decisões judiciais; efetividade da jurisdição; inafastabilidade do controle jurisdicional, dentre outras.

Quer dizer, a Constituição prevê que para garantir e concretizar os direitos fundamentais é necessário assegurar direitos processuais, afinal, para proteger os direitos da sociedade, ela deve se submeter a um processo também em conformidade com as diretrizes básicas do Estado Democrático de Direito. Assim, o marco decisivo para a consolidação da democratização, trata de aspectos de todos os principais ramos do Direito infraconstitucional, entre os quais o Processo Civil, o que reflete o caráter subordinante⁴.

Até mesmo por sua abrangência, a Constituição passou a ser uma fonte de interpretação dos demais ramos do direito, denominada por alguns autores de *filtragem constitucional*⁵. Fenômeno este que consiste na interpretação e compreensão da ordem jurídica sob a ótica da Constituição, buscando consagrar os valores nela previstos ou idealizados por meio de todas as normas do sistema.

Percebe-se, então, que a constitucionalização de inúmeros direitos, dentre eles aqueles com aplicabilidade sobre questões processuais, não tem origem única e exclusivamente técnica, mas também em uma Constituição que passou a ser símbolo de conquistas e capaz de provocar novas ascensões, como nas políticas públicas, nas ações governamentais, nos temas políticos, no direito e, por consequência nos órgãos judiciários do país. Formam-se, portanto, expectativas de cumprimento de direitos e garantias previstas constitucionalmente, que, todavia, quando usurpados, levarão à procura pelo Judiciário.

Interessante, portanto, observar que o perfil constitucional, no que diz

⁴ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. *O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Novo Código de Processo Civil*: novos desafios, [2015]. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%Aancia-e-o-novo-cpc-via+final.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 31-64.

respeito às repercussões processuais, foi elemento propiciador de crescimento das demandas judiciais, e, conseqüentemente, mas não só por isso, da alteração do Código de Processo Civil. Tanto é que o primeiro capítulo do novo Código traz “as normas fundamentais do Processo Civil”, evidenciando a influência.

Portanto, essa ampliação de expectativas não advém tão somente de uma Constituição com caráter abrangente como a brasileira, mas de mecanismos e estruturas de tutela judicial que visam a sua implementação. Boaventura⁶ cita, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interpirem ações em nome dos seus associados, a consagração da autonomia do ministério público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça. Assim, a partir do novo Código de Processo Civil, também se faz presente outro mecanismo capaz de ampliar as expectativas de atuação do Poder Judiciário, qual seja o instituto dos repetitivos (incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, além do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial como repetitivos).

Boaventura denomina essa transição do regime autoritário para o regime democrático como um *curto-circuito histórico*⁷, pois a constitucionalização de inúmeros direitos, até então sem qualquer respaldo, não é capaz, por si só, de proporcionar sua efetivação, mas acaba por necessitar de uma real exequibilidade, muitas vezes não alcançada na intervenção judicial, tendo em vista a demora dos julgamentos, a ausência de isonomia das decisões que envolvem a mesma questão de direito, além da insegurança jurídica.

Nesse sentido, a constitucionalização do direito processual é elemento indispensável, pois permite a reflexão de valores constitucionais em todas as demandas judiciais, ampliando-se a possibilidade de judicialização em busca da concretização de novos direitos, a partir da desenvoltura processual.

Para Barroso⁸, a judicialização brasileira tem origem, especialmente, no

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 14.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 15.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm,

nosso modelo de constitucionalização abrangente e analítico. Por isso, além da previsão normativa da Constituição, regada por princípios e direitos fundamentais, que configuram um Estado democrático de direito, a própria estrutura institucional do Poder Judiciário brasileiro o conduz a sua natural participação na efetivação das previsões constitucionais.

É diante desses fatores históricos, estruturais, políticos e filosóficos, é que se dá o anseio da sociedade por acesso à justiça e um conseqüente excesso de litigiosidade. O próprio modelo constitucional adotado causa o fenômeno mundial (não é exclusividade do Brasil) da judicialização, não se tratando de uma simples vontade discricionária do juiz em decidir⁹.

Ao Judiciário não é dado o direito de se esquivar de decidir casos em que a judicialização for decorrente da própria abrangência constitucional e dos próprios direitos que visam à efetivação da democracia. “Não é um ato que seja realizado por livre vontade ou por interferência proposital do judiciário”¹⁰.

Na realidade, a crescente judicialização decorre da própria opção democrática da Constituição de 1988, haja vista o comprometimento com a preservação e aplicação dos princípios e direitos fundamentais na supressão das carências políticas e públicas¹¹, conforme é o próprio princípio da inafastabilidade de jurisdição assim prevê (art. 5º, inciso XXXV¹², CF).

Não obstante essa imprescindibilidade, faz-se necessário alertar que a própria intervenção do judiciário na supressão de carências políticas e públicas deve ocorrer em prol da democracia, sendo os juízes executores de um papel, muitas vezes, contramajoritário¹³. A pretensão da proteção é não só a de evitar que uma

2011. p. inicial-final. p. 08.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. No do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, 22 dez. 2008. p. 06. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 06 out. 2016

¹⁰ SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinicius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 169-189, 2015.

¹¹ BRITTO, Cezar. A judicialização da política e a politização da justiça. *Consultor Jurídico*, 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-19/judiciario-ultimo-responsavel-validar-execucao-politica-publica?pagina=3>>. Acesso em: 06 out. 2016.

¹² Art. 5º, XXXV, CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹³ A expressão se tornou clássica a partir da obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16. (A primeira edição do livro é de 1962). Citado por BARROSO, Luís Roberto. *A razão*

política majoritária usurpe direitos fundamentais, mas também de preservar a participação política de todos¹⁴, afinal, “o populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral”¹⁵. Portanto, deve ser tratada com complexidade qualquer conduta paternalista do judiciário.

Cappelletti e Garth¹⁶, tendo em vista a crescente judicialização, afirmam que os juízes, além de conhecerem as técnicas processuais, devem utilizá-las em prol das questões sociais, não sendo as Cortes as únicas solucionadoras de conflitos. Afinal, nem o constituinte nem o legislador têm a capacidade de prever todos os casos concretos, fazendo-se imprescindível a interpretação constitucional, a ponderação de valores, e a aplicação da argumentação. O juiz, como intérprete, torna-se parte do processo de criação do Direito, de modo a complementar aquilo que foi legislado.

A ascensão decorre dos próprios motivos que ocasionam a judicialização: a inafastabilidade de jurisdição; o modelo institucional de controle de constitucionalidade; a dificuldade do legislativo em atender às demandas sociais; a abrangência o texto constitucional, dentre outros já citados.

Nesse cenário, o excesso de litigiosidade e a necessidade de se concretizar direitos e garantias vem causando uma alerta no que diz respeito às questões processuais capazes de assegurar a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade e a confiança nos julgados. A incorporação de decisões judiciais com força normativa é uma tendência desenvolvida na busca da solução.

Os institutos postos em evidência pelo Código de Processo Civil de 1973 e pela Constituição Federal (ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, súmulas, súmulas vinculantes, repercussão geral, recursos repetitivos) não são ou não foram suficientes para lidar com o excesso de processos nos tribunais, uma vez que inúmeras são as causas em que se discutem as mesmas

sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. p. 36.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. p. 36.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. inicial-final. p. 43.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 05.

matérias, mas nas quais se enfrentam decisões distintas, e de maneira tardia a real necessidade de enfrentamento.

Marinoni e Mitidiero¹⁷ alertam:

Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoal que se encontram na mesma situação.

Por isso, o novo Código de Processo Civil apresenta, *a priori*¹⁸, uma pretensão de alcançar a isonomia nos julgamentos, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, com o aperfeiçoamento dos antigos institutos e a criação de outros.

Assim, será que o processo judicial, diante do novo Código de Processo Civil e do instituo dos repetitivos, conseguirá alcançar a mesma dimensão a que se buscava com o processo legislativo na implementação específica do direito às necessidades da sociedade?

3 OS REPETITIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apesar do Código de Processo Civil de 1973 trazer o incidente processual de uniformização de jurisprudência, o Novo Código optou por reforçar essa ideia, mas de modo diferente, prevendo os institutos de incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, além do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial como repetitivos.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010. p. 17-18.

¹⁸ É cedo ainda para dizer os reais efeitos do novo Código de Processo Civil, mas na exposição de motivos do Projeto de Lei no Senado n.º 116/2010, a comissão de juristas apresentou a ideia de alcançar julgamentos isonômicos seguros e previsíveis: “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’ (= período em que nada acontece no processo)”. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010. Reforma do Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Já nas disposições gerais do 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), o art. 926, do novo Código, evidencia a sua pretensão com a uniformização de jurisprudência, qual seja, mantê-la estável, íntegra e coerente. Para tanto, prevê um rol de institutos que os juízes e tribunais devem observar: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; o incidente de demandas repetitivas e o julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos.

Constata-se, a partir dos institutos a serem observados, que o novo Código de Processo Civil busca concretizar os princípios da isonomia, da segurança jurídica, da confiança e da previsibilidade no campo dos entendimentos jurisprudenciais. Isto tem reflexo direto na pretensão por soluções diante do excesso de judicialização que vem causando a massificação de conflitos e o abarrotamento do Poder Judiciário brasileiro.

O novo Código, na tentativa de trazer mecanismos de resolução coletiva, dispõe, em destaque, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. O incidente é inspirado no *Musterverfahren* (procedimentos-modelo ou representativo) do direito alemão¹⁹, é uma tentativa de concentrar os processos que versem sobre uma mesma questão no âmbito dos Tribunais e possibilitar que a futura decisão seja observada. Quer dizer, trata-se da tentativa de racionalizar a demanda judicial, a fim de preponderar a isonomia e a segurança jurídica naqueles processos com matérias idênticas, “papel próximo (e complementar) ao

¹⁹ A exposição de motivos do anteprojeto expõe a inspiração no instituto alemão: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2016. p. 17.

dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 928, II) ²⁰”

Cassio Scarpinella Bueno²¹ aponta que o objetivo do instituto é o de obter decisões iguais para casos (predominantemente) iguais.

Do mesmo modo que na resolução de demandas repetitivas, na decisão que vier a julgar os recursos extraordinários e especiais repetitivos, deverá haver a suspensão de todas as outras causas que versem sobre demanda semelhante, a fim de assegurar a mesma decisão para aqueles casos com matérias idênticas.

Na realidade, não só o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, mas todas as outras previsões do instituto dos repetitivos são uma aposta do legislador infraconstitucional, no sentido de que se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, sejam observadas pelos demais órgãos jurisdicionais, o que poderá causar “uma redução sensível do número de litígios e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico a todos²²”.

No entanto, diante dessas breves considerações acerca do instituto dos repetitivos, é necessário analisar as eventuais repercussões que podem causar sobre a judicialização de demandas e sobre um maior fortalecimento do Poder Judiciário, que pode passar a ter maior influência sobre as competências legislativas. As audiências públicas e o instituto do *Amicus Curiae*, por exemplo, serão capazes de legitimar o Poder Judiciário a atuar como criador do Direito, suprimindo um Poder Legislativo em baixa quanto a sua legitimidade? Até que ponto os institutos repetitivos serão capazes de levar previsibilidade e segurança jurídica à sociedade, sem causar um enorme fortalecimento do Poder Judiciário e um grande enfraquecimento do Poder Legislativo?

4 OS REPETITIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSOLIDAÇÃO DA ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO?

O novo Código de Processo Civil, com os institutos dos repetitivos, busca

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 637

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 637.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

reduzir as inseguranças jurídicas, a ausência de isonomia e previsibilidade nas decisões judiciais, alcançando maior confiabilidade nas decisões judiciais. No entanto, ao conceder aos Tribunais, não só os Superiores, o poder de proferir decisões que deverão ser observadas em casos semelhantes por todo país, mais uma vez, potencializa a ascensão do Poder Judiciário perante a concretização de direitos e garantias assegurados aos jurisdicionados.

A partir da crescente e inevitável judicialização, já minuciosamente analisada, o instituto dos repetitivos poderá acarretar, ainda mais, uma ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário, afinal, poderá promover ingerências até mesmo sobre temas especializados, nos quais não se têm a expertise.

O protagonismo exercido pelo controle normativo do Poder Judiciário ocorre, dentre outros motivos, pela aproximação do direito com a realidade prática, uma vez que a representação política no Poder Legislativo é uma das fontes causadoras dessa inevitável expansão.

Desse modo, o novo Código de Processo Civil tenta abrandar os efeitos da inevitável judicialização na qual o judiciário não pode, em tese, negar-se a decidir. Os repetitivos fazem parte de um instituto criado às vistas de reduzir os impactos da crescente litigiosidade e de suas consequências (insegurança jurídica, ausência de isonomia nas decisões, falta de previsibilidade e desconfiança).

Apesar do Judiciário nem sempre ser a melhor instância para decisão, a crise de legitimidade dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) o conduz à obrigatoriedade de trazer segurança jurídica à sociedade. Na realidade, a criação dos repetitivos é reflexo dessa crise. A previsão do instituto dos repetitivos é a prova de que a ausência de legitimidade é reconhecida até mesmo pelo próprio Poder Legislativo, que ao legislar o novo Código de Processo Civil, transfere algumas de suas responsabilidades, a fim de frear as consequências negativas da insegurança.

Muitas vezes, o processo legislativo não é capaz de abrandar o excesso de litigiosidade de determinada matéria, nem mesmo apresentar uma solução em tempo hábil. Assim, as futuras decisões judiciais, especificamente, aquelas advindas dos repetitivos buscarão, em tese, levar a confiança àquele que litiga.

É inevitável, portanto, que a adoção dos repetitivos reduzirá, ainda mais, a deferência do Poder Judiciário perante o Poder Legislativo, uma vez que causará uma maior interferência sobre as competências legislativas. O novo Código

sequer faz uma restrição quanto às quais matérias poderão ser tratadas pelos tribunais quando da formulação dos casos repetitivos.

O que se vislumbra é a possibilidade de o legislativo buscar nos repetitivos matérias para serem legisladas e postas no ordenamento jurídico, após a consolidação do entendimento. “O próprio legislador, não raro, busca inspiração na jurisprudência para regular certos assuntos, ou para aprimorar e atualizar as normas já existentes²³”

É viável que no julgamento dos repetitivos, além de contar com as audiências públicas e a participação de *Amicus Curiae*, a fim de consolidar um maior espaço de participação social a ser alcançado pelo Poder Judiciário, seja investigada o possível trâmite de regulamentação no legislativo, que redundará na deferência perante o Poder Legislativo.

Apesar dos riscos da potencialização da ascensão do Poder Judiciário, a criação pelo novo Código de Processo Civil do instituto dos repetitivos pode até mesmo reduzir os riscos causados pelo excesso de judicialização, “o que viabiliza passo importante em direção a um mecanismo mais racional de distribuição de justiça, inclusive nas perspectivas dos meios alternativos/adequados difundidos desde o art. 3º²⁴”

Por diversas vezes ao longo do novo Código o legislador adotou medidas, que após a consolidação dos repetitivos, serão capazes de contribuir com a sua efetividade, reduzir o excesso de processos que tramitam nos Tribunais e dar maior celeridade aos anseios da sociedade. São elas: a improcedência liminar do mérito; o deferimento da tutela de evidência; a dispensa à remessa necessária; a dispensa da caução para as execuções provisórias de sentença; e a possibilidade de atuação monocrática do relator. Todas essas medidas sempre consagradas a partir do julgamento de alguma decisão repetitiva e da comunicação do resultado do julgamento ao órgão, ou ao ente, ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação.

Ainda diante das medidas capazes de reduzir a quantidade de processos que tramitam no judiciário, destaca-se a possibilidade de desistir da ação em

²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69-70.

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 648.

curso no primeiro grau de jurisdição, independentemente do consentimento do réu, conforme é a previsão do art. 1.040 § 1º do novo Código de Processo Civil. Na verdade, trata-se não de uma imposição, mas de um incentivo, caracterizado pelo termo “poderá”, de modo a diminuir a quantidade de litígios a terem decisões previsíveis.

Nesse sentido, o instituto dos repetitivos causa um contraste. De um lado a maior segurança jurídica, a isonomia nos julgamentos de demandas reiteradas, a efetividade das decisões, a maior celeridade nos julgamentos, a diminuição da quantidade de processos nos tribunais; de outro a potencialização da ascensão do Poder Judiciário, em virtude de excesso de poder concedido a ele diante, não só do excesso de judicialização, mas da crise de legitimidade dos demais poderes.

É certo que em alguns casos de julgamento dos repetitivos a tentativa do judiciário em ser efetivo, a fim de alcançar a segurança jurídica, pode culminar em julgados que atendam aos anseios da sociedade e de parte daqueles que litigam, consolidando um maior espaço social a ser alcançado. Contudo, é necessário considerar que o excesso de poder decisório concedido ao judiciário pode causar uma submissão a ele e uma futura mudança de rumos, tendo em vista a ineficiência dos demais poderes, e o excesso de procura por aquele que, em tese, tudo poderá resolver.

Nesse sentido, o instituto dos repetitivos é visto com bons olhos, todavia, merece ressalvas quanto a sua utilização e ao acúmulo de poderes que pode vir a causar, afinal, será que um processo judicial poderá alcançar as mesmas dimensões do processo legislativo na implementação específica do direito à participação popular, ainda que haja a possibilidade de audiências públicas e participação de *Amicus Curiae* como forma de maior participação social? Resta aguardar para ver como os repetitivos conviverão com essa realidade.

5 CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil apresenta uma pretensão de alcançar a isonomia nos julgamentos, a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e a redução do excesso de processos em trâmite. Para tanto, prevê os institutos de incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, além do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial como repetitivos.

Contudo, o novo Código contribui com a ascensão do Poder Judiciário, em virtude de excesso de poder concedido a ele diante, não só do excesso de judicialização, mas da crise de legitimidade dos demais poderes. Sendo assim, o excesso de poder decisório concedido ao judiciário pode causar um efeito reverso, afinal, poderá acarretar o excesso de procura por aquele que, em tese, tudo resolve e que passará a não ser capaz de ter tamanha efetividade.

O Poder Judiciário pode, ao invés de consolidar um maior espaço social, dificultar a implementação específica do direito à participação popular. Entretanto, em virtude do seu pouco tempo de vida, é necessário aguardar a real repercussão dos repetitivos nos Tribunais do país, mas, já se faz imprescindível a maior consciência das atribuições previstas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, p. 1-31, jan./mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-64.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. inicial-final.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. No do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, 22 dez. 2008. p. 06. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 06 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *A interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. . p. inicial-final.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010*. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargo de Declaração na Reclamação. 3384-8 *RIO DE JANEIRO*. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283384%2ENU-ME%2E+OU+3384%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oz9c92g>>. Acesso em: 06 out. 2016.

BRITTO, Cezar. A judicialização da política e a politização da justiça. *Consultor Jurídico*, 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-19/judiciario-ultimo-responsavel-validar-execucao-politica-publica?pagina=3>>. Acesso em: 06 out. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. *Revista Forense*, v. 104, n. 395, p. 209-224, jan./fev. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 500-517, 2015.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003. p. inicial-final.

CURY, Cesar. Métodos de Resolução de conflitos de massa e efetividade da decisão judicial: breve notas. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 93-115, jan./jul. 2015. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume22/volume22_101.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. *O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do novo Código de Processo Civil: novos desafios*, [2015]. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%Aancia-e-o-novo-cpc-via+final.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: meios de uniformização da jurisprudência no direito processual civil brasileiro*. 2012. 267 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2012-10-03T06:56:43Z-12951/Publico/Luiz%20Antonio%20Ferrari%20Neto.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Pedro Duarte. O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e suas possíveis repercussões no diálogo do Poder Judiciário com os demais Poderes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 12, p. 598-651, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/8693/6565>>. Acesso em: 06 out. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinicius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 169-189, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do Caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 51-61, 2015.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 121-164, jun. 2009.

ASPECTOS POLÊMICOS DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Geovana Muniz Ruella¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Embargos declaratórios no ordenamento jurídico brasileiro: aspectos polêmicos. 2.1 Conceituação e análise jurisprudencial acerca da aplicação dos Embargos de Declaração no Brasil ao longo do tempo. 2.2 Diferenciação entre “sentenças completas” e “sentenças suficientemente fundamentadas” e suas implicações no novo Código de Processo Civil. 3 Conclusão. Referências.

RESUMO

Este artigo tem o intuito de analisar a abordagem conferida ao recurso de embargos de declaração pelos Tribunais brasileiros desde a vigência do Código de Processo Civil anterior, sobretudo nos casos que a causa de sua interposição foi a omissão; bem como de abordar o modo como a promulgação da Lei nº 13.015/2015 interferiu no cabimento do mencionado recurso. Para tanto, analisar-se-á o estudo da professora Teresa Wambier sobre o que seria uma decisão omissa, distinguindo a ideia de sentença completa e sentença suficientemente fundamentada.

Palavras-chave: Código de processo civil. Omissão. Recurso.

ABSTRACT

This article aims to analyze the approach given to appeals of “Embargos de Declaração” by Brazilian courts since under the previous civil procedure code, especially where the appeal brought was the omission; as well as to address how the enactment of law 13.015, published in the year of 2015, interfered in the pertinence of the aforementioned appeal. Therefore, it will be analyzed the Professor Wambier’s study about what would be a silent decision, distinguishing the full sentence idea and sufficiently reasoned sentence.

Keywords: Civil procedure code. Silent decision. Appeal.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: geo_muniz@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de confrontar a legislação atualmente vigente acerca da matéria processual civil, qual seja, a Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, que revogou a Lei nº 5.869/1973 que tratava da mesma matéria. Tal análise dar-se-á sobretudo no tocante ao recurso de Embargos de Declaração.

Através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, se buscará apresentar os problemas apresentados envolvendo o mencionado recurso, principalmente quanto à hipótese de cabimento quando havia omissão na decisão recorrida. Para tanto, se mostra necessário que se estude o que pode se entender por decisão omissa, passível de reforma por meio de embargos de declaração; e ainda a hipótese de a parte sucumbente, verificando que a decisão é omissa, deixar de interpor os embargos de declaração, e interpor recurso de apelação.

De tal modo, se mostra de suma importância que se estude também os efeitos do recurso de apelação, e qual o limite de atuação do Tribunal ao julgá-la, tanto à luz do Código de Processo Civil de 1973, quanto do de 2015. Para melhor compreensão da maneira como tal assunto era tratado no ordenamento jurídico brasileiro, far-se-á necessário estudo jurisprudencial. Tal estudo ainda não se mostrará possível no tocante ao Código de Processo Civil atualmente vigente, tendo em vista a proximidade com a data da entrada em vigor do referido diploma legal, razão pela qual serão tecidas considerações acerca de como se entende que tal aplicação se dará.

Importante análise se trará para a melhor compreensão do tema, já bastante discutido pela professora Teresa Wambier, que abordou conceitos de suma importância para a compreensão da matéria ora discutida, sobretudo a distinção entre o que se pode entender por “sentença completa” e “sentença suficientemente fundamentada”. Conceitos que serão trazidos e estudados no presente trabalho de modo a possibilitar conclusão sobre o modo como deverá se dar a interpretação do novo Código em vigor no tocante ao recurso de Embargos de Declaração, e se o novo diploma legal foi capaz de suprir as dúvidas que havia no Código anterior, já revogado.

2 EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS POLÊMICOS

2.1 Conceituação e análise jurisprudencial acerca da aplicação dos Embargos de Declaração no Brasil ao longo do tempo

Muito se tem discutido acerca dos Embargos Declaratórios e seus efeitos desde o Código de Processo Civil de 1973 (lei nº 5.869/1973). O debate já se iniciava quanto ao aspecto de o instrumento processual, previsto no artigo 535 do CPC/73 ter, ou não, natureza de recurso. O fato é que o referido artigo assim previa:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)²

Desta forma, dentre as hipóteses de cabimento, entende-se que “os embargos de declaração, que são o recurso adequado para fazer com que o Poder Judiciário complete a decisão em que haja *omissão*.”³ Concluindo Teresa Wambier que eles “servem para “revelar” a decisão que deveria ter sido proferida.”⁴ Ademais, uma das funções dos embargos é a de provocar o prequestionamento para que possa preparar a decisão para eventual impugnação através de recursos excepcionais, assim entendidos o especial e o extraordinário.

A doutrinadora leciona ainda que:

Identificam-se hoje, indubitavelmente, raízes constitucionais nos embargos de declaração. Esta realidade se insere um contexto mais amplo em que se reconhece às Constituições o papel de norma realmente fundante dos ordenamentos jurídicos, à luz de que todas as outras normas devem ser entendidas.⁵

² BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 101.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 386.

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 385.

Ademais, a despeito da divergência de alguns magistrados e doutrinadores, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no mesmo diapasão da mencionada doutrinadora, que defende

Se entende que se trata de um recurso interponível contra todo e qualquer pronunciamento do juiz, seja decisão interlocutória, seja sentença, seja decisão de relator, de órgão colegiado, etc. Não é exagero afirmar-se ser concebível a interponibilidade de embargos de declaração até mesmo de pronunciamento desprovido de conteúdo relevantemente decisório.⁶

No tocante aos efeitos da interposição dos embargos de declaração, Araken de Assis leciona que “a interposição dos embargos de declaração impede o trânsito em julgado do provimento. Embora parcial o recurso, o efeito obstativo alcança todo o provimento impugnado. Não importa o defeito típico ou atípico invocado, assim como o objeto dos embargos.”⁷ Assim, nos leva a pensar num impedimento global do trânsito em julgado decorrente da interposição de embargos declaratórios. Conclui ainda que

A jurisprudência pátria evoluiu no sentido de rejeitar o trânsito em julgado por capítulos, porque isso multiplicaria o número de rescisórias, na medida em que a preclusão recursal, relativamente a cada capítulo, por sua vez marcaria o termo inicial do prazo previsto no art. 495.⁸

Verifica-se ainda no recurso a presença do efeito devolutivo, uma vez que “a existência do efeito devolutivo basta que haja a remessa da matéria impugnada ao órgão judiciário para proferir novo julgamento”⁹ Característica que Araken defende estar presente nos Embargos de Declaração. E acrescenta: “O efeito devolutivo dos embargos de declaração implica a remessa direta e automática da matéria controvertida ao órgão judiciário que emitiu o provimento.”¹⁰

Inicialmente, entende-se que a devolutividade é limitada ao ponto impugnado, não podendo o órgão suprir outros defeitos além dos apontados no recurso. No entanto, embora limitados em extensão, produzem efeitos translativo e expansivo.¹¹

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 386.

⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 617.

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 617.

⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 618.

¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 618.

¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 619.

Wambier ensina ainda que

Têm efeito devolutivo restrito à matéria impugnada, que se consubstancia no vício apontado na decisão: obscuridade, contradição e omissão. Corrigindo-se estes vícios, pode ocorrer, o que é perfeitamente harmônico com o sistema, que a decisão dos embargos de declaração tenha efeitos infringentes ou modificativos em relação à decisão impugnada.¹²

A doutrina defende ainda que “os embargos só ostentariam efeito suspensivo na hipótese de o recurso subsequente, por sua vez, encontrar-se dotado de efeito suspensivo *ope legis*”¹³ Para evitar que o âmbito dos embargos fosse excessivamente restringido, “sustentou-se a concessão de efeito suspensivo *ope iudicis*”¹⁴. Merece destaque, ainda, o efeito interruptivo, uma vez que, por força de lei, os embargos interrompem o prazo para a interposição de outros recursos.

Passando-se de fase da análise conceitual, o problema maior surgia quando, embora cabíveis Embargos de Declaração, a parte sucumbente, a despeito de interpô-los, valia-se do recurso de apelação. O que se tinha, pois, era uma sentença omissa em relação a aspecto sobre o qual deveria ter se manifestado e, contra a qual, mesmo sendo hipótese de cabimento de Embargos Declaratórios, estes não eram interpostos pela parte, que se valia exclusivamente do recurso de apelação.

Verificava-se, portanto, que a apelação acabava por devolver ao Tribunal fundamentos que não haviam sequer sido decididos pelo juízo *a quo*, levando à necessidade de se estudar o efeito devolutivo dos Embargos de Declaração, bem como do recurso de Apelação.

Os Tribunais vinham entendendo pela nulidade das sentenças que se pudessem considerar como *infra* ou *citra petita*, uma vez que nelas se mostra presente patente *error in procedendo*. Considerando-se de ordem pública a referida matéria, muitos julgadores entendiam por reconhecer até mesmo de ofício a nulidade apontada, e por remeter os autos para nova apreciação do juízo *a quo*, sob pena de gerar supressão de instância caso já optasse por resolver o mérito da causa. Assim, o juízo de origem deveria proferir outra sentença, desta vez com a devida

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 386.

¹³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 620.

¹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 620.

fundamentação e apreciação de todos os pedidos indicados pelo Autor em sua petição inicial.

Neste diapasão, merece destaque o julgado do TJSP, citado pela professora Teresa Wambier, em sua obra *Nulidades do Processo e da Sentença*¹⁵, conforme se segue: “A nulidade consistente no fato de se ter deixado de apreciar um ou dois pedidos formulados é absoluta e deve ser decretada de ofício”¹⁶

Assim entende também o TJDFT:

1 - É infra (citra) petita a sentença proferida sem apreciação de todos os pedidos formulados pela parte.
2 - A ausência de pronunciamento acerca de questões devidamente explicitadas na causa de pedir, com conseqüente formulação dos pedidos correspondentes, enseja o reconhecimento de error in procedendo do julgador e nulidade da sentença.¹⁷

2. A sentença deixou de apreciar todos os pedidos formulados na inicial.

3. Doutrina. Tereza Arruda Alvim Wambier. “[...] será infra petita a sentença que julgar menos do que tenha sido pleiteado pela parte, ou seja, a sentença em que o juiz, ao decidir, considerou ou apreciou menos do que foi pedido”, asseverando ainda que, “sendo nulas, as sentenças extra, ultra ou infra petita podem ter seu vício apontado até pelo Tribunal, em segundo grau, sem provocação da parte” (in *Nulidades do Processo e da Sentença*, Ed. RT, 5ª edição, p. 316 e 319).

4. Precedente. 4.1. “[...] Impõe-se a cassação da sentença quando o sentenciante não aprecia pedido, sendo a sentença citra petita e, portanto, eivada de nulidade. [...]” (20080111687582APC, Relator Luciano Moreira Vasconcellos, 5ª Turma Cível, DJ 18/09/2012 p. 188). 4.2. “A nulidade da sentença citra petita pode ser decretada de ofício pelo

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. AC n. 113.944-1. Segunda Câmara Cível. Relator: Cezar Peluso. São Paulo, 17 de outubro de 1989.

¹⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão n. 355508 20080110884309APC. Segunda Turma Cível. Relator: Angelo Canducci Passareli. Revisor: Carmelita Brasil. Brasília, 29 de abril de 2009. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdf.tj.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=355508>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Tribunal de origem, sendo desnecessária a prévia oposição dos Embargos de Declaração.” (AgRg no REsp 437.877/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 09/03/2009).¹⁸

O mencionado Tribunal fundamentava seu entendimento com base em decisões do Superior Tribunal de Justiça, como as que se seguem:

O julgador deve, por força dos princípios da inércia da jurisdição, do dispositivo e da correlação entre causa de pedir, pedido e sentença, obedecer aos limites objetivos da pretensão jurisdicional deduzida (CPC, arts. 128 e 460), sob pena de proferir decisão infra petita (aquém), ultra petita (além) ou extra petita (fora), suscetível à correção jurisdicional.¹⁹ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. JULGAMENTO DO MÉRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. INAPLICABILIDADE. ERROR IN PROCEDENDO. SUPRESSÃO PELO JUIZ SINGULAR E NÃO PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

A sentença proferida citra petita padece de error in procedendo. Se não suprida a falha mediante embargos de declaração, o caso é de anulação pelo tribunal, com devolução ao órgão a quo, para novo pronunciamento. De modo nenhum se pode entender que o art. 515, §3º, autorize o órgão ad quem, no julgamento da apelação, a ‘completar’ a sentença de primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capítulo(s).

In casu, não há que se falar em interpretação extensiva ao artigo 515, § 3º, do CPC, quando nem sequer houve, na sentença, extinção do processo sem julgamento do mérito, requisito este essencial à aplicação do artigo 515, § 3º, da Lei Processual Civil.

Recurso provido.²⁰

¹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão *n. 883168 20130110942023APC*. Segunda Turma Cível. Relator: João Egmont. Revisor: Leila Arlanch. Brasília, 15 de julho de 2015. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=883168>. Acesso em: 30 abr. 2016.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 784.159/SC*. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 17 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052524/recurso-especial-esp-784159-sc-2005-0156580-0/inteiro-teor-14229812>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 756.844/SC*. Quinta Tur-

A nulidade da sentença *citra petita* pode ser decretada de ofício pelo Tribunal de origem, sendo desnecessária a prévia oposição dos Embargos de Declaração.²¹

A este respeito, merece destaque a lição de Tereza Wambier,²² “será *infra petita* a sentença que julgar menos do que tenha sido pleiteado pela parte, ou seja, a sentença em que o juiz, ao decidir, considerou ou apreciou menos do que foi pedido”.

Fundamentando-se no fato e que o artigo 128 do Código de Processo Civil/73 dispunha que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte”²³ e que o artigo 460, do mesmo diploma legal, estabelecia que “é defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi determinado”²⁴, o que se tinha era que ao juízo *a quo* era imposta a entrega da prestação jurisdicional nos termos em que havia sido proposta.

Em comentários ao artigo supratranscrito, asseveram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que “o autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (art. 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido.”²⁵

Muitas mudanças foram implementadas com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), que passou a prever os Embargos Declaratórios em seu artigo 1.022, incluindo dentre suas hipóteses de cabimento a correção de erro material e expressamente prevê o que o recurso é cabível

ma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7192491/recurso-especial-resp-756844-sc-2005-0093677-8/inteiro-teor-12935790>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. *AgRg no REsp 437.877/DF*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=784159&b=A-COR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 316.

²³ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁴ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁵ NERY JR., Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: RT, ano. p. 668-669.

contra qualquer decisão judicial, e não somente sentenças ou acórdãos, vejamos:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.²⁶

Embora não seja a Apelação o objeto precípua do presente estudo, é importante que se traga alguns conceitos acerca de tal recurso, para que se possa compreender o porquê de os Tribunais entenderem da maneira como vêm entendendo nos casos de sentenças omissas contra as quais são interpostos diretamente recurso de apelação, sem prévia interposição de Embargos Declaratórios.

A apelação é o: “meio impugnativo por excelência, cabível contra ato decisório destinado a dar cabo do processo em primeiro grau”.²⁷ Araken de Assis leciona que

Constituindo a apelação o recurso contra a sentença (art. 513), principalmente quando julga o mérito (art. 269), a compreensão do trajeto seguido para alcançá-lo se mostra imprescindível para definir o alcance máximo do efeito devolutivo desse recurso.²⁸

O julgamento do mérito dependerá de iniciativa das partes, e o artigo 128 do CPC 73 confirma tal ideia ao determinar que o juiz decidirá o mérito nos limites estabelecidos pelos litigantes, salvo raras exceções. Assim, reafirma-se a incontestável soberania das partes no que tange à formação do mérito.²⁹

Caso o juiz se desgarre dos lindes fixados pelos litigantes, inclusive caso deixe de julgar exceções e objeções opostas pelo réu ao acolhimento do pedido,

²⁶ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁷ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 141.

²⁸ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 145.

²⁹ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 145-146.

ter-se-á nulidade da sentença. Assim, Araken de Assis conclui que se trata de *infra petita* a sentença que não se pronuncia acerca de todas as questões ou pedidos.³⁰

No que tange ao mérito do recurso de Apelação, Araken de Assis leciona: Ele se prende à semelhança do que acontece com a formação do mérito do próprio processo (art. 128), ao *principio dispositivo*. Como já se afirmou, o destinatário do apelo só poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas razões de recurso, encerradas com o *pedido de nova decisão*. A devolução transfere ao tribunal o objeto da cognição do primeiro grau potencialmente, porque limitada e condicionada à concreta iniciativa recursal do vencido.³¹

E conclui:

O efeito devolutivo do apelo se medirá, assim, pela variável régua da impugnação do litigante. A definição corrente aponta-lhe a essência: transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição. As questões dependentes da iniciativa das partes observam o tradicional aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*.³²

[...]

O efeito devolutivo da apelação sempre devolverá ao relator e ao Tribunal, no mínimo, a matéria impugnada e, talvez, toda a controvérsia desenvolvida entre as partes em primeiro grau, além das questões que, embora incontroversas, ao juiz seja dado conhecer de ofício.³³

Desta forma, o autor defende que a *appellatio generalis* não seria interessante para nenhuma das partes, pois poderia permitir inclusive a *reformatio in pejus*.³⁴

³⁰ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 146.

³¹ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13 p. 141-161, set./out. 2001. p. 147.

³² ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 147.

³³ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 148.

³⁴ “Essa noção abstrai a natureza da questão devolvida, reafirma a presença em todo recurso desse efeito e, ademais, contrapõe-se a três outras ideias. Em primeiro lugar, o efeito devolutivo, tal como o concebemos, contrasta a *appellatio generalis*, segundo a qual basta a interposição do apelo para devolver ao órgão *ad quem* toda a matéria controvertida, o que permitiria, inclusive, a *reformatio in pejus*, hoje vetada, implicitamente, em razão do mencionado principio dispositivo. Ademais, refuta entendimento de que o efeito devolutivo abrange

Necessário se faz, ainda, trazer a explicação do Professor Araken sobre as perspectivas da devolutividade da apelação:

O efeito devolutivo reclama análise sob duas perspectivas diferentes, mas complementares: em primeiro lugar, no *plano horizontal*, quanto à sua extensão, cabendo estabelecer se o pronunciamento do Tribunal cobrirá área igual ou não àquela percorrida pelo órgão *a quo*; ademais, no *plano vertical*, tangente à sua profundidade, tocando identificar nos fundamentos da sentença, quais as questões decididas e se todas, e ainda outras, ainda que não decididas, devem ser ponderadas no Tribunal.³⁵

Merece destaque a inovação trazida pelo novo Código no que tange à devolutividade do recurso de Apelação, que agora passa a devolver para apreciação e julgamento do Tribunal todas as questões discutidas no processo, mesmo que não tenham sido resolvidas pelo juízo *a quo*, e que prevê a possibilidade de, no caso de sentença omissa, o Tribunal julgar o mérito da demanda, sem a necessidade de remessa dos autos ao juízo *a quo*, conforme se segue:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito,

somente as questões transferidas de forma automática ao órgão *ad quem*, independentemente da impugnação do recorrente, por que passíveis de conhecimento *ex officio*. ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 148.

³⁵ ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001. p. 149.

examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação. (grifo nosso)³⁶

Desta forma, o que se verifica com o Código em vigor é que houve uma alteração no conceito de que a interposição de apelação independentemente da prévia interposição de embargos de declaração importaria ao Tribunal o reconhecimento de nulidade da sentença e remessa para o juízo de origem, uma vez que, agora, ao Tribunal é permitido julgar o mérito de sentença omissa sem que haja alegação de supressão de instância. Para a compreensão de tal modificação e suas repercussões no âmbito da primeira e da segunda instância, se mostra necessária a análise do trabalho da professora Teresa Wambier, que estudou a omissão judicial e sua repercussão nos embargos de declaração, e que será objeto de pesquisa do próximo capítulo.

2.2 Diferenciação entre “sentenças completas” e “sentenças suficientemente fundamentadas” e suas implicações no novo Código de Processo Civil

Luís Eduardo Simardi, em seu estudo sobre os embargos de declaração, ensina que

compete ao juiz, ao proferir a decisão, resolver todas as questões suscitadas pelas partes. Caso deixe de apreciar questões levantadas no curso do feito, estará se omitindo, e o seu pronunciamento poderá ser atacado por meio de embargos de declaração.³⁷

Teresa Wambier, em seu estudo publicado no livro *Omissão judicial e Embargos de Declaração*, pretende traçar o perfil do que é a omissão que o Judiciário tem o dever de suprir por intermédio dos Embargos de Declaração, além de traçar a distinção conceitual que reputa ser necessária quando se confronta com uma omissão em sentença ou omissão em acórdão.³⁸

³⁶ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016. Grifo nosso.

³⁷ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 93.

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 101.

Isto porque, conforme ensina a professora, são distintos os padrões para que se possa considerar completa uma sentença proferida por juízo de primeiro grau e uma decisão proferida por órgão de segundo grau de jurisdição.³⁹

Para tanto, a professora cita Joaquim Felipe Spadoni, que leciona:

Assim, naquilo que diz respeito às decisões proferidas em 1º grau, interlocutórias ou sentenças, realmente não é necessário que o magistrado se manifeste expressamente sobre todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes em defesa de suas pretensões. Isto porque os recursos cabíveis da decisão interlocutória e da sentença, meios de controle da decisão, são o agravo e a apelação, que possuem efeito devolutivo amplo. Com efeito, dispõe o art. 515 e parágrafos que ao Tribunal é transferido o conhecimento de todas as questões suscitadas e discutidas pelas partes, ainda que não decididas pelo magistrado, bem como todos os fundamentos da ação e da contestação, mesmo que o juiz tenha se manifestado apenas sobre um deles. Este dispositivo, embora se refira ao recurso de apelação, também se aplica ao recurso de agravo, naquilo que é cabível. Portanto, para a controlabilidade das decisões de 1º grau, basta, realmente, que o magistrado exponha, com clareza e logicidade, os fundamentos fáticos e jurídicos de sua decisão, enfrentando as questões que se apresentam como preliminares ou prejudiciais em seu raciocínio, não se revelando juridicamente imprescindível sua manifestação e decisão a respeito de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes. Independentemente do julgamento destas, poderão as partes recorrer e o Tribunal *ad quem* verificar, de forma suficiente e adequada, a correção do julgamento proferido em 1º grau, por força do efeito devolutivo amplo dos recursos cabíveis. Já no que se refere aos julgamentos em segundo grau de jurisdição, todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e cuja apreciação explícita no acórdão se revela necessária para um adequado manejo do Recurso Especial ou Extraordinário eventualmente cabível, se apresentam como ‘questões relevantes’ e de obrigatória apreciação pelo Tribunal. Isto porque estes recursos são de estrito direito, possuem efeito devolutivo restrito à questão federal ou constitucional, estabelecendo a Constituição Federal a necessidade de que estas tenham sido decididas pelas instâncias ordinárias, para que os Tribunais Superiores possam exercer o controle de legalidade ou constitucionalidade mediante o conhecimento dos recursos excepcionais.⁴⁰(grifo nosso)

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 102.

⁴⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hi-

As diferenças existentes foram objeto do estudo da professora e devem-se ao fato de que os acórdãos, via de regra, estão sujeitos a recursos excepcionais, cujo efeito devolutivo é desprovido de dimensão vertical. “Portanto, muitos elementos que não precisam (embora possam) necessariamente constar de uma sentença – em princípio não sujeita a recurso especial ou extraordinário, salvo excepcionalmente neste último caso – devem inexoravelmente constar de um acórdão.”⁴¹ A autora explica que isto se dá em razão de que, ausentes tais dados, pode restar dificultada ou até mesmo inviabilizada a admissibilidade do recurso especial e do extraordinário.

Assim, Teresa Wambier apresenta dois conceitos diferentes, o de sentença completa e o de sentença suficientemente fundamentada. Veja:

Uma decisão pode estar suficientemente fundamentada, no sentido estrito da expressão, embora esta mesmo decisão possa ser considerada incompleta. Ou seja: trata-se de dois conceitos diferentes, decisão completa e decisão fundamentada. Uma decisão completa será necessariamente suficientemente fundamentada, mas a recíproca não é verdadeira. A suficiência da fundamentação não basta para que a decisão seja tida por completa.⁴²

Para a autora, nos casos de decisões que estão sujeitas a recurso cujo efeito seja devolutivo com dimensão horizontal e vertical, não há necessidade de que a decisão seja completa, bastando que seja suficientemente fundamentada. É o caso da sentença de primeiro grau, decisão sujeita à apelação, cujo efeito é devolutivo.⁴³

Já no tocante aos acórdãos proferidos por Tribunais, a autora completa:

Parece inexorável concluir-se que a decisão do Tribunal, sujeita a recursos excepcionais tenha que ser completa, para efeito de não gerar prejuízo às partes, normalmente ao próprio vitorioso, e não, pura e simplesmente, suficientemente fundamentada.⁴⁴

Assim, Wambier conclui que a sentença completa é a expressão que se

póteses de cabimento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 8. p. inicial-final.

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 103.

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 103-104.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 104.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 105.

refere, via de regra, ao acórdão que julga apelação, uma vez que é contra esta decisão que geralmente são interponíveis os recursos excepcionais. Para tanto, se fundamenta no artigo 515, parágrafos primeiro e segundo do revogado CPC/73, do qual se podia concluir que “o Tribunal tem que examinar todos estes itens... ainda que a sentença não os tenha examinado (o que, portanto, a própria lei admite!)”⁴⁵

De tal dispositivo, interpretava-se que o juiz singular era dispensado, a princípio, de analisar todas as causas de pedir ou razões de defesa.⁴⁶

Assim, “da decisão suficientemente fundamentada, devem constar todos os elementos que o juiz levou em conta para decidir”⁴⁷, é aquela que “contém elementos bastantes para sustentar o *decisum*”⁴⁸; ao passo que “da decisão completa, devem constar também elementos fáticos e/ou jurídicos que, segundo as partes, ou segundo uma das partes, deveriam ter sido levados em conta pelo juiz, para decidir”⁴⁹, ela “deve incluir em si mesma, por exemplo, dados que não levou em conta para decidir, assim como manifestação expressa sobre todas as causas de pedir e razões de defesa.”⁵⁰ Daí decorre o fato de que as decisões sujeitas aos recursos especial e extraordinário devem necessariamente ser completas, não bastando que sejam suficientemente fundamentadas.

“A jurisprudência é farta em decisões em que se afirma não ter o Judiciário o dever de manifestar-se sobre todos os argumentos utilizados pelas partes, ainda mais se impertinentes ou irrelevantes”⁵¹, segundo ensina Wambier, que conclui “mas deve aclarar a razão pela qual terá considerado os argumentos impertinentes ou irrelevantes, salvo se totalmente óbvia.”⁵²

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 379.

⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. . p. 380.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 352.

⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. . p. 388.

⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. . p. 352.

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 388.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 353.

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT,

É necessário, contudo, que se esclareça quais são os pontos sobre os quais o juiz necessariamente tem de manifestar-se. Para tanto, há que se considerar a liberdade do juiz no que tange à apreciação das provas. Há que se respeitar que o magistrado, diante dos fatos alegados pelas partes, tem dois momentos em que seleciona quais são os fatos que necessitam ser objeto de prova e, dentre aquelas efetivamente produzidas, quais têm relevância.

Teresa Wambier⁵³ ensina que poderá haver fato que não será objeto de prova ou provas que não serão consideradas no embasamento da decisão, mas todos têm que constar do relatório da decisão judicial. Ademais, é necessário “que as partes encontrem na sentença a resposta ao direito que têm de produzir provas”⁵⁴. “Quanto maior for a liberdade que o sistema confere ao juiz no que diz respeito à apreciação das provas, maior é a necessidade de fundamentação minuciosa das razões adotadas pelo juiz para decidir desta ou daquela forma.”⁵⁵

Já no que toca às omissões nas questões suscitadas pelas partes, Wambier ensina que

Exercendo o direito ao contraditório, transformam as partes pontos em questões. A respeito delas, ditas prévias, o juiz deve manifestar-se necessariamente. Questões prévias do tipo preliminar são aquelas de cujo exame resulta a indicação do caminho de examinar (ou não) a questão posterior; questões prévias do tipo prejudicial são aquelas de cuja apreciação resulta o como deverá decidir-se a questão posterior.⁵⁶

Que conclui com a lição de Egas de Aragão:

É inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem que examiná-las todas. Se não fizer, a sentença estará incompleta.⁵⁷

2005. p. 353.

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 358.

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 358.

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 365.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 375.

⁵⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. v. 2. p. inicial-final. p. 377.

“O juiz há de manifestar-se necessariamente, na sentença completa, sobre todas as causas de pedir mencionadas pelo autor, que autonomamente podem levar à procedência do pedido. Assim como há de referir-se a todas as razões de defesa.”⁵⁸ Desta forma,

para cada pedido de tutela jurisdicional, deve haver, necessariamente, uma decisão explícita sobre o mesmo. A Constituição Federal veda que o Judiciário silencie a respeito de pedidos formulados, não proferindo seus respectivos julgamentos, sob pena de incorrer em descumprimento de dever constitucional.⁵⁹

Analisando a função constitucional do recurso, Spadoni conclui que Correlato ao garantido direito de acesso à justiça, está o dever constitucional de “completude decisória” dos provimentos judiciais, consistente na obrigação do Poder Judiciário julgar, explicitamente, todos os pedidos que foram levados ao seu exame.⁶⁰

De todo o estudo apresentado, dado o advento da promulgação do novo Código de Processo Civil, surgiu a indagação acerca da manutenção, ou não, da distinção apresentada por Teresa Wambier. Dada a manutenção do efeito devolutivo da apelação, que devolve ao Tribunal toda a matéria, acredita-se que sim.

Cumprido salientar, ainda, que o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em vigor determina que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados”⁶¹, entendimento este que inclusive já encontrava guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e que corrobora o ponto de vista da professora Teresa Wambier.

Há, inclusive, doutrinadores, como Scarpinela Bueno, que criticam o tratamento dado pela matéria através do novo Código, uma vez tratar-se de matéria constitucional. Assim, verifica-se que é abundante a polêmica envolvendo os instrumentos trazidos pelo Código ora em vigor, de modo que tais aspectos só

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 377.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 378.

⁶⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 8. p. inicial-final.

⁶¹ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

poderão ser elucidados com o estudo aprofundado da casuística, tal como for se apresentando.

3 CONCLUSÃO

Após a conclusão do presente artigo, tornou-se possível perceber que, com a vigência do novo Código de Processo Civil, alguns aspectos polêmicos envolvendo os Embargos de Declaração foram sanados, ao passo que outros surgiram e só poderão ser esclarecidos à medida que a legislação for sendo aplicada ao caso concreto.

De tal forma, se revela de suma importância o acompanhamento da evolução jurisprudencial no país, sobretudo para que se possa observar a situação estudada no presente trabalho, na qual o sucumbente, ao se deparar com sentença omissa, a despeito de interpor os embargos de declaração cabíveis, interpõe diretamente recurso de apelação. Com o advento da publicação da Lei nº 13.105/2015, que prevê a possibilidade de, nestas situações, o próprio Tribunal já julgar o mérito da demanda, muito se alterará, o que suscita o interesse de muitos em observar como isto se dará na prática.

Assim, a realização do presente trabalho permitiu verificar que:

- há distinção entre as omissões embargáveis, ou não;
- as sentenças podem ser divididas em “sentenças completas” (acórdão) e “sentenças satisfatoriamente fundamentadas” (sentença de 1º grau), e entende-se que tal divisão permanece ainda que na vigência da Lei nº 13.105, uma vez que o artigo prevê a possibilidade de, em apelação, o Tribunal julgar o mérito da causa quando a sentença houver sido omissa em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005. v. 2. p. inicial-final.

ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 141-161, set./out. 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. *AgRg no REsp 437.877/DF*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=784159&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 756.844/SC*. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7192491/recurso-especial-resp-756844-sc-2005-0093677-8/inteiro-teor-12935790>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 784.159/SC*. Primeira Turma. Relator: Ministra Denise Arruda. Brasília, 17 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052524/recurso-especial-resp-784159-sc-2005-0156580-0/inteiro-teor-14229812>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão *n. 355508 20080110884309APC*. Segunda Turma Cível. Relator: Angelo Canducci Passareli. Revisor: Carmelita Brasil. Brasília, 29 de abril de 2009. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=355508>. Acesso em: 30 abr. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. *AC n. 113.944-1*. Segunda Câmara Cível. Relator: Cezar Peluso. São Paulo, 17 de outubro de 1989.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão *n. 883168 20130110942023APC*. Segunda Turma Cível. Relator: João Egmont. Revisor: Leila Arlanch. Brasília, 15 de julho de 2015. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=883168>. Acesso em: 30 abr. 2016.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: RT, ano.

SPADONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2001. v. 8. p. inicial-final.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

DE UMA JURISDIÇÃO DEFENSIVA A UMA JURISDIÇÃO DE MÉRITO

Iara Cristina Teixeira de Lima¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do direito material e a decisão de mérito. 3 Do direito processual. 3.1 Dos pressupostos processuais. 3.2 Dos recursos. 3.3 Dos requisitos de admissibilidade dos recursos. 3.4 Princípio da instrumentalidade das formas. 4 Súmula 115 do STJ. 5 O novo Código de Processo Civil. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo trazer a mitigação da jurisdição defensiva no Código de Processo Civil de 2015, lei 13.105/2015, priorizando a decisão de mérito uma vez que possibilita o saneamento do processo quando o vício não for grave. Aborda os conceitos de direito material, direito processual, pressupostos processuais, requisitos de admissibilidade para melhor percepção do assunto tratado. Além disso, apresenta a súmula 115 do STJ que era aplicada como forma de impedir a análise do mérito dos recursos. Fato esse superado com o novo Código.

Palavras-chave: Novo Código civil. Jurisdição defensiva. Primazia da decisão de mérito.

ABSTRACT

This article aims to bring the mitigation of defensive jurisdiction in the Civil Procedure Code of 2015 Law 13.105/2015 by giving priority to merit decisions as it allows the possibility to solve formal problems in the process when the irregularity is not serious. Discusses the concepts of substantive law, procedural law, inadmissibility, admissibility requirements for a better understanding of the subject. Moreover, it presents a Súmula 115 of the Supreme Court which was applied in order to prevent the analysis of the merits of the resources. This fact was overcome with the new Code.

Keywords: New civil code. Defensive jurisdiction. Primacy of merit decision.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. *E-mail:* iara.7615@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil traz a necessidade de reflexão sobre a mitigação dos institutos do direito processual referentes aos requisitos de admissibilidade dos recursos bem como dos institutos processuais que impediam a análise do mérito, priorizando uma jurisdição defensiva. No trabalho são abordados os conceitos que balizam essa compreensão no intuito de demonstrar que apesar de mitigados os requisitos de admissibilidade permanecem importantes no sentido de dar a previsibilidade necessária ao processo e ao provimento jurisdicional do Estado às questões de mérito.

2 DO DIREITO MATERIAL E A DECISÃO DE MÉRITO

A decisão de mérito vincula-se à tutela do direito material que está relacionado diretamente ao mundo empírico das relações sociais. Isso significa dizer que as normas de direito material versam sobre as experiências fáticas vivenciadas na sociedade tais como na família, nas sociedades empresárias, no comércio.² De tal forma que as leis reguladoras dessas relações impõem regras sobre o que é ou não lícito nesse contexto. Constituindo-se em normas de conduta.³

3 DO DIREITO PROCESSUAL

A atividade de dizer o direito e exercer a jurisdição cabe ao Estado. Com isso, nasce a necessidade desse ente para exercer a jurisdição, apaziguando as relações sociais. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “[...] o Estado utiliza método próprio, que é o processo, que recebe denominação de civil, penal, trabalhista, administrativo etc., conforme o ramo do direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses.”⁴ Ou seja, o direito processual regula a atividade do Estado para a prestação jurisdicional de solução das controvérsias

² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de processo civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 1.

⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 225.

que emanam dos conflitos de direito material.

Conforme Wambier, Talamine:

Diante do descumprimento de uma norma jurídica ou do inadimplemento de determinada obrigação, o direito material nada pode fazer (isto é, não tem o direito material mecanismos capazes de restabelecer a harmonia rompida pelo descumprimento ou pelo inadimplemento), restando ao interessado buscar a tutela jurisdicional para o seu interesse violado, o que faz por meio da provocação da atividade jurisdicional.⁵

Esse direito processual está vinculado a uma atividade do Estado e nesse sentido seus institutos estão ligados às normas constitucionais que visam à pacificação das relações sociais como um dos objetivos do Estado, atuando nos limites da prestação jurisdicional, bem como tendo um caráter intrínseco ao processo em si.⁶

3.1 Dos pressupostos processuais

Feitas essas essenciais distinções entre a tutela do direito material e a do direito processual e, tendo em vista o objetivo deste estudo, é importante compreender alguns fundamentos do direito processual. Nesse sentido, especificamente, sobre os pressupostos processuais.

Sendo o processo um método para a prestação jurisdicional, há a criação de uma relação jurídica que envolve as partes do processo: autor/juiz/réu. Essa relação desenvolve-se calcada em pressupostos de validade e existência como esclarece Wambier, Talamine.

No que concerne aos pressupostos de validade, os autores apontam serem aqueles que dão ao processo seu regular desenvolvimento: a petição inicial apta, ou seja, em conformidade com os requisitos legais; competência do órgão julgador e a capacidade civil e processual para estar em juízo.

Já no que se refere aos pressupostos de existência, os autores registram a essencialidade da petição inicial, da jurisdição e da citação que são correlatas das partes que compõem a relação jurídica no processo: autor, juiz e réu.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 225-230.

⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Ainda acrescentam o que seriam pressupostos negativos do processo. Esses pressupostos não estão presentes na relação jurídica demandada e, sim, externos a ela e são a litispendência e a coisa julgada. Sendo a existência desses pressupostos um impeditivo para a continuação do processo.⁷

3.2 Dos recursos

Já foi colocado que o processo é um método para a prestação jurisdicional do Estado. Nesse sentido, após a decisão final proferido no juízo de primeiro grau, nasce o direito à impugnação dessa decisão como forma de reexame da decisão pelo próprio juízo prolator da sentença ou por órgão a ele superior. Com isso a parte pode pleitear a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou, ainda, a integração dessa decisão.⁸

Nas palavras de Junior, os recursos “se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas. Em contrapartida, não poderiam os litígios se perpetuar no tempo, mediante mecanismos diversos, entre os quais se encontra a interposição de um recurso”.⁹

Nesse sentido, o processo não pode se prolongar indefinidamente e assim como há a análise dos pressupostos da ação para que se tenha início a relação processual e, por conseguinte a análise do mérito da ação, conforme já neste trabalho, também os recursos têm pressupostos para que possam dar prosseguimento ao reexame da decisão impugnada, sendo eles os requisitos de admissibilidade.

3.3 Dos requisitos de admissibilidade dos recursos

Como requisitos de admissibilidade, são analisados os requisitos específicos da espécie recursal interposta. E da mesma forma que ocorre com a ação, somente após essa análise, em que o tribunal diz se admite ou não o recurso, passa-se à análise do mérito da impugnação feita à decisão prolatada para dar ou não provimento ao recurso.¹⁰

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de processo civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 565.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed.

Assim, o recurso nada mais é do que uma continuidade da relação processual ajuizada por meio da ação e bem explicada por Cheim:

No fundo, tudo se passa como se transportadas fossem para a fase recursal as condições exigidas para o ajuizamento da ação. A analogia e o paralelismo existentes são absolutamente verdadeiros, apesar de se saber que na ação os requisitos são verificados em relação a fatos exteriores e anteriores ao processo, e nos recursos os requisitos de admissibilidade são aferidos tendo em vista o próprio processo já existente.¹¹

Então há uma estreita relação entre o juízo de mérito e o juízo de mérito a ser feito pelo tribunal em que ao inadmitir um recurso, necessariamente o mérito deixará de ser analisado.

Seguindo na análise dos requisitos de admissibilidade, é importante diferenciar se esses requisitos são questões prejudiciais ou preliminares. Tendo-se por questões prejudiciais aquelas que influenciam no julgamento das decisões impugnadas e as preliminares por questões independentes a serem analisadas de forma prévia à decisão impugnada.¹²

Com isso demonstra-se que o juízo de admissibilidade não guarda qualquer relação de conteúdo com o mérito da decisão impugnada e constitui-se em um juízo autônomo, independente da relação jurídica colocada em questionamento quando da impugnação da decisão, mas que acaba por impedir, no caso da inadmissibilidade, o juízo do mérito do recurso. Mas como já demonstrado, não se pode trazer em juízo uma questão de mérito de forma perpétua, devendo o Estado fazer a prestação jurisdicional e colocar fim à lide.

Diante desse embate entre a admissibilidade e o julgamento do mérito do recurso, passou-se a analisar a questão sob o princípio da instrumentalidade das formas.

3.4 Princípio da instrumentalidade das formas

O nome do princípio já é por si sugestivo de que os requisitos formais de

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 671.

¹¹ JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 217, p. 13-39, 2013. p. 15.

¹² JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 217, p. 13-39, 2013. p.10-17.

admissibilidade dos recursos não pode ser causa de não julgamento do mérito do recurso. Uma vez que os requisitos seriam os meios utilizados pelo Estado para uma efetiva prestação jurisdicional. Não podendo o direito material sucumbir à análise desses requisitos, inclusive trazendo prejuízo ao princípio da efetividade, constante do art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 88. Ou seja, os mecanismos processuais devem ser aptos a prover uma solução justa da lide.¹³

Por outro lado, as decisões judiciais devem gozar de estabilidade, constituindo a coisa julgada de imutabilidade de modo a garantir a produção de efeitos da sentença/acórdão.¹⁴

Então, as formas têm a sua importância para o que se deseja alcançar quando da prestação jurisdicional, trazendo ao ato decisório essa possibilidade de certeza quanto aos seus efeitos e sua obrigatoriedade. “A solução intermediária entre o rigor absoluto e a liberdade total denomina-se princípio da instrumentalidade das formas...”¹⁵

Com essas considerações sobre o direito material e o direito processual tem-se que os dois apresentam uma carga de interferência para o estabelecimento de limites quanto a sua apreciação.

4 SÚMULA 115 DO STJ

Como reflexão do que vinha acontecendo no momento do juízo de admissibilidade dos recursos antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, lei 13.105/2015, a súmula 115 do Superior Tribunal Federal (STF) é bastante ilustrativa. O seu verbete, abaixo reproduzido impunha um óbice à admissibilidade do recurso pela ausência de procuração do advogado na petição de interposição da peça processual: “Súmula 115 - Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos. (Súmula 115, Corte Especial, julgado em 27/10/1994, DJ 07/11/1994 p. 30050)”¹⁶

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75.

¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 240.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 115*. Brasília, 27 de outubro de 1994. Disponí-

O processo como técnica para o Estado exercer a jurisdição não poderia criar impedimento tão gravoso à obtenção de uma decisão de mérito, como no caso específico dessa súmula. Como afirma CHEIM, falta razoabilidade e proporcionalidade ao enunciado. Uma vez que o vício da ausência do mandato seria passível de correção, podendo o processo ser saneado e o mérito do recurso analisado pelo tribunal.¹⁷

Nesse sentido o que se observa é a existência de uma jurisdição defensiva que coloca em risco a tutela do direito material e por consequência impossibilita a pacificação social, pois que o impedimento gera o sentimento de não concretização do ideal de justiça creditado ao Estado.

5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A primazia do julgamento de mérito parece ter encontrado guarida com a edição e entrada em vigor do novo Código de Processo Civil uma vez que os requisitos de admissibilidade dos recursos foram mitigados no sentido de possibilitar o saneamento e o suprimento da ausência do instrumento de mandato, bem como permite a realização de preparo após a interposição do recurso.

É o que se extrai da leitura dos art. 76 *in verbis* do NCPC: verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. Também, assim é o art. 1029, § 3º, em que na interposição do recurso especial ou extraordinário tempestivo pode ser determinada a correção de vício formal não considerado grave. Esses artigos, especificamente recaem sobre uma impossibilidade de permanência de aplicação da súmula 115 do STJ.¹⁸

Essa cultura de uma jurisprudência defensiva é ainda rebatida em outros artigos do novo Código que se coaduna com a necessidade de trazer uma atuação de real solução dos conflitos que emergem da vida diária e que precisam de

vel em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 02 maio 2015.

¹⁷ ROSSI, Júlio César. Súmula Defensiva: necessidade de superação do Verbete 115 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 57, p. 74-81, 2007. p. 77-78.

¹⁸ FAGUNDES, Cristiane Duarte Tavares. *O novo CPC e o combate à jurisprudência defensiva*. 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-novo-cpc-e-o-combate-a-jurisprudencia-defensiva/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

respostas efetivas do poder judiciário sem que esse se utilize de subterfúgios para deixar de julgar o mérito dos recursos.

Especial dicção tem o art. 932, parágrafo único: “Antes de considera inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação.”¹⁹

6 CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil pelo que se constata caminha no sentido de mitigar os vícios formais, ainda que a dicção dos artigos seja demasiadamente aberta, não trazendo os limites sobre os quais o processo poderá ser saneado sem que isso implique em prejuízo à celeridade processual, ou mesmo à segurança jurídica que são também basilares para o exercício da jurisdição pelos órgãos do poder judiciário.

De tal forma que ainda que se busque em última análise um provimento de mérito com o recurso e a jurisdição defensiva seja mitigada, não se pode negar que algumas questões formais não podem deixar de ser observadas como a legitimidade, a tempestividade, desistência da ação ou renúncia/aquiescência à decisão.²⁰

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

FAGUNDES, Cristiane Duarte Tavares. *O novo CPC e o combate à jurisprudência defensiva*. 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-novo-cpc-e-o-combate-a-jurisprudencia-defensiva/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 217, p. 13-39, 2013.

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

²⁰ JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 217, p. 13-39, 2013. p. 20-21.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSSI, Júlio César. Súmula Defensiva: necessidade de superação do Verbete 115 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 57, p. 74-81, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de processo civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



ELEMENTOS PARA DISCUSSÃO ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Renata Nini Azzolini¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Contexto em que surge a proposta do projeto de lei 8.058/2014. 3 Ativismo judicial e judicialização da política. 4 O novo Código de Processo Civil e o projeto de lei 8.058/2014. 5 O processo de controle jurisdicional de políticas públicas 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito brasileiro, cujas instituições, fundamentos e princípios estão traçados na Constituição Federal de 1988, aparece num contexto histórico em que a tradicional concepção sobre a separação de poderes passa por transformações que tanto podem referir-se ao aperfeiçoamento e aprofundamento de suas instituições, como podem significar a sua erosão e desmantelamento. O judiciário, que na doutrina tradicional aparecia como o mais discreto dos poderes, destituído de força política, aparece no novo quadro como a mais proeminente das funções do Estado, com a palavra final sobre temas que antes lhe eram vedados e influenciando diretamente sobre a atuação das demais funções do poder público. Os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política possibilitam organizar a discussão em torno das implicações da expansão da atuação do judiciário e de como a atuação dos demais poderes públicos e privados assumem progressivamente a forma processual e jurídica. A proposta de regulamentar o processo de atuação do judiciário em suas intervenções na atividade administrativa, que frequentemente toma a forma legislativa, pressupõe a regularidade da ampliação da atuação judicial do modo como vem ocorrendo no Brasil e em outras democracias mais maduras que a brasileira. Considera também a constitucionalidade dessa intervenção, de modo que a instituição de um processo apropriado para tal atuação torna-a mais homogênea e segura.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Ativismo judicial. Judicialização da política. Processo.

¹ Especialista pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal em Ordenamento Jurídico e Ministério Público; Advogada. *E-mail:* ninazzolini@gmail.com

ABSTRACT

The Democratic State of Brazilian law, whose institutions, foundations and principles are outlined in the Constitution of 1988, appears in a historical context in which the traditional conception of the separation of powers goes through changes that can either refer to the improvement and strengthening of their institutions, as can mean the erosion and dismantling. The judiciary in the traditional doctrine appeared as the most discreet of powers, devoid of political power, appears in the new framework as the most prominent of state functions, with the final say on issues that before you were sealed and influencing directly on the performance of other functions of government. The concepts of judicial activism and policy judicialization possible to organize the discussion around the implications of the judicial role of the expansion and how the performance of other public and private powers progressively take the procedural and legal form. The proposal to regulate the legal action process in their interventions in administrative activity, which often take the legislative form, requires the regularity of the expansion of the judicial action of the way as it has in Brazil and in other more mature democracies that Brazilian. It also considers the constitutionality of this intervention, so that the imposition of an appropriate process for such action making it more homogeneous and safe.

Keywords: Democratic state of law. Judicial activism. Judicialization of politics. Process.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer alguns elementos para a discussão em torno do Projeto de Lei 8.058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, para instituir processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. O Projeto apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, que foi o relator, na Câmara dos Deputados, do projeto de lei que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, vigente desde 18 de março de 2016, apresenta novos institutos processuais que seriam mais adequados para a estrutura da demanda envolvendo o controle judicial de políticas públicas.

Apresentar-se-á um breve resumo do documento *Considerações finais e proposta de substitutivo* do Projeto de Lei 8.058/2014, apresentados pelos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Antes, apresenta-se brevemente o contexto histórico e alguns elementos da discussão teórica e jurídica em torno do objeto do projeto de lei. Aborda-se, esquematicamente, a formação das instituições jurídico-políticas do Estado moderno e sua transformação em Estado Democrático de Direito.

Os conceitos de ativismo judicial e de judicialização trazem elementos que permitem organizar os argumentos envolvidos na normatização de um fenômeno já em curso. Aqui, no entanto, não serão trazidos os argumentos contrários ao projeto de lei, a não ser pela perspectiva genérica e abstrata de necessidade de aprofundar os estudos sobre a atual configuração das instituições político-jurídicas e o risco que apresentam para um regime democrático. Não se pode considerar, no entanto, que será feita uma defesa do referido projeto de lei, por mais que a apresentação do projeto da perspectiva de quem o defende possa imprimir esse viés ao artigo.

São tecidos alguns comentários sobre a brecha que o novo Código de Processo Civil deixa em relação a processos estruturais, relacionados a demandas coletivas ou individuais que envolvam entes públicos e envolvam o controle judicial de políticas públicas.

Do presente artigo não se espera uma tomada de posição em relação ao tema, mas apenas que sensibilize os cidadãos e a comunidade jurídica e acadêmica para promover o debate da forma ampla e aprofundada que o tema merece.

2 CONTEXTO EM QUE SURGE A PROPOSTA DO PROJETO DE LEI 8.058/2014

Desde a Constituição Federal de 1988, o poder judiciário brasileiro atua a partir da perspectiva de uma sociedade que elege representantes para o exercício do poder legislativo e executivo pelo voto direto, secreto e periódico, e seleciona por critérios meritocráticos, públicos e previamente estabelecidos, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, em processos acessíveis à parcela da população apta a atender os requisitos legais.

A acentuada desigualdade social e econômica ainda reinante no país ocasiona determinadas perturbações ao funcionamento das instituições jurídicas e políticas,² não obstante, há grandes avanços na consolidação de um efetivo

² A desigualdade exacerbada produz efeitos diversos na sociedade como, por exemplo, a percepção de privilégios como direitos e a produção de obstáculos de diversas naturezas à aplicação da isonomia, mesmo formal. RABAT, Márcio Nuno. Princípio da igualdade, ação afirmativa e democracia racial. *Cadernos Aslegis*, Brasília, v. 4, n. 12, p. 34-74, set./dez. 2000. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11341>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

Estado Democrático de Direito conforme preceituam o preâmbulo e o artigo primeiro da referida constituição.

No entanto, o contexto histórico mais geral em que as instituições jurídicas e políticas brasileiras aproximam-se da dinâmica própria do Estado Democrático de Direito apresenta transformações significativas. O Poder Judiciário tem expandido significativamente a sua atuação, tanto em relação a seus instrumentos e formas habituais, como em relação a aspectos da sociedade tradicionalmente excluídos de sua esfera de intervenção. Tal processo³ ocorre no Brasil, com suas especificidades, evidentemente, e também pode ser constatado em países de democracia social e política mais consolidada que a brasileira.

A origem desse movimento de expansão e transformação da forma de atuação do poder judiciário tem sido identificada em diferentes processos históricos, mas a constitucionalização de valores e princípios fundamentais de modo a não apenas controlar, mas também a obrigar o poder soberano, conjugada à outorga ao poder judiciário do controle de constitucionalidade de leis e de atos do governo, significou uma forma de primazia daquele poder sobre os demais lhe dando a última palavra sobre questões das mais diversas naturezas, que acabou por justificar ou mesmo sugerir a possibilidade de novas formas de atuação, inclusive, da justiça de primeiro grau a quem compete o controle concreto de constitucionalidade.

Desse modo, o enquadramento institucional próprio do moderno Estado de Direito, apresenta características novas que podem significar apenas o aprofundamento de suas características iniciais ou transformações que colocam essas características iniciais em cheque.

³ CITTADINO, Gisele, relaciona as seguintes perspectivas pelas quais a expansão da atividade judicial pode ser analisada: “o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.” CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v.5, n.9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

O moderno Estado de Direito, “ponto de articulação entre o jurídico e o político na ordem social contemporânea,”⁴ construiu suas instituições de modo a neutralizar arbitrariedades de hierarquias sociais, impedindo que o poder político estatal se constitua como patrimônio particular de um grupo específico, ou simplesmente atue em favor de grupos específicos com exclusividade.

Foi construída, então, “uma organização jurídico-política que garanta a generalidade na produção das leis [...] e a uniformidade na sua aplicação”, conformação adequada, aliás, ao funcionamento de uma economia de livre iniciativa e concorrencial.⁵ As instituições que deram forma a essa organização jurídico-política foram a separação dos poderes e as formas de representação e participação da sociedade no poder político, de forma a garantir que o poder emana do povo e em seu nome será exercido, ou seja, que o Estado autônomo em relação à sociedade, não atuará em contradição com os interesses desta ou privilegiando grupos específicos em detrimento do todo.

Transformações no equilíbrio entre as funções através das quais o poder estatal se manifesta não são novidade. O Estado moderno surgiu portando uma legítima proeminência do legislativo, poder da manifestação da vontade popular (o elemento substantivo do poder político no Estado moderno), por meio da representação, em oposição aos poderes estamentais ou oligárquicos antes dominantes. No pós-guerra, o executivo alcança proeminência atendendo às necessidades de uma dinâmica da sociedade industrial de consumo de massas (Estado de Direito Social). Nem por isso necessariamente se seguiria um período de proeminência do judiciário. Não há um determinismo de natureza etapista que levasse à necessidade de tal evolução.

De qualquer modo, não se pode mais reconhecer o juiz da doutrina de Montesquieu. A função judiciária “deveria ser exercida por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, do modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.” O judiciário era, nessa concepção, “quase um não poder, invisível e nulo, reduzindo-se o papel dos juí-

⁴ RABAT, Márcio Nuno. Princípio da igualdade, ação afirmativa e democracia racial. *Cadernos Aslegis*, Brasília, v. 4, n. 12, p. 34-74, set./dez. 2000. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11341>>. Acesso em: 29 abr. 2016. p. 2.

⁵ RABAT, Márcio Nuno. Princípio da igualdade, ação afirmativa e democracia racial. *Cadernos Aslegis*, Brasília, v. 4, n. 12, p. 34-74, set./dez. 2000. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11341>>. Acesso em: 29 abr. 2016. p. 2.

zes a emissão de documentos, que reproduziriam textos exatos da lei”. Seria um poder isento de força política.⁶

Há autores que veem na ampliação e transformação do papel do judiciário um reforço da lógica democrática.⁷

Na visão de Werneck Vianna⁸, o neoliberalismo, ao erodir os fundamentos do Estado de bem-estar provocou “intensa fragmentação da vida social, desregulamentação de direitos, esvaziamento de partidos e sindicatos.” Esses fatores, aliados a outros, tornaram a sociedade extremamente vulnerável frente ao Estado e empresas. Nesse contexto, o judiciário surgiu como um novo lugar para, além da defesa, aquisição de direitos.

Ainda segundo Werneck Vianna⁹, o próprio legislador forneceu recursos de defesa ao cidadão fragilizado, pela via do judiciário, ao criar a ação civil pública e institucionalizar o Código de Defesa do Consumidor. Novos direitos sob a tutela do judiciário são conquistados, democraticamente com leis que protegem a mulher, a infância, a cidade, o ambiente etc.

Importante levar em conta, mesmo da perspectiva da defesa do novo papel do judiciário, os limites a se considerar em razão do risco de erosão de todo o de-

⁶ MONTESQUIEU, 1985, p. 149. apud NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. (Série temas de interesse do legislativo; n. 30). p. 38.

⁷ Gisele Cittadino “[...] seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade.” CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v.5, n.9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁸ “A invasão da vida social pelo direito seria uma resposta ao esvaziamento da república, dos seus ideais e instituições, muito especialmente a partir dos anos 1970, quando a emergência triunfante do neoliberalismo, com suas concepções de um mercado autoregulado, importou o derruimento da arquitetura do Estado de Bem-Estar social. Esse tipo de Estado[...], em razão de sua forma específica, estava sustentado na organização política e social das diferentes partes da sociedade, cada qual identificada com seus interesses e projetos de uma vida boa, tal como expresso em seus partidos e sindicatos. O parlamento era uma de suas arenas, e, outra, não menos relevante, a de suas, corporações e das disputas entre elas realizadas no interior do Estado e sob sua arbitragem, daí devendo resultar um “capitalismo organizado” orientado para o bem comum. Nesse sentido o “Welfare State” foi republicano e se assentou sobre as suas principais instituições [...]”. VIANNA, Luiz Werneck. *Judicialização da política e ativismo judicial*. 2010. Disponível em: <<https://jusconstitucional.wordpress.com/2010/05/27/jurisdicializacao-da-politica-e-democracia/#more-507>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁹ VIANNA, Luiz Werneck. *Judicialização da política e ativismo judicial*. 2010. Disponível em: <<https://jusconstitucional.wordpress.com/2010/05/27/jurisdicializacao-da-politica-e-democracia/#more-507>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

senho institucional do Estado Democrático de Direito.¹⁰ Uma avaliação verdadeiramente crítica da democracia conforme se avizinha exigiria uma visão conjunta da forma que vem assumindo o aparato estatal em relação com as forças sociais que o fundamentam. Tarefa esta, que obviamente, não cabe nos estreitos limites do presente trabalho, que se presta a uma primeira aproximação do tema com o intuito de fazer uma leitura minimamente informada e contextualizada do Projeto de Lei 8.058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, para instituir processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A expansão da atuação e a primazia do poder judiciário sobre os demais poderes, e sobre esferas da sociedade civil que antes lhe escapavam, têm sido identificadas em dois processos distintos, o ativismo judicial e a judicialização da política. São processos diferentes¹¹.

A judicialização da política é fenômeno complexo e, como tal, envolve diversas dimensões. No âmbito específico do poder judiciário o fenômeno “decorre do desenho institucional brasileiro,”¹² que permite a submissão de matérias próprias do executivo e do legislativo à análise e decisão do judiciário. Isso ocorre por omissão do legislativo e executivo ou por impasses políticos ou pela própria natureza dos temas que lhe são apresentados, cuja decisão extrapola o interesse das partes que litigam.

¹⁰ Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos”. CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v.5, n.9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016. p. 107.

¹¹ “A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm a mesma origem”. NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. (Série temas de interesse do legislativo; n. 30). p. 35.

¹² BARROSO. Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FILLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotto de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 225-270.

Recentemente o STF proferiu diversas decisões, em questões de grande repercussão na sociedade brasileira, com grau de generalidade e abstração próximo daquele próprio de lei (descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, união homo afetiva), ou de intervenção na sociedade com grau de concreção próprio da Administração (demarcação de terras indígenas).

No âmbito social ocorre uma judicialização das relações sociais abrangendo conflitos coletivos e difusos. Além disso, formas próprias do judiciário, dialógicas e processuais difundem-se para fóruns privados, políticos, institucionais, como se a própria sociedade adotasse as formas de atuação do judiciário em esferas alheias a ele.

O ativismo judicial, por sua vez, manifesta-se pela libertação do juiz frente aos limites clássicos da interpretação do direito, produzindo a norma jurídica para o caso concreto de modo “criativo” e “expansivo”, “potencializando o sentido e o alcance da norma”.¹³ O juiz, além de não ser a simples “boca da lei”, ao aplicar o direito ao caso concreto, estabelece condutas não previstas no ordenamento e cria regramentos novos de modo a buscar a efetiva concreção dos direitos buscados, principalmente se esses direitos portam a natureza de direito fundamental.

Desse modo o judiciário aproxima seu modo de atuação daquele dos demais poderes, estabelecendo condutas próprias do legislador e do administrador, explicitando-se uma dimensão de politização do judiciário.

No entanto, o fenômeno não se restringe a, como querem alguns:

- que atos e matérias de competência do corpo legislativo ou executivo, inclusive considerados de natureza *interna corporis*, sejam submetidos à avaliação pelo poder judiciário, o qual proferirá a última palavra sobre o tema, sob a justificativa de garantia de prevalência da Constituição;

- ou de que juízes arvoreem-se em legisladores do orçamento e em administradores de políticas públicas.

Ou que, como querem outros:

- o poder judiciário, guardião da Constituição, responsável pela sua efetividade, e menos sujeito às pressões do poder econômico ou político de setores

¹³ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. (Série temas de interesse do legislativo; n. 30). p. 35.

específicos da sociedade, têm legitimidade e instrumentos para obrigar o Estado às prestações e atuações, possíveis pragmática e programaticamente, inscritas na ordem jurídica.

As implicações da ampliação da atuação do judiciário, e da forma que essa atuação ganha, alcançam todo o corpo do sistema jurídico-político e suas consequências são ainda imprevisíveis.

As críticas a essa nova conformação da atuação do poder judiciário foram feitas, principalmente da perspectiva do desmonte da tradicional doutrina da separação de poderes e do sistema de pesos e contrapesos que pretendia a unidade do poder e sua divisão em funções distintas. Desse modo, seria alcançado um equilíbrio na manifestação do poder soberano resultante de tal arquitetura, apta ao controle e contenção de uma função do poder pela outra. Ao judiciário, na tradicional doutrina, caberia a atitude mais discreta.

As defesas da nova configuração do poder judiciário também são intensas e fundamentadas, não só por parte do corpo jurídico que vivencia e dá corpo ao fenômeno, como também pela produção da doutrina que o investiga, analisa e critica, e ainda pelos diversos setores da sociedade que por ele são atingidos que também produzem análises e críticas sobre ele, da perspectiva da ciência política, sociológica e outras.

O tema merece reflexão maior, precedida por ampla e profunda investigação, pois se trata de transformação implicada nos rumos de nossa sociedade, não se sabe ainda, se para ampliação e aperfeiçoamento de forças democráticas comprometidas com a expansão dos valores republicanos que a sustentam, ou, pelo contrário, para uma forma de despotismo jurídico.

Tal tarefa não cabe nos limites deste estreito trabalho que não pretende chegar a uma conclusão sobre o tema que tem potencial para ser de abordagem obrigatória em qualquer reflexão sobre a sociedade do século XXI. No entanto, a apresentação de um projeto de lei que se propõe a criar um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário se apresenta como oportunidade para avaliar aspectos da atuação da função judiciária no controle da função administrativa, envolvendo, ainda, a função legislativa.

Procurar-se-á, aqui, uma primeira e desprezível aproximação em relação à matéria do ativismo judicial a partir da ainda incipiente discussão em torno do Projeto de Lei 8.058/2014, em trâmite na Câmara dos Deputados que

institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

A partir da constatação de que:

1) Abordagem dos direitos, da perspectiva constitucional de complementaridade de suas múltiplas dimensões, em conformidade com a Constituição brasileira de 1988, requer que a prestação jurisdicional para satisfação de direitos fundamentais assuma formas similares àquelas de atuação da Administração Pública com o fim de elaborar e executar políticas públicas e assumam forma de prescrições normativas prospectivas, próximas àquelas da atuação do poder legislativo;

2) O judiciário tem atendido as demandas complexas que lhe são postas sem que haja formas regulares de lidar com elas. Desse modo há atuações no mínimo questionáveis, mas também as atuações que indicam caminhos ou mesmo estabelecem meios, instrumentos e formas úteis e adequadas;

A proposição de regulamentar o processo de controle jurisdicional de políticas públicas no mínimo instiga que se abram canais para submeter a matéria ao debate em fórum e amplitude adequados.

O referido projeto de lei, atento ao fenômeno da expansão e transformação da atividade judicial, propõe-se a regulamentar, de modo a estabelecer limites e dotar de critérios, para tornar suficientemente homogêneas a forma, o procedimento, as relações processuais nas manifestações judiciais que impliquem no controle e intervenção em políticas públicas.

Antes, serão tecidos alguns comentários sobre o Código de Processo Civil de 2015.

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROJETO DE LEI 8.058/2014

O Código de Processo Civil, em vigor a partir do dia 18 de março de 2016, trouxe diversas inovações para aperfeiçoar a prestação jurisdicional num contexto de exacerbamento da litigiosidade na sociedade. Comprometeu-se com dotar de efetividade o princípio da duração razoável do processo e também com o princípio da motivação das decisões judiciais de modo a ampliar e aprofundar a efetividade do contraditório e da ampla defesa e da própria cognição judicial.

Instrumentos que permitem lidar com o exacerbamento da litigiosidade presente nas sociedades contemporâneas foram criados ou aperfeiçoados no novo Código. Também foram criados instrumentos que exigem maior clareza e profundidade das decisões judiciais. Assim, em médio e longo prazo, espera-se uma maior qualidade do processo e da prestação jurisdicional, acompanhada da diminuição do número de processos que chegam ao segundo grau e às instâncias excepcionais do judiciário, evitando-se a chamada “jurisprudência defensiva”. A eficácia do novo desenho processual civil revelar-se-á, ou não, nos anos vindouros.

O novo Código ateu-se à tradicional estrutura bipolarizada da composição dos conflitos no processo, embora adotando técnicas de vinculação de decisões a partes contrapostas em outros processos. Para tanto, criou formas de permitir ao juízo a ampliação da percepção da causa pela participação de terceiros que não são parte no processo, mas aptos a produzir informação qualificada e plural sobre o tema da causa. No entanto, furtou-se a inovar quanto à face coletiva e difusa da normatização de direitos. Determinadas demandas não se resolvem por uma decisão sobre relações lineares entre as partes. Principalmente aquelas decisões típicas de causas que afetam coletividades ou afetam valores sensíveis da sociedade, dependem de ampla participação para que ganhem legitimidade e possam ser efetivas.

A figura do *Amicus Curiae* ganhou espaço no novo Código de modo a satisfazer a necessidade de participação da sociedade em diversos tipos de litígios, mas algumas situações ainda estão a descoberto como sugere o PL 8.058/2014. No seu artigo 19, o PL¹⁴ propõe a introdução da figura do comissário, (art. 19): “para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.”

O Projeto de Lei 8.058/2014 pretende dotar o judiciário de instrumento legal que o habilite a atuar em situações de maior complexidade do que a lide tradicional de autor e réu e decisão final de deferimento ou indeferimento do pedido, tais como aquelas que envolvem a prestação de direitos fundamentais por políticas públicas:

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as par-

¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 8.058, de 2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1284947.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

tes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública.¹⁵

5 O PROCESSO DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresenta-se aqui em breve resumo, as considerações finais que introduzem o substitutivo do Projeto de Lei 8.058/2014 assinado pelos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Nas considerações finais do Projeto de Lei, no item de nº 1, fundamenta-se a constitucionalidade do controle jurisdicional das políticas públicas devido em que os direitos fundamentais sociais, correspondendo a obrigações prestacionais do Estado, têm eficácia imediata.

A inércia do Estado, ou a inadequação da política pública, para a prestação desses direitos constitucionalmente previstos, permite, se provocada a jurisdição, o exercício do controle de constitucionalidade da política pública, pela via abstrata, sendo possível, inclusive, a intervenção judicial para implementar a política inexistente ou corrigir a inadequada. A Constituição Federal prevê instrumentos processuais específicos para o exercício desse controle.

O controle difuso das políticas públicas, por sua vez, a ser exercido pela justiça ordinária, de primeiro grau, efetiva-se por meio das ações coletivas, instrumento processual igualitário e universal tal qual as políticas públicas que visa corrigir ou implementar.

As objeções quanto ao controle jurisdicional das políticas públicas devido à teoria da separação dos poderes foram respondidas no item nº 2 das considerações finais.

O controle de constitucionalidade brasileiro encontra suas raízes no sistema norte-americano, no qual se afirma a supremacia da constituição. Além disso, a transição do Estado liberal para o Estado social, cujas finalidades de

¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 8.058, de 2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1284947.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

atender ao bem comum, satisfazer direitos fundamentais e, por fim, satisfazer direitos materiais, em complementação aos direitos de liberdade, amplia a função de controle pelo poder judiciário.

O Estado democrático de direito, estabelecido na Constituição brasileira de 1988, por sua vez, traz comandos para a intervenção na realidade de modo a transformá-la. Os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição realizam-se mediante programas governamentais. As funções pelas quais o poder estatal se manifesta, embora independentes e harmônicos entre si, também devem ser harmônicos em relação aos objetivos fundamentais estabelecidos na constituição.

Assim, o poder judiciário investigará os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos no artigo 3º da Constituição Federal. A atividade do Judiciário, portanto, não é neutra, mas, sim, vincula-se à política estatal comprometida com a realização dos objetivos fundamentais constitucionais.

Controla-se, ademais (item nº 3 das considerações finais), o próprio mérito do ato administrativo, além dos elementos competência, forma, motivos e finalidade. Aprecia-se não apenas a legalidade, mas também a moralidade administrativa. O instrumento que propiciou essa ampliação do controle jurisdicional da atividade legislativa foi Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e, depois, o inciso LXXIII, art. 5º, da CRFB.

Item de nº 4 das considerações finais que introduzem o substitutivo apresenta abundante jurisprudência brasileira de controle de políticas públicas, afastando inclusive a cláusula da reserva do possível quando sua aplicação puder resultar no comprometimento do núcleo básico do mínimo existencial. A referida jurisprudência possibilitou o estabelecimento de requisitos para a intervenção do judiciário no controle de políticas públicas.¹⁶

O item de nº 5 das considerações, que introduz o substitutivo, trata dos limites à intervenção do judiciário nas políticas públicas, especialmente a razoa-

¹⁶ São os seguintes, os requisitos: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Projeto de Lei n. 8058/2014**: considerações finais e proposta de substitutivo, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2576789.PDF>. Acesso em: 30 abr. 2016. p. 12.

bilidade. O princípio da proporcionalidade, pelo qual se entende a proporcionalidade ser o justo equilíbrio entre os meios almejados e os fins a ser alcançados, presentes os seguintes elementos para sua ponderação: adequação, necessidade, proporcionalidade estrita e a não excessividade.

O item de nº 6 e seus subitens trazem casos de decisões irrazoáveis de intervenção judicial em políticas públicas, pelos quais também é possível pautar limites para esta intervenção, além de demonstrarem a necessidade de um processo legal a estabelecer balizas e instrumentos para uma adequada, constitucional e democrática intervenção do judiciário nas políticas públicas.

O subitem de nº 7 qualifica o controle jurisdicional de políticas públicas. O juiz, por não ser eleito, por isso imune às pressões políticas, ao atuar o processo dialético, escuta as diversas vozes envolvidas nos conflitos e confere significado e expressão concreta aos valores públicos. A legitimidade democrática do judiciário vem dos princípios e garantias que regem o exercício da função jurisdicional.

O item de nº 8 apresenta um caso emblemático de adequada e eficiente intervenção judicial cujas soluções e desdobramentos possibilitam extrair linhas para a regulamentação de um processo legal para a atuação judicial no controle de políticas públicas. Trata-se de um caso relacionado à questão ambiental cuja complexidade tomou as proporções de uma ação estrutural. Soluções inusitadas foram tomadas para dar efetividade à decisão judicial primeira.

O item de nº 9 apresenta as características de um novo processo. Os conflitos de interesses implicados no controle de políticas públicas envolvem a implementação de direitos fundamentais e geralmente referem-se à atuação de grandes instituições ou serviços públicos. São as categorias de litígio de direito público que envolve poderes estatais. As decisões no processo não versam sobre fatos passados sobre os quais a lei incidiria, mas projetam-se para o futuro, pois indicam os passos pelos quais se chegará ao resultado pretendido.

Haverá participação dos poderes públicos, de terceiros, de *Amicus Curiae*, de assessorias especializadas de modo a possibilitar que a decisão do juiz seja justa, equilibrada e exequível.

O cumprimento da sentença envolve a participação da administração e planejamentos a serem aprovados pelo juiz e por ele acompanhados. O controle jurisdicional das políticas públicas, regulados da forma proposta, seria equilibrado e compromissado com soluções consensuais e transparentes.

O novo processo, que já existe em diversos países, possibilitaria a concretização de direitos fundamentais dependentes de políticas públicas que hoje são, mesmo após reconhecimento judicial, inexecutáveis.

O item de nº 9 conclui pela conveniência e constitucionalidade do projeto, listando os pontos decorrentes do apresentado:

1. O controle jurisdicional de políticas públicas, conforme se propõe, não fere o princípio da separação de poderes;
2. O poder judiciário coprotagonista de políticas públicas pode adentrar no mérito da atividade administrativa;
3. O ativismo judicial, justificado, mas limitado, não pode substituir com a própria, a atividade das outras funções;
4. São limites do controle da atividade judicial o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade;
5. A lei ordinária pode regular os limites da atividade judicial de controle de políticas públicas;
6. O novo processo para as atividades jurisdicionais aqui tratadas deve ter natureza dialogal, contraditório e cognição ampliados; juízo assessorado por especialista e decisão aberta e de execução sucessiva, de cumprimento planejado pela administração, aprovado pelo juiz, execução progressiva, fiscalizado pelo juiz.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho permitiu verificar que:

- 1) Desde 1988 tem havido, no Brasil, o funcionamento e a consolidação regular das instituições próprias do Estado Democrático de direito;
- 2) Tal evolução, no entanto, coincide com transformações na forma de funcionamento das instituições do Estado Democrático de Direito decorrentes do relevo que o poder judiciário assume no sistema de pesos e contrapesos das funções estatais e da importância que assumem os direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, no desenho constitucional contemporâneo;
- 3) O ativismo judicial e a judicialização da política, embora processos distintos, referem-se a aspectos da transformação em torno da separação

- das funções pelas quais o poder estatal se manifesta e se relaciona com a sociedade;
- 4) O novo Código de Processo Civil trouxe importantes alterações ao sistema processual brasileiro para responder ao crescimento exorbitante do número de processos que chegam aos tribunais;
 - 5) Trouxe também mecanismos para evitar a proliferação da jurisprudência defensiva como meio de responder ao crescimento da litigiosidade civil;
 - 6) Alguns elementos de “abertura” do processo, presentes na legislação processual, ou decorrentes da criação jurisprudencial, foram incorporados ao novo Código;
 - 7) O novo Código, no entanto, furtou-se a regular e instrumentalizar demandas complexas que envolvem atores coletivos, participação e colaboração entre entidades públicas e privadas que caracterizam demandas para concretização de direitos fundamentais;
 - 8) O Projeto de Lei 8.058/2014 propõe-se a cobrir essa lacuna, inclusive porque há diversas atuações jurisdicionais, algumas positivas e outras nem tanto, que lidam com demandas que apresentam aquelas características, sem que haja homogeneidade na atuação, devido à ausência de norma que regule os instrumentos processuais necessários.
 - 9) O substitutivo assinado por processualista, em suas considerações finais que antecedem a análise do próprio projeto, apresentam importantes argumentos quanto à constitucionalidade e oportunidade do Projeto de Lei 8.058/2014.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 8.058, de 2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1284947.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v.5, n.9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Projeto de Lei n. 8058/2014**: considerações finais e proposta de substitutivo, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2576789.PDF>. Acesso em: 30 abr. 2016.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. (Série temas de interesse do legislativo; n. 30).

RABAT, Márcio Nuno. Princípio da igualdade, ação afirmativa e democracia racial. *Cadernos Aslegis*, Brasília, v. 4, n. 12, p. 34-74, set./dez. 2000. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11341>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. *Judicialização da política e ativismo judicial*. 2010. Disponível em: <<https://jusconstitucional.wordpress.com/2010/05/27/jurisdicializacao-da-politica-e-democracia/#more-507>>. Acesso em: 30 mar. 2016.



DETERMINAÇÃO DE JULGAMENTO DAS CAUSAS EM ORDEM CRONOLÓGICA PREFERENCIALMENTE PELA LEI 13.256 DE 2016

João Soares Fragoso Neto¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A ordem cronológica de julgamento conforme o novo Código de Processo Civil. Redação original prevista no novo Código de Processo Civil - Lei 13.105 de 2015. 2.2 Influência da Lei 13.256 de 2016 na ordem cronológica do julgamento de processos. Perspectivas de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.2.2 Perspectivas de José Miguel Garcia Medina. 3 Conclusão. Referências.

RESUMO

Este artigo visa abordar a determinação dos julgamentos conforme a ordem cronológica dos processos, uma regra criada pelo novo Código de Processo Civil que objetiva evitar a morosidade excessiva de certas causas, tendo processos de décadas passadas e, longe de chegarem ao fim. Iniciou-se com uma regra impositiva pelo novo Código de Processo Civil, mas que foi amenizada com a lei 13.256/16. Abordar-se-á no presente artigo, os principais posicionamentos doutrinários acerca da expressão original do novo Código e da determinação atual de, apenas, dar “preferência” à ordem cronológica.

Palavras-chave: Julgamento. Cronológica. Processo.

ABSTRACT

This article aims to focus in determination of the judgments according to the chronological order of the processes, a rule created by the new civil procedure code which aims to prevent the excessive length of certain causes, and processes of past decades and, far from coming to an end. It began with an imposed rule by the new civil procedure code, but that was ameliorated with the law 13,256/16. Will be treated in this article, the main doctrinal positions on the original expression of the new current code and the actual determination of “preference” in chronological order.

Keywords: Judgement. Chronological. Process.

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: neto.jsf@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Atualmente passamos por um momento de transição entre a principal norma processual do ordenamento jurídico brasileiro. Um dos temas que a lei 13.105 de 2015 inovou foi a determinação do julgamento das causas conforme a ordem cronológica em seu artigo 12. A expressão dada pelo legislador no novo Código de Processo Civil no referido artigo 12 tinha caráter expressamente impositivo, de modo que a ordem cronológica para o julgamento das ações não pudesse ser desobedecida, salvo em casos elencados em um rol taxativo presente no parágrafo 2º do mesmo artigo 12.

O novo Código processual objetivava dar fim aos processos que se “ras-tejam” pelo tempo, os quais tiveram seu início em décadas passadas e que até a presente data não se vislumbra um eminente fim. Pela Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil é possível notar que a comissão de juristas almejava enfrentar como problema principal a morosidade do Judiciário, buscando a solução para os dizeres constitucionais de uma prestação judicial em um prazo razoável dentro de um processo infestado de solenidades e recursos.

Como mecanismo de combate à morosidade da justiça brasileiro surgiu a ideia de ordenar o julgamento cronológico, de modo que o magistrado não poderia adiar um julgamento quando o processo já estivesse “maduro” o suficiente para ser julgado. Esta determinação se tornou objeto de inúmeras críticas, as quais sempre mostravam como conclusão que esta medida não tornaria mais célere os julgamentos, mas pelo contrário, poderia acabar atrasando ainda mais o julgamento dos milhões de processos que tramitam na justiça.

Assim, surge a lei 13.256 de 2016, a qual trouxe uma certa tranquilidade aos magistrados quanto a determinação de julgamento conforme a ordem cronológica que deixa de ser uma ordem e passa a ser apenas uma medida que deve ser adotada quando possível.

Porém, importante verificar quais os principais posicionamentos a cerca desta mudança do artigo 12 do novo Código de Processo Civil. As perspectivas que os doutrinadores vislumbraram acerca do tema e o porquê de defenderem tanto a mudança do referido artigo.

É cediço que o tempo de duração de um processo afeta direta e, principalmente, indiretamente toda uma sociedade, de modo a afetar no desenvol-

vimento do próprio país, visto que uma justiça célere está intimamente ligada ao próprio desenvolvimento de uma nação. Deste modo, o código de processo civil surge com mudanças procedimentais que afetam a celeridade do processo, mas de modo a benéfico à prestação jurisdicional ou ainda veremos processos se arrastarem por décadas? O presente artigo buscará demonstrar os principais argumentos que ensejaram a edição da lei 13.256 de 2016.

2 A ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 Redação original prevista no novo Código de Processo Civil - Lei 13.105 de 2015

Em primeiro lugar, importante destacar como surgiu a determinação de julgamento conforme a ordem cronológica. Em uma das análises feitas pelos processualistas, um dos motivos de um processo se tornar moroso é devido ao tempo em que os autos ficam paralisados nos cartórios das varas esperando serem impulsionados. Deste modo, entendeu-se que algo deveria ser feito a respeito. Uma das posições do novo Código processual civil fora justamente a determinação de julgamento pela ordem cronológica. Esta determinação se referia ao dever de os magistrados proferirem a sentença ou acórdão conforme a ordem em que os processos eram remetidos ao gabinete do magistrado, isto é, estivesse esperando apenas o provimento jurisdicional que as partes do processo esperam.

Portanto, o dever de julgamento se refere apenas as questões de mérito em fase final, não sendo determinado o julgamento de decisões interlocutórias em ordem cronológica, estas permanecem de acordo com a organização do magistrado. Mas, para continuarmos a análise, vejamos o que dizia o artigo 12 do novo Código de Processo Civil, antes da lei 13.256/16²: “Art. 12. Os juízes e os tribunais **deverão** obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir **sentença ou acórdão**”.

De tal modo, o artigo tratava da questão como um dever, fazendo com que o magistrado enfrentasse qualquer questão que um processo traria, ou seja, o

² BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016. (Grifo nosso).

mesmo não poderia analisar um processo com questões mais simples se houvesse um processo com maior complexidade já esperando a sua análise. A expressão usada aparenta gerar alguma sanção caso seja desrespeitada, mas trata-se apenas de suposição, visto que não houve tempo hábil para que a norma se tornasse “madura” o suficiente para este pensamento. Há quem diga que o desrespeito não causaria sanção alguma³.

Esta determinação causou certo desconforto na classe de magistrados que, além de terem milhares de processos sob sua jurisdição, agora não poderia administrar a condução dos processos que poderiam ser resolvidos de modo mais célere.

Por outro lado, houve classes que comemoraram a determinação dado pelo novo Código de Processo Civil, apontando que a ordem cronológica do julgamento traria maior clareza ao Poder Judiciário, e estaria atendendo à determinação da Constituição Federal de que o processo terá uma duração razoável, além de dar tratamento igualitário aos jurisdicionados⁴. É de acordo com estes princípios constitucionais que o texto⁵, de autoria desconhecida, destaca nos seguintes termos a respeito do disposto no referido artigo 12 do novo Código de Processo Civil:

Pelo teor do texto proposto, ao julgador não mais será permitido deixar de lado processos mais complexos, ou cujos temas não lhe despertem afinidades. Mirando a isonomia, o legislador alcançou também a transparência – o dispositivo permite ao jurisdicionado maior acesso ao *modus operandi* do julgador.

Uma das preocupações dos jurisdicionados gira em torno da ausência de informação ou de fundamentação do motivo dos processos de maior complexidade demorarem tanto tempo para serem julgados. O artigo 12 do novo *códex* buscou enfrentar esta questão que tira a credibilidade do Poder Judiciário aos

³ GIESELER, Maurício. *O novo CPC e a ordem cronológica de julgamento dos processos: será que se sustenta?* 2015. Disponível em: <<http://www.armador.com.br/wordpress/o-novo-cpc-e-a-ordem-cronologica-de-julgamento-dos-processos-sera-que-se-sustenta/>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

⁴ OLIVEIRA, Juez (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁵ NOVO CPC: ordem cronológica de julgamento deve aumentar transparência no Judiciário. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183181,11049-Ordem+cronologica+de+julgamento+deve+aumentar+transparencia+no>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

olhos da sociedade brasileira e, também, estrangeira, o que acaba afetando, indiretamente, na ausência de interesse de empresas estrangeiras se estabelecerem no Brasil.

Com isto, há uma busca real pela transparência e celeridade para as resoluções das demandas judiciais. A ordem cronológica de julgamento parece ser uma hipótese de que, em algum momento, as questões mais antigas serão discutidas. Em outras palavras, “há uma luz no fim do túnel” para as questões que são adiadas constantemente. A proposta deste artigo prevê, na prática, que serão disponibilizadas listas de processos aptos a julgamentos que estará para consulta pública em cartório e internet⁶.

Entretanto, devido à prematuridade do instituto, só é possível se falar de hipóteses. Ainda há uma longa jornada para a jurisprudência firmar o que propõe o artigo.

Com outra visão, tem-se o posicionamento do juiz Fernando da Fonseca Gajardoni⁷, que critica o dispositivo dizendo que, embora estipular uma ordem para julgamento pareça um avanço “causará infindáveis problemas práticos, principalmente em 1º grau de jurisdição, de modo que, preservadas as opiniões em contrário, acredita-se que a proposta prejudicará – e profundamente –, a prestação do serviço público jurisdicional”. A crítica ao proveito prático do dispositivo se dá pelo fato de que o artigo 12 tira o poder de gestão do magistrado, e que para este juiz, tornará o processo mais demorado do que o de costume.

O magistrado ainda segue inconformado com a origem do instituto, dizendo:

[...] criticável o fato de as comissões que trabalharam no projeto do novo CPC não terem dado a atenção devida às estatísticas disponíveis, as quais podem mostrar o erro ou o acerto de várias das opções adotadas.

Conforme dados do TJ/SP – que serve de base diante da magnitude do seu acervo no universo Judiciário brasileiro, mais de 50% das unidades de 1º grau no Estado de SP têm

⁶ GIESELER, Maurício. *O novo CPC e a ordem cronológica de julgamento dos processos: será que se sustenta?* 2015. Disponível em: <<http://www.armador.com.br/wordpress/o-novo-cp-c-e-a-ordem-cronologica-de-julgamento-dos-processos-sera-que-se-sustenta/>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *O julgamento dos processos em ordem cronológica no novo CPC*. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184582,-11049-O+julgamento+dos+processos+em+ordem+cronologica+no+novo+CPC>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

competência cível cumulativa (cível em geral, empresarial, falência, consumidor, além dos processos relativos à Corregedoria dos cartórios extrajudiciais), grande parte delas, inclusive, também com competência para os feitos de Família, Criminal, Infância e Juventude, Execução Fiscal, Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública etc. Apenas a título ilustrativo, e sem considerar as 297 varas instaladas na capital do Estado (onde a especialização é maior), ou mesmo as varas Cíveis instaladas nas comarcas do interior onde também há varas de Família em funcionamento, do total de 1459 varas no interior do Estado, ao menos 593 delas são, no jargão forense, clínicas gerais, competentes para julgamento dos mais variados tipos de conflito. Em outros termos, sendo notório que SP é o Estado brasileiro com a maior interiorização da Justiça, possível afirmar que no Brasil, bem mais do que metade das unidades jurisdicionais em 1º grau de Jurisdição são cumulativas, competentes para julgar desde o conflito mais simples ao mais complexo.

Há um espantoso e assustador número de processos ajuizados a cada dia, os quais versam sobre os mais variados temas com os quais os julgadores se deparam. A ordem cronológica não fará com que as análises sejam mais rápidas. O problema seria impossibilitar o julgamento de causas mais simples que poderiam ser resolvidas de imediato, mas que com o advento do instituto da ordem cronológica não seria possível. Por esta razão, o magistrado acredita que a ordem cronológica trará o efeito contrário do desejado.

Por fim, Gajardoni propõe três alternativas como soluções para o instituto:

E, para tanto, três soluções são possíveis:

- a) suprimir a regra do julgamento em ordem cronológica nos juízos de primeiro grau, mantendo-a, apenas, para os Tribunais (cuja natureza revisional permite que os processos sejam julgados por ordem de entrada sem maiores problemas práticos, vez que a tutela já foi prestada na instância inaugural); ou
- b) estabelecer a regra da ordem cronológica dentro de certos parâmetros temporais, fixando-se um período após a conclusão (60, 90 ou 120 dias) no qual os processos podem ser julgados livremente, passando a incidir a cronologia de conclusão, apenas, se decorrido esse prazo, ainda houver processos pendentes de julgamento com o juiz, caso em que ele deverá julgar aqueles feitos pendentes antes de decidir os novos entrados; ou
- c) ampliar (bastante) as situações em que autorizado o julgamento fora da ordem cronológica (acrescentando v.g., os feitos de jurisdição voluntária), permitindo, ainda, que feitos menos complexos, mediante adequada fundamentação, possam ser julgados prioritariamente.

Deste modo, acredita-se que o instituto atenderia seu propósito de dar maior celeridade na tramitação dos processos de cada vara judicial.

2.2 Influência da Lei nº 13.256/2016 na ordem cronológica do julgamento de processo

Em fevereiro de 2016 foi publicada a lei 13.256 de 2016, a qual alterou vários pontos do novo Código de Processo Civil. Há de se ter cautela com a redação dada pela lei 13.256 de 2016. A inclusão do termo “preferencialmente” não deve ser interpretada no sentido de que a norma deixou de trazer a obrigatoriedade de se julgar os processos conforme a ordem cronológica. A ordem cronológica ainda é tema inovador estreado pelo novo Código processual civil e, a este dispositivo deverá ser respeitado pelos magistrados. O fato de se ter mitigado a expressão “deverão” não alude à interpretação de que o dispositivo não será respeitado e os julgamentos serão feitos de acordo com a conveniência e organização do magistrado. O que se passa a entender é que a ordem cronológica deverá ser respeitada, mas haverá casos em que poder-se-á alterar essa ordem. Como elucidada Rafael Alvim⁸

A regra processual de respeito prioritário à ordem cronológica, portanto, não está revogada, nem perdeu força normativa. A utilização do termo “preferencialmente” apenas destaca que existem exceções (como, de fato, já existiam desde quando o NCPC foi publicado – v. art. 12, §2º), proibindo, de igual forma, por outro lado, que haja “burla” da ordem cronológica, que estará disponível para todos na internet (*sic*) (art. 12, §1º), sem a necessária motivação, regra básica que deverá nortear toda e qualquer decisão judicial (art. 489, II e §1º).

O que deve ficar claro é que não houve a revogação do dispositivo, não houve a mitigação da ordem cronológica por completo, houve apenas uma flexibilização do artigo de modo que possa haver exceções, mas é prudente pensar que estas exceções devem ser fundamentadas ou possuir uma razão para quebrar a ordem cronológica. Esta quebra da ordem cronológica está prevista⁹ no pará-

⁸ ALVIM, Rafael. A “preferencial” ordem cronológica de conclusão e julgamento no NCPC, 11 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2016/02/11/a-preferencial-ordem-cronologica-de-conclusao-e-julgamento-no-ncpc/>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

grafo 2º do artigo 12, do novo e atual código de processo civil, trazendo algumas hipóteses em seus incisos, de exceções a determinação da ordem cronológica nos seguintes termos “Art. 12, §2º - Estão excluídos da regra do caput”. Esta medida traz a almejada isonomia tratada pela Constituição Federal, uma vez que há situações que são equilibradas pelo tratamento diferenciado.

Contudo, a ordem cronológica ainda sim é motivo de preocupação para todas as classes de profissionais do direito. Esta medida do novo Código de Processo Civil é criticada quanto a sua utilidade prática no âmbito jurídico. Segundo Pedro Câmara Raposo Lopes¹⁰ o legislador que criou este dispositivo não pensou na classe de advogados militantes que agem de acordo com os regulamentos e estatutos da advocacia. Em uma situação hipotética, Lopes explica:

a primeira instância da Justiça Estadual, utilizando-me de um proposital eufemismo, encontra-se em “recuperação judicial”. Durante anos foi sucateada, porque os tribunais, via de regra, dirigiam os recursos materiais e humanos para suas secretarias. Sempre valeu o velho anexam popular: farinha pouca, meu pirão primeiro.

[...]

Com a alteração legislativa, quando o advogado procurar um magistrado para a rápida solução de uma intrincada questão possessória ou de família, por exemplo, levará para o seu cliente a notícia fatídica de que a sua causa deverá aguardar o julgamento daqueles embargos opostos contra uma execução fiscal movida (e o exemplo não é tão absurdo assim) pelo antigo Instituto Brasileiro do Café, e que se achava confortável e propositalmente dormitando num escaninho poeirento. Aliás, somente as estatísticas das cortes de justiça estavam ligando para a desimportante demanda do falecido IBC.

Lopes alerta que o dispositivo trará uma barreira à atuação do advogado que não poderá utilizar suas funções para tentar mover sua causa por conta da ordem cronológica. Para ele, o referido instituto acabou auxiliando os magistrados e dando um fim na atuação advocatícia de poder despachar pessoalmente com o juiz, o artigo 12 surge como forte argumento dos juízes não atender os pedidos de despacho com o advogado. Deste modo, esta determinação acaba afetando a atividade da advocacia e, como consequência, afeta o jurisdicionado.

¹⁰ LOPES, Pedro Câmara Raposo. Ordem cronológica prevista no novo CPC causa preocupação. *Consultor Jurídico*, 24 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/pedro-lobes-ordem-cronologica-cpc-preocupante>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

Ainda citando o juiz Pedro Lopes¹¹, o mesmo declara “no país só se enfatiza a prioridade legal, nunca a prioridade factual [...] Melhor para os mapas dos tribunais, mas, na prática, pode ser que tenha sido um tiro pela culatra”.

Em contrapartida, há mais posições no sentido de que a alteração dada pela lei 13.256 de 2016 trouxe maior benefício, já que a ordem cronológica como obrigação poderia atrapalhar a atuação dos julgadores.

Ao que se pode observar, há diversos posicionamentos sobre o tema, devido a este ser ainda muito prematuro e, ao mesmo tempo, inovador.

2.2.1 Perspectivas de Teresa Arruda Alvim Wambier

Importante destacar a opinião da processualista Teresa Wambier¹², a qual diz que a performance do judiciário é extremamente afetada pelo acúmulo de processos nas varas. Para ela, alterar o rito processual não é a resposta adequada para dar celeridade na solução de conflito. É possível ter-se o rito mais célere possível, mas ainda dependerá da atuação do magistrado que ainda terá milhares de processos sob seus braços.

A princípio, o que o país precisa para dar celeridade aos processos é que os juízes tenham menos processos para julgar. Contudo, é cediço que ano após ano, o número de demandas cresce alarmantemente no país, e este crescimento é explicado por fatores históricos, os quais são tratados no artigo de Bruno Dantas em conjunto com outros autores, inclusive Teresa Wambier¹³

Do ponto de vista histórico, as últimas quatro décadas representaram um período de ganhos sociais muito mais elevados, se comparado ao mesmo período de tempo imediatamente anterior a 1973. A sociedade brasileira, composta por 93 milhões de pessoas no início da década de 1970, tem passado por momentos de crise e ruptura de regimes, mostrando-se bastante resiliente, sobretudo em face da globalização, impulsionada por profundas mudanças em campos

¹¹ LOPES, Pedro Câmara Raposo. Ordem cronológica prevista no novo CPC causa preocupação. *Consultor Jurídico*, 24 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/pedro-lobes-ordem-cronologica-cpc-preocupante>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Novo CPC busca garantir celeridade ao Judiciário*. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI178992,81042-Novo+CP-C+busca+garantir+celeridade+ao+Judiciario>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Entrevista concedida à TV Migalhas.

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. O novo CPC dará maior racionalidade ao sistema de Justiça. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182384,-41046-O+novo+CPC+dara+maior+racionalidade+ao+sistema+de+Justica>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

como os das telecomunicações, economia e tecnologia da informação. Atualmente, trata-se não apenas de uma sociedade plural, formada por 190 milhões de pessoas, mas também de uma sociedade complexa, que a um só tempo reconhece e responde aos riscos aos quais está permanentemente sujeita.

Essa sociedade, contudo, não apenas aumentou em quantidade populacional, mas também cresceu em relação à conscientização dos seus direitos, principalmente com o advento da CF. Este é um dos motivos do exponencial e progressivo aumento da litigiosidade em nosso país, que poderá ser demonstrado numericamente.

Interessante o raciocínio histórico feito. A evolução do direito acaba refletido no crescimento das demandas no Poder Judiciário. As constantes batalhas pela justiça ensejam em mais conflitos numa sociedade e, muitos destes conflitos possuem questões repetitivas que já foram tratadas e solucionadas há décadas. Este, inclusive, é um dos pontos criticados por Teresa Wambier, as constantes alterações das jurisprudências ensejavam em conflitos repetitivos, visto que não se sabe o resultado. Um conflito com a mesma questão jurídica a outro acaba possuindo um resultado totalmente contrário, o que acaba estimulando ainda mais ao ajuizamento de ações e recursos. Portanto, a falta de pacificar a jurisprudência também é um fator que atrasa a solução do conflito.

Desta forma, a processualista afirma que o ponto chave a ser solucionado é a redução de processos nas mãos dos juízes como fator favorável a celeridade. O fato de ordenar juízes a julgarem cronologicamente não acarretará na celeridade, ainda dependerá da movimentação deste magistrado que continuará cercado por milhares de processos.

2.2.2 Perspectivas de José Miguel Garcia Medina

José Miguel Garcia Medina, conceituado processualista que juntamente com Teresa Wambier integrou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código de Processo Civil, já vem afirmando que a ordem dada pelo artigo 12 do novo *codex* não é inflexível. Segundo este processualista¹⁴, referido artigo foi elaborado com o intuito de positivizar o instituto da isonomia tratado como princípio basilar do direito processual e da constituição.

¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. No novo CPC, a ordem cronológica de julgamentos não é inflexível. *Consultor Jurídico*, 9 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

Trata-se de disposição que tende a materializar a isonomia processual (confira o artigo 7º do NCPC; na Constituição, confira o artigo 5º, caput), evitando-se que se dê tratamentos diferenciados e injustificáveis entre os processos que tramitem perante um mesmo órgão jurisdicional. Nesse ponto, pode-se enxergar, aqui, manifestação do princípio da impessoalidade. A disponibilização, para consulta pública, da lista de processos aptos a julgamento (parágrafo 1º do artigo 12 do NCPC), por sua vez, além de poder ser vista como manifestação do princípio da publicidade (confira o artigo 11 do NCPC), torna o modus operandi da atividade jurisdicional mais previsível para as partes, dando-lhes mais segurança.

Contudo, o mesmo alerta que o tratamento isonômico não deve ser seguido no seu sentido formal. Em suas palavras¹⁵ “direito ao tratamento isonômico também compreende o direito de ser considerado de modo particular, ou o reconhecimento do direito à diferença. Viola-se o princípio da isonomia, assim, ao se pretender dar tratamento isonômico a quem esteja em situação diferente”.

O próprio artigo 12, em seu parágrafo 2º e demais incisos prevê hipóteses de relativização da ordem cronológica de julgamento. Portanto, haverá situações em que processos serão considerados mais urgentes do que outros que estariam mais próximo de ser julgados conforme a ordem. A partir deste ponto, fala-se de um julgamento prévio do mérito ao levar em consideração que há uma análise sobre qual questão jurídica pode ultrapassar a ordem cronológica que se apresenta ao magistrado.

No próprio parágrafo 2º do artigo 12, há incisos em que o próprio legislador compreende que existem questões de extrema simplicidade e que permitem ser decididas de imediato. O próprio processualista Medina, alerta que “seria injustificável que se aguardasse a prolação de decisão em outros casos, em que a elaboração do julgado tende a tomar mais tempo do juiz”.

Ao novo Código de Processo Civil, deve ser dado tratamento lógico. As interpretações que surgirão a respeito deste novo Código estão surgindo aos poucos, de modo que ainda há muitas questões a serem enfrentadas e discutidas. Para Medina, o que se pede é que estas interpretações que surgem a cada

¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. No novo CPC, a ordem cronológica de julgamentos não é inflexível. *Consultor Jurídico*, 9 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

dia a respeito do novo Código processual busquem dar a maior efetividade aos procedimentos que o código trata, buscando atingir um ponto social através do bom senso e que atenda às necessidades do país e, desta maneira, conduza para o bem-estar social coletivo.

3 CONCLUSÃO

A constante busca por um código processual célere e que atenda às demandas judiciais com tempo razoável parece ser um desafio longe de ser alcançado. O novo Código de Processo Civil buscou tratar temas polêmicos, além de tentar resolver algumas questões sociais que causam a falta de credibilidade do Poder Judiciário. Deste modo, processualistas que apresentaram o anteprojeto do novo Código buscaram criar mecanismo de combate à morosidade excessiva dos processos, visto que alguns perduram por décadas, e instituíram no artigo 12 a regra de que os processos conclusos deveriam ser julgados conforme a ordem em que chegassem nas mãos dos magistrados.

Muito se criticou este artigo, dizendo que o mesmo jamais conseguiria atender seu propósito de celeridade, pelo contrário, traria uma maior morosidade na tramitação dos processos. Juízes capazes de julgar milhares de processos teriam sua efetividade reduzida, pois, agora, não poderiam gerir o julgamento dos processos que se apresentam para sua análise. Portanto, o artigo que parecia estar dando celeridade, na verdade criou uma barreira aos magistrados.

É inegável que o instituto do julgamento conforme a ordem cronológica dos processos trouxe uma maior isonomia entre os jurisdicionados, já que aqueles que há muito tempo esperam uma providência jurisdicional do juiz veem como um sinal de esperança, que o seu processo que está concluso há muito tempo será julgado em algum momento, o que antes não era possível prever, nem esperar devido a uma falha institucional de todo o sistema judiciário.

Contudo, como pode ser notado pelas opiniões dos processualistas acerca do tema, a ordem cronológica de julgamento não é uma medida que irá resolver o problema da morosidade excessiva dos processos. Este instituto poderá causar o fim de causas que já tramitam há muitos anos, mas não parece que dará agilidade a todos os futuros processos, uma vez que, a principal característica do código

processual civil é o elevado número de solenidades que se exige, sempre com a justificativa de dar maior “segurança jurídica” ao jurisdicionado.

Entretanto, chegou-se a um ponto em que a falta de informação sobre quando o processo chegará a seu fim se tornou muito mais incomodativa do que a possível falta de segurança. Por esta razão, o novo Código se apresenta inovador em muitos temas, principalmente em tentar cortar o número de solenidades presentes. Esta talvez seja a medida mais adequada para questões de celeridade.

O problema da celeridade, segundo alguns processualistas, poderia ser amenizado diminuindo o astronômico número de processos concentrado nas mãos de um único juiz, o que torna uma tarefa humanamente impossível. São milhares de processos sob a égide de uma única pessoa, a qual deve sempre se posicionar em alto nível processual para não cometer nenhuma injustiça.

No tocante a ordem cronológica de julgamento, ainda é muito cedo para dizer quais as soluções e problemas que este instituto trará. Há de se ter o devido cuidado para que este dispositivo não se torne “letra morta” no código processual, visto que o mesmo não traz nenhuma sanção em caso de desrespeito injustificado do instituto. Esta questão só será respondida com o passar dos próximos anos, dando tempo para que a jurisprudência possa enfrentar os empecilhos deste inovador instituto processual que surgiu com o intuito de dar encerramento às questões discutidas há tempos, as quais são classificadas as de maior complexidade e por esta razão não são enfrentadas pelos magistrados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Rafael. A “preferencial” ordem cronológica de conclusão e julgamento no NCPC, 11 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2016/02/11/a-preferencial-ordem-cronologica-de-conclusao-e-julgamento-no-ncpc/>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *O julgamento dos processos em ordem cronológica no novo CPC*. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI184582,11049-O+julgamento+dos+processos+em+ordem+cronologica+no+novo+CPC>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

GIESELER, Maurício. *O novo CPC e a ordem cronológica de julgamento dos processos: será que se sustenta?* 2015. Disponível em: <<http://www.armador.com.br/wordpress/o-novo-cpc-e-a-ordem-cronologica-de-julgamento-dos-processos-sera-que-se-sustenta/>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

LOPES, Pedro Câmara Raposo. Ordem cronológica prevista no novo CPC causa preocupação. *Consultor Jurídico*, 24 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/pedro-lobes-ordem-cronologica-cpc-preocupante>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. No novo CPC, a ordem cronológica de julgamentos não é inflexível. *Consultor Jurídico*, 9 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

NOVO CPC: ordem cronológica de julgamento deve aumentar transparência no Judiciário. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183181,-11049-Ordem+cronologica+de+julgamento+deve+aumentar+transparencia+no>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

OLIVEIRA, Juarez (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *O novo CPC dará maior racionalidade ao sistema de Justiça*. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182384,-41046-O+novo+CPC+dara+maior+racionalidade+ao+sistema+de+Justica>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Novo CPC busca garantir celeridade ao Judiciário*. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI178992,81042-No+vo+CPC+busca+garantir+celeridade+ao+Judiciario>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Entrevista concedida à TV Migalhas.

O NOVO CPC E SUA APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO

Celso Ferreira dos Anjos¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Das lacunas do processo do trabalho e o princípio da subsidiariedade. 3 Princípios do processo civil e sua aplicação à justiça trabalhista. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o alcance do artigo 15 do novo Código de Processo Civil e suas implicações na nova legislação, quanto a aplicabilidade supletiva e subsidiária ao processo de Trabalho, nas hipóteses em que houver lacunas normativas, ontológicas ou axiológicas.

Palavras-chave: Artigo 15 do novo CPC. Aplicação subsidiária e supletiva. Processo do Trabalho.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the scope of Article 15 of the New Civil Procedure Code and its implications in the new legislation, as the supplementary applicability and would contribute to the work process, in cases where there are regulatory gaps, ontological or axiological.

Keywords:

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade estudar o novo Código de Processo Civil – (novo CPC - art. 15, lei 13.015/2015) e os seus reflexos da nova legislação nos sítios do processo do trabalho, quanto da aplicação supletiva e subsidiária no Processo do Trabalho.

A primeira questão a ser abordada, diz respeito ao dispositivo do novo

¹ UniCEUB – Direito. Pós-graduação de Direito do trabalho e Previdenciário. Aluno da disciplina Prática dos Tribunais. *E-mail:* Celsoanjos87@gmail.com

CPC de 2015, artigo 15, que dispõem: “Na ausência de normas que regulem processo eleitoral, trabalhista ou administrativo, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente e subsidiariamente”².

Conforme o citado dispositivo, por força da interpretação sistemática, combinado com o arts. 769 da CLT, será aplicado ao processo do trabalho de forma supletiva e subsidiariamente, nas hipóteses em que:

- a) haja lacuna (normativa, antológica ou axiológica) da legislação do novo CPC processual trabalhista;
- b) a compatibilidade da norma com os princípios que informa o processo laboral.

Destacamos, o referido dispositivo estar sendo objeto de vários debates e discussões na doutrina, sobre o real alcance e suas implicações no Processo Trabalhista.

Esse ensaio busca ainda, estreitar um estudo do instituto das lacunas e seu princípio da subsidiariedade, quanto a sua aplicação no Processo do Trabalho.

Enfim, tem a pretensão neste breve ensaio, avaliar aspectos relevantes de compatibilidade do novo CPC e seus reflexos na seara do processo do trabalho.

Nessa abordagem, será revisitada às teorias relacionadas ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a responder, a luz do novo Código de Processo Civil proposto, se o novo instituto tem aplicabilidade na seara do processo de trabalho.

2 DAS LACUNAS DO PROCESSO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A subsidiariedade significa a possibilidade de as normas do Direito Processual comum serem aplicadas ao processo do trabalho, como forma de substituir as lacunas do sistema processual trabalhista e melhorar a efetividade do processual.

Para alguns doutrinadores, a subsidiariedade é uma técnica de integração que acomoda as lacunas da legislação processual trabalhista. A nosso ver,

² BRASIL. *Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

a subsidiariedade figura não apenas uma técnica de integração, como princípio próprio.

As lacunas do Direito Processual do Trabalho e da incompletude do sistema processual sempre foi um assunto polêmico e muito debatido.

Na fase do conhecimento, o art. 769 da CLT atesta que o Direito Processual comum é fonte do Direito Processual do Trabalho e, na fase de execução, o art. 889 da CLT determina que, nos casos omissos deverá ser aplicada no processo do trabalho a lei de Execução Fiscal (lei n. 6.830/1980) e, posteriormente o Código de Processo Civil.

A aplicação supletiva e subsidiária do Processo Civil, perpassa necessariamente pela leitura do art. 769 da CLT, o qual disciplina os requisitos para aplicação subsidiária do Direito Processual comum ao processo do trabalho, conforme dispõem a redação: “Nos casos omissos, o Direito Processual comum será subsidiária do Direito Processual do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”³.

Conforme o referido dispositivo legal, são requisitos para a aplicação do Código de Processo Civil ao processo do trabalho:

- a) omissão da Consolidação das leis do Trabalho: quanto a Consolidação das leis do Trabalho e as legislações processuais trabalhistas extravagantes (Lei nº. 5.584/1970 e Lei nº 7.701/1988) não disciplinam a matéria;
- b) compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho, de forma a compatibilizar com os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, máxime o acesso do trabalhador à justiça;

Como visto, a norma do Código de Processo Civil, além de ser compatível com as regras que regem o processo do trabalho, deve estar alinhada com os princípios que norteiam o direito Processual do Trabalho, de forma a proporcionar o acesso do trabalhador à justiça.

Diante das inovações do novo Código de Processo Civil, aumentam os debates em torno da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, se é possível a aplicação da regra processual civil, se há regra expressa, em sentido

³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

contrário na Consolidação das leis do Trabalho, principalmente nas fases de execução e recursal.

Examinando as vertentes de interpretação sobre o alcance do art. 769 da CLT, dispomos⁴:

- a) restritiva: a aplicação subsidiária das normas do processo civil é permitida quando houver a omissão da legislação processual trabalhista. Desse modo, verificamos a chamada lacuna normativa. Essa corrente defende a observância do princípio do devido processo legal, no sentido de não surpreender o jurisdicionado com outras regras processuais, tais como a necessidade de preservação do princípio da segurança jurídica.
- b) evolutiva: a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil é permitida quando houver lacunas ontológicas (quando a norma não está mais compatível com os fatos sociais, ou desatualizada) e axiológicas (quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória), da legislação processual trabalhista. Esta vertente se justifica na possibilidade do acesso real e efetivo do trabalhador à justiça do trabalhador.

De um lado, o direito do trabalho foi concebido para viabilizar o acesso do trabalhador a justiça. Por conseguinte, as suas regras processuais dever ser o instrumento para convergir para esta finalidade.

Por outro lado, poderíamos questionar, se ao aplicar as regras do Código de Processo Civil, em detrimento das leis da CLT, o Juiz estaria considerando o devido processo legal e surpreendendo o jurisdicionado com alteração das regras?

Para responder esta indagação, a nosso ver, este entendimento não ocorre, uma vez que o Juiz do Trabalho, ao aplicar os dispositivos do CPC, não estaria criando novas regras. Nesse caso, o Juiz estaria tornando as regras mais efetivas que o verificado pela utilização da legislação da Consolidação das leis do Trabalho, conforme preconiza o conhecimento geral (art. 3º, LICC).

Resumidamente, defendemos que a teoria geral do processo e a do proces-

⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

so do trabalho, sinaliza para uma aplicação de um processo mais ágil com mais entrega de resultados. Com mais autonomia de garantir, não só o cumprimento da legislação social, mas sobretudo, da expansão do direito material do trabalho.

3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL E SUA APLICAÇÃO A JUSTIÇA TRABALHISTA

O processo do trabalho assemelha-se a qualquer outro feito de processo. Nesse sentido, o processo do trabalho é mero instrumento de reparação da ordem jurídica, compondo o conflito laboral, assim como o processo civil tem a finalidade de buscar a pacificação social na esfera não trabalhista.

Um dos princípios característicos da Justiça do trabalho é o princípio da finalidade social, ou princípio da proteção do hipossuficiente aplicado ao processo judiciário.

Neste princípio protetor, estão presentes regras processuais que acabam criando verdadeiros privilégios para o hipossuficiente.

Ademais, o princípio protetor acaba regendo o processo civil, na ação na qual seja parte o consumidor (que tem assegurado o direito a inversão do ônus da prova como instrumento de proteção ao direito material), ou ainda, nas ações da Fazenda Pública, que goza de diversos privilégios processuais em proteção aos seus interesses (prazo em dobro, citação pessoal, etc.).

Mesmo no novo CPC podem ser encontradas diversas regras que visam a proteger o demandante menos favorecido, a exemplo do alimentando quanto ao foro competente para demanda de alimentos (art. 53, inciso II), a aparência a ação na qual seja parte o idoso (art. 1048, inciso I).

Os princípios basilares do Direito Processual do Trabalho devem orientar o interprete em todas as situações. Não sendo possível, por exemplo, à custa de manter a autonomia do processo do trabalho e a vigência de suas normas, sacrificar o acesso do trabalhador à justiça do trabalho, assim como o célere recebimento de se credito alimentar.

A questão essencial, diante dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o processo, e também da força normativa dos princípios constitucionais, não é possível uma interpretação isolada da constituição das leis do Trabalho. Esta visão equivocada, isto é, divorciada dos princípios constitu-

cionais do processo, não deve prejudicar o direito do trabalhador, na questão do acesso à justiça, para garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador e melhoria da sua condição social.

Outro princípio fundamental: do direito constitucional processual, o novo CPC consagra outros princípios específicos no seu Livro I, Título I, Capítulos I e II.

O princípio da demanda, por exemplo, constante do art. 2º do novo CPC, que já estava previsto no CPC de 1973, não está expresso no Texto Constitucional, mas deste pode ser instituído no sentido de que a instauração de qualquer processo depende de iniciativa da parte, salvo exceções expressamente previstas em lei, como a hipótese da execução de ofício no Processo do Trabalho (CLT, art. 878).

O princípio do acesso à justiça, contemplado no art. 3º do Novo CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”⁵, é inspirado no art. 5º, XXXV, da CF. O acesso à justiça também abrange os meios alternativos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional: referenciado do art. 5º, LXXVIII, da CF, e inserido no art. 4º do novo CPC, segundo o qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluído a atividade satisfativa”⁶.

O art. 6º do novo CPC, descreve que o princípio da cooperação ou colaboração, nos seguintes termos: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”⁷.

Esse citado princípio encontra inspiração no princípio (objetivo), fundamental da solidariedade (CF, art. 3º, I), que tem por destinatário o Estado, a sociedade e o cidadão.

Outro princípio fundamental do Processo Civil: igualdade processual previsto no art. 7º do novo CPC, segundo a qual:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdade processuais aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.⁸

Em resumo, todos os princípios supracitados, já foram contemplados no CPC 1973 (e suas sucessivas alterações legislativas), mas é importante salientar que eles adquirem nova dimensão, pois passam a ser reinterpretados em sintonia com a nova hermenêutica constitucional do novo processo civil.

4 CONCLUSÃO

Pela exposição da argumentação acima, O novo Código de Processo Civil, não apenas é compatível, como pode ser aplicado ao processo do Trabalho, nas hipóteses relacionadas a seguir:

- a) omissão da Consolidação das leis do Trabalho (lacunas normativas, ontológicas e axiológicas); compatibilidade das normas do processo civil com os princípios e singularidades do Direito Processual do Trabalho;
- b) aplicação supletiva e subsidiária do CPC, conforme disciplinadas no artigo 15 do novo Código de Processo Civil, são compatíveis com os artigos 769 e 889, da CLT;
- c) a aplicação subsidiária do Processo Civil pressupõem ainda que a adaptação da norma civilista às singularidades do processo trabalhista; ainda que não omissa a Consolidação das leis do Trabalho, quando as normas forem mais efetivas que as da Consolidação das Leis do Trabalho e compatíveis com os princípios do processo do trabalho;
- d) a aplicação da regra subsidiária visa ao preencher a lacuna (omissão absoluta) do complexo normativo que regula determinado sub-ramo do direito ou instituto jurídico (o processo do trabalho, por exemplo);
- e) a aplicação supletiva visa à complementação normativa quando diante de regras especiais incompletas (omissão parcial);
- f) a aplicação da regra subsidiária e da regra supletiva pressupõem a compatibilidade com o que se pretende integrar ou complementar, sob pena de revogar o sistema ou a regra mais especial (omissão ou incompleta);

⁸ BRASIL. *Lei n° 13.015, de 21 de julho de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

g) com a aplicação supletiva do novo CPC, diversos institutos processuais trabalhistas regulados de modo incompleto poderão ser completados, de modo a serem aperfeiçoados e atualizados).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

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

FERRAZ, Sergio. *A norma processual trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo civil no processo trabalhista*. 3 ed. São Paulo: LTR, 1991.

MEIRELES, Edition. *Competência e procedimento sumaríssimo na justiça do trabalho: primeiras linhas da reforma do judiciário*. São Paulo: LTR, 2005.

MEIRELES, Edition. *Procedimento sumaríssimo na justiça do trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

O PAPEL DO *AMICUS CURIE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA DEMOCRATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Elbem Cesar Nogueira Amaral Junior¹

SUMÁRIO

1 Considerações Iniciais. 2 Aspectos Teóricos. 3 Aspectos Históricos. 4 Aplicação no novo Código de Processo Civil. 5 Participação do *Amicus Curiae* no processo de formação democrática dos precedentes judiciais. 6. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Este artigo pretende analisar a inclusão da figura do *Amicus Curiae* na parte geral do novo Código de Processo Civil Brasileiro, vigente desde o dia 18 de março de 2016, e suas influências diretas na formação dos precedentes judiciais, através da pluralidade do debate jurídico, técnico e social no âmbito dos tribunais, resultando numa democratização do processo civil.

Palavras-chave: Processo civil. Democratização. *Amicus curiae*.

ABSTRACT

This article aims to analyze the inclusion of the role of Friend of Court in the general part of the New Brazilian Civil Procedure Code, in force since March 18, 2016, and its direct influence on the formation of judicial precedents, through the plurality of legal debate, technical and social in the courts, resulting in a democratization of civil procedure.

Keywords: Civil process. Democratization. Friend of court.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apesar de o Processo Civil ser comumente aceito como uma relação travada exclusivamente entre as partes litigantes, cujos efeitos das decisões atingirão somente a elas, à bem da realidade, de certo modo, o que é decidido pelos tribunais em um caso privado, pode acabar atingindo terceiros interessados,

¹ Graduado em Direito, Advogado. Aluno do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB/ICPD. E-mail: ecesarjunior@hotmail.com.

desinteressados ou até mesmo toda a coletividade, quer seja por razões econômicas, sociais ou meramente morais. Além do que, o processo civil moderno também possui regramentos quanto às soluções de demandas coletivas, estipulando legitimados para propor e responder tais litígios. Nesses casos, mais ainda do que nas relações privadas, há que se viabilizar a participação de terceiros interessados que poderão ser atingidos, ainda que reflexamente, pela decisão a ser proferida no processo. Tal questão ganha ainda maior importância quando se trata da formação dos precedentes judiciais, instituto que ganhou força no novo processo civil brasileiro, já que estes, pouco a pouco, tem refletido a posição dos tribunais acerca das matérias por eles julgadas que, ainda que proferidas em um caso particular na tutela de interesses individuais, podem ser utilizados para a decisão de milhares de situações jurídicas semelhantes, ou mesmo quando o objeto questionado pelas partes abarque um interesse jurídico muito mais amplo.

Daí surge o maior fundamento para a figura do *Amicus Curiae*, pois na medida em que a decisão judicial possa atingir a terceiros não envolvidos diretamente na lide, abre-se o espaço para que outros atores colaborem na formação do convencimento do magistrado, influenciando nas decisões a serem prolatadas pelo Poder Judiciário. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá encontra o fundamento da intervenção do *Amicus Curiae* na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XXXV e LIV, como uma forma de garantia de acesso à justiça e do devido processo legal para aqueles que terão seus interesses atingidos reflexivamente numa demanda coletiva ou mesmo em uma individual que trate de questões de relevância pública².

Este artigo pretende enfrentar, em breves linhas, os aspectos mais relevantes do instituto do *Amicus Curiae*, recentemente incluído de forma expressa no ordenamento jurídico processual brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015.

2 ASPECTOS TEÓRICOS

Segundo definição apresentada por Cassio Scarpinella Bueno, a expressão ‘*Amicus Curiae*’, tem origem no latim e significa amigo da justiça – o “perito de-

² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

signado por um juiz para aconselhá-lo”. A definição da palavra ‘*curiae*’, segundo indica o autor, é entendida como sendo a “divisão do povo romano, de ordem política e religiosa, como templo em que se reunia a cúria para celebrar o culto, como sala onde se reunia o Senado, assembleia do senado”³.

A ideia, portanto, do *Amicus Curiae* – traduzida como amigo do tribunal ou amigo da corte – é de verdadeiro auxiliar do juízo em causas de relevância social, com repercussão geral ou que tenham um objeto extremamente específico que necessite de parecer técnico que colabore com a decisão do magistrado. A princípio, o *Amicus Curiae* não atua em defesa do interesse de nenhuma das partes, e sim busca aprimorar o debate jurídico, trazendo questões e opiniões de ordens técnicas, jurídicas, sociais, econômicas ou mesmo políticas, para o debate do tema em discussão⁴.

Seu objetivo primordial é aprimorar as decisões a serem proferidas pelo Poder Judiciário, proporcionando ao julgador pleno conhecimento de todas as implicações ou consequências de sua decisão nas relações entre as partes e na sociedade como um todo, pluralizando os debates dos principais temas que envolvam a interpretação da lei⁵.

Quanto à natureza jurídica do instituto do *Amicus Curiae*, não há uma posição doutrinária definida. Filipo Bruno Silva Amorim aponta diferentes correntes. Alguns o defendem como sendo mero auxiliar do juízo, pois o amigo da corte não está atuando em defesa do interesse de uma das partes, apenas busca aprimorar o conhecimento e o debate democrático e ideológico dos temas tratados pelo poder judicante, oferecendo assim o seu apoio técnico, social, ideológico, econômico ou político ao julgador⁶.

Por outro lado, quando a intervenção do *Amicus Curiae* se dá de forma voluntária e não atendendo ao chamado do juízo, pode-se considerar o instituto como uma espécie de intervenção de terceiros, pois certamente, o indivíduo ou entidade que pleiteia

³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 408.

⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. v. 1.

⁶ AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.

a sua admissão no processo na qualidade de *Amicus Curiae*, o faz objetivando defender um dos lados de seu interesse. Nesse sentido, sustenta Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, que a figura do *Amicus Curiae*, no direito brasileiro, pode assumir diferentes naturezas jurídicas, a depender da sua forma de ingressar na discussão processual. Caso sua manifestação se dê a convite da corte ou do magistrado, terá a natureza de auxiliar do juízo, do contrário, se a intervenção for voluntária, terá a natureza de intervenção de terceiros, em exercício do direito próprio de manifestação⁷.

Ainda terceira corrente defende ser o *Amicus Curiae* uma espécie de intervenção de terceiro especial ou uma assistência qualificada, pois em ambos os casos, quer seja como auxiliar do juízo pelo convite da corte, ou por intervenção voluntária, sua participação não se legitima por ter ele um interesse jurídico particular na solução da demanda, sempre deve haver um interesse público perquirido e discutido sob uma motivação ideológica⁸. Assim, Daniel Ustárroz enquadra a figura do *Amicus Curiae* na qualidade de assistente especial nos casos em que se discute a realização de direito objetivo, como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade, sob a justificativa de democratizar o exercício da jurisdição com a participação de entidades de projeção nacional⁹.

Humberto Theodoro Junior ao tratar sobre o tema do *Amicus Curiae*, reconhece toda a diversidade dos posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica do instituto, desde a classificação como terceiro interveniente *sui generis* ou atípico, ou mesmo como colaborador da justiça, porém, filia-se a esta última corrente, por entender que ao *Amicus Curiae*, na qualidade de auxiliar especial do juiz, “cabe fornecer informações técnicas reputadas relevantes para o julgamento da causa”. Na mesma obra, o autor indica ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por muito tempo esteve dividida em julgamentos esparsos, reconhecendo ao *Amicus Curiae*, por vezes, a natureza jurídica de colaborador da justiça e por outras, terceiro interveniente. Chegando finalmente a consenso, no julgamento da ADI 3.460/DF pelo Plenário, de que o *Amicus*

⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁸ MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A comunidade aberta dos intérpretes da constituição: o Amicus Curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

⁹ USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Curiae seria de fato um colaborador da justiça que não atua na defesa de interesses próprios, mas sim com o objetivo de ofertar ao Tribunal elementos que possam contribuir para o bom julgamento da causa, viabilizando também a “formação democrática dos precedentes judiciais”¹⁰.

Muito embora a Suprema Corte tenha conferido ao *Amicus Curiae* a natureza de “colaborador da Justiça”, verdade é que a estrutura do novo Código de Processo Civil de 2016 traz o instituto inserido no capítulo das hipóteses de intervenção de terceiros¹¹, ainda que de certo modo ainda tenha um papel de verdadeiro auxiliar do juízo. Certo é que, as diferentes qualificações jurídicas dadas à figura do *Amicus Curiae* estão intimamente relacionadas com sua origem e finalidade, sendo necessária uma análise de sua evolução histórica para entender o verdadeiro papel deste instituto jurídico na democratização dos precedentes judiciais formulados sob a égide do atual sistema processual.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS

Dameres Medina, ao introduzir o tema do *Amicus Curiae*, remete aos ensinamentos de Habermas que afirma a necessidade de uma articulação entre o Estado de Direito e a democracia, onde o papel da Constituição e das leis é possibilitar uma participação cidadã em todos os níveis da sociedade. Ou seja, a vida em comum numa sociedade democrática deve levar à participação de todos na formação do pensamento jurídico, sendo a opinião pública de fundamental importância. No âmbito da interpretação das leis pelo Poder Judiciário, essa participação popular se dá por meio do chamado processo de abertura da jurisdição constitucional, por meio do qual se confere legitimidade aos órgãos judiciais para interpretar a lei e dizer o direito, resolvendo conflitos democráticos. Aqui, a figura do *Amicus Curiae* tem lugar de destaque, pois tem sua origem intimamente relacionada com a participação de instituições sociais e civis na formação dos julgados¹².

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 410.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

¹² MEDINA, Dameres. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva,

Cassio Scarpinella Bueno, ao tratar da evolução histórica, aponta que, também quanto à origem do *Amicus Curiae*, há divergências de entendimento na doutrina. Alguns autores afirmam ter raízes consuetudinárias, no *common law* do direito penal inglês medieval. Entretanto, outros estudos remetem a uma origem ainda mais remota, no direito romano, em que os magistrados tinham a colaboração neutra dos *consilliaris* romanos, que tinham a função de auxiliar o julgador em diversos assuntos políticos, financeiros, religiosos, administrativos, militares, legislativos e judiciários. Entretanto, esses colaboradores, diferente da figura atual do *Amicus Curiae*, somente compareciam em juízo quando convocados, não de forma espontânea, e sempre atuavam de forma neutra, em lealdade à corte. Em razão disso, outros autores aproximam o instituto com o direito inglês medieval, período em que era possível o ingresso espontâneo do interessado no caso, fornecendo elementos úteis em favor de uma das partes da relação processual – seria então equivalente a uma espécie de assistente especial nos dias atuais. No primeiro caso registrado de *Amicus Curiae* no direito inglês, encontra-se o ingresso de uma pessoa física na qualidade de assistente da corte, contudo para defender interesse próprio, alegando uma atuação fraudulenta entre as partes litigantes. O auxílio prestado à corte inglesa tinha por objetivo obter um benefício particular, pois o interveniente possuía interesse direto na demanda. Note-se que os dois sistemas arcaicos, tanto o romano como o inglês, apontam elementos que, de certo modo, assemelham-se com o papel desenvolvido pelo *Amicus Curiae* no direito atual, quais sejam, o comparecimento em juízo, quer seja espontâneo ou convocado, para auxiliar na formação do convencimento do julgador¹³.

Contudo, foi no Direito Norte-Americano que se desenvolveu o instituto e onde ganhou maior destaque. O primeiro caso apontado revela o ingresso da figura do Procurador Geral dos Estados Unidos na qualidade de *Amicus Curiae*, interferindo numa demanda privada. Diferentemente do caso inglês, onde se defendia interesse do próprio interventor, no caso americano, à princípio, o amigo da corte protegia interesses públicos afetos à demanda particular, sendo assim, eram as próprias entidades governamentais que atuavam na qualidade de *Amicus*

2010.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

*Curiae*¹⁴. Prosseguindo no estudo de Cassio Scarpinella Bueno, constata-se que, já no século XX, a Suprema Corte Estadunidense passou a admitir a intervenção do *amicus* em defesa de interesses privados, ainda que seus poderes de atuação fossem mais tênues. O autor registra que houve uma crescente evolução no sentido de admitir no processo travado entre particulares um terceiro na qualidade de *Amicus Curiae* que defenda um dos lados de interesse meramente privado, por assim entenderem que a questão envolvida na demanda ultrapassa a esfera jurídica das partes litigantes, podendo atingir indiretamente outros particulares, mesmo em suas ações de cunho privado. Assim, considerando a possível insuficiência ou inadequada representação na defesa dos interesses envolvidos na demanda, passou-se a admitir que outros particulares – informalmente chamados de “*amici privado*” – se manifestem no caso, colaborando na formação de precedentes que se aplicariam a todos os indivíduos que se submetam a relações jurídicas semelhantes.

Já no Direito Brasileiro não havia nenhuma disposição expressa acerca do *Amicus Curiae*. A doutrina apenas identifica algumas figuras similares esparsas no ordenamento jurídico. Cada diploma normativo atribuía uma designação diferente, por vezes denominando de “intervenção” ou mesmo “assistência”, e em cada dispositivo, o instituto possuía traços diferenciados, sobretudo com relação ao interesse jurídico que o terceiro interveniente possuía na demanda, por vezes atuando como uma figura neutra e imparcial e outras de forma interessada e parcial. A partir dos estudos daquele autor, podemos indicar alguns diplomas legais no decorrer da história jurídica brasileira que contem figuras similares ao amigo da corte¹⁵.

Em ordem cronológica, o primeiro diploma normativo brasileiro que se pode apontar um instituto semelhante ao *Amicus Curiae* data do final da década de 1970, mais precisamente a Lei n. 6.616/1978, que conferiu nova redação ao artigo 31 da Lei n. 6.385/76, no qual, não de forma expressa, mas com traços característicos que remetem à figura do *Amicus Curiae*, passou a prever a necessária intimação da Comissão de Valores Mobiliários nas ações judiciais que

¹⁴ AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

tratem de matéria de sua competência, para que esta, querendo, ofereça parecer ou preste esclarecimento com intuito de colaborar tecnicamente com a decisão do magistrado¹⁶. Pelo teor do dispositivo da referida lei, a ideia trazida para o âmbito nacional aproxima-se da visão romana do *Amicus Curiae*, em razão de conferir a uma instituição de natureza pública a legitimidade para interferir em ações privadas que tratem de matéria de interesse público. Entretanto, a diferença é que a lei brasileira, apesar de determinar que o magistrado, necessariamente, intime a Comissão em todos os casos, esta decidirá se irá ou não ofertar parecer ou mesmo prestar esclarecimento. Seu interesse jurídico, portanto, é institucional, e a mesma atua como verdadeira auxiliar do juízo, defendendo interesses públicos acerca da matéria, podendo inclusive recorrer de decisões quando as partes não o fizerem (art. 31, §3º)¹⁷.

Seguido pela Lei n. 8.884/94, que disciplinava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a figura do interveniente autônomo estava prevista no artigo 89, com a qualificação de assistente, o CADE deveria ser intimado para, querendo, manifestar-se nas ações judiciais que discutissem a aplicação daquela lei. Evidente o caráter de assistente do juízo dado à autarquia na tarefa de interpretação da lei, aproximando-se à figura do *Amicus Curiae* no sentido romano, diante do interesse público envolvido. Tal dispositivo foi revogado pela Lei n. 12.529/2011, mas que manteve as mesmas características do instituo em seu artigo 118¹⁸.

Outra modalidade de intervenção e assistência especial que se assemelha

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei n. 6.616, 16 de setembro de 1978*. Acrescenta artigos à Lei n. 6385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *Amicus Curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149- 169.

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016. BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 29 abr. 2016.

com a figura do *Amicus Curiae*, contudo com um interesse jurídico mais restrito a um grupo específico, é o caso disposto no artigo 49, parágrafo único da Lei n. 8.906/94, o Estatuto da Advocacia, que atribui aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, a legitimidade de “intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”¹⁹.

Ainda no ano de 1996, a Lei n. 9.279, que regula os direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, considerando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, impõe a intervenção especial do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, nas ações judiciais de nulidade de registro das patentes (art. 57), dos desenhos industriais (art. 118) e das marcas (art. 175), certamente visando sua colaboração técnica e especializada no julgamento²⁰.

Importante evolução no que concerne a intervenção de entidades públicas na qualidade de terceiros assistentes em defesa de interesses públicos, encontra-se no dispositivo do parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 9.469/97, que passou a prever a possibilidade da União e as pessoas de jurídicas de direito público interferirem independente de demonstração de interesse jurídico, nas causas que lhe pudessem ter reflexos econômicos, com o objetivo de “esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”²¹. Essa modalidade de intervenção reflete importantes características do instituto do *Amicus Curiae*, pois concede legitimidade às entidades públicas para interferirem diretamente em demandas judiciais, colaborando com a formação do entendimento do magistrado, independente da demonstração de interesse jurídico, com uma atuação

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²¹ BRASIL. *Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997*. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; [...] e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

esclarecedora, informativa, cooperativa, o que diferencia da mera assistência já prevista no Código de Processo Civil vigente à época²².

Apesar de não admitir a intervenção de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, a Lei n. 9.868/99 em seu art. 7º, parágrafo 2º, foi, sem dúvida, a consolidação da figura do *Amicus Curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não tenha tratado com tal nomenclatura de forma expressa. Assim prescreve o dispositivo: “§ 2º. 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”²³. Mencionando a decisão proferida pelo Ministro Celso de Melo, relator da ADI 2.130/SC, ao admitir a manifestação da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC nos autos, com fundamento no artigo 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99, Athos Gusmão Carneiro segue no ensino de que

[...] a admissão 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 aos postulados democráticos, a abertura do processo de ordem a permitir que dele participem entidades e instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade e que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais²⁴.

Posteriormente, foram editadas diversas leis que regulamentaram o controle concentrado de constitucionalidade no Código de Processo Civil de 1973, desenvolvendo a figura do *Amicus Curiae*, conferindo a qualquer pessoa que tivesse representatividade e pudesse contribuir para a solução da causa, podendo se dar a intervenção de forma espontânea ou provocada²⁵. As inovações se deram no artigo 482, §§ 1º, 2º e 3º, acrescidos pela Lei n. 9.868/99 já mencionada, com a previsão de manifestação de interessados no incidente de declaração de

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²³ BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212.

²⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. v. 1. p. 418.

inconstitucionalidade nos tribunais; no artigo 543-A, §6º, este acrescido pela Lei n. 11.418/2006, admitindo a manifestação de terceiros na análise de repercussão geral dos Recursos Extraordinários; também no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF em matéria constitucional, previsto no art. 3º, §2º da Lei n. 11.417/2006; e com a Lei n. 11.672 de 2008, que acrescentou o artigo 543-C ao texto do CPC/1973, disciplinando o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, incluindo em seu parágrafo 4º, a figura do *Amicus Curiae*, contudo sem mencionar expressamente a nomenclatura²⁶. A ideia desses referidos diplomas legais, segundo adverte Athos Gusmão Carneiro, é de evitar que a Corte Superior de Justiça se pronunciasse várias vezes sobre a mesma matéria, conferindo, pela inserção da figura do *Amicus Curiae*, ao recurso repetitivo, um caráter de coletividade, onde várias figuras poderiam atuar com intuito de colaborar com a formação do entendimento jurisprudencial daquela corte a respeito do tema em debate²⁷.

Até então a atuação do *Amicus Curiae* na legislação esparsa brasileira, estava restrita à apresentação de pareceres, memoriais, juntada de documentos, fazer sustentação oral e contribuir na instrução processual, com algumas exceções com previsão de legitimidade recursal. A evolução do direito processual brasileiro, em todas essas leis esparsas e também na jurisprudência assumida pelo Supremo Tribunal Federal, certamente apontam para uma formação da figura do *Amicus Curiae* no ordenamento jurídico nacional como sendo um instrumento de participação das mais diversas entidades e seguimentos públicos e privados no intuito de colaborar com a formação do entendimento dos tribunais, defendendo assim interesses públicos, coletivos ou mesmo particulares. Sua atuação é política e seu interesse é ideológico, “de ordem prática, ou cívica ou política”,

²⁶ “CPC/1973, Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo: [...] §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”. BRASIL. Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 01 maio 2016.

²⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

por essa razão, parte da doutrina defende a ideia de um *amicus causae*, pois sua intervenção possui interesse na causa, no assunto por ela tratado, não na colaboração da corte em si²⁸.

4 APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 A pessoa do *Amicus Curiae* e seu interesse na causa.

Finalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a figura do *Amicus Curiae* foi disciplinada expressamente no ordenamento jurídico pátrio, com previsão para todos os processos judiciais, em qualquer uma de suas fases e instâncias, sendo inserido o instituto na parte geral do código, no capítulo relativo à intervenção de terceiros, especificamente no artigo 138. Note-se que, quanto à pessoa do interventor que pode ser admitido como ‘amigo da corte’, o novel diploma processual autoriza tanto uma pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada na matéria discutida²⁹.

Sobre as características do *Amicus Curiae* no atual ordenamento brasileiro, Fredie Didier Jr. filia-se ao ensino de que a própria origem da expressão ‘amigo da corte’ remonta a noção de imparcialidade, por ser um mero auxiliar do juízo, mas que isso não o impede de, “em determinadas situações, atuar com certa carga de parcialidade”, como é o caso de instituições e associações que atuem na defesa de teses que atendam aos interesses de parcela da comunidade por ela representada. Sua função, diferente da do perito, é colaborar na tarefa hermenêutica do juiz, para melhor aplicar o direito ao caso concreto, e ainda difere da função de *custos legis*, dado que sua intervenção não é obrigatória, podendo

²⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.
²⁹ 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 participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. §1º. A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do §3º. [...] §3º. O *Amicus Curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

atuar também em lides que não envolvam direitos indisponíveis³⁰.

O fato de o novo Código ter inserido disposição no sentido de que sua intervenção não implica em alteração de competência, nem mesmo autoriza a interposição de recursos em geral, somente em hipóteses especificadas na lei, remete-se à ideia de que o *Amicus Curiae* não é parte do processo e sim meramente colaborador na formação do convencimento jurisdicional, verdadeiro auxiliar do juízo, como já vinha entendendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³¹ apontada por Humberto Theodoro Júnior³². Seria, portanto, uma modalidade diferenciada de intervenção de terceiros, com a finalidade de defender interesses institucionais, viabilizando maior legitimação nas decisões a serem tomadas³³.

Na própria doutrina de Theodoro Jr, encontramos que o processo judicial só se instaura efetivamente com a participação do Estado e das partes, onde todos estão à procura de uma solução concreta para a lide estabelecida. Sendo essencial a presença de todas as figuras: o Estado-Juiz para dizer o direito, e as partes para oferecer elementos de formação do convencimento. As partes, portanto, devem ser consideradas como sendo aqueles sujeitos que possuem a “real possibilidade de influir na formação do próprio provimento jurisdicional”. E nesse sentido, podemos reconhecer dois tipos de parte: não apenas o autor e réu, que são as partes em sentido material, os chamados sujeitos da lide; mas há também as partes em sentido processual, que são aqueles que também intervêm efetivamente no contraditório ou que se expõem às consequências da decisão a ser proferida. Nesse último, incluem-se os terceiros intervenientes, como é o caso do *Amicus Curiae*³⁴.

³⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. v. 1. p. 419.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.460/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: <link>. Acesso em: 27 abr. 2016.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 270.

Nas palavras de Fredie Didier Jr, “de três maneiras distintas pode alguém assumir a posição de parte num processo: a) tomando a iniciativa de instaurá-lo; b) sendo chamado a juízo para ver-se processar; c) intervindo em processo já existente entre outras pessoas”³⁵. Assim, sendo uma modalidade diferenciada ou não, o *Amicus Curiae* foi incluído como hipótese de intervenção de terceiros, e como tal deve ser assim tratado, podendo ser classificado como parte ou coadjuvante da parte, nos casos em que busca “prestar cooperação a uma das partes primitivas” – quando, por exemplo, atua em defesa de interesses institucionais de forma espontânea³⁶, e não mero auxiliar do juízo.

4.2 Os elementos da figura do *Amicus Curiae*

Podendo se tratar de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade na defesa de interesses institucionais, anota Daniel A. A. Neves que até mesmo um professor de direito, cientista ou médico, na qualidade de pessoa física pode atuar como *Amicus Curiae* no novo sistema, mas para isso será necessário que o interessado tenha uma representatividade adequada que se traduz num interesse institucional e não meramente pessoal, que se tenha “a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão”, que tenha grande experiência, credibilidade, tradição, reconhecido conhecimento técnico na matéria em debate³⁷.

Empresta a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, ainda anterior ao novo Código, a lição de que “terá representatividade adequada toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico interesse institucional na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito

³⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. v. 1. p. 359.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 139.

apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *Amicus Curiae*³⁸. Sua função primordial é pluralizar os debates dos mais diversos temas de relevância social.

Para Humberto Theodoro Jr., haverá representatividade adequada quando a pessoa interessada em sua habilitação na qualidade de *Amicus Curiae*, trazer consigo valores ou “interesses de blocos, grupos, classes ou estratos da sociedade” ou mesmo do próprio Estado, e possua reconhecido conhecimento e técnica acerca da matéria tema da discussão posta em juízo. Ou seja, deve haver pertinência temática entre os fins e objetivos da pessoa que pretenda intervir, com a questão judicializada.

A doutrina prossegue na análise do tema, lecionando que a intervenção do *Amicus Curiae* só será possível quando o tema tratado for demasiadamente específico ao ponto de que o juízo necessite de auxílio e colaboração para formação de seu convencimento interpretativo do direito. A especificidade do tema, portanto, é requisito necessário para a admissão do terceiro interessado, e mais, é necessário que este, como já dito, demonstre habilidade específica e notoriamente reconhecida no assunto, para que se justifique sua participação³⁹. Anota Guilherme Rizzo Amaral, em comentário ao *novel codex*, que “a especificidade do tema objeto da demanda não diz necessariamente com a sua relevância, mas com a complexidade do tema discutido no processo, a exigir, muitas vezes, conhecimentos específicos que transcendem a formação jurídica tradicional”⁴⁰.

No que concerne ao termo ‘relevância da matéria’ que deverá ser considerada na decisão que admitir o ingresso do *Amicus Curiae* no feito, a doutrina de Scarpinella, ao se pronunciar sobre o tema nos casos de ação de controle de constitucionalidade, já perfilhava o entendimento pacífico de que, ao se questionar a constitucionalidade de uma lei, sua matéria, objetivamente, se torna de grande relevância social, fazendo com que o órgão judiciário tome verdadeira decisão política sobre a causa. De maneira geral, afirma que a relevância da ma-

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 412.

⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 215.

téria judicializada, em qualquer caso, deverá ser “indicativa da necessidade” ou “da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais”. Não basta apenas uma relevância de questões jurídicas, mas sim sociais, ideológicas, políticas ou econômicas, que revelem a necessidade de trazer ao conhecimento do magistrado para a formação de seu convencimento⁴¹.

Guilherme Rizzo reforça a ideia da relevância da matéria, ao dizer que o tema debatido deve ter “repercussão jurídica, social, econômica ou política, à semelhança dos requisitos identificados para a repercussão geral do recurso extraordinário”, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo, conforme afirma o artigo 1.035, §1º do NCPC. Ainda o autor tece sábio comentário acerca dos requisitos para admissão do *Amicus Curiae*, considerando desnecessária a menção da repercussão social ante à relevância da matéria, “já que um tema com repercussão social nunca poderá ser considerado irrelevante”. Ou seja, se há repercussão social, certamente a matéria é relevante⁴². Contudo, Humberto Theodoro Jr traz a ideia de alternatividade entre os requisitos, afirmando que o juiz pode admitir o ingresso do *Amicus Curiae* presente qualquer um deles, o que justificaria a existência de ambas expressões – ‘repercussão social’ e ‘relevância da matéria’, ampliando a gama de hipóteses⁴³.

Não obstante ao debate, o ponto que merece maior destaque acerca dos requisitos para admissão do *amicus curiae*, é a semelhança com o termo ‘repercussão geral’ adotado como requisito para admitir o processamento do recurso extraordinário, artigo 1.035, §1º: “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, com o requisito da ‘repercussão social’. Esse mesmo artigo, conforme já mencionado no tópico acima, em seu §3º, traz novas hipóteses de repercussão geral, como o caso de acórdão proferido em causas de demandas repetitivas. Pode-se verificar uma possível interação entre o papel do *Amicus Curiae* com o

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

⁴² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 215.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como o instituto da repercussão geral e recursos repetitivos⁴⁴.

5 PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIE* NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

5.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está disciplinado nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015. Pela simples leitura dos dispositivos legal, pode-se concluir que seu objetivo é ‘desafogar’ o poder judiciário, diminuindo o número de processos que versem sobre a mesma questão de direito, e, principalmente, através da uniformização da jurisprudência, garantir a isonomia e segurança jurídica. Neste aspecto, é importante notar que com a fixação da tese jurídica no IRDR, o seu julgamento irá resultar na formação de um precedente judicial com força vinculante, e isso não interessa somente as partes daquele processo em que foi instaurado o incidente, mas a toda à coletividade que esteja submetida às relações jurídicas semelhantes e que sofrerão as consequências do julgamento. Existe, portanto, verdadeiro interesse social relevante no caso⁴⁵.

Assim, presentes os requisitos da repercussão social e a relevância da matéria, certamente, a intervenção do *Amicus Curiae* deverá ser admitida no IRDR, pois sua participação está evidente nos artigos 983, *caput* e §1º, e 984, II, ‘b’ do Código, os quais estabelecem que o relator do incidente ouvirá tanto as partes, como também os demais interessados, podendo designar inclusive audiências públicas, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, antes do julgamento, e a previsão de os interessados oferecerem sustentação oral durante a sessão de julgamento. Há, para o *Amicus Curiae*, “legítimo interesse no resultado da ação”, “interesse público de controle”, verdadeiro “interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão”,

⁴⁴ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

pois a tese jurídica a ser adotada será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos” em trâmite e “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito”⁴⁶.

Quanto à instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, parte da doutrina questiona o momento em que cada um dos legitimados elencados no artigo 977 poderá exercê-la. O relator, só poderia fazê-lo caso já houvesse recurso ao tribunal do qual faz parte. Já o juiz de primeira instância só poderia fazer em processos a ele distribuídos, contudo, somente poderia no caso concreto, após a interposição de apelação contra sua sentença, pois este seria o momento em que, de fato, haveria oposição das partes quanto a seu entendimento dado à causa, dado que, não haveria sentido o juiz requerer ao tribunal o pronunciamento sobre determinada matéria, antes dele mesmo proferir sua decisão. E, quanto às partes, sua legitimidade para suscitar qualquer incidente estaria vinculada à relação jurídica processual do qual faz parte, não podendo intervir em outros processos⁴⁷.

Ainda no que concerne aos legitimados e o processamento da instauração do IRDR, observa Humberto Theodoro Jr, que o incidente visa “produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios”, “implantar uniformidade de tratamento judicial”, e por isso, possui caráter coletivo, e não deve ocorrer dentro do processo em que foi instaurado. Segundo o autor, pela interpretação dos artigos 976 e 977, chega-se à conclusão que se forma um novo instrumento perante órgão julgador superior e diverso daquele competente para decidir o processo originário⁴⁸. Evidenciando mais uma vez a sobreposição dos interesses coletivos à mera questão interpartes. Já Cassio Scarpinella Bueno, em suas anotações ao Novo CPC, afirma que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui caráter preventivo, com o objetivo de combater de logo a massificação de processos da mesma matéria, oferecendo também a segurança jurídica necessária à coletivi-

⁴⁶ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 912.

dade envolvida, “é técnica destinada a obter decisões iguais para casos iguais”, busca “interesse público residente na fixação de determinada tese jurídica”, e, por essa razão, “pode ser instaurado no âmbito do Tribunal independentemente de processos de sua competência originária ou recursos terem chegado a ele, sendo bastante, conseqüentemente, que a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito seja constatada na primeira instância”⁴⁹.

Dessa forma, muito embora o artigo 977 não tenha incluído expressamente o *Amicus Curiae* no rol dos legitimados a pedirem a instauração do incidente, é de se questionar a possibilidade do *amigo da corte* requerer ao Presidente do Tribunal o IRDR, já que, primeiramente, na concepção ampla do termo “parte” inclui-se não só os sujeitos da relação material direta, mas também os terceiros interventores, além do que, o instituto do *Amicus Curiae* é, de fato, um modo legítimo de a sociedade civil interferir em assuntos de interesse coletivos. Ademais, a propósito disso, o próprio artigo 138, §3º atribui legitimidade ao *Amicus Curiae* para recorrer da decisão que julgar o IRDR, então, porque não conferir a este terceiro *amigo da causa*, tal qual é dado ao Ministério Público, o poder de instaurar também o incidente, já que este é um procedimento separado da ação que lhe deu origem e discute questões de relevância social, não sendo restrito à legitimação das partes em sentido material. Do mesmo modo, quando houver a desistência de um IRDR, para não prosseguir o processo sem as partes, poderia também se utilizar da figura do *Amicus Curiae*, já que este pode atuar como amigo da corte, amigo da causa, terceiro interveniente na defesa de interesses públicos ou, por vezes, com carga de parcialidade sobre o tema discutido na demanda, não em proveito próprio, mas em prol de interesses sociais. Neste sentido, Guilherme Rizzo Amaral afirma que “a despeito da ausência de previsão legal expressa, nada impede que terceiro, ao requerer sua intervenção no processo como assistente (pode-se entender também o *Amicus Curiae*), requeira também a instauração do incidente”⁵⁰.

Ora, a ideia do incidente é resolver questão recorrente no ordenamento

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 613.

⁵⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 995.

jurídico, trata-se, portanto, de uma questão de ordem pública e de relevante interesse social, e um dos papéis do *Amicus Curiae* é, exatamente, auxiliar o juízo na sua decisão, aplicar-se-ia por analogia, o art. 138, §3º. O seu papel é, portanto, colaborar para que seja pronunciada uma decisão isonômica e que seja “mais rente à realidade social subjacente à questão jurídica que se discute e que se há de definir”, assemelhando-se assim com o objetivo do IRDR, que é uniformizar o tema jurídico, com uma aplicação generalizada da decisão a todos os envolvidos, e não em prol de um interesse particular⁵¹.

5.2 Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos

Vincula-se a participação do *Amicus Curiae* também no julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, previsto nos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015. Especificamente no artigo 1.038 há a previsão de que o relator do julgamento dos recursos representativos poderá “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria”, além da fixação de data de audiência pública para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Apesar de não haver menção expressa da figura do *Amicus Curiae*, é evidente que o papel a ser desempenhado por aquelas pessoas traduz de fato a função de terceiro interveniente e auxiliar da corte, como vimos tratado⁵².

A especial participação do *Amicus Curiae* também se traduz na necessidade de se estabelecer uma maior amplitude do debate jurídico, em razão do efeito *ultra partes* que o julgamento de recursos repetitivos produz, já que a decisão no procedimento de recursos repetitivos tem caráter vinculante. A lei permite a intervenção do *Amicus Curiae* como forma de conferir ao julgamento maior tecnicidade e qualidade das decisões, ampliando o debate, democratizando os precedentes. A preocupação com a amplitude e democratização do debate, fazendo

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 912.

⁵² BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

inclusive inserir nos fundamentos da decisão os argumentos relevantes – favoráveis e contrários – à tese, busca exatamente legitimar a formação dos precedentes judiciais⁵³. Assim como no caso dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, o papel do *Amicus Curiae* no julgamento dos Recursos Repetitivos está relacionado à multiplicidade dos interesses envolvidos na matéria a ser decidida, pois não se trata apenas de uma questão que envolve as partes propriamente ditas do recurso representativo, mas sim, da repercussão que a decisão gerará a toda uma coletividade de pessoas. A intervenção, segundo Humberto Theodoro Jr, “se justifica à base de qualquer interesse, inclusive o econômico, o moral, o social, o político, desde que sério e relevante”⁵⁴.

Guilherme Rizzo Amaral também entende que a tese fixada no julgamento dos recursos repetitivos terá efeito vinculante, abrangendo uma enorme quantidade de situações jurídicas espalhadas por todo o País, e por isso, deve haver o mais amplo debate do tema, a fim de evitar que se repita constantemente novas ações sob outros enfoques jurídicos. Daí também se consolida a grande importância da figura do *Amicus Curiae*⁵⁵.

5.3 Precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil

Os precedentes judiciais, na realidade, são casos decididos sobre determinada matéria, que posteriormente vêm a ser utilizados como razão de decidir em casos novos e análogos. Apesar do direito brasileiro descender do sistema do *civil law*, baseado na letra da lei, cada vez mais o sistema anglo-saxão do *common law*, tem ganhado espaço entre nós. Exemplo dessa constante evolução é o NCPC de 2015 que traz em seu artigo 926 o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, e ainda, o artigo 927, que vincula as decisões dos juízes e tribunais às decisões, acórdãos, enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, inclusive aquelas proferidas nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 1143.

⁵⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

e Julgamentos de Recursos Repetitivos, como já vimos, obrigando sua aplicação em todo o território nacional, conferindo assim, à atividade jurisdicional, verdadeiro poder de legislar indiretamente ao interpretar a lei⁵⁶.

Para legitimar tais decisões com força vinculante e normativa, é que o novo sistema processual se preocupou com a coerência do entendimento proferido pelos tribunais, dispondo que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Mas não basta só isso, é necessário a legitimação democrática, ou seja, a tese adotada pelo judiciário na interpretação da lei deve refletir a opinião da sociedade, que será auferida a partir das situações fático-jurídicas submetidas à decisão judicial que, formaram o conjunto de precedentes vinculantes. Dessa forma, a participação e intervenção do *Amicus Curiae* é de suma importância para que se tenha o “benefício do aprimoramento da prestação jurisdicional” e a legitimação dos precedentes, por meio da democratização do debate jurídico⁵⁷.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dameres Medina traz a ideia de que o *Amicus Curiae*, “em razão do seu potencial pluralizador do debate constitucional”, possui papel de grande importância na democratização do debate jurídico, que é um dos elementos essenciais para o conceito de constituição democrática⁵⁸. Assim, para que haja verdadeira legitimidade nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário ao interpretar as leis de um Estado Democrático de Direito, é necessário o debate entre os diversos representantes do povo, detentor do poder. Destarte, dada sua função primordial, a existência de várias figuras interessadas na qualidade de *Amicus Curiae* em uma demanda a fim de estabelecer a pluralidade do debate se torna cada vez mais importante, pois permite ao julgador o acesso de elementos informativos necessários e suficientes à resolução da controvérsia e, “qualifica-se como fator

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 1143.

⁵⁸ MEDINA, Dameres. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

de legitimação social das decisões do Tribunal”, “viabilizando o postulado democrático” com a “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 estratos sociais”⁵⁹.

Conclui-se, portanto, que uma das grandes inovações do novo Código de Processo Civil de 2015 foi ampliar a possibilidade de participação do *Amicus Curiae* para as diversas fases processuais e procedimentos previstos na lei processual, com a sua inserção expressamente na parte geral do diploma normativo, no capítulo relativo às intervenções de terceiro em geral, viabilizando assim o debate democrático dos temas submetidos ao Poder Judiciário, desde o início do processo, democratizando a formação dos precedentes e decisões judiciais em geral.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.

BRASIL. *Lei n. 6.616, 16 de setembro de 1978*. Acrescenta artigos a lei n. 6.385/1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997*. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. v. 1. p. 421.

indireta; [...] e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008*. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.460/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: <link>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *Amicus Curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149- 169.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2012. v. 1.

MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A comunidade aberta dos intérpretes da constituição: o Amicus Curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004



OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E OS PRAZOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Altair

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Origem e razão dos Juizados Especiais Cíveis. 2.1 A aplicação do novo Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis. 3 A controvérsia na aplicação dos prazos no novo Código de Processo Civil. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO

Este trabalho vem destacar a aplicação do novo Código de Processo Civil, relativamente aos prazos, nos Juizados Especiais Cíveis. Nesse seguimento será analisado não só o cabimento desses prazos aos Juizados, mas, ainda, uma questão importante, que é a controvérsia surgida ao se considerar as implicações que poderão advir, uma vez que a própria norma relativa aos Juizados não indica os prazos. Necessidade de ressaltar o assunto pelo seu interesse imediato, com vistas a obter uma posição plausível.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Prazos. Código de Processo Civil. Controvérsia doutrinária.

ABSTRACT

This work is to highlight the implementation of the new Civil Procedure Code in respect of periods in Small Claims Courts. In this follow-up will be analyzed not only the pertinence of these deadlines to these Courts, but also an important issue, which is the controversy that arose when considering the implications that may arise when considering that the very rule of Courts, is not clear on deadlines. Need to highlight the theme for its immediate interest, in order to obtain a plausible position in application of concrete cases.

Keywords: Special courts. Deadlines. Code of Civil Procedure. Doctrinal controversy.

1 INTRODUÇÃO

A entrada em vigor de uma nova norma jurídica, quando traz uma série de inovações, acarreta um olhar diferenciado, principalmente quando as novidades nela inseridas transformam de uma forma bem acentuada o universo ju-

rídico anterior. Na visão daqueles que estão imbuídos de analisar as alterações trazidas, o que se verifica é que a novidade traz indagações e, ainda, inúmeras discussões, até se chegar a um ponto viável de entendimento, o que muitas vezes é demorado. O novo Código de Processo Civil, na sua entrada em vigor já vem mostrando isso, pela análise do seu conteúdo; isso é importante, pois certamente trará um clareamento de enunciados muitas vezes não claros, e que realmente torna-se necessário o exame, não só dos aplicadores do direito, mas, também, dos doutrinadores e daqueles que diretamente buscarão a norma para a resolução de conflitos. O momento histórico dessa nova lei demonstra que os valores no mundo jurídico mudaram e era premente a mudança.

Embora no caso dos Juizados Especiais Cíveis não haja mudança em face da lei que os rege, a questão dos prazos passou a ser um assunto discutido pelos luminares do direito, com a conotação de que as alterações havidas no novo Código de Processo Civil certamente acarretariam modificações nos Juizados Especiais. Assim, as colocações sobre o tema são diversas. Alguns entendem que não há mudanças em face da entrada em vigor da nova lei processual, outros já têm outra visão, entretanto, a doutrina ainda é muito escassa. Como se tem pouco tempo de estudo da lei, realmente as colocações sobre o tema em questão ficam resumidas a poucos doutrinadores.

Nesta vertente, o que fica claro é uma preocupação maior, até porque a questão do atendimento aos prazos processuais do novo Código de Processo Civil, pelos Juizados Especiais Cíveis, poderá afetar a questão da celeridade que faz dos Juizados uma instância de resoluções rápidas no atendimento à sociedade brasileira.

É neste seguimento que o presente trabalho busca analisar e, por outro lado, evidenciar, embora sucintamente, uma análise da aplicação dos prazos insertos no novo Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis, sem, contudo, ter a pretensão de aprofundar no tema, considerando-se que há muito ainda a se fazer no exame dessas questões e que a doutrina, repita-se, é ainda muito pouca sobre o assunto.

2 ORIGEM E RAZÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O Brasil com a Constituição de 1988 trouxe ao mundo processual um novo sistema, quer sejam os Juizados Especiais, conforme preceitua o seu art.

98, trazendo por via da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, as formas desses juizados atenderem de uma forma mais equânime à população brasileira. Isso já se fazia sentir em tempos pretéritos, pois a legislação até então existente não mais atendia aos anseios da sociedade. Notadamente, deve-se reparar que mesmo com a finalidade que lhe é precípua, isto não quer dizer que esses Juizados terão o condão de resolver, com a presteza que se deseja, todos os problemas sociais.

Pela visão de Tourinho Neto e Figueira Junior quanto à instituição dos Juizados Especiais, fica esclarecido que:

Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à indesejável *litigiosidade contida*. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do *acesso à ordem jurídica justa*.¹

Pelo que se analisa, a criação desses juizados demonstra por si só que o seu advento, que já ultrapassa uma década, realmente trouxe não apenas a tal anunciada celeridade, como está demonstrando que a sua atuação mostra que a sociedade tem um bom índice de satisfação com a busca de resolver os seus problemas, o que, sendo de outra forma, na maioria das vezes revelava a morosidade da justiça brasileira. Sem dúvida foi um avanço. Isto, porém, não quer dizer que os juizados se tornaram os “paladinos da esperança”, uma vez que não há como sanar todos os assuntos com a rapidez que se deseja.

Repara-se que o maior anseio da sociedade é em ter a justiça feita. Há hoje uma grande reclamação em face do Judiciário, pois a lentidão da justiça, em muitos casos, faz com que a credibilidade ao aplicador do direito se torne extremamente fragilizada. Portanto, é essa a característica dos Juizados Especiais que não pode ser mudada.

A apreciação de Frigini, na sua análise da Lei 9099/95 realça a questão do desejo natural de justiça. Por outro lado, ainda ressalva que “de nada adianta o

¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 44-45.

juiz decidir com esmero, rapidez e clareza de fundamentos se o produto do seu trabalho não for efetivamente entregue e garantido àquele a quem é destinado”²

2.1 A aplicação do novo Código de Processo Civil aos juizados especiais cíveis

Com o advento da nova lei processual civil, uma das grandes discussões surgidas deveu-se à aplicação dos prazos ali inseridos nos Juizados Especiais Cíveis. A consideração levantada vem preocupar os juristas e, também, aos aplicadores da lei, ao tomarem como medida de análise o entendimento de que a aplicação desses prazos poderia gerar uma possível morosidade nos processos inerentes àqueles juizados.

O assunto foi levantado, inclusive, pela Ministra Nancy Andrichi ao analisar o art. 219 da nova lei, dando apoio à Nota Técnica nº 1/16 do Fórum Nacional de Juizados Especiais, em data de 21.03.16, com a arguição de que “a adoção da nova regra atenta contra os princípios fundamentais dos processos analisados pelos Juizados Especiais, como a simplicidade, a economia processual e, sobretudo, a celeridade”.³

Nessa direção, Erick Linhares ao analisar a Lei nº 9.099/95 relativa aos Juizados Especiais Cíveis aborda que “a legislação processual comum será aplicada aos juizados especiais, apenas na execução e no que couber”. Explica que, considerando-se a fase de conhecimento e excetuando-se o art. 30 da lei, não se denota a incidência subsidiária do Código de Processo Civil. Argui, ainda, que o novo Código processual “dispõe expressamente, que suas normas serão aplicadas supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos (art. 15 do novo CPC)”⁴.

Como se depreende, as discussões estão apenas iniciando, porque a lei é nova, e as situações por ela abrangidas ensejarão durante um bom espaço de tempo de uma análise mais acurada dos doutrinadores e dos hermenutas e apli-

² FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis*. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005. p. 1-9.

³ NANCY Andrichi: Prazos do novo CPC não devem valer para juizados especiais. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI236272,51045-Nancy+Andrichi+prazos+do+novo+CPC+nao+devem+valer+para+Juizados>>. Acesso em: 02 maio 2016.

⁴ LINHARES, Erick. A contagem de prazos processuais no novo CPC e os juizados especiais. *Consultor Jurídico*, 17 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/erick-linhares-contagem-prazos-juizados-especiais>>. Acesso em: 02 maio 2016.

cadores do direito. A visão desses juristas, pela sua própria vivência é que irá delinear um horizonte diferenciado na elucidação dos casos concretos; isto irá trazer uma nova vertente jurídica a qual servirá de balizamento no estudo dessa norma e, ainda, no auxílio aos próprios profissionais da área jurídica.

3 A CONTROVÉRSIA NA APLICAÇÃO DOS PRAZOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A nova lei processual civil ao entrar em vigor, como tudo que traz inovações, dentre as polêmicas já ressaltadas e considerando-se, também as colocações postas pelo do próprio Superior Tribunal de Justiça, em face dos seus Enunciados Administrativos, também trouxe à discussão as condições de aplicação dos prazos aos Juizados Especiais Cíveis.

Ora, a análise de que não cabem a esses juizados aplicar a nova sistemática dos prazos inseridos no novo CPC já foi levantada pelos juristas. Porém, a controvérsia se faz existir, até porque outros luminares do direito entendem que a partir da entrada em vigor da lei processual civil, esta se estenderá àqueles juizados, de acordo com o seu art. 219.

É interessante quando há referência à aplicação ou não aplicação do que inserido a esse artigo que a Lei 9099/95, quando da sua instituição, ressaltou a respeito da aplicação subsidiária das normas processuais insertas na lei processual cível, deixando claro que será uma aplicação supletiva, caso haja omissões.

Ao fazer remissão ao art. 219, o seu parágrafo único sobressai que o disposto no artigo passa a se referir, somente, aos prazos processuais, não deixando, portanto, nenhuma outra via de interpretação. Portanto, se a lei processual civil em face da Lei dos Juizados Especiais Cíveis caberá apenas subsidiariamente, em situações especiais, entende-se que os prazos alinhavados na nova lei não caberão também.

Mas na ótica de Torres de Mello, ao citar Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes, afiança ao explicar não só a importância do Código e suas inovações, e, ainda, demonstrando nessa via a celeridade em razão dos novos instrumentos por ele trazidos, que a omissão da Lei 9.099/95 enseja que a ela seja aplicado o dispositivo do art. 219 do novo CPC.⁵

⁵ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obe-

No tocante a este artigo 219, Wagner Junior explica que os prazos no novo CPC se redonda na maior novidade, mas que as críticas se mostraram já de pronto, com a arguição de que da forma como foi posto o processo será mais demorado e que isso irá certamente se confrontar com a ideia de celeridade tão acentuada. Nesta vertente, ainda coloca que:

Os críticos argumentam, ainda, que com a implementação do processo eletrônico, haverá uma facilitação no acesso às informações, de forma que não se terá contato com o feito apenas nos dias úteis, motivo pelo qual afirmam, não se justificaria a mudança, bastando, para alguns, que fosse estipulado que a contagem de prazo não poderia se iniciar numa sexta-feira ou em véspera de feriado.⁶

Como se verifica o assunto é polêmico por se tratar de visões diferenciadas de juristas especializados no campo jurídico processual civil. A questão realmente levará muito tempo para encontrar uma sedimentação.

4 CONCLUSÃO

Assim, em vista do que foi exposto nota-se que há uma demonstração clara de que as discussões sobre o tema abordado ainda caminharão bastante nesse universo jurídico.

Ademais a nova lei processual espelha por seu conteúdo, que a sua chegada ao ordenamento será revolucionar o processo e, também buscar a rapidez nas resoluções dos problemas que afetam a sociedade. Se isso vai acontecer num breve espaço de tempo ainda é uma incógnita; ademais a questão sobre os juizados especiais no tocante aos prazos certamente ainda vai gerar muitas controvérsias.

Mas tais condições são fundamentais para o esclarecimento das dúvidas encontradas pelos estudiosos do direito; as belezas das discussões jurídicas encontram-se nesse seguimento; quantas interpretações no campo da hermenêutica jurídica vieram não só modificar o que era lacunoso, como servir de auxílio na elucidação, muitas vezes de questões jurídicas tão intrincadas.

decer à regra do novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 24 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁶ WAGNER JUNIOR. Luiz Guilherme da Costa. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 655.

Não se pode refutar o que é novo; a sociedade caminha a passos largos e isso está demonstrado inclusive na inovação tecnológica abrangida pelo código. Ao voltar um pouco ao passado e fazer um parâmetro com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen ao provar que o direito era uma ciência, a sua teoria causou espécie ao mundo jurídico, mas com o tempo, mostrou-se a sua importância. Portanto, deve-se aguardar o que virá, somente o tempo, como o grande mentor da vida, mostrará, com certeza ao mundo jurídico a importância dessa lei, como foram muitas outras.

Em face disso, tem-se que os questionamentos aventados nesse curto trabalho concluíram, especificamente:

A dificuldade de se assentar, presentemente, a aplicação dos prazos relativos ao art. 219 do novo CPC, aos Juizados Especiais;

A amostragem já feita pelos juristas de que a questão tornar-se-á polêmica;

A ausência de estudos relativos aos Juizados Especiais Cíveis e ao novo CPC, no tocante aos prazos;

E a necessidade de que seja tomada uma posição relativa ao tema, até porque poderá atravancar a finalidade dos Juizados Especiais Cíveis.

REFERÊNCIAS

CÓDIGOS de Processo Civil Comparados, 1973-2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis*. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005.

LINHARES, Erick. A contagem de prazos processuais no novo CPC e os juizados especiais. *Revista Consultor Jurídico*, 17 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/erick-linhares-contagem-prazos-juizados-especiais>>. Acesso em: 29 out. 2016.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer à regra do novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 24 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>. Acesso em: 29 out. 2016

NANCY Andrighi: Prazos do novo CPC não devem valer para juizados especiais. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI236272,51045-Nancy+Andrighi+prazos+do+novo+CPC+nao+devem+valer+para+Juizados>>. Acesso em: 02 maio 2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

WAGNER JUNIOR. Luiz Guilherme da Costa. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS PROCESSOS COLETIVOS E POSICIONAMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Amanda Cancherini Lefone¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direito coletivos. 3 Processo coletivo. 4. Defensoria Pública. 5 Ativismo judicial. 6. Legitimação da defensoria pública nas ações coletivas. 6.1 Inconstitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública. 6.2 Constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública. 7 Conclusão. Referência.

RESUMO

O presente artigo busca avaliar o funcionamento e as dificuldades no processo coletivo, em especial ao determinar se a Defensoria Pública tem legitimidade ativa para propor ações coletivas. Para melhor compreensão e para auxiliar a elaboração da conclusão do leitor, inicia explicando e conceituando os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde trata sobre a abrangência da expressão “necessitados”, visto que no direito difuso é impossível definir os titulares do direito. Apresenta um breve resumo sobre os direitos coletivos, destacando a importância da proteção dos direitos humanos em suas três dimensões, associando os direitos individuais homogêneos à dimensão da liberdade, o direito coletivo à dimensão da igualdade e o direito difuso à dimensão da fraternidade. Em seguida, o trabalho conceitua e apresenta o funcionamento do processo coletivo brasileiro, observando a inexistência de um código próprio para esse fim. Ao tratar sobre a estruturação, a fundamentação legal e o objetivo da Defensoria Pública ressaltam sua independência em relação aos Poderes da República e sua importância para garantir total proteção aos direitos fundamentais e a conservação do Estado Democrático de Direito. Apresenta breve explicação sobre o ativismo judicial praticado na Justiça brasileira, para demonstrar a importância da Defensoria Pública e de flexibilizar o ordenamento brasileiro em prol de uma sociedade carente e corrupta. Explica a natureza jurídica e o funcionamento da legitimação nas ações coletivas e expõe argumentos da corrente que defende a inconstitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública, inclusive julga-

¹ Advogada. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

do que determina que não caiba legitimidade do órgão nos direitos difusos; e, por fim, apresenta a argumentação da corrente que afirma ser constitucional e necessária a legitimidade da Defensoria Pública nas ações coletivas.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Legitimidade. Processo coletivo.

ABSTRACT

This article seeks to evaluate the functioning and difficulties in the collective process, in particular to determine whether the Public Defender's Office has active legitimacy to collective action. To better understand and assist the preparation of the reader's conclusion, starts explaining and conceptualizing the diffuse rights, collective and homogeneous individual, which deals with the scope of the "needy" expression, as in the diffuse right is impossible to define the persons entitled. It presents a brief summary of collective rights, highlighting the importance of human rights protection in its three dimensions, associating the individual homogeneous right to freedom's dimension, the collective right to equality's dimension and the diffuse's right to fraternity's dimension. Then, the work conceptualizes and introduces the operation of the Brazilian collective process, noting the lack of a code for this purpose. When dealing on the structuring, legal basis and purpose of the Public Defender emphasizes its independence from the powers of the Republic and its importance to ensure full protection of fundamental rights and preservation of the democratic rule of law. Presents brief explanation of the judicial activism practiced in Brazilian courts to demonstrate the importance of the Public Defender and a greater flexibility of the Brazilian legal system for de benefit of a poor and corrupt society. Explains the legal nature and functioning of legitimation in collective actions and exposes arguments of the current defending the unconstitutionality of the legitimation of the Public Defender, including judged determines that does not have legitimacy of this public agency in diffuse rights; and, finally, presents the argument that the current who claims to be constitutional and necessary the legitimacy of the Public Defender in collective actions.

Keywords: Public Defender. Legitimacy. Collective process.

1 INTRODUÇÃO

Com a reforma do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, mediante Lei nº 11.448/07, que concede legitimidade ativa para a Defensoria Pública propor a ação civil pública (principal e cautelar) para tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, surgiram diversas discussões questionando se tal previsão afronta a Constituição Federal de 1988, que determina que a Defensoria Pública deve agir em favor dos necessitados.

A principal discussão doutrinária e jurisprudencial é sobre a abrangência da expressão “necessitados”, tendo em vista que no direito difuso é impossível definir os titulares do direito. A corrente que entende ser inconstitucional a legitimidade para a Defensoria Pública acredita que o termo “necessitados” abrange apenas os hipossuficientes econômicos. Já a corrente que defende a constitucionalidade leciona que necessitado não é o apenas hipossuficiente econômico, mas também os jurídicos que são aquelas pessoas vulneráveis na sociedade (idoso, criança, etc.)

Assim, para melhor entender o processo coletivo e os impactos na atuação da Defensoria Pública, o presente trabalho expõe breve resumo sobre os direitos coletivos, processo coletivo, Defensoria Pública, ativismo judicial e a legitimidade em si. Além disso, são abordados também alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

2 DIREITOS COLETIVOS

Primeiramente faz-se necessário um breve resumo sobre direitos humanos, que pode ser conceituado de duas formas: pelo jusnaturalismo, como direitos inatos à natureza humana e pelo juspositivismo, como direitos previstos em leis por serem essenciais e mínimos ao ser humano. No Brasil, estão previstos expressamente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo rol exemplificativo, ou seja, não exclui demais direitos possíveis. Os direitos humanos, com previsão constitucional são chamados pela doutrina como direitos fundamentais e são cláusulas pétreas.

Na sociedade é crescente a importância da proteção aos direitos humanos, tendo em vista as constantes ameaças que nos cercam, como por exemplo: aumento da poluição e degradação do meio ambiente; evolução armamentista e guerras civis; atentados terroristas; aumento da população, entre outros.

Os direitos fundamentais possuem três dimensões (conforme adotado pela maioria da doutrina), quais sejam:

- a) Primeira dimensão (LIBERDADE): foi resposta da burguesia contra o Estado opressor. Teve grande força com a revolução francesa, em que o ser humano detentor de direitos fundamentais pudessem resistir contra qualquer atitude opressiva do Estado. Assim, o ser humano po-

deria usufruir de seus direitos básicos mesmo na omissão estatal. Esta dimensão tem como titular o indivíduo, ou seja, não alcança um grupo de pessoas. Tal dimensão aproxima-se ao estado liberal que tem como filosofia a ausência de intervenção do Estado;

- b) Segunda dimensão (IGUALDADE): é uma igualdade substancial onde se cria uma desigualdade de fato para suprir necessidades históricas da sociedade, como por exemplo, a criação da Lei Maria da Penha. Nesta dimensão o Estado precisa fazer uma prestação de índole material para efetivar o direito, ou seja, não basta legalizar, tem que prover recursos para garantir o direito normatizado. São atingidos por esta dimensão grupos determináveis ou determinados, ou seja, o exercício é coletivo. Tal dimensão aproxima-se ao Estado do bem-estar social, cujo objetivo é trazer o bem-estar para a sociedade, visando a igualdade material, não é um Estado omissivo;
- c) Terceira dimensão (FRATERNIDADE): existem determinados direitos que não são individuais e sim de todos ao mesmo tempo, não sendo possível determinar quem irá se beneficiar, ou seja, a titularidade tem alcance difuso (não se limita a indivíduos), como por exemplo: direito ao meio ambiente equilibrado. Com surgimento desta dimensão houve o fortalecimento do direito internacional, tendo em vista tratar-se de direitos universais. Tal dimensão aproxima-se do estado neoliberal.

Assim, surgem os direitos coletivos *lato sensu*, cuja definição está prevista no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)², determinando o seguinte:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares **pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato**;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivi-

² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

sível de que seja **titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;**

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os **decorrentes de origem comum.** (Grifo nosso)

Tabela 1 – Características dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

DIREITO/INTERESSE	TITULARIDADE	DIVISSIBILIDADE	ESSÊNCIA
DIFUSO (inciso I)	Sujeito indeterminado	Indivisível	Coletivo
COLETIVO (inciso II)	Determinado ou determinável	Indivisível (direito de grupo)	Coletivo
INDIVIDUAL HOMOGÊNEO (inciso III)	Determinado	Divisível	Coletivo

Fonte:

Podemos dizer que o direito difuso se refere a um direito de terceira dimensão, sendo direitos transindividuais, ou seja, que pertencem a uma coletividade, de natureza indivisível (aceito apenas como um todo) e tendo como titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato (não existindo uma ligação com uma relação jurídica base), tendo como exemplo a proteção ao meio ambiente. As sentenças de procedência que envolverem o direito difuso, a coisa julgada, terá efeito *erga omnes*, ou seja, todos serão afetados da mesma maneira, conforme previsão expressa no artigo 103, inciso I do CDC.³

Já o direito coletivo está ligado ao direito de segunda dimensão, sendo direitos transindividuais, de natureza indivisível cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas (não é possível determinar o indivíduo específico que irá se beneficiar, mas é determinável quanto ao grupo, categoria ou classe), ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base anterior à lesão, sendo cabível o exemplo fornecido anteriormente da Lei Maria da Penha. A coisa julgada terá efeito *ultra partes*, ou seja, *além das partes*, podendo atingir apenas o grupo, categoria ou classe, conforme previsto no artigo 103, inciso II do CDC.⁴

Por fim, os direitos individuais homogêneos representam os direitos de

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 78.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 78-79.

primeira dimensão, que são decorrentes de origem comum, ou seja, que surge em consequência da lesão do direito ou ainda, raramente, da ameaça de lesão. Alguns doutrinadores argumentam que pelo fato deste direito ter como titular determinado indivíduo, não deveria então ser tutelado pelas ações coletivas, porém, conforme lecionado por Didier, tal característica não afasta a possibilidade de ser tratado em processo coletivo, pois:

permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em comparação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado), nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico.⁵

Além disso, a própria Constituição Federal prevê a celeridade processual e economia processual, sendo este meio mais célere, pois a coisa julgada aqui tem efeito *erga omnes*, onde os titulares dos direitos individuais homogêneos serão beneficiados genérica e abstratamente, conforme previsto no artigo 103, inciso III do CDC. Assim, Didier afirma que:

o pedido nas ações coletivas será sempre uma “tese jurídica” que beneficie sem distinção os substituídos. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente.⁶

3 PROCESSO COLETIVO

Conforme exposto anteriormente, com a evolução de dificuldades e problemas enfrentados pela sociedade, em especial no Brasil, onde a corrupção gera uma má qualidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, a vulnerabilidade de vários cidadãos que não possuem condições de obter tais serviços no ramo privado, tornou extremamente essencial as ações coletivas para efetivar os direitos fundamentais. Assim, de acordo com Didier, o processo coletivo possui como justificativa o princípio do acesso à justiça (ordem sociológica) e o princípio da economia processual (de ordem política).

O processo coletivo busca atender aos interesses públicos, ou seja, é um

⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 80-81.

⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 81.

processo que supera as necessidades individuais e que visa à efetividade dos objetivos constitucionais estabelecidos pela sociedade, tais como a erradicação da pobreza, onde se faz necessário demonstrar a existência do interesse social. Os interesses públicos podem ser primários (interesses coletivos para a sociedade) e secundários (interesses da Administração).⁷

Conforme citado por Didier, tem como aspectos que ressaltam a importância social das demandas coletivas: “a) a natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relação de consumo, saúde, educação, probidade administrativa, ordem econômica etc.); b) as dimensões ou características da lesão; e c) o elevado número de pessoas atingidas”⁸

Importante transcrever os conceitos fornecidos por Didier de processo coletivo e ação coletiva⁹:

Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas.

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos).

Infelizmente, o processo coletivo brasileiro não é dotado de um código próprio, o que acarreta em um microsistema que regulamenta e prevê a tutela de direitos difusos e coletivos, sendo eles: Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90), inquérito civil (artigo 129, inciso III da CF), ação popular (Lei nº 4.717/65 e artigo 5º, inciso LXXIII da CF), ação civil pública (Lei nº 7.347/85 e artigo 129, inciso III da CF),

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 37-43.

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 43.

⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 45.

mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX da CF), ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), entre outros.

4 DEFENSORIA PÚBLICA

A essência da Defensoria Pública já estava prevista desde as Ordenações Filipinas, surgindo aqui pela primeira vez a prestação de assistência jurídica aos pobres. Foi previsto pela Constituição Federal de 1934 pela primeira vez e, posteriormente, foi instaurada a Lei nº 1.060/50 que passou a regular a concessão de assistência judiciária aos necessitados. A primeira vez que o termo “defensor público” foi adotado no Brasil foi em 1954 no Rio de Janeiro, porém, São Paulo só foi instituir a Defensoria Pública em 2006.¹⁰

A assistência jurídica integral tem previsão expressa no artigo 5º, inciso LXXIV da CF e tem como principal órgão para providenciar este direito constitucional a Defensoria Pública que está legitimada no artigo 134 da Constituição Federal de 1988 que determina¹¹:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

¹⁰ VERRI, Marina Mezzavilla. *Legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública: limites*. Franca (SP): Ribeirão, 2008. p. 99-100.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

§ 4º São **princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional**, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Grifo nosso)

Importante explicar que a troca do termo *assistência judiciária* para *assistência jurídica* foi essencial para a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, pois o termo *judiciário* cabia apenas às situações que correm no poder judiciário, mas o termo *jurídico* é mais abrangente porque não só abarca os casos judiciais como também os casos extrajudiciais que podem ser: consultoria jurídica, assessoria jurídica e direção jurídica.¹²

Esteves explica que a Constituição Federal, ao organizar as funções do Estado entre três poderes (legislativo, executivo e judiciário), teve extrema cautela para certificar que os direitos fundamentais do ser humano seriam exercidos plenamente, criando, para isso, os poderes estatais que contêm o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública, o que exerceria uma quarta função política juntamente com os demais poderes. Pode-se dizer que são mecanismos de controle do poder estatal para garantir total proteção aos direitos fundamentais e a conservação do Estado Democrático de Direito.¹³

Importante ressaltar a independência da Defensoria Pública quanto ao poder Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, a Constituição Federal concedeu total autonomia para que não fosse impedida de realizar seus objetivos constitucionais. Além disso, muitos doutrinadores estabelecem a Defensoria Pública

¹² VERRI, Marina Mezzavilla. *Legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública: limites*. Franca (SP): Ribeirão, 2008. p. 103-104.

¹³ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 19.

como meio essencial para o acesso à justiça e também como o órgão capacitado a auxiliar o Estado a tornar a sociedade mais justa socialmente, buscando a igualdade social ao conceder aos mais necessitados os meios para defender e obter seus direitos.¹⁴

Por fim, a Lei Complementar nº 80/94, no artigo 3-A estabelece os objetivos da Defensoria, sendo:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.¹⁵

5 ATIVISMO JUDICIAL

Antes de adentrar no ativismo judicial, é importante explicar a judicialização que é decisão de alguns assuntos de grande importância política ou social pelo Poder Judiciário ao invés de ser decidido pelas instâncias políticas corretas (Congresso Nacional e o Poder Executivo). Um dos motivos do surgimento da judicialização foi o poder de fazer valer a Constituição Federal e as leis editadas no ordenamento jurídico, aumentando também a demanda por justiça no Brasil. Outro motivo, conforme explicado por Barroso, é o fato da Constituição Federal de 1988 não confiar plenamente no legislador e “como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em Direito”. Por fim, o sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro que permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar uma lei caso entenda ser inconstitucional e que também pode propor ação direta ao Supremo Tribunal Federal requerendo a decretação de inconstitucionalidade de uma determinada norma.¹⁶

Barroso explica que a judicialização ocorre porque o Poder Judiciário não

¹⁴ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20-23.

¹⁵ BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>. Acesso em: 13 abr. 2016. p. 19-20.

tem outra opção, é obrigado a decidir em razão do nosso modelo constitucional, o que difere do ativismo judicial, em que o Poder Judiciário é proativo ao interpretar a Constituição, tomando então uma atitude que aumenta o sentido e alcance da norma constitucional.¹⁷

O ativismo judicial se manifesta por diversos meios, tais como¹⁸:

- i. a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- ii. a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critério menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- iii. a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Existem doutrinadores e juristas que acreditam que o ativismo judicial é uma afronta constitucional, sendo que a Constituição Federal prevê competências para cada poder, cabendo ao legislativo editar normas e leis e ao executivo implementar políticas públicas eficazes para alcance dos direitos do ser humano. Porém, cabe ao Poder Judiciário a grande responsabilidade de corrigir eventuais erros e injustiças na prática das normas constitucionais e ordinárias. É nítido o interesse da nossa Carta Magna em proteger os direitos fundamentais, essenciais para sobrevivência humana e da sociedade, busca também uma sociedade justa e solidária e, infelizmente, no Brasil ocorre diversas más gestões públicas e inúmeras políticas públicas ineficazes, resultando em uma cidadania com falta de educação, prestação na área de saúde, meio ambiente, saneamento, entre outros.

Assim, para que o interesse principal da Constituição Federal, bem como a convivência em sociedade seja preservado, o Poder Judiciário acaba sofrendo pressão da população para se obter o mínimo necessário, como por exemplo camas na UTI nos hospitais públicos. Logo, o ativismo judicial faz-se necessário para o acesso à justiça e defesa dos direitos fundamentais, aumentando a impor-

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>. Acesso em: 13 abr. 2016. p. 21-22.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>. Acesso em: 13 abr. 2016. p. 22.

tância do Ministério Público e da Defensoria Pública, em especial para tutela dos direitos difusos e coletivo.

6 LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NAS AÇÕES COLETIVAS

Primeiramente, é necessário explicar a discussão doutrinária quanto à natureza da legitimação ativa no processo coletivo, se ordinária (atua em nome próprio para defender seus próprios interesses) ou extraordinária (atua em nome próprio para defender o direito/interesse de outra pessoa). O entendimento minoritário de que seria legitimação originária não vinga tendo em vista que o interesse institucional do ente que ajuíza a ação não é o objeto do processo coletivo, aonde o titular do objeto é a coletividade. A corrente majoritária é de que se trata de legitimação extraordinária, pois, conforme Didier menciona, “autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o *legitimado* e o *titular* da situação jurídica discutida”.¹⁹

O Brasil importou do direito norte americano o *class action*, no qual a legitimidade é baseada na representação adequada, ou seja, se os legitimados ativos representam a coletividade ou grupo (titular do direito), então eles também estão presentes na ação, prevalecendo o princípio do devido processo legal. Entretanto, o direito brasileiro escolheu outro meio, adotando três técnicas de legitimação: do particular, de pessoas jurídicas de direito privado e de órgãos do poder público. Assim, Didier afirma que no Brasil é praticado uma legitimação plúrima (mais de um ente legitimado) e mista (entes da sociedade civil e do Estado).²⁰

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 203-205.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 208-210.

Tabela 2 – Características da legitimação coletiva²¹.

CARACTERÍSTICAS DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA	
Extraordinária	Atua em nome próprio para defender interesse de outrem.
Autônoma	Atua no processo independente da presença do titular.
Exclusiva	Apenas o legitimado é parte principal do processo. Cabe ao titular atuar como assistente, se quiser.
Concorrente	Qualquer um dos entes legitimados pode atuar.
Disjuntiva	Ajuíza a ação coletiva independente da vontade dos demais legitimados.

Fonte:

6.1 Inconstitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública

A discussão sobre a validade das ações propostas pela Defensoria Pública começou quando a Lei nº 11.448/07 alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos.²²

Almeida argumenta que a legitimidade para a Defensoria Pública seria inconstitucional, pois a Constituição Federal de 1988 determinou que a Defensoria Pública tenha como objetivo e fim institucional a representação judicial (atua em nome alheio para tutelar direito alheio) dos necessitados e não a substituição processual (atua em nome próprio para defender direito alheio) conforme estabelecido pela LACP.²³ Além disso, alega que o órgão estatal não tem suficientes recursos materiais para abarcar novas atribuições, da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que vai acarretar em uma perda de qualidade e quantidade aos destinatários da instituição, violando o princípio da proibição do retrocesso.²⁴

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou em 16/08/2007 Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tri-

²¹ Adaptado de: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 210-211.

²² BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01 maio. 2016.

²³ ALMEIDA, Renato Franco de. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública: inconstitucionalidade. *Justitia*, São Paulo, ano 66, v. 200, p. 349-363, 2009. p. 349-356.

²⁴ ALMEIDA, Renato Franco de. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública: inconstitucionalidade. *Justitia*, São Paulo, ano 66, v. 200, p. 349-363, 2009. p. 356-362.

bunal Federal (STF) requerendo a inconstitucionalidade do artigo 5º, inciso II da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 11.448/07 que inclui a Defensoria Pública como legitimado ativo para propor ação civil pública, sob o argumento de que a Defensoria Pública tem dever institucional de atuar em favor dos necessitados, ou seja, aqueles com hipossuficiência econômica, logo, como os direitos difusos têm como titulares pessoas indeterminadas, estariam desvirtuando sua função.²⁵ Outro argumento apresentado na ADI 3943 é de que a legitimidade da Defensoria Pública estaria afetando as atribuições do Ministério Público.

O principal argumento é de que somente é considerado necessitado aquele hipossuficiente econômico, sendo este o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, conforme ementa abaixo:

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO. 1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530). Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito. 2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos strito sensu e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade (sic) do ministério público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do ministério público pelo reconhecimento da legitimidade da defensoria pública. Ação julgada improcedente BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3943 DF. Tribunal Pleno. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 07 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3943.NUME.%29+OU+%28ADL.ACMS.+ADJ2+3943.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/arsfrfh>>. Acesso em: 01 maio 2016.

adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito. 3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, “é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que “comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental. 4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - “a defesa dos necessitados” (CF, art. 134)-, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro. 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, **ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.** 8. Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes. 9. Recurso especial provido. (Recurso especial nº 1.192.577/RS. Quarta Turma. Recorrente: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini - Plano de Saúde Tacchimed. Recorrido: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Acórdão de 15/05/2014. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 15/08/2015. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão.) (Grifo nosso)

Há também o posicionamento em que a Defensoria Pública até poderia ajuizar ação quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, mas não quando for de direito difuso, tendo em vista a impossibilidade de determinar os titulares do direito.

6.2 Constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública

Em contrapartida ao argumento de Almeida, Didier afirma que não se pode confundir a legitimação extraordinária para a tutela de direitos coletivos (pertencentes sempre a uma coletividade) com a legitimação extraordinária para a tutela de direitos individuais. Não foi atribuída à Defensoria Pública a legitimação extraordinária para pedir a tutela de direitos individuais sendo que na ação coletiva a Defensoria Pública somente irá requerer a execução individual daqueles que forem necessitados.²⁶

Além disso, é necessário mencionar o real conceito de necessitados, adotado pela doutrina majoritária e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Didier explica que a Defensoria possui duas funções: típicas e atípicas. As funções típicas são aquelas em que o necessitado é hipossuficiente econômico. Já as atípicas, defende os necessitados *jurídicos* e não apenas econômicos.²⁷

Tal entendimento é reafirmado pelo Ministro Herman Benjamin no acórdão nº 1.264.116/RS, sendo importante destacar os seguintes trechos de seu voto:²⁸

²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 224.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 221.

²⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Administrativo. Ação civil pública. Direito à educação. Art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Defensoria pública. Lei 7.347/85. Processo de transferência voluntária em instituição de ensino. Legitimidade ativa. Lei 11.448/07. Tutela de interesses individuais homogêneos. 1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública contra regra em edital de processo seletivo de transferência voluntária da UFCSPA, ano 2009, que previu, como condição essencial para inscrição de interessados e critério de cálculo da ordem classificatória, a participação no Enem, exigindo nota média mínima. Sentença e acórdão negaram legitimação para agir à Defensoria. 2. O direito à educação, responsabilidade do Estado e da família (art. 205 da Constituição Federal), é garantia de natureza universal e de resultado, orientada ao "pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade" (art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 7 de julho de 1992), daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial. Ao juiz, mais do que

Por espelhar e traduzir exemplarmente as marcas identificadoras do *Welfare State*, que está baseado nos princípios da *solidariedade*, da *dignidade da pessoa humana* e da *efetiva igualdade de oportunidades*, inclusive de acesso à Justiça, a Defensoria Pública – *instituição altruísta* por excelência – é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, *caput*, da Constituição Federal.

[...]

A expressão “necessitados” (art. 134, *caput*, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os *hipervulneráveis* (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as ge-

a ninguém, compete zelar pela plena eficácia do direito à educação, sendo incompatível com essa sua essencial, nobre, indeclinável missão interpretar de maneira restritiva as normas que o asseguram nacional e internacionalmente. 3. É sólida a jurisprudência do STJ que admite possam os legitimados para a propositura de Ação Civil Pública proteger interesse individual homogêneo, mormente porque a educação, mote da presente discussão, é da máxima relevância no Estado Social, daí ser integral e incondicionalmente aplicável, nesse campo, o meio processual da Ação Civil Pública, que representa “contraposição à técnica tradicional de solução atomizada” de conflitos (REsp 1.225.010/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2011). 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, *caput*, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população - aos pobres sobretudo - nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo). 6. “É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío* (sic) *ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais” (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011). 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *RESp nº 1.264.116/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Fundação Universidade 18 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101565299&dt_publicacao=13/04/2012>. Acesso em: 01 maio 2016.

rações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, “necessitem” da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no *Welfare State*, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana. (Grifo nosso)

Outro ponto importante a ser abordado é o fato da Constituição Federal determinar, no artigo 129, §1º, que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo **não impede a de terceiros**, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei” (Grifo nosso). Assim, o *parquet* não é legitimado exclusivo para propor as ações coletivas, ou seja, não há que se falar em afetar atribuições do Ministério Público ao conceder legitimidade ativa para a Defensoria Pública, conforme alegado na ADI 3943. O que podemos observar deste dispositivo é a vontade do constituinte de abranger “os canais de tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos”.²⁹

Por fim, Sousa alerta que uma das causas para que se abrangesse o conceito de necessitados é, em especial, o avanço do solidarismo jurídico. Percebe-se que a própria Constituição Federal tutela o princípio da solidariedade e, para tanto, é necessário adaptar e estimular a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo em vista que as decisões destes casos irão atingir vários indivíduos e ajudar nossa sociedade a ser mais solidária, igualitária e menos “marginalizado”.³⁰

Além disso, entende-se que a ilegitimidade somente deva ser decretada nos casos em que for gritante a incompetência para tutelar o objeto do litígio, ou seja, na dúvida é decretada na legitimidade ativa, tendo em vista a prioridade das ações coletivas no objeto e não no sujeito.³¹

²⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 86-87.

³⁰ SOUSA, José Augusto Garcia de. A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 175, p. 192-227, set./2009. p. 196-200.

³¹ SOUSA, José Augusto Garcia de. A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos in-

7 CONCLUSÃO

As ações coletivas buscam tutelar direitos fundamentais essenciais ao ser humano e para a sociedade e, para tanto, seu procedimento deve ser rigoroso o suficiente para fornecer segurança jurídica, mas em regra deve saber ser flexível para manter foco no que mais importa: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos alegados na petição.

Não podemos deixar prevalecer no Poder Judiciário eventuais “injustiças” ao cidadão apenas pelo fato de ser processualista ao extremo, devendo aceitar o alargamento de regras e conceitos, como a de necessitados para buscar o fim desejado pela Constituição Federal: uma sociedade justa, solidária, com intuito a erradicar a pobreza, marginalização e desigualdades sociais.

Assim, é completamente compreensível considerar necessitado aqueles hipossuficientes econômicos e jurídicos, ou seja, aqueles visivelmente vulneráveis. Além do mais, a própria Lei nº 1.060/50, que foi aceita pela CF/88, determina no artigo 2º, parágrafo único que os necessitados são aqueles que não têm condição de arcar com as custas processuais sem prejuízo o sustento próprio e da família.

Logo, conforme tem sido posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública tem legitimidade ativa para propor ações coletivas para defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Além do mais, atualmente o STJ pacificou o entendimento de que a Defensoria Pública é parte legítima para propor ações coletivas, inclusive se for direito difuso. Por fim, apenas a título informativo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a ADI 3943 para decretar constitucional o artigo 5º da LACP que concede a Defensoria Pública a legitimidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública: inconstitucionalidade. *Justitia*, São Paulo, ano 66, v. 200, p. 349-363, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01 maio. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *RESp 1.106.515/MG*. Primeira Turma. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Fundação Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, 18 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101565299&dt_publicacao=13/04/2012>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *RESp nº 1.192.577/RS*. Quarta Turma. Recorrente: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini - Plano de Saúde Tacchimed. Recorrido: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de maio 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000805877&dt_publicacao=15/08/2014>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 3943 DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 07 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3943.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3943.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/arsfrfh>>. Acesso em: 01 maio 2016.

CORREA, Luiz Henrique de Vasconcelos Quaglietta. *Qual é o conceito de necessitado? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a legitimidade da Defensoria Pública na propositura das ações civis públicas*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=2974>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOZZOLI, Maria Clara. et al. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Marivaldo. *Caminhos da justiça: permitir que Defensoria ajuíze ação pública é um avanço*. Disponível em:< 150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/29796-29812-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública brasileira: realidade e perspectivas*. Disponível em:<adepes.com.br/Arquivo/Documents/PUB/4_3_2013_Defensoria%20P%-C3%BAblica%20Brasileira%20-%20Realidade%20e%20Perspectivas.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2016.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos**: uma abordagem positiva. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 175, set./2009, p. 192-227.

VERRI, Marina Mezzavilla. *Legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública: limites*. Franca (SP): Ribeirão, 2008.



O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS DA INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO ANTES DA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO

Shirley Andrade de Oliveira Carvalho¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 1.1 A conciliação e a mediação no contexto do direito processual civil. 1.1.1 A conciliação e a mediação. 1.2 A conciliação e a mediação no novo Código civil. 1.3. Da instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação. 2 Conclusão. Referências.

RESUMO

A pesquisa trata de aspectos relacionados a instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação. O objetivo da pesquisa concentra-se na análise ao tratamento dispensado pelo Novo Código a audiência preliminar de conciliação antes da contestação. Nesse sentido, a pesquisa analisou algumas questões referentes ao tema, dentre as quais: a conciliação e a mediação no contexto do direito processual civil, a conciliação e a mediação, a conciliação e a mediação no Novo Código Civil, da instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação. O método utilizado foi o de revisão bibliográfica. Foi possível verificar, que a instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação, favorece eventuais discussões quanto a aplicação da mesma, demandando estudo e a análise desse método. Contudo, representa uma relevante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, sendo estruturada e valorizada como forma consensual para resolução de conflitos entre as partes. Contudo, a utilização desses métodos de solução consensual de conflitos previstos no Novo Código de Processo Civil demanda atenção por parte dos operadores do direito, bem como dos órgãos do Judiciário.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Conciliação. Mediação.

ABSTRACT

The research deals with aspects related to the establishment of hearing conciliation and

¹ Shirley Andrade de Oliveira Carvalho, aluna do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ ICPD

mediation before submitting its defense. The objective of the research focuses on the analysis to the treatment by the New Code the preliminary hearing of conciliation before the defense. In this sense, the research analyzed some questions on the topic, among which: conciliation and mediation in the context of civil procedural law, conciliation and mediation, conciliation and mediation in the new civil code, of the conciliation hearing institution and mediation before submitting its defense. The method used was the review literature. It was possible to verify that the institution of hearing conciliation and mediation before the defense presentation, favors any discussions as to its implementation, requiring study and analysis of this method. However, it represents an important innovation brought by the new Civil Procedure Code, being structured and valued as consensus to resolve conflicts between the parties. However, the use of these consensual solution methods provided for conflicts in the New Code of Civil Procedure require attention from law professionals, as well as the judicial organs.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Conciliation. Mediation.

1 INTRODUÇÃO

Diante das mudanças que tem ocorrido no âmbito do direito processual civil, no que tange as formas não consensuais de resolução de conflitos, especialmente na relevância concedida a conciliação e a mediação, tem-se que o Novo Código de Processo Civil de 2015 também apresenta considerações aos referidos métodos em seus dispositivos.

Nesse sentido, a pesquisa analisa aspectos relacionados especialmente a instituição da audiência de conciliação e de mediação antes da apresentação de contestação, uma vez que se refere a uma inovação do Novo Código de Processo Civil.

O objetivo geral da pesquisa foi a análise do tratamento dispensado pelo Novo Código de Processo Civil à audiência preliminar de conciliação antes da contestação. Quanto aos objetivos específicos, foram o estudo da conciliação e a mediação, bem como da conciliação e da mediação no contexto do direito processual civil.

O método utilizado foi o de revisão bibliográfica. Sendo a pesquisa estruturada nos seguintes itens: 1 Introdução. 1.1 A conciliação e a mediação no contexto do direito processual civil. 1.1.1 A conciliação e a mediação. 1.2 A conciliação e a mediação no Novo Código Civil. 1.3. Da instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação.

1.1 A conciliação e a mediação no contexto do direito processual civil

Inicialmente é relevante tratar da questão da mediação e da conciliação no âmbito do direito processual civil, no sentido de melhor compreender a disposição dos referidos métodos de resolução de conflitos no novo Código Civil.

O atual Código de Processo Civil, é bem verdade, tem no seu bojo a utilização da conciliação, nas ações de procedimento sumário (art. 275, incisos I e II), como procedimento preliminar à apresentação da defesa do réu, em audiência, e nas ações de procedimento ordinário, após o decurso do prazo para a defesa, por designação do juiz, conforme o artigo [...]²

Nesse sentido, o estudo do processo civil tem sido direcionado nos últimos anos para os resultados da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a doutrina tem buscado a análise de instrumentos que possibilitem contribuir com a prestação de serviços forenses, com ênfase na instrumentalidade e na efetividade do processo. Inclusive a reforma do Código de Processo Civil buscou desburocratizar o procedimento e acelerar a prestação jurisdicional. Ademais, cientistas do direito processual em face ao critério técnico de funcionamento da justiça, com métodos voltados a solução da contenciosidade, buscam a criação de técnicas de composição de litígios, com ênfase na paz social e não na mera imposição da lei. Assim, as partes poderiam buscar a mediação e a conciliação, para obter resultados mais eficazes para solucionar conflitos ao invés dos resultados estabelecidos pela justiça tradicional.³

A visão do Poder Judiciário enquanto único habilitado a solucionar os conflitos sociais está cristalizada na sociedade. Os conflitos se judicializaram de tal maneira que o serviço jurisdicional centralizado não consegue suprir efetivamente as exigências principiológicas constitucionais. A centralização da jurisdição vai ao sentido de promover apenas o acesso à Justiça formal, desprezando o acesso à ordem jurídica justa.⁴

² PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e mediação no Novo CPC: nº 03. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³ Menciona ainda: “[...] Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo”, mais do que de um “processo legal”, colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 56-57.

⁴ ASSAGRA, Igor. *Aspectos da conciliação e o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-concilia%C3%A7%C3%A3o-e-o-projeto-do-novo-c%C3%B3digo-de-processo-civil->

Diante do exposto, é válido ressaltar que essas novas ideias relacionadas ao processo estão sendo aplicadas além do âmbito doutrinário, foram aplicadas na criação organismos de pacificação de conflitos e na reestruturação do processo contencioso previsto no Código de 1973, em que ambos empregam a conciliação na busca de uma solução para o conflito entre as partes. Ademais, o Novo Código de Processo Civil valoriza significativamente a função da mediação e da conciliação.⁵

Aos poucos vai-se encaminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior é a solução justa e adequada dos conflitos jurídicos, e que, de fato, possam reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e a harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória e à outra somente resta o amargor da sucumbência.⁶

Verifica-se um movimento reformador que não é exclusivo do processo brasileiro, pois países do ocidente, como Itália, França e a Alemanha, tem buscado modernizar o ordenamento, tendo por fundamento modificar a visão liberal oriunda do século XIX de caráter individualista e sem a dinâmica necessária ao resultado jurisdicional, em prol da celeridade processual e dos demandantes da tutela jurisdicional. Nesse sentido, nota-se a ênfase constante na desburocratização do processo para uma redução temporal, e a valorização dos métodos alternativos que visam a resolução de conflitos, especialmente a conciliação judicial ou extrajudicial.⁷

Não há dúvidas de que o Projeto do Novo Código de Processo Civil é inovador ao tratar da conciliação. Uma vez que traz mudanças de caráter político ao positivizar a resolução do conflito sob a perspectiva subjetiva de cada parte, além de mudanças econômicas processualmente, com menor quantidade de atos processuais. Estatuindo um novo paradigma da atividade conciliadora.

Tal modelo se insere numa nova formatação da cultura

-pls-1662010>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 57-58.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 58.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 58-59.

processual, a qual deve ser trabalhada em face de todos os atores que fazem parte do processo, garantindo assim, a concretização final do moderno ordenamento processual.⁸

Diante do exposto, é possível observar que o direito processual civil tem demonstrado evidente preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, concentrando significativa atenção aos métodos mais eficazes para resolução de conflitos, dentre os quais, a conciliação e a mediação. Nesse sentido, é relevante a busca de maior compreensão e diferenciação desses métodos, uma vez que inclusive o Novo Código de Processo Civil trata dessa questão.

1.1.1 A conciliação e a mediação

A mediação e a conciliação são formas de resolução de conflito que apresentam a intervenção de um terceiro, com a função de catalisador da solução negociada do conflito, para auxiliar as partes envolvidas no alcance da autocomposição. A distinção entre ambas é tênue, mas a doutrina geralmente reconhece como distintas no sentido do alcance da autocomposição. De outro modo, são técnicas consideradas como solução alternativa de controvérsias, sendo que essa qualificação caracteriza uma contraposição das referidas técnicas em face da jurisdição estatal.⁹

A conciliação é uma forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas.

A mediação, por sua vez, é a forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial chamado mediador, facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas.¹⁰

Contudo, conforme afirma Humberto Theodoro, ambas representam méto-

⁸ ASSAGRA, Igor. *Aspectos da conciliação e o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-concilia%C3%A7%C3%A3o-e-o-projeto-do-novo-c%C3%B3digo-de-processo-civil-pls-1662010>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 275.

¹⁰ PEREIRA, Clóvis Brasil. *Conciliação e mediação no Novo CPC: nº 03*. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

dos alternativos empregados na resolução de conflitos. Sendo interessante destacar que são cada vez mais utilizados nos ordenamentos jurídicos modernos, afastando o Judiciário e permitindo que as partes encontrem soluções mais adequadas, incidindo a autocomposição, através da *alternative dispute resolution* (ADR).¹¹

Procurando infundir a cultura da pacificação entre os protagonistas do processo, o Código de Processo Civil de 2015, em inúmeros preceitos, estimula a autocomposição. Dispõe, com efeito, o parágrafo 2º do artigo 3º que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Dada a evidente relevância social da administração da justiça, o Estado deve mesmo empenhar-se na organização de instituições capacitadas a mediar conflitos entre os cidadãos. No Brasil, o Ministério da Justiça preocupa-se em fornecer os meios necessários a várias Organizações Não-Governamentais, que têm como missão precípua a instalação e gestão de sistemas alternativos de administração de controvérsias.¹²

Nesse sentido, recentemente o STJ divulgou notícia enfatizando a previsão do Novo Código no que concerne a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos como parte do rol das consideradas normas fundamentais do processo civil, assim, valorizando a autocomposição. A mesma também é tratada diversas vezes como solução para a crise do Judiciário, que dentre outros aspectos, oriunda das elevadas custas, da morosidade na tramitação dos processos, bem como pela instabilidade das decisões judiciais.¹³

Diante do exposto, a conciliação e a mediação são métodos alternativos de resolução de conflitos que demandam a participação das partes interessadas, bem como de um terceiro, afastando a tradicional imposição do Poder Judiciário. Entretanto, é possível afirmar claramente que são distintos quanto a forma de proporcionar a autocomposição, especialmente quanto a participação de um terceiro na resolução do conflito junto as partes.

¹¹ Ainda reitera que o termo *alternative dispute resolution* (ADR), advém do direito norte americano. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 58-59.

¹² TUCCI, José Rogério Cruz. *Novo Código de Processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹³ HATOUM, Nilda Saleh. *Aspectos dos institutos da mediação e da conciliação no novo CPC*. Disponível em: <<http://medina.adv.br/aspectos-dos-institutos-da-mediacao-e-da-conciliacao-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

1.2 A conciliação e a mediação no novo Código Civil

O Novo Código de Processo Civil dispõe quanto aos meios alternativos de conflitos, dentre os quais a mediação e a conciliação¹⁴. Entretanto, demonstra significativa atenção aos denominados equivalentes jurisdicionais, ao dispor no *caput* do art. 3º, conforme previsão constitucional, que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, logo demonstra valorização ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.¹⁵

É válido ressaltar que os equivalentes jurisdicionais, compreendem as formas não-jurisdicionais utilizadas para solucionar conflitos, dentre as quais é possível mencionar a autotutela, autocomposição e o julgamento de conflitos por tribunais administrativo.¹⁶ Nesse sentido, o novo Código demonstra respeito à constitucionalização do processo, trata das Normas Fundamentais do Processo Civil, especialmente os princípios e o estímulo a prática da justiça coexistencial.¹⁷

Ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao Estado o encargo de promover essa prática pacificadora, sempre que possível (NCPC, art. 3º, § 2º). Nessa linha de política pública, recomenda que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (NCPC, art. 3º, § 3º).¹⁸

O Novo Código de Processo Civil regulamenta e incentiva as formas alternativas de solução de conflitos. Assim, no âmbito da mediação e da conciliação,

¹⁴ “ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 677.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1p 165.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 81.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 146.

apresenta uma estrutura, bem como o procedimento para ambas, logo, a medida é positiva, pois implica na possibilidade de utilização mais ampla das mesmas. Porém, a priorização dessas formas consensuais de resolução de conflitos, não representa a solução para todas as áreas de conflitos de interesses. Entretanto, são eficientes em certos tipos de conflitos, como no direito de vizinhança e de família, lides sociológicas, e na resolução de conflitos a margem da jurisdição, implicando na diminuição de processos para o Judiciário.¹⁹

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação é ainda embrionária entre nós) nos leva a ver com naturalidade o famoso ditado de que vale mais um acordo ruim do que um processo bom. Ao se concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito material e decretando a falência do Poder Judiciário. [...] em especial em determinadas áreas do direito material, como o direito consumerista, a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual (consumidor) gera transações – ou conciliações a depender do sentido emprestado ao termo – absolutamente injustas e que passam longe da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade, de forma que esperar que ele fique satisfeito pela solução do conflito é de uma ingenuidade e, pior, de uma ausência de análise empírica preocupantes.[...] a se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado há alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático do Direito.²⁰

Ademais, estudos apontam sobre benefícios e vantagens da conciliação e da mediação, dentre os quais, é possível mencionar o menor desgaste emocional, menor custo financeiro, o emprego de soluções mais adequadas as partes, maior

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 64-65.

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 65-66.

celeridade e desburocratização na resolução dos conflitos, bem como a possibilidade de escolha do profissional para atuar junto as partes em razão da natureza da causa e a manutenção da privacidade e sigilo. Entretanto, em razão da natureza do conflito, dentre esses métodos poderá ser mais eficiente a conciliação ou a mediação. Assim, a mediação é mais eficiente em conflitos na área de família, enquanto a conciliação é mais relevante na área comercial e do consumidor.²¹

A notícia veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça indica que a tendência, na vigência do Novo Código, é que os institutos da conciliação e da mediação sejam cada vez mais divulgados e utilizados pelos aplicadores do Direito. [...] entretanto, que para que a finalidade dos institutos seja alcançada de forma satisfatória, será necessário (i) que os Tribunais se munam da estrutura adequada; (ii) que os conciliadores e mediadores sejam preparados para desempenhar suas funções de acordo com o que estabeleceu o legislador; (iii) que os juízes distingam quais casos podem ser solucionados por cada método; e (iv) que as partes estejam dispostas a solucionar seu litígio pela autocomposição, o que possivelmente reduzirá o número de demandas a serem julgadas e certamente aumentará o seu grau de satisfação com o resultado, na medida em que contribuirão para a sua construção.²²

Diante do exposto, é possível observar que o Novo Código de Processo Civil apesar de valorizar as formas consensuais de resolução de conflitos, também respeita o acesso à justiça, apresentando como fundamento o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ademais, a depender da natureza do conflito hora demonstra ser mais eficiente a conciliação ou a mediação, sendo que ambas favorecem a celeridade e a desburocratização do processo. Por fim, a utilização desses métodos previsto no Código demandam significativo esforço dos operadores do direito bem como dos órgãos do Judiciário.

Contudo, é suma importância análise da inovação trazida pelo novo Código no âmbito desses métodos, qual seja, a instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação.

²¹ PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e mediação no Novo CPC: nº 03. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

²² HATOUM, Nilda Saleh. *Aspectos dos institutos da mediação e da conciliação no novo CPC*. Disponível em: <<http://medina.adv.br/aspectos-dos-institutos-da-mediacao-e-da-conciliacao-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

1.3 Da instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação

O Novo Código de Processo Civil dispõe quanto a realização de audiência preliminar de conciliação ou de mediação e reservou um capítulo, dispondo de doze parágrafos para tratar desse tema. As referidas audiências devem ocorrer em momento anterior a apresentação da contestação, e designada pelo juiz caso a petição inicial preencha os requisitos essenciais e não ocorra improcedência liminar do pedido.²³ Contudo, se for obtida a autocomposição, a mesma será reduzida a termo e a homologação deverá ocorrer por sentença.²⁴

No entanto, a análise das normas do Novo CPC que tratam da matéria (especialmente do art. 165 e seguintes), em cotejo com a leitura da Lei n. 13.140/2015, que já está em vigor e, dentre outras disciplinas, regula a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, evidencia que algumas inconsistências necessariamente serão enfrentadas pelas partes.

O primeiro aspecto a ser observado, como apontou a notícia, é que os institutos não se confundem. O CPC/2015, como se sabe, diferencia a conciliação da mediação, inclusive para fins da designação da audiência prevista no art. 334. A Lei n. 13.140/2015, por outro lado, em seu art. 27, estabelece que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação,” partindo da equivocada premissa de que todos os casos podem ser objeto de mediação.

A diferença entre as duas figuras jurídicas é tão relevante que, ao delimitar as funções do conciliador (no art. 165, §2.º) e do mediador (art. 165, §3.º), o legislador do novo diploma processual acabou por definir quais os casos que podem ser solucionados por conciliação e aqueles que melhor se adequam à técnica da mediação. Segundos tais dispositivos, a conciliação será possível quando não houver vínculo anterior entre as partes e autoriza que o conciliador sugira

²³ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

²⁴ Art. 334. [...]§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

soluções para o litígio. A mediação, por sua vez, encontrará lugar quando houver vínculo pretérito e o mediador deverá auxiliar as partes para que, por si, identifiquem qual é a melhor solução para o conflito.²⁵

Ademais, é compreensível que o Novo Código de Processo Civil proporcione inicialmente determinada insegurança, em razão de aspectos como a falta de clareza, dificuldade de compreensão dos institutos previstos ou pela necessidade de pragmatização das novas normas processuais. Além de requerer a devida cautela no âmbito da aplicação dos seus novos dispositivos. Nesse sentido, algumas questões especialmente atinentes a audiência de conciliação, conforme a previsão do artigo 334 do referido Código, devem receber maior atenção, para esclarecer eventuais dúvidas.²⁶

(i) manifestação do autor quanto ao interesse na realização da audiência e requisitos da petição inicial: diferentemente do CPC/1973, em que o juiz poderia dispensar a audiência preliminar caso as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável a conciliação (v.g., diante da manifestação do autor indicando desinteresse na autocomposição), o CPC/2015 optou por tornar a audiência de mediação ou conciliação quase obrigatória. Só não será realizada se o direito em debate não admitir autocomposição, ou se ambas as partes, expressamente, declinarem desinteresse (art. 334, § 4º, NCPC). [...] Seria melhor que o legislador tivesse previsto, para a manifestação do réu, contagem do prazo a partir de sua citação, e não da audiência (de forma invertida), o que prestigiaria o princípio da boa-fé processual (art. 5º), impedindo que o demandado a utilizasse como mecanismo protelatório. [...]²⁷

Nesse sentido, o Código dispõe que não será realizada a audiência de conciliação e mediação quando as partes se manifestarem em sentido contrário a realização da mesma ou quando a lei vedar a autocomposição.²⁸ Assim, no caso

²⁵ HATOUM, Nilda Saleh. *Aspectos dos institutos da mediação e da conciliação no novo CPC*. Disponível em: <<http://medina.adv.br/aspectos-dos-institutos-da-mediacao-e-da-conciliacao-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

²⁶ RODRIGUES, Daniel Colnago. *Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda não resolvidas*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>>. Acesso em: 24 de abr. de 2016.

²⁷ RODRIGUES, Daniel Colnago. *Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda não resolvidas*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>>. Acesso em: 24 de abr. de 2016.

²⁸ “Art. 334. § 4o A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expres-

do desinteresse do autor pela autocomposição, deverá se manifestar na petição inicial, enquanto o réu deverá apresentar petição.²⁹

(ii) manifestação do réu quanto ao interesse na realização da audiência e boa-fé processual: como visto acima, para que a audiência não ocorra, é necessário que ambas as partes manifestem, de maneira expressa, seu desinteresse na autocomposição. Pois bem: segundo o Código, o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com até dez dias de antecedência, contados da data da audiência (art. 335).

Seria melhor que o legislador tivesse previsto, para a manifestação do réu, contagem do prazo a partir de sua citação, e não da audiência (de forma invertida), o que prestigiaría o princípio da boa-fé processual (art. 5º), impedindo que o demandado a utilizasse como mecanismo protelatório.[...] ³⁰

Além disso, no caso de litisconsórcio, o desinteresse deverá ser manifesto por todos os litisconsortes.³¹

(iii) manifestação do litisconsorte quanto à realização da audiência e termo inicial do prazo para sua contestação: de acordo o CPC/2015, havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes (art. 334, § 6º). Até aí, sem problemas. A regra está em sintonia com o ideal de fomentar os mecanismos não adversariais de solução de controvérsias (tribunal multiportas).

O problema é que, conforme previsão do art. 335, § 1º, no caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º (transcrito acima), o termo inicial do prazo para contestação será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.[...] ³²

samente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

²⁹ Art. 334. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁰ RODRIGUES, Daniel Colnago. *Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda não resolvidas*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>>. Acesso em: 24 de abr. de 2016.

³¹ Art. 334. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³² RODRIGUES, Daniel Colnago. *Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda não resolvidas*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre>>

De outro modo, a audiência preliminar de conciliação ou de mediação é cabível em qualquer processo, objetivando a autocomposição e poderá ocasionar extinção do processo por decisão de mérito. Assim, é considerada ato do procedimento comum, salvo se conforme disposição de lei a autocomposição não for cabível. Ademais, isoladamente as partes não podem impedir a audiência de conciliação, mesmo que o autor demonstre sua contrariedade na petição inicial, o juiz efetuará um despacho tratando da realização da mesma. Mas se o réu após a citação por meio de petição concordar com posição do autor pela não realização da autocomposição, essa audiência não será realizada.³³

[...] o juiz dispensará a realização da audiência quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual e quando não se admitir a autocomposição. O dispositivo é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta de nossa doutrina e legislador a respeito da solução consensual do conflito, exagerando de forma injustificada ao exigir a manifestação de ambas as partes para que não seja realizada a audiência ora analisada. Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não fazem”, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse.³⁴

Quanto a quantidade de audiências visando a conciliação e a mediação, o Código dispõe que poderá ocorrer mais de uma sessão, caso seja relevante para a composição das partes.³⁵ Também será admitida a audiência por meio eletrônico.³⁶ Quanto ao intervalo entre as audiências organizadas na pauta, a previsão do Código é de no mínimo vinte minutos.³⁷

-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>. Acesso em: 24 de abr. de 2016.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 1158.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 306.

³⁵ “Art. 334. [...]§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.” BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁶ “Art. 334. [...]§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁷ Art. 334. [...] § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de

Diante disso, a figura do conciliador e do mediador assume maior destaque no processo, uma vez que sua participação é fundamental nas audiências de conciliação e de mediação.³⁸ Quanto a intimação da parte autora, deverá ser realizada na pessoa do advogado da mesma.³⁹ Ademais, caso a parte autora não compareça a audiência designada e ainda não apresente justificativa, será entendido como ato contra a dignidade da justiça, cabendo inclusive multa em favor da União ou do Estado.⁴⁰ É válido ressaltar, que é preciso a presença de advogados ou defensores públicos para acompanhar as partes⁴¹, ademais as partes podem por meio de procuração constituir representantes, com poderes para negociar, bem como para transigir.⁴²

Diante do exposto, quanto a instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação, é possível verificar que eventuais discussões poderão ocorrer quanto a aplicação da mesma, demandando estudo e a análise desse método. Contudo, representa uma relevante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, sendo estruturada e valorizada como forma consensual para resolução de conflitos entre as partes.

modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁸ Art. 334. [...]§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁹ Art. 334. [...]§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁴⁰ Art. 334. [...]§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁴¹ Art. 334. [...]§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁴² Art. 334. [...]§§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

2 CONCLUSÃO

A pesquisa possibilitou concluir quanto ao tema proposto, que o direito processual civil demonstra evidente preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, especialmente quanto aos métodos mais eficazes para resolução de conflitos, incluindo a conciliação e a mediação. Também abordados com ênfase significativa no Novo Código de Processo Civil

Quanto a conciliação e a mediação são métodos alternativos de resolução de conflitos são distintos quanto a forma de proporcionar a autocomposição, especialmente quanto a participação de um terceiro na resolução do conflito junto as partes.

Ademais, o Novo Código de Processo Civil valoriza as formas consensuais de resolução de conflitos, entretanto, também demonstra o respeito ao acesso à justiça, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição. Quanto a eficiência do emprego conciliação ou a mediação, dependerá da natureza do conflito, sendo que ambas favorecem a celeridade e a desburocratização do processo.

Diante do exposto, quanto a instituição da audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de contestação, é possível verificar que eventuais discussões poderão ocorrer quanto a aplicação da mesma, demandando estudo e a análise desse método. Contudo, representa uma relevante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, sendo estruturada e valorizada como forma consensual para resolução de conflitos entre as partes.

Contudo a utilização dos referidos métodos de solução consensual de conflitos previstos no Novo Código de Processo Civil demanda esforço por parte dos operadores do direito, bem como dos órgãos do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ASSAGRA, Igor. *Aspectos da conciliação e o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-concilia%C3%A7%C3%A3o-e-o-projeto-do-novo-c%C3%B3digo-de-processo-civil-pls-1662010>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

HATOUM, Nilda Saleh. *Aspectos dos institutos da mediação e da conciliação no novo CPC*. Disponível em: <<http://medina.adv.br/aspectos-dos-institutos-da-mediacao-e-da-conciliacao-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e mediação no Novo CPC: nº 03. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

RODRIGUES, Daniel Colnago. *Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda não resolvidas*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>>. Acesso em: 24 de abr. de 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Novo Código de Processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-cor-te-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

TUTELA PROVISÓRIA: O CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA APÓS O PRAZO PREVISTO NO ART. 304, §5º, DO CPC/2015

Tânia Cristina Martins Araújo¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Considerações gerais sobre as tutelas provisórias. 3 Procedimento da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente. 4 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. 5 Cabimento de ação rescisória para atacar a estabilidade após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, § 5º, do CPC/2015. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho analisa as tutelas provisórias, que é um assunto de crescente importância no meio jurídico, pois o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 ao tratar das tutelas provisórias estabeleceu algumas novidades que levaram a opiniões doutrinárias divergentes. A abordagem visa analisar, de modo geral, a tutela antecipada concedida em caráter antecedente e, de modo específico, a natureza da estabilidade definitiva e se é possível o ajuizamento de ação rescisória contra essa estabilidade definitiva após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º, do Código de Processo Civil de 2015. Com a finalidade de alcançar os objetivos estabelecidos, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema. Diante da análise da discussão doutrinária acerca do assunto, verifica-se que deve haver a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória para atacar a estabilidade definitiva após o prazo de dois anos previsto no art. 304, §5º, do CPC de 2015, ou deve ser admitido durante todo o prazo previsto no direito material a propositura de ação de cognição exauriente.

Palavras-chave: Tutela provisória. Estabilização. Ação rescisória.

ABSTRACT

The present research analyzes the provisional guardianships, which has been an increa-

¹ Tânia Cristina Martins Araújo, graduada em direito. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

singly important theme in the legal environment since the Civil Procedure Code (CPC) 2015 established some new approach about the theme, that have led to divergent doctrinal views. It aims to analyze, in general, the provisional guardianships granted in previous character and, specifically, the nature of its definitive stability and if it is possible a rescission action against this definitive stability after the period of two years that is described for in art. 304, paragraph 5, of the Code of Civil Procedure 2015. In order to achieve the stated goal, a literature review on the topic was held. Given the analysis of the doctrinal and the discussion on the subject, in majority, there must be the possibility to purpose a rescission act after the period of two years provided at the art. 304, § 5, CPC 2015, or should be admitted, during the period laid down in substantive law, a wide and definitive action able to provide the Judge a cognition over the disputed object.

Keywords: Provisional guardianships. Legal stability. Rescission act.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 instituiu uma novidade ao estabelecer que a tutela antecipada antecedente se torna estável na hipótese de não interposição do recurso de agravo de instrumento e que o processo será extinto. Ademais, determina ainda que, as partes só terão o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela satisfativa concedida em caráter antecedente estabilizada no prazo de 2 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, e que esta decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas que a estabilidade dos seus efeitos se torna definitiva, pois não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada (art. 304 do CPC/15), ou seja, torna-se imutável e indiscutível.

Diante do atual contexto, as tutelas antecipadas concedidas em caráter antecedente vêm se tornando uma das preocupações mais relevantes da comunidade jurídica. Parte deste fato se deve às dúvidas que giram em torno da natureza da estabilidade definitiva e se haveria possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra essa estabilidade definitiva após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º, do Código de Processo Civil de 2015.

O Presente trabalho tem por objetivo tratar, de modo geral, da tutela antecipada concedida em caráter antecedente e, de modo específico, da natureza da estabilidade definitiva e se é possível o ajuizamento de ação rescisória contra essa estabilidade definitiva após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º, do Código de Processo Civil de 2015.

Com a finalidade de realizar esta proposta foi feito uma análise bibliográ-

fica sobre o tema, buscando sempre doutrinadores que apresentavam uma visão diferente sobre o tema.

O presente estudo foi estruturado nas seguintes seções: Na seção 1.1 foi feito uma análise geral sobre as tutelas provisórias; na seção 1.2 a abordagem se torna mais específica, pois trata da tutela de urgência antecipada (satisfativa) concedida em caráter antecedente; na seção 1.3 é realizada uma abordagem sobre a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente; na seção 1.4 é analisado posicionamentos doutrinários sobre o cabimento de ação rescisória para atacar a estabilidade após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º, do CPC/2015.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS

O Estado, ao realizar sua função jurisdicional, pode conceder a tutela definitivamente ou provisoriamente. Sendo que, a tutela definitiva decorre de uma cognição exauriente, ou seja, de um estudo aprofundado sobre o objeto da ação no decorrer do processo, sendo apta a produzir decisões imutáveis por poderem estar acobertadas pela coisa julgada. A tutela provisória, por sua vez, corresponderia a uma tutela antecipada que, ao contrário da tutela definitiva, é pautada em uma cognição sumária que dá eficácia imediata à tutela definitiva, assim, por meio da tutela provisória pode-se ter a antecipação dos efeitos da decisão pretendida. Ademais, é uma decisão precária, e, portanto, pode a qualquer tempo, se verificada alguma alteração nos fatos, de direito ou nas provas produzidas, ser revogada ou modificada. E conseqüentemente, por ser uma decisão onde a cognição do juiz não é exauriente e por ser uma decisão precária, a tutela provisória não é apta a produzir decisões imutáveis pela coisa julgada.²

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13105/2015), no livro V, trata dos tipos, das características e dos procedimentos das tutelas provisórias genéricas que podem ser concedidas nos processos de conhecimento ou de execução.

² DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 561-568.

Sendo que, em seu artigo 294³, determina que existem duas espécies de tutelas provisórias, quais sejam, a tutela de urgência, que por sua vez, compreende duas subespécies, a antecipada (satisfativa) e a cautelar, e a tutela de evidência. E que, a tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada (satisfativa), pode ser prestada de forma antecedente ou de forma incidental. Assim, a tutela de urgência poderá ser formulada antes da dedução do pedido principal, na petição inicial, onde poderá ser concedida liminarmente (antes da citação do réu) ou após justificação prévia (depois da citação do réu) ou durante todo o processo principal até que haja uma solução definitiva.⁴

A tutela de urgência, conforme o art. 300⁵ do Código de Processo Civil/2015, tem como pressupostos gerais a probabilidade do direito (*fumus boni juris*), ou seja, o novo CPC exige que o julgador se convença da probabilidade do direito, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), assim, a tutela de urgência só será concedida se a parte conseguir demonstrar o perigo na demora da prestação jurisdicional.⁶

Ademais, consoante o art. 300, §3º do CPC/2015, a tutela de urgência de natureza antecipada (satisfativa) tem como pressuposto específico a reversibilidade, portanto, tais medidas só serão concedidas se o juiz verificar que a concessão da medida de urgência satisfativa não irá causar danos ao direito do réu à reversão dos efeitos da decisão caso ele venha a ser a parte vencedora no

³ Art. 294 – “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.306-307.

⁵ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 609 - 611.

provimento final do processo. Assim, o CPC/2015 prevê a irreversibilidade dos efeitos da decisão como requisito negativo de concessão da tutela de urgência de natureza antecipada (satisfativa).⁷ Conforme os ensinamentos de Didier Jr.:

[...] exige-se que os efeitos da tutela provisória satisfativa (ou antecipada) sejam reversíveis, que seja possível retornar-se ao *status quo ante* caso se constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada. Essa é a marca da provisoriedade/ precariedade da referida tutela.

Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança - sendo passível de revogação ou modificação -, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que retorne ao *status quo ante*, sem prejuízo para a parte adversária.

Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva - uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, ante a irreversibilidade da situação do fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.⁸

Diante do exposto é possível concluir que a tutela provisória antecipada, por ser pautada em uma cognição sumária, deve ser reversível. Fazendo-se relevante a compreensão de determinados aspectos do procedimento da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente.

3 PROCEDIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela de urgência antecipada (satisfativa) concedida em caráter antecedente é aquela medida que permite a antecipação provisória de efeitos da tutela definitiva, e que é requerida antes mesmo do pedido principal.⁹

⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Seccional do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.

⁸ DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 599 - 600.

⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Seccional do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.

O CPC/2015, em seus arts. 303¹⁰ e 304¹¹, prevê um procedimento específico para a concessão de tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente, onde a principal característica é o fato de que na petição inicial, pelo fato de que a urgência já está presente no momento da formulação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela definitiva, o autor deve limitar-se a: requerer a tutela satis-

¹⁰ Art. 303 – “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016

¹¹ Art. 304 – “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder 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 rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada 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 antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

fativa de urgência e somente realizar a indicação do pedido de tutela definitiva, expor de forma sumária a lide, o direito que se busca realizar (*fumus boni juris*) e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), indicar o valor da causa considerando o pedido final, e, por fim, deve explicitar que tem por objetivo valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303¹², ou seja, o autor deve limitar o seu pedido à concessão da tutela satisfativa em caráter antecedente, pois se assim não o fizer, não será possível a estabilização dos efeitos da antecipação da tutela definitiva.¹³

Uma vez requerida a tutela antecipada em caráter antecedente, o juiz poderá determinar a emenda da petição inicial em até 5 dias, se verificar que faltam elementos que justifiquem a concessão de tal medida. E caso o autor não realize a emenda da inicial, a mesma será indeferida e o processo será extinto sem resolução de mérito. No entanto, deve-se observar que o fato do processo ter sido extinto por falta de emenda da petição inicial, não impede que a parte autora proponha a ação principal e requeira a tutela satisfativa em caráter incidental. Por outro lado, o juiz poderá conceder a tutela requerida e, ocorrendo o deferimento de tal medida, o autor deverá, no prazo de 15 dias ou em um prazo maior conforme determinação judicial, aditar a petição inicial nos mesmos autos, complementando a sua argumentação, confirmando o pedido de tutela final e juntando todos os documentos que ainda não tinham sido apresentados, pois se o autor não realizar o aditamento da petição inicial como determina a lei, o processo será extinto sem resolução do mérito.¹⁴ Contudo, após o aditamento da petição inicial, o réu deverá ser citado para a audiência de conciliação ou de mediação, e caso não venha a ocorrer a autocomposição, o mesmo deverá apresentar sua contestação no prazo de 15 dias contados da data da audi-

¹² Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25.

¹⁴ CARVALHO, Newton Teixeira. *Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5471>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

ência de conciliação ou de mediação, conforme o art. 335¹⁵ determina.¹⁶ No entanto, deve-se observar que, nos termos do art. 304, após a concessão da tutela satisfativa antecedente, o réu deverá ser imediatamente citado para que tome conhecimento da tutela deferida, e possa exercer, dentro do prazo legal, o seu direito de interpor o recurso de agravo de instrumento (art. 1015, inciso I, do CPC/2015)¹⁷ contra essa decisão interlocutória para evitar a sua estabilização.¹⁸

4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O CPC/2015, em seu art. 304, estabelece que os efeitos da tutela satisfativa antecedente concedida pelo órgão jurisdicional pode se estabilizar indefinidamente caso o réu não venha a interpor o recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, CPC/2015) contra o deferimento da respectiva tutela no prazo legal e que, caso isso ocorra, o processo será extinto *ex lege*, e, conforme Êrico Andrade, isso ocorrerá mesmo diante do fato de que a tutela provisória de urgência é uma

¹⁵ Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25.

¹⁷ Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016

¹⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Seccional do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.

decisão baseada em uma cognição sumária, é uma decisão precária e, portanto, não apta a produzir decisão que faça coisa julgada.¹⁹

Ainda, de acordo com o referido artigo, tanto o autor como o réu têm o direito de, no prazo decadencial de 2 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo em que ocorreu a estabilização da tutela de urgência concedida, propor uma ação autônoma, de cognição plena e exauriente, que será instruída com os autos em que foi concedida a medida satisfativa, com o objetivo de rever, reformar ou invalidar a tutela deferida.²⁰ E que, passados esses dois anos, mesmo que a decisão que concedeu a tutela provisória não esteja revestida da autoridade da coisa julgada material, ocorre a extinção do direito das partes de promover a revisão, a reforma ou a invalidação da tutela de urgência que se estabiliza definitivamente.²¹ De acordo com os ensinamentos de Jacqueline Silva,

[...] A estabilização da tutela antecipada tem inspiração no direito francês, no instituto processual do *référé*. Uma das características importantes desse instituto é sua autonomia. Ao contrário da nossa vigente tutela antecipada, que sempre está condicionada ao julgamento do pedido principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito futuramente, no direito francês, o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. A tutela de urgência na França ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior julgamento do pedido principal para confirmação do provimento emergencial. A autonomia em questão faz com que o juiz do *référé* não seja alguém que delibera no aguardo de uma posterior e necessária intervenção de fundo em outra prestação jurisdicional. Essa ulterior composição do litígio, de caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática ou orgânica. Mesmo que os dois procedimentos girem em torno do mesmo litígio, não perseguem o mesmo objeto e, por isso, não pode um ser

¹⁹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada*. 2015. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C-917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016. p. 15.

²⁰ DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 611-612.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 670.

considerado como preliminar do outro. O fim principal e específico do réferé não é a composição definitiva do conflito, mas sim a “estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso”. Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. O procedimento se encerra no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida da autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento réferé é apenas provisório (embora não temporário nem acessório). Cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal.²²

A estabilização dos efeitos da tutela satisfativa antecedente tem por finalidade proporcionar às partes a opção de solucionar o litígio com uma decisão antecipada, provisória, proferida em um processo sumário, sem serem obrigadas a prosseguir no processo de conhecimento, mais longo, com o objetivo de obter uma decisão definitiva sobre o direito controvertido, baseada em uma cognição exauriente.²³ Marcus Gonçalves, ao analisar a estabilidade da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, afirma que,

A principal finalidade é possibilitar ao interessado a satisfação da sua pretensão, sem a instauração de um processo de cognição exauriente, quando o adversário não se opõe, pela via recursal, à medida deferida. Obtida a tutela antecipada antecedente, o autor terá conseguido a satisfação total ou parcial de sua pretensão, ainda que em caráter não definitivo. E, se o prazo de dois anos for superado, a medida tornar-se-á definitiva, sem os percalços de um processo judicial de cognição exauriente.²⁴

Em decorrência do enunciado prescritivo previsto no art. 304 do novo CPC que, por sua vez, determina que após o prazo de 2 anos a decisão que concede a tutela satisfativa antecedente torna-se estável definitivamente e, portanto, não poderia mais ser impugnada, faz com que parte da doutrina defenda que após o referido prazo, tem-se coisa julgada

²² SILVA, Jaqueline Mielke. A estabilização da tutela de urgência antecipada no NCPC. *Estado de Direito*, Porto Alegre, n. 46, 12 maio 2015. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/a-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-no-ncpc/>>. Acesso em: 29 mar. 2016. p. 15.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 668-669.

²⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 381.

material sobre a decisão provisória estabilizada, e, ao contrário, outra parte da doutrina defende que não há como essa estabilidade definitiva se transformar em coisa julgada material. Assim, a doutrina não está pacificada quanto a natureza da estabilidade definitiva e, conseqüentemente, se há algum remédio jurídico processual apto para atacar essa decisão provisória que atingiu a estabilidade definitiva.²⁵

5 CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA ATACAR A ESTABILIDADE APÓS O PRAZO DE 2 ANOS PREVISTO NO ART. 304, §5º, DO CPC/2015

A doutrina não possui entendimento pacífico sobre o cabimento de ação rescisória para atacar a estabilidade dos efeitos da tutela satisfativa antecedente após decorrido o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º²⁶, do CPC/2015.

Para Didier, a estabilidade dos efeitos da decisão que concede a tutela satisfativa antecedente corresponderia a uma estabilidade processual diferente da coisa julgada, uma vez que o processo foi extinto sem resolução de mérito, sem ter havido uma cognição exauriente que levasse ao reconhecimento do direito do autor, típica do processo de conhecimento. Assim, como a decisão não tem aptidão para a coisa julgada, conseqüentemente, após o prazo previsto no art. 304, §5º, não pode ser objeto de ação rescisória.²⁷

Segundo o entendimento de Érico Andrade, a estabilidade definitiva dos efeitos da tutela antecipada antecedente não decorre da coisa julgada, pois o próprio Legislador determinou no art. 304, §5º do CPC/2015 que tal decisão,

²⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas*. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

²⁶ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
[...]

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

²⁷ DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 612-613.

baseada em cognição sumária, não faz coisa julgada, mas sim do fato de não ter ocorrido o ajuizamento da ação principal no prazo legal, ou seja, decorre da prescrição ou decadência, portanto, não caberia ação rescisória que é o instrumento processual adequado para desconstituir a coisa julgada. (DOC 4, p.20-25)

Assim, consoante seus ensinamentos,

[...] não há necessidade de se invocar a coisa julgada para cobrir tal estabilização jurídica dos efeitos da decisão de cognição sumária, pois ela advém dos institutos da prescrição ou decadência.

Com isso, mesmo se ultrapassado os dois anos previstos no art. 305, §5o, CPC-2015, a decisão antecipatória não será acobertada pela coisa julgada, de modo que eventual discussão em juízo sobre o mesmo direito material não pode ser rejeitada com base na preliminar de coisa julgada (art. 485, V, CPC-2015), mas sim deve ser examinado o tema e eventualmente se pode, no mérito, rejeitar a pretensão com base na prescrição ou decadência (art. 487, II, CPC-2015).²⁸

À luz do que preleciona Newton Carvalho, a decisão que concede a tutela antecipada antecedente estabilizada definitivamente está acobertada pela coisa julgada, porém, “ não cabe ação rescisória, em razão da caducidade do direito, justamente pela ausência de oferta da ação, no prazo de 2 anos”.²⁹

Já, conforme palavras de Eduardo Costa e col.,

[...] o que se percebe é que após os dois anos da estabilização da tutela antecipada antecedente, não há coisa julgada e nem se pode admitir o ajuizamento de ação rescisória. O que se tem é um fenômeno novo, com características próprias – a imutabilidade das eficácias antecipadas.

Trata-se de um meio caminho entre a ampla mutabilidade das decisões antecipatórias incidentais e a coisa julgada material. Ele impede que, pela impossibilidade relativa de se discutir o dictum da decisão antecipatória, se alterem, de modo forçado a seu beneficiário, as eficácias antecipadas [...].³⁰

²⁸ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada*. 2015. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C-917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016. p. 24..

²⁹ CARVALHO, Newton Teixeira. *Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5471>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas*. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>.

Conforme assevera Luiz Marinoni, após ocorrido a estabilidade definitiva, ou seja, após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º, do CPC/2015, deve continuar sendo possível o ajuizamento da ação exauriente durante todo o prazo previsto no direito material, pois para se ter a formação da coisa julgada na tutela satisfativa antecedente faz-se necessário o exaurimento da cognição. Assim, não seria admissível o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão antecipatória estabilizada após o referido prazo, pois a mesma não estaria acobertada pela coisa julgada, devendo, portanto, em respeito ao direito ao processo justo, ainda ser cabível a propositura da ação principal durante o prazo previsto no direito material.³¹

[...] a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode adquirir a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*). Em resumo: o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.³²

Diversamente, para Vicente de Paula, citado por Humberto Theodoro, a estabilização definitiva da tutela antecipada antecedente gera efeito equivalente ao da coisa julgada, e, portanto, seria cabível ação rescisória para atacar a estabilidade dos efeitos da tutela satisfativa concedida em caráter antecedente, pois o art. 304, §5º do CPC/2015 estabelece prazo decadencial de 2 anos, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, e, portanto, se a ação principal não for proposta durante esse prazo, o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada será extinto, e, dessarte, a estabilização torna-se definitiva.³³

Acesso em: 07 abr. 2016. p. 6.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 317 - 318.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 317.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 671.

A esse propósito, discorre Jorge Nunes, para quem, apesar do Legislador não ter admitido que a decisão que concede a tutela satisfativa antecedente estabilizada definitivamente fará coisa julgada material, deve-se observar que, consoante o art. 966, §2º, do CPC/2015³⁴, é cabível ação rescisória contra decisão que impeça a repositura da demanda, ou seja, o próprio CPC estabeleceu alguns casos em que mesmo não havendo sentença transitada em julgado material é cabível o ajuizamento de ação rescisória. Assim, deve-se admitir o cabimento de ação rescisória contra a estabilidade definitiva da decisão que concedeu a tutela satisfativa antecedente, pois após o prazo de 2 anos, não haveria meios de impugná-la.³⁵ Assevera ainda que,

Ou isso, ou haverá de ser admitido o cabimento de outra ação de procedimento ordinário que não aquela mencionada no §2º do art. 304, porque incorrentes os efeitos próprios da coisa julgada (positivos e negativos) e, também, em homenagem ao princípio constitucional da inafastabilidade

³⁴ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
 I - se verificada que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
 II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
 III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
 IV - ofender a coisa julgada;
 V - violar manifestamente norma jurídica;
 VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
 VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
 VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
 § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.
 § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
 I - nova propositura da demanda; ou
 II - admissibilidade do recurso correspondente.
 § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.
 § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016

³⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tute-la+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>>. Acesso em: 13 abr. 2016. p. 4.

da jurisdição, cujo menoscabo não está ao alcance do legislador processual.³⁶

Ainda quanto ao cabimento ou não de ação rescisória para atacar a estabilidade da tutela antecipada antecedente após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º do novo CPC, Daniel Neves aduz que, como o novo CPC determina que a decisão que concede a tutela satisfativa antecedente estabilizada definitivamente não faz coisa julgada, a princípio, afastaria a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra tal decisão. No entanto, como no CPC/2015 a coisa julgada deixou de ser requisito necessário para a admissão de ação rescisória, poderia se pensar na possibilidade de cabimento de tal ação contra a estabilidade definitiva da tutela satisfativa antecedente, para isso bastaria que houvesse uma interpretação ampliativa do §2º do art. 966, pois segundo este dispositivo pode-se propor ação rescisória contra decisão terminativa que impeça nova propositura da demanda, e mesmo sendo a antecipação da tutela uma decisão de mérito, ela também impede nova propositura da demanda após ocorrido a estabilidade definitiva da tutela.³⁷ Assim,

A ausência de coisa julgada, portanto, teria deixado de ser condição *sine qua non* para a admissão de ação rescisória, o que poderia liberar o caminho para a conclusão de cabimento de tal ação contra a decisão que concede tutela antecipada estabilizada depois de dois anos de seu trânsito em julgado.³⁸

Diante desses diversos posicionamentos doutrinários, verifica-se que ainda não há um entendimento unânime consolidado sobre a possibilidade ou não de ajuizamento de ação rescisória para atacar a estabilidade dos efeitos da tutela satisfativa antecedente após decorrido o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º³⁹, do CPC/2015, entretanto, deve prevalecer aquele entendimento que busca

36 NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>>. Acesso em: 13 abr. 2016. p. 4.

37 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 279-280.

38 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 280.

39 Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo,

a vontade constitucional e do próprio CPC de 2015, pois as normas devem ser interpretadas de forma sistemática, ou seja, deve-se procurar extrair o conteúdo da norma jurídica por meio da análise sistemática do Ordenamento Jurídico.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é imperioso destacar que, o interprete, ao analisar um dispositivo legal, deve sempre lembrar que as normas jurídicas fazem parte de um grande sistema e que, portanto, ao ser interpretado deve sê-lo sistematicamente, e não isoladamente, dessa forma deve-se escolher o significado da norma que seja coerente com o ordenamento jurídico. Assim, ao se analisar os dispositivos que tratam do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304 do CPC/2015) deve-se ter em mente o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que é um princípio que não pode ser esquecido pelo legislador infraconstitucional, e que, o Código de Processo Civil de 2015 tem como norma fundamental o princípio do processo justo, o qual assegura o direito de acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais inerentes aos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Dessarte, para que um processo possa ser considerado justo deve, entre outras coisas, consagrar o direito à ampla defesa e o contraditório. Ademais, vale lembrar que, no Código de Processo Civil de 2015, a coisa julgada material deixou de ser condição para que haja a admissibilidade de ação rescisória, e que, esta ação tutela a ordem jurídica e, dessa forma, uma norma que impede sua propositura pode estar, automaticamente, ferindo essa ordem jurídica. Portanto, deve-se admitir o cabimento de ação rescisória contra a decisão que concedeu a tutela satisfativa antecedente estabilizada definitivamente após o prazo de 2 anos previsto no art. 304, §5º do CPC/2015, decisão essa proferida em processo de cognição sumária, ou deverá ser admitido durante todo o prazo previsto no direito material a propositura de ação de cognição exauriente, por impossibilidade de ocorrência da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de*

nos termos do § 1º. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. 2015. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B-7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Newton Teixeira. *Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5471>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas*. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Seccional do Rio Grande do Sul. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A estabilização da tutela de urgência antecipada no NCPC*. *Estado de Direito*, Porto Alegre, n. 46, 12 maio 2015. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/a-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-no-ncpc/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.



DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Bruno de Queiroz P. de Oliveira

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A desconsideração da personalidade jurídica. 3 A presença da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil. Referências.

RESUMO

Nosso tratado aborda a desconsideração da personalidade jurídica e sobre a aplicabilidade na vigência do antigo Código de Processo Civil bem como em outros diplomas legais onde está previsto, com ênfase no entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a matéria. Também destaca sua aplicação no âmbito do Novo Código de Processo Civil e possíveis alterações em tal código e a possibilidade de seu reconhecimento *ex officio*, bem como sobre o recurso cabível. Diante disso, percebe-se que tal instituto, segundo os ditames do Novo CPC, terá por escopo tornar mais razoável a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Desconsideração. Pessoa. jurídica.

ABSTRACT

Our treaty addresses the disregard of legal entity and on the applicability under the old Civil Procedure Code and other legislation which is expected, with an emphasis on understanding the Superior Court on the matter. It also highlights its implementation under the new Civil Procedure Code and possible changes in such a code and the possibility of its recognition *ex officio*, as well as the appropriate appeal. Thus, it is clear that such an institute, according to the dictates of the New CPC shall have the scope to make more reasonable application of piercing the corporate veil.

Keywords: Disregard. Person. legal.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será tratado sobre a desconsideração da personalidade jurídica, abordando sobre a sua aplicabilidade na vigência do antigo Código de Processo Civil em quais outros diplomas legais está disposto, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a matéria.

Diante disso, se tratará sobre a sua aplicação antes da vigência do Novo

Código de Processo Civil, além de tratar sobre a existência de efetivas alterações com a vigência do novo diploma pátrio.

Por fim, se tratará sobre as possibilidades de seu reconhecimento *ex officio*, bem como sobre o recurso cabível quando do proferimento de decisão interlocutória sobre a matéria.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconconsideração da personalidade jurídica vem a ser um instituto com o fim de coibir a fraude e o abuso na utilização da pessoa jurídica, que visa atrair a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores por obrigações contraídas pela sociedade, tendo em vista que opera a superação dos efeitos da personalização, notadamente a autonomia patrimonial.

Tal instituo vem a ser previsto em diversos diplomas legais, com, por exemplo, no art. 50 do Código Civil, que assim aduz:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.¹

Esse instituto também está previsto no Código de Defesa do Consumidor, que amplia as hipóteses de desconconsideração, como se observa a seguir:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]§5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.²

¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: maio de 2016.

² BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá

Além dessas hipóteses, o instituto da despersonalização da pessoa jurídica também estava previsto no art. 18 da Lei n.º 8.884/1994 (Lei do CADE), bem como, está prevista no art. 4º da Lei 9.605/1998, que prescreve os crimes ambientais, conforme a seguinte transcrição, *in verbis* “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Diante disso, percebe-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica já vinha sendo prescrito em diversos dispositivos legais do conjunto de leis pátrias.

Ainda durante a vigência do antigo CPC, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, quanto aos requisitos da despersonalização da pessoa jurídica, que sua aplicação ocorre conforme o art. 50 do Código Civil, exigindo-se não apenas o simples encerramento irregular das atividades, mas também a comprovação de desvio da finalidade da empresa ou a confusão patrimonial. Nesse sentido, é de se destacar o seguinte precedente, *in verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.
3. Embargos de divergência acolhidos.³

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor nota-se que o objetivo primordial é proteger a ordem social do uso descabido da personalidade jurídica.⁴

No CDC, por exemplo, há uma ampliação o conceito, abarcando assim hipóteses como a de responsabilização pessoal dos integrantes de sociedades, assim como a responsabilização subsidiária e solidária entre grupos empresariais.⁵

3 A PRESENÇA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil conta com um capítulo autônomo, no qual trata da despersonalização da personalidade jurídica.

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos.” BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. *ERESP nº 1.306.553 - SC*. Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-eletronica-2014_236_capSegundaSecao.pdf>. Acesso em: maio de 2016.

⁴ SILVA, André de Souza. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI41882,61044-A+teoria+da+desconsideracao+da+personalidade+juridica+no+ambito+do+CDC>>. Acesso em: maio de 2016.

⁵ SILVA, André de Souza. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI41882,61044-A+teoria+da+desconsideracao+da+personalidade+juridica+no+ambito+do+CDC>>. Acesso em: maio de 2016

Tal instituto está previsto no artigo 133 do Novo CPC, transcrito a seguir, *in verbis*:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.⁶

De acordo com Vitor Kümpel, tal artigo poderá acabar com o entendimento de que tal “mecanismo jurídico deve ser operado mediante ação autônoma na justiça, posto que o texto permite ao juiz, em qualquer processo ou procedimento, aplicar o instituto.”⁷.

Ou seja, como o Novo CPC a desconconsideração da personalidade jurídica pode ser alegada mediante simples petição nos autos do processo e curso, sem haver necessidade de ação autônoma.

Porém, é de se destacar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha entendendo que não era necessária ação autônoma nestes casos, conforme a seguinte ementa, *in verbis*:

FALÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DECLARATÓRIA. ENCOL. FRAUDE. À EXECUÇÃO. FRAUDE PELA VIOLAÇÃO AO TERMO LEGAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEFICÁCIA DE DETERMINADOS ATOS E TERMOS CONTRATUAIS. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 284 DO STF. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. DECRETAÇÃO NO PROCESSO FALIMENTAR. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. FALÊNCIA. EXTENSÃO DOS EFEITOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Inicialmente, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronun-

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: maio de 2016.

⁷ KÜMPEL, Vitor Frederico. *A desconconsideração da personalidade Jurídica no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CP>>. Acesso em: maio de 2016.

ciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ).

2. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.

3. No tocante às Leis n. 4.591/1964 e n. 6.404/1976, o recorrente valeu-se de alegações genéricas, sem especificar os artigos de lei supostamente malferidos, o que impede a exata compreensão da controvérsia, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF.

4. É pacífico na jurisprudência desta Corte a possibilidade de, no curso do feito falimentar e de forma cautelar, haver a desconsideração da personalidade jurídica independente de ação autônoma para tanto. Além disso, é firme o entendimento da prescindibilidade de citação prévia. [...] ⁸ (Grifo nosso).

⁸ “FALÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DECLARATÓRIA. ENCOL. FRAUDE À EXECUÇÃO. FRAUDE PELA VIOLAÇÃO AO TERMO LEGAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEFICÁCIA DE DETERMINADOS ATOS E TERMOS CONTRATUAIS. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 284 DO STF. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. DECRETAÇÃO NO PROCESSO FALIMENTAR. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. FALÊNCIA. EXTENSÃO DOS EFEITOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. Inicialmente, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ). 2. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 3. No tocante às Leis n. 4.591/1964 e n. 6.404/1976, o recorrente valeu-se de alegações genéricas, sem especificar os artigos de lei supostamente malferidos, o que impede a exata compreensão da controvérsia, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF. 4. É pacífico na jurisprudência desta Corte a possibilidade de, no curso do feito falimentar e de forma cautelar, haver a desconsideração da personalidade jurídica independente de ação autônoma para tanto. Além disso, é firme o entendimento da prescindibilidade de citação prévia. 5. Na hipótese, as medidas suportadas pelo recorrente não decorrem de eventual condição de falido, mas sim, motivadas pelo reconhecimento da fraude à execução, fraude quanto ao termo legal e pela desconsideração da personalidade jurídica, em harmonia com a aplicação subsidiária do diploma processual civil, como possibilita o nosso sistema normativo. A revisão do posicionamento das instâncias ordinárias quanto à ineficácia de determinados atos diante de

Diante de tal entendimento, percebe-se que o Novo CPC não chegou a inovar de forma plena neste ponto, ele apenas colocou em letra de lei entendimento já pacificado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, tal disposição quanto à desconsideração, disposta nos artigos 133 e seguintes do Novo CPC, exclui a possibilidade de que seja desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade de ofício (*ex officio*), tendo em vista o disposto no *caput* do artigo 133 expressamente prevê que ele será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando ele tiver que interferir no processo.⁹

tais ocorrências demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos e termos contratuais, o que encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ. 6. Da mesma forma, verificar se a dação em pagamento deu-se fora do termo legal demandaria o revolvimento de provas, vedado pela Súmula 7/STJ. Precedentes. 7. É de se ver, ainda, que o recorrente teve ciência do desenrolar de todo o processo na condição de advogado da concordatária, aliás, os negócios jurídicos celebrados por ele com a falida foram minuciosamente descritos e analisados na sentença que decretou a falência. Além do mais, consta do acórdão recorrido que os atos considerados fraudulentos pela sentença constam "do relatório do Comissário, em que retrata as diversas transferências de empreendimentos e ações feitas pela Encol, relatório do qual foram devidamente intimados os agravantes, oportunidade em que nada opuseram quanto aos fatos ali apurados e que embasaram o pedido de falência pelo Comissário, limitando-se os recorrentes a requerer a prorrogação do prazo da concordata [...]" (fl. 1.092). Portanto, não há falar que o recorrente não teve oportunidade de defender-se dos fatos considerados fraudulentos e lesivos, principalmente daqueles que contaram com a sua participação e dos quais tinha total ciência, inclusive com a possibilidade de interpor recurso contra a sentença. Mais uma vez, para rever referido posicionamento haveria o óbice sumular n. 7 do STJ. 8. "É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social". (REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011) 9. O acórdão recorrido está assentado em mais de um fundamento suficiente para mantê-lo e os recorrentes não cuidaram de impugnar todos eles, como seria de rigor. Incidência da Súmula 283 STF. 10. A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). 11. Recursos especiais a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 476.452/GO. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1327253>>. Acesso em: maio de 2016).

⁹ KÜMPEL, Vitor Frederico. *A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconsidera>

Novamente, é de se citar um precedente do STJ, do ano 2005, que reconhece a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de ofício, conforme a ementa a seguir transcrita:

Processual Civil. Comercial. Falimentar. Recurso Especial. Ofensa à norma constitucional. Interesse de agir. Prequestionamento. Decisão. Fundamentação. Reexame fático-probatório. Falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Indisponibilidade de bens. Ex-diretor de sociedade anônima. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inexistência.

[...] - Está correta a desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade Anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores. Nesse caso, o juiz falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens daquelas pessoas, de ofício, na própria sentença declaratória de falência, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e os do *periculum in mora*. [...] ¹⁰

Novamente destaca-se o fato de o disposto no Novo CPC seguir o que já estava presente no entendimento do STJ, demonstrando assim que o Novo Código apenas passou a prescrever tal possibilidade.

É de se destacar ainda que, da decisão interlocutória proferida pelo juiz para resolver o incidente, caberá Agravo de Instrumento. Isto conforme o artigo 1015 do Novo CPC que prevê, em seu inciso IV o seguinte: “Art. 1.015. Cabe

cao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CP >. Acesso em: maio de 2016.

¹⁰ Processual Civil. Comercial. Falimentar. Recurso Especial. Ofensa à norma constitucional. Interesse de agir. Prequestionamento. Decisão. Fundamentação. Reexame fático-probatório. Falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Indisponibilidade de bens. Ex-diretor de sociedade anônima. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inexistência. - A ofensa à norma constitucional não enseja Recurso Especial. - O recorrente carece de interesse de agir no tocante à pretensão que já foi atendida pelo tribunal a quo. - Falta prequestionamento ao Recurso Especial no ponto que suscita questão não discutida na corte de origem. - A desconformidade da decisão com as provas dos autos não revela ausência de fundamentação. - É inadmissível o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial. - Está correta a desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade Anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores. Nesse caso, o juiz falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens daquelas pessoas, de ofício, na própria sentença declaratória de falência, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e os do *periculum in mora*. - A contrariedade do julgado com o disposto na lei não se confunde com omissão ou a contradição que enseje embargos de declaração. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *RESp nº 370.068/GO*. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, 16 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232375/recurso-especial-resp-370068-go-2001-0148303-5>>. Acesso em: maio de 2016).

agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; [...]”¹¹

Ou seja, mesmo com as alterações sofridas no Agravo de Instrumento, não houve o afastamento da possibilidade quanto ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que tal decisão interlocutória pode gerar grave prejuízo para alguma das partes ou mesmo à um terceiro.

É de se destacar ainda que, caso seja dada uma decisão por relator em tribunal, caberá agravo interno.¹²

Diante disso, percebe-se que tal instituto, segundo os ditames do Novo CPC, terá por escopo tornar mais razoável a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 476.452/GO*. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1327253>>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 370.068/GO*. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, 16 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232375/recurso-especial-resp-370068-go-2001-0148303-5>>. Acesso em: maio de 2016.

CAVALIN, Ana Carolina Dihl. Desconsideração da personalidade jurídica na sociedade empresária limitada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3507, 6 fev. 2013. Disponível em:

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: maio de 2016.

¹² LOPES, Sávio Oliveira. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9191/A-desconsideracao-da-personalidade-juridica-a-luz-do-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: maio de 2016.

<<http://jus.com.br/revista/texto/23664>>. Acesso em: maio de 2016.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *A desconsideração da personalidade Jurídica no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CP>>. Acesso em: maio de 2016.

LOPES, Sávio Oliveira. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9191/A-desconsideracao-da-personalidade-juridica-a-luz-do-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: maio de 2016.

SILVA, André de Souza. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI41882,61044-A+teoria+da+desconsideracao+da+personalidade+juridica+no+ambito+do+CDC>>. Acesso em: maio de 2016

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. *ERESp nº 1.306.553 - SC*. Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2014_236_capSegundaSecao.pdf>. Acesso em: maio de 2016

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Leiliane Oliveira

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Quem pode negociar? 3 Limites aos negócios jurídicos processuais. 3.1 Limites dos negócios na fase recursal. 3.2 Limites em relação a prova. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho traz como tema de pesquisa os negócios jurídicos processuais. Uma das inovações prevista no Novo Código de Processo Civil é o que tem sido denominado negócio jurídico processual, definidos nos artigos 190 e 191, do NCPC que é a flexibilização do processo civil, por meio de acordo entre as partes. Nesse sentido, o artigo 190 estabelece que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. O chamado “código das partes”, no qual se buscou prestigiar a posição destas na condução do processo; a ordem será pela cooperação, com atuação dos sujeitos processuais, entre os quais se inclui o juiz, no sentido de mais bem adequar o processo às especificidades do litígio e dos sujeitos nele envolvidos.

Palavras-chave: Procedimento negociado. Limites. Fase recursal

ABSTRACT

This work has as research topic procedural legal business. One of the innovations provided for in the New Civil Procedure Code is what has been termed procedural legal business, defined in Articles 190 and 191 of the NCPC is the flexibility of civil procedure, by agreement between the parties. In this sense, Article 190 provides that “ dealing the process of rights which admit autocomposição it is lawful to fully capable parties stipulate changes in the procedure to fit the specifics of the case and agree on their burden, powers, procedural powers and duties, before or during the process “. The so-called “ code of the parties “ in which we sought to honor their position in driving the process; the order will be by cooperation, with actions of procedural subjects, among which includes the judge, in order to better tailor the process to the specifics of the dispute and the subjects involved in it.

Keywords: Negotiated procedure. Limits. Phase appeals.

1 INTRODUÇÃO

Pode-se, aqui, definir o negócio jurídico processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferindo ao respectivo sujeito o poder de escolha a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.¹ O procedimento é uma tessitura, uma costura cronológica e ordenada dos atos processuais. É preciso dar ao movimento da relação jurídica processual método, que se caracteriza por essa sucessão de atos processuais concatenados ao longo do tempo. O art. 158 do Código de Processo Civil de 1973 assim dispõe: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Ao contrário do legislador do código de 1973, o Novo Código de Processo Civil foi norteado pelo propósito salutar de simplificação do processo. E a mudança que promoveu resultou em um número expressivamente menor de procedimentos especiais, guardando fidelidade com os princípios invocados na exposição de motivos do Anteprojeto.

Mas a grande inovação do CPC de 2015 consiste em criar uma inovadora modalidade de procedimento, que podemos classificar de especialíssima: a que deriva de negócios jurídicos processuais, por convenção das partes, de modo bilateral e no plano contratual; ou, ainda, de acordo das partes, celebrado em juízo e de maneira mais complexa, para estabelecer o procedimento, no âmbito endoprocessual.

Dentre as várias regras que disciplinam o negócio processual no novo Código, merece destaque aquela contemplada em seu art. 190. De acordo com esse dispositivo, se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes poderão, desde que capazes em sua plenitude, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, isto é, àquilo que de especial e, portanto, merecedor de destaque, exista na questão de direito material a ser veiculada no processo. Nesse novo contexto nor-

¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001. p.109.

mativo, as partes poderão convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres. E, como já afirmado, poderão pactuar sobre essas matérias antes mesmo do processo, o que significa inserir em contrato, público ou privado, negócio jurídico de natureza processual, que vai muito além da mera eleição de foro, admitida pelo código anterior.² Se, no curso ou depois de extinta a relação jurídica, houver necessidade de ir a juízo, os contratantes, agora partes, irão submeter-se a procedimento, que deverá ser processado na forma e nos moldes ali pactuados.

Estamos diante, de fato, de uma expressiva inovação, que flexibiliza a natureza até então cogente das regras que disciplinam os procedimentos em juízo. Essa relevante mudança de perspectiva, certamente, foi inspirada no processo arbitral, que tem por principal característica a liberdade das partes de pactuarem, inclusive através de prévia cláusula de arbitragem, a respeito do procedimento ao qual estarão sujeitas em litígio a ser submetido à arbitragem.

2 QUEM PODE NEGOCIAR?

O negócio processual pode ser celebrado não apenas pelos que ostentam personalidade civil, mas igualmente pelas entidades que, embora desprovida daquela condição, tem aptidão de estar em juízo e, portanto, de ser parte.³

Toda pessoa é dotada de personalidade, isto é, de aptidão para ser titular de posições jurídicas ativas e passiva conforme estabelece o Código Civil Brasileiro em seu art. 1º. Nesse contexto toda pessoa é apta a ser titular de posições na relação jurídica processual. “Daí se dizer que toda e qualquer pessoa tem capacidade de ser parte”⁴

É o caso do menor que pode ser parte no processo, desde que regulamente representado, do espólio, que congrega os direitos e obrigações transmitidos em

² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 470.

³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Negócios processuais: Convênção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 74.

⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Negócios processuais: Convênção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* Salvador: JusPodivm, 2015. p. 75.

razão da morte de pessoa natural e que tende a ter existência transitória, cessando quando consuma a planilha ou adjudicação aos herdeiros e sucessores; da massa falida, que envolve os direitos e deveres do falido; e do condomínio, que reuni direitos dos condôminos, no caso de condomínio horizontal.⁵

Há uma série de discussões a respeito, especialmente no caso de estipulação de normas de natureza procedimental, antes do processo. Alguns doutrinadores sustentam que essa liberdade de pactuar a respeito de procedimento resvalaria em possível nulidade, se, por exemplo, o pacto de natureza processual estiver inserido no ambiente de contratos de adesão. No entanto, os riscos de eventuais abusos nessa negociação anterior ao processo foram levados em conta pelo legislador. Diz a regra do parágrafo único do art. 190 que, de ofício ou a requerimento da parte prejudicada, o juiz aferirá a validade das convenções previstas no art. 190, recusando-lhes aplicação se houver nulidade ou inserção abusiva, na hipótese específica de contrato de adesão, ou, ainda, naquelas situações em que a parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Parece, portanto, que essa primeira crítica já está solucionada no próprio texto normativo, já que o legislador, de algum modo, criou mecanismos de solução para os eventuais problemas que essa nova regra poderia gerar.

Há outra crítica, de caráter ideológico, no sentido de que o art. 190 do novo CPC estaria, na verdade, “privatizando” o procedimento⁶. Alguns, até mesmo, engajam-se ideologicamente nessa discussão, especulando que essa atividade privada das partes poderia afetar o próprio resultado do processo, o que não nos parece correto concluir. As partes podem, sim, pactuar regras de natureza procedimental, e algumas delas já poderiam ser acordadas mesmo antes do Código de 2015, como, por exemplo, a eleição de foro,⁷ sem que se tivesse jamais cogitado dessa espécie de inconveniente. A experiência arbitral demonstra, ademais, que a possibilidade de adequar o procedimento às peculiaridades do caso em julgamento é benéfica a ambas as partes, pois permite, sobretudo, que a instrução probatória se desenvolva de maneira mais objetiva, eficiente e elucidativa.

⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Negócios processuais: Convênção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* Salvador: JusPodivm, 2015. p. 74-75.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In: _____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7-18. p. 87.

⁷ Em 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 335, com o seguinte teor: “É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”.

O novo Código de Processo Civil contempla uma série de regras que estão interligadas e que demandam interpretação ampla e sistemática, para que se possa entendê-lo em toda sua extensão e plenitude. O art. 200 do CPC de 2015, por exemplo, é o primeiro que a testa a sessão relativa aos atos das partes, e estabelece que aqueles consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, o que nos permite concluir, conjugando a leitura desse dispositivo com a do art. 190, que, a partir do início da vigência do CPC de 2015, de fato passou a ter um espaço amplo e profícuo para o negócio jurídico processual.

Existem ainda outros dispositivos cuja leitura é importante para que se possa entender todo o engenhoso mecanismo engendrado pelo legislador em torno do negócio processual. O art. 191 no novo Código, por exemplo, dispõe que o juiz e as partes poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais. Trata-se, uma vez mais, de regra com nítida inspiração no processo arbitral, no qual a fixação de cronogramas para a prática de atos processuais é praxe disseminada e bem-sucedida.⁸

É um avanço, pois, na medida em que esse calendário seja fixado e respeitado pelas partes e pelo juiz, saliente-se, que estará vinculado ao seu cumprimento, a razoável duração do processo estará objetiva e previamente assegurada. Conforme dispõe o § 1.º do art. 191 do CPC de 2015, o calendário vincula as partes e o juiz, de modo que os prazos nele previstos somente poderão ser modificados em casos excepcionais e devidamente justificados.

Há um outro elemento que decorre dessa possibilidade ampla de negócio processual, cuja compreensão é fundamental. Trata-se do § 2.º do art. 191, que estabelece o seguinte: tendo havido o pacto, o negócio que fixou um calendário que passa a vincular partes e juiz, ficam dispensadas todas as intimações das partes para a prática de ato processual ou para a realização de audiências, cujas datas tenham sido previamente designadas no calendário. A eliminação de uma série de atos de comunicação, no curso do procedimento, além de simplificar o seu trâmite, certamente provocará sensível redução do custo público de manejo do processo.⁹

⁸ A respeito, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 702.

⁹ Nesse sentido: DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Sal-

A desnecessidade de atendimento a prazos decorrentes de intimações significa, de alguma maneira, gerar para juiz e para partes mais conforto e menos pressão. Diminuindo a pressão, a qualidade, é razoável supor, aumenta. É intuitivo que, quanto menor a pressão, mais as partes, seus advogados e o juiz agirão com espontaneidade no processo, visando ao alcance do seu efetivo resultado que é a declaração, em sentido amplo, do direito daqueles que estão litigando em juízo, oriundos do microrganismo social representado no processo pelas partes. São alterações extraordinariamente vantajosas, que inserem o novo diploma processual brasileiro na vanguarda da processualística contemporânea.

Há quem sustente, assim como também se tem dito em relação à regra do julgamento por ordem cronológica art. 12 do CPC, que o calendário atrapalhará a gestão do estoque de processos pelo juiz. Parece-nos que, assim como na ordem cronológica, desde que o juiz crie um novo método de gestão, levando em conta todas as alterações do novo Código, ele poderá, sim, gerir com eficiência seu estoque de processos¹⁰, atendendo tanto à expectativa das partes, quanto às regras dos órgãos do tribunal, como a Corregedoria, e dos órgãos de controle administrativo e disciplinar, como o Conselho Nacional de Justiça¹¹. Trata-se, pois, de um grande avanço, que, se bem utilizado, será muito útil para que o procedimento seja mais ágil e previsível.

É interessante aqui que não se confundam os negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como por exemplo, reconhecimento da procedência do pedido, com negócios jurídicos processuais, que tem por objeto o próprio processo em sua estrutura, na sua dinâmica. É desta última modalidade que tratam os artigos 190, 191 e 200 do CPC de 2015. Esses dispositivos não dizem respeito à transação, por exemplo, quanto ao objeto do processo, mas do próprio processo e de suas condições de desenvolvimento ao longo do procedimento.

Além disso, é preciso que se tenha em mente que há algumas garantias,

vador: JusPodivm, 2015. p. 131-178. p. 146.

¹⁰ Sobre o princípio da eficiência, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65-84, jul. 2014.

¹¹ Acerca dos negócios processuais no novo CPC e do gerenciamento processual: THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 257.

inclusive de índole constitucional, que, obviamente, não são passíveis de pactuação, seja em processo arbitral, seja em processo judicial, regido pelo novo Código. Passe o truísmo, as partes não poderão contratar, antes do processo ou ao longo dele, a supressão de direito de defesa, do contraditório, do direito de interpor os recursos cabíveis e produzir provas etc. Afinal, não se pode estabelecer regras que eliminem, por exemplo, garantias constitucionais; mas é lícito estabelecer alterações procedimentais, desde que não ofendam aquelas garantias. São situações absolutamente distintas.

A inovação que insere no ordenamento o negócio jurídico processual certamente é capaz de propiciar um melhor rendimento ao processo, de qualidade e tempo de duração. Está inserida no contexto da ideia de cooperação, que permeia todo o novo Código, e que deve ser entendida como a necessidade de que haja esforço de todos os envolvidos na atividade processual, para que o resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável.

3 LIMITES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1 Limites dos negócios na fase recursal

Para desenvolver o raciocínio acerca das possibilidades negociais sobre qualquer dos requisitos de admissibilidade dos recursos é a resposta ao seguinte questionamento: qual sua finalidade? Qual sujeito processual importa a sua verificação?¹² “É claro que ao recorrido sempre irá interessar ver inadmitido o recurso, mas não é esse o intuito do questionamento; busca-se investigar qual a *ratio* da norma que institui o requisito, qualquer que seja ele.”¹³

Isso porque não é dado a um sujeito negociar a posição de vantagem de terceiro, inclusive por incidência do princípio da boa-fé, que limita o exercício das situações jurídicas ativas.¹⁴Dessa forma, é imperioso averiguar a quem inte-

¹² LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 458.

¹³ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 458.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 335–340, out. 2009. p.335. No caso, a situação jurídica ativa a que nos referimos é o direito das partes de celebrar negócios jurídicos processuais atípicos.

ressa a presença do requisito de admissibilidade, para aferir se ele encontra-se na esfera de disponibilidade das partes de negócio.

Nota-se que a negociação para criação de nova modalidade de recurso consiste em negociação sobre competência funcional, que é absoluta. No entanto, o art. 63 do código de processo civil ao regular expressamente o acordo sobre competência permite que ele exista somente sobre competência relativa, em razão do valor ou do território, afastando a hipótese de negociação sobre competência absoluta.¹⁵

3.2 Limites em relação a prova

Alguns limites se impõem à flexibilização do processo judicial. Tal como na arbitragem, a causa deve tratar de direitos disponíveis e caberá ao juiz controlar a validade das convenções e recusar a aplicação apenas nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou se alguma das partes estiver em situação de vulnerabilidade.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho permitiu verificar que:

Primeiro. Posso estabelecer em procedimento negociado a não recorribilidade da sentença.

A partir do disposto no art. 190, caput, do CPC, que, além de prever expressamente a possibilidade de celebração de negócios jurídico processual, consagra a atipicidade desta negociação, estabelecendo uma cláusula geral de negócio processual, verificou-se que é disponibilizado as partes tanto realizar negócios para ajustar o procedimento às especificidades da causa, quanto para convencionar acerca de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais; situações jurídicas processuais.

Observou-se, ainda que tais convenções poderão ser feitas antes ou durante o processo, de modo que sua celebração antes do início do processo não as descaracteriza enquanto negócio jurídico processual, considerando, como

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1. p. 457.

premissa teórica, o seu conceito como fato jurídico voluntário que tem o seu suporte fático descrito em norma processual, conferindo ao sujeito o poder de escolha da categoria jurídica ou de estabelecimento de certas situações jurídicas processuais, respeitado o limite imposto pelo ordenamento jurídico.¹⁶

Segundo. Acerca dos requisitos de admissibilidade, verificou a necessidade de, no primeiro momento, analisar a razão de sua existência. Isso porque a inadmissibilidade constitui sanção invalidante, o que implica analisar de quem seria o eventual prejuízo, que conforma o suporte fático facilitador de sua aplicação.¹⁷

Terceiro. Por se tratar o recurso, como conceito jurídico-positivo, de remédio voluntário, cuja natureza é extensão do direito de ação, classificando-se o direito de recorrer como direito potestativo, constatou-se que as partes litigantes podem dispor deste direito, inclusive por meio de convenção que estabeleça a supressão da segunda ou da terceira instância, acordando que a lide tramitará somente no juízo originário ou até o segundo grau e que a decisão proferida por um desses juízos, a depender do caso, não se sujeitará a revisão.¹⁸

Quarto. Assim como os negócios jurídicos processuais em geral, aqueles que têm por objeto a fase recursal podem ser celebrados antes ou durante a litispendência: não há, portanto, um prazo inicial ou final para que as partes negociem sobre a fase recursal, desde que a convenção não perca o seu objeto.¹⁹

Quinto. Com relação à apresentação em juízo, pontuou-se que: a) o ideal seria que as partes trouxessem eventual negócio processual pré-existente na primeira oportunidade de manifestação nos autos, não havendo, necessariamente, preclusão, no caso de não apresentação do acordo neste primeiro momento; b) as convenções sobre os requisitos de admissibilidade do recurso deverão ser apresentadas enquanto durar a litispendência, até o momento de interposição do recurso (a exceção do negócio sobre redução ou dilação de prazo, que deve ser

¹⁶ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 475.

¹⁷ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 474-475.

¹⁸ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 474-477.

¹⁹ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 474-477.

apresentado antes do seu transcurso), ou de apresentação das contrarrazões; e c) os negócios pré-processuais sobre a renúncia ao direito de recorrer sequer precisam ser apresentados no processo, mas somente em caso de descumprimento.²⁰

REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65–84, jul. 2014.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 131-178.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 335–340, out. 2009.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: _____. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-101.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In: _____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7-18.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos proventos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001.

THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Negócios processuais: Convênção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* Salvador: JusPodivm, 2015.

²⁰ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios processuais: negócios jurídicos processuais sobre fase recursal*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 474-477.

LIMITES DO PROCEDIMENTO NEGOCIADO NAS INSTÂNCIAS RECURSAIS

Fernando Luiz Carvalho Dantas

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Antecedentes. 3 Negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil. 4 Limites do procedimento negociado nas instâncias recursais. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente ensaio tem como objeto a discussão em torno do dispositivo contido no artigo 190 do Código de Processo Civil promulgado em 2015, que entrou em vigência no dia 18 de março de 2016. A referida norma versa acerca dos denominados negócios jurídicos processuais, instituto que remete à teoria clássica do negócio jurídico albergado pelo direito civil e que foi sufragado pelo direito processual civil dentro de um processo de outorga de maiores poderes aos sujeitos do processo que não o juiz. A teoria dos negócios jurídicos processuais foi tratada em perspectiva histórica, registrando-se os antecedentes na literatura jurídica alemã, francesa e italiana, vindo a ser internalizada pelos doutrinadores brasileiros. Registrou-se o dissenso no campo doutrinário acerca da existência de fatos jurídicos processuais e a repercussão dessa divergência sobre a estruturação da teoria do negócio jurídico processual. O trabalho descreveu a classificação dos negócios jurídicos em típicos – aqueles textualmente previstos no Código de Processo Civil – e dos negócios jurídicos atípicos – aqueles cuja realização não tem previsão expressa no código. A novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi o estabelecimento de uma cláusula geral de negociação procedimental e de situações jurídicas no processo, convencionada antes ou no curso da lide. O trabalho aborda, por fim, as hipóteses limites para convenção em matéria processual nas instâncias recursais, tratando do que a literatura jurídica assenta ser dado às partes convencionar e aquilo que testilha com matérias insuscetível de disposição.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Processo civil. Instâncias recursais.

ABSTRACT

This essay has as object the discussion around the device contained in Article 190 of the Civil Procedure Code enacted in 2015, which entered into force on 18 March 2016. The said standard tells about the so-called procedural legal agreements institute refers to the classical theory of the agreements hosted by civil law and was gathered by civil procedural law within a grant process greater powers to the subjects of the process other than the ju-

dge. The theory of procedural agreements was treated in historical perspective, recording the background in the German, French and Italian legal literature, has been internalized by Brazilian scholars. It was recorded dissent in the doctrinal field about the existence of procedural legal facts and the impact of this difference on the structure of the theory of procedural agreements. The work described the classification of agreements between parties of law suit in typical - those textually provided in the Civil Procedure Code - and atypical legal transactions - those whose implementation has no express provision in the code. The novelty brought by the Civil Procedure Code 2015 was the establishment of a general clause of procedural negotiation and legal situations in the process, agreed before or in the course of the dispute. The work addresses, finally, the chances that limits procedural agreement matters in appellate instances, dealing with the legal literature is based be given the parties agree and what conflicts with theme disposal unsusceptible

Keywords: Procedural agreement. Civil law. Appeal phase.

1 INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações ao ordenamento jurídico brasileiro que somente o decurso do tempo e a sedimentação dos entendimentos da doutrina e dos julgados indicarão a abrangência, a intensidade e a receptividade entre os operadores do direito.

É com destaque no âmbito da literatura jurídica que o procedimento negociado vem sido discutido, máxime diante do maior protagonismo havido pelas partes do processo, pela intensificação do princípio da cooperação e da gradual outorga de poderes de condução compartilhada do processo.

As disposições do art. 190 da Lei Federal 13.105/2015 ampliaram sobremaneira as hipóteses de realização de negócios jurídicos processuais, franqueando-se a possibilidade de que as partes de uma relação jurídica venham estipular as avenças de natureza processual típicas em fase pré-processual sem que haja sequer controvérsia constituída, podendo, ainda, haver entabulamento de negócios jurídicos quanto a procedimentos em instâncias recursais.

É com respeito a realização de negociação quanto a procedimentos negociados em instâncias recursais de que trata o presente ensaio, que no seu primeiro capítulo se propõe a realização de uma resenha doutrinária em torno dos negócios jurídicos, visitando a literatura jurídica para divisar os conceitos de fato jurídico, negócio jurídico, para, assim, determinar o escopo do que vem a ser conceituado negócio jurídico processual, suas categorias e identifica-los

dentre as disposições normativas descritas no corpo do código de processo civil de 1973.

O segundo capítulo destina-se a discutir de forma abrangente as inovações trazidas pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015 quanto a possibilidade de negociação das partes quanto a pactuação procedimental em perspectiva do papel atribuído ao juiz no controle de validade e da eficácia das estipulações.

O terceiro capítulo tratará mais propriamente do tema do ensaio, para realizar análise dos limites do procedimento negociado nas instâncias recursais, assentando as reflexões havidas da literatura jurídica na atualidade e assim delimitar as conclusões acerca do tema.

2 ANTECEDENTES

A ciência jurídica é uma construção social em permanente evolução, permeada pelos acontecimentos e nunca infensa a fatores econômicos, culturais, políticos e sociais que, não raro, se impõem e alteram o alcance e o sentido do conjunto normativo que regula relações no corpo de uma sociedade.

É de se registrar a inflexão dos modelos de codificação processual no curso do tempo, cuja concepção originalmente liberal, no qual o juiz ocupava papel passivo diante da iniciativa dos interessados, convergiu na primeira metade do século XX para uma conformação publicista de contornos inquisitoriais que ampliou sobremaneira os poderes de instrução do juiz, conferindo-lhe um protagonismo substancial e a estatalidade como característica da atividade jurisdicional¹.

Os códigos de processo civil de 1939 e de 1973 comportavam, ao mesmo tempo, influências liberais e traços publicísticos ao direito processual civil², sobressaindo os poderes instrutórios e poder de impulso oficial, com a gradativa

¹ JARDIM, 1982. In: apud REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 9-16, ago. 2015. p. 10.

² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 9-16, ago. 2015. p. 10.

retirada dos poderes das partes o controle sobre o tempo do processo³ a demandar um modelo mais cooperativo⁴

É sob essa perspectiva que se observa as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil – Lei Federal 13.105/2015 – que em boa medida positivou teses consolidadas na jurisprudência dos tribunais e proposições formuladas por processualistas de relevo na literatura jurídica brasileira, tendo por objetivo emprestar maior racionalidade, eficiência e eficácia a jurisdição, consubstanciadas na concepção de sistema multiportas para a solução conflitos⁵, na definição de um modelo de precedentes judiciais com padrão decisório compatível com a Constituição Federal de 1988⁶ e na outorga de poderes às partes para a definição de regras procedimentais.

A outorga de poderes às partes para dispor acerca de negócios processuais é tema que remete a estudos seminais da doutrina alemã, que se incumbiu na definição de do conceito⁷ ao final do século XIX⁸, recebendo contribuições da literatura jurídica italiana⁹ e no direito positivo francês, sob a lógica de maior interação das partes com a dinâmica do processo.

Na literatura jurídica brasileira José Carlos Barbosa Moreira a inflexão no pensamento processualista no século XXI, assentada na defesa dos interesses e necessidades de proteção dos direitos dos indivíduos, se posiciona em contraste com a hipertrofia do Estado¹⁰.

³ ALMEIDA, Digo Assunção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 60.

⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17 ed. Salvador: Jurispodivm, 2015. v. 1. p. 124-131.

⁵ ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoconciliacao.html>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁶ COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jurispodivm, 2014. v. 2. p. 267-284. p. 269.

⁷ DENTI, Vittorio. *Negoziio processuale*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1978. V. 28. p. 138-145. p. 138.

⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81-92. v. 1. p. 81

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3. p. 25-26.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. In: _____. *Temas de*

A ideia ganhou densidade sob a premissa da ampliação no alcance da autonomia da vontade das partes no processo por meio do estabelecimento de autorregramento da vontade das partes em um processo judicial, cujo conceito sugerido por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira consiste num “complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico¹¹”.

Sobre o enfoque de empoderamento das partes do processo com vistas a estabelecer padrão de maior interatividade dos sujeitos da relação processual com a condução do processo é que foi positivada a regra descrita no artigo 190 do Código de Processo Civil que assenta uma cláusula geral de negócio processual, assim dispondo:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Antes de avançar propriamente no tema negócios jurídicos processuais sob a incidência do NCPC, vale a pena dar um breve passo atrás para consolidar aspectos conceituais que balizam a formulação teórica do negócio jurídico para, daí retomar-se o tema do presente ensaio.

A conceituação de negócio jurídico processual demanda a definição que a literatura jurídica emprega para fatos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos, institutos em torno dos quais gravitam os negócios jurídicos em sentido estrito e, por decorrência, os negócios jurídicos processuais.

Os fatos da natureza se convolam em fatos jurídicos quando ganham relevância no mundo do jurídico, como decorrência da incidência de normas que os prevejam, tornando-os fatos jurídicos em sentido estrito.

direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

¹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81-92. v. 1. p. 92.

Ações humanas que contém manifestação de vontade convolam-se em atos jurídicos em virtude da incidência de normas prevendo determinada hipótese e seus efeitos subjacentes.

Marcos Bernardes de Mello trabalha o conceito de atos jurídico em sentido estrito como o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação de conteúdo das relações jurídicas respectivas¹².

Pontes de Miranda ressalta que os atos jurídicos stricto sensu e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da vida inter-humana, na dimensão do direito. Neles e por eles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o¹³.

A presença da manifestação da vontade no ato jurídico guarda estrita correlação com a categoria jurídica existente no ordenamento jurídico, sem que haja possibilidade de que o sujeito prolator da manifestação da vontade possa dispor a esse respeito.

A concepção clássica de negócio jurídico foi erigida sobre a premissa de preservação da vontade individual, como instrumento de realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites¹⁴. O negócio jurídico por Pontes de Miranda é uma espécie de fato jurídico em que a exteriorização de vontade de negócio constitui o elemento cerne de seu suporte fático.

O sistema normativo define o substrato das relações jurídicas com o escopo de regular o conteúdo das relações de direito entre as partes, outorgando que a vontade negocial escolha dentre as espécies existentes as variações quanto a sua irradiação e a intensidade de cada uma, conferindo à primeira hipótese a livre disposição do conteúdo eficaz da relação jurídica que lhe corresponda, e na segunda hipótese é admissível a escolha da categoria negocial e concede-se o

¹² MELLO, Marco Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 164.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3. p. 536.

¹⁴ MELLO, Marco Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 166-167.

poder de estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica, cuja amplitude é variável, não permitido que em nenhuma das hipóteses lançadas a constituição de efeitos que não sejam previstos ou admitidos no sistema normativo¹⁵.

Uma intensa discussão teórica em torno da confusão de negócio jurídico (categoria jurídica) com a declaração de vontade (elemento do suporte fático do negócio jurídico) remanesce na literatura jurídica¹⁶, mas o que se afere do apanhado doutrinário visitado é o conceito de que a exteriorização de vontade é elemento fulcral do negócio jurídico e que, como tal, deve observar os limites impostos pela lei quanto aos efeitos jurídicos iminentes.

Na perspectiva processual há um dissenso quanto a existência de fatos jurídicos processuais, tendo-se, de um lado, uma linha doutrinária que assenta que acontecimentos naturais que caracterizam fatos jurídicos são exteriores ao processo e que não o integram¹⁷, outra linha que assenta que o fato jurídico processual existe desde que ocorrido dentro do processo e tem aptidão de produzir efeitos nele¹⁸, e noutro sentido pensamento jurídico que admite o fato jurídico processual como acontecimento que, integrado ao plano jurídico por meio da norma processual, produz efeitos dentro do processo¹⁹.

Por outro lado, define-se atos processuais em sentido estrito como a manifestação de vontade em que a parte não tem poder de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da situação jurídica, consubstanciada em atos de conhecimento, comunicação²⁰.

A literatura jurídica brasileira diverge sobremaneira acerca da existência dos negócios jurídicos processuais. Juristas de grande relevo têm por inexistentes os negócios jurídicos processuais em virtude de que os atos jurídicos proces-

¹⁵ MELLO, Marco Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225.

¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3. p. 61.

¹⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria de nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 64-65.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2015. p. 13.

¹⁹ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 293-320, Jun. 2007. p. 309.

²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 6.

suais resultam do que preleciona a lei²¹, assentando o teor publicístico do processo civil, o protagonismo do magistrado como condutor primaz do processo, a evidenciar o que Leonardo Carneiro da Cunha denomina dogma da irrelevância da vontade no processo²².

Em sentido diverso, processualistas de grande projeção sustentam a existência dos denominados negócios jurídicos processuais, sob fundamentos diversos, tais como o que as partes pode criar, modificar e extinguir situações jurídicas dentro do processo²³, como que as declarações de vontade das partes são declarações unilaterais de vontade ao juiz ou tribunal às quais se reconhecem como negócios jurídicos²⁴, como atos das partes são atos podem se revestir de manifestações de vontade dispositivas unilaterais, concordantes ou contratuais²⁵, como convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual²⁶, como atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, dispondo sobre questões do processo²⁷, e como atos processuais qualificados como negócios processuais atípicos²⁸.

Leonardo Carneiro da Cunha afirma haver um tipo de negócio jurídico processual previsto em lei, o que implica que as hipóteses de negócios jurídicos descritos na lei processual são denominados negócios jurídicos típicos, listando as espécies de negócios jurídicos processuais que deno-

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições do direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 484; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2015. p. 15-16. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria de nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69-70.

²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 9.

²³ TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 190-194. v. 54. p. 190-192.

²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 1. p. 101.

²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006p. 291-292.

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 87-98.

²⁷ GRECO, Leonardo. Atos de disposição: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 290-304.

²⁸ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 293-320, jun. 2007p. 318.

mina típicos, tais como: (i) acordos de eleição de foro; (ii) prorrogação de competência relativa; (iii) convenções sobre prazos dilatatórios; (iv) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa; (v) desistência do recurso; (vi) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação; etc.²⁹.

Por outro lado, há atos processuais que, muito embora não positivados no texto das normas processuais, se prestam para adaptar procedimentos a fim de adequá-lo às peculiaridades do caso concreto³⁰, o que literatura jurídica denomina coparticipação dos sujeitos processuais na construção da decisão que deva solucionar os casos submetidos ao crivo judicial³¹.

Em síntese, a realização de negócios jurídicos é produto da autonomia de vontades³² ou do que se denomina *autorregramento* das vontades das partes³³ e no campo processual a dicção do dispositivo do artigo 190 do Novo Código de Processo Civil sedimenta uma ampliação no rol de possibilidades de que as partes no processo realizem estipulações de parte a parte, quanto a procedimentos e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, o que ressalta o papel da autonomia da vontade na determinação pela realização de negócios jurídicos no direito processual civil.

Feitas as considerações precedentes é possível prosseguir na descrição das inovações trazidas pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015 quanto a possibilidade de negociação das partes quanto a convenção procedimental e o papel atribuído ao juiz no controle de validade e da eficácia das estipulações.

²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 31 out. 2016

³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual do acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

³¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

³² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 31 out. 2016

³³ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 9-16, ago. 2015

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O dispositivo do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 veicula uma cláusula geral autorizadora dos negócios processuais atípicos, o que permite ajustes de vontade das partes de forma a modular o procedimento e posições jurídicas processuais além das hipóteses positivadas no texto legal³⁴, avenças que devem estar dotadas da necessária adequação à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger³⁵.

As disposições do artigo 190 não se limitam a franquear a possibilidade de que as partes convençionem sobre procedimentos em um processo, podendo estipular acerca de situações jurídicas processuais - ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo - ou seja, convençionar os efeitos jurídicos irradiados de fatos jurídicos processuais havidos no processo³⁶, sendo necessário oportuno visitar a lição de Marcos Bernardes de Mello que assenta que o fato jurídico produzirá toda a gama de efeitos jurídicos previstos pelo sistema jurídico, à exceção do que poderão ser escolhidos pela comunidade jurídica³⁷, ponto que franqueia a possibilidade de que partes do processo possam convençionar os efeitos jurídicos havidos como corolário de suas declarações de vontade.

A realização de negócios jurídicos processuais deve se submeter a pressupostos subjetivos - ostentar personalidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos - e objetivos - aptidão de que o objeto do acordo submeta-se a autocomposição e a existência de situação de equilíbrio entre as partes³⁸, estando jungidos ao controle judicial da validade das convenções, tendo como parâme-

³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <<http://goo.gl/6Qw1xv>>. Acesso em: 31 out. 2016.

³⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.8. t.1. p. 18-20.

³⁶ COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 445-479. p. 453.

³⁷ MELLO, Marco Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231.

³⁸ MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 147-160. v. 3. p. 150

tros as nulidades, inserção abusiva em contratos de adesão ou a ocorrência de situação de manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes.

Importa salientar o sentido empregado pelo texto legal do parágrafo único do art. 190 do NCPC, que de certa forma restringe o campo de atuação do magistrado no controle da validade das convenções, “*recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*”.

O regime de nulidades incidente na hipótese delineada pelo parágrafo único do art. 190 do NCPC, remete às disposições insertas nos arts. 166, 167 e 168 do Código Civil, de onde se origina a necessidade de incolumidade do elemento volitivo das partes, a plena consciência da realidade experienciada, ambiente de liberdade de escolha e de boa fé, sob pena de caracterização de vício de erro, dolo ou coação³⁹, havendo de registra interessante a abordagem de Flávio Luiz Yashell que destaca a possibilidade controle judicial as disposições que de alguma forma tenham impacto sobre questões de ordem pública⁴⁰.

Assim, é possível divisar o campo de atuação do magistrado no controle da validade das convenções realizadas no bojo do processo e antes desse, às hipóteses de nulidades dos negócios jurídicos dispostos no Código Civil Brasileiro, à não violação de normas de ordem pública, à não ocorrência de cláusula que se revele abusiva em contrato de adesão ou convenção que imponha alguma das partes da relação jurídica em situação de vulnerabilidade.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que às partes não toca o direito de convencionar sobre seus deveres processuais constantes do artigo 77 do NCPC⁴¹, enquanto Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que as convenções realizadas pelas partes não podem versar sobre os poderes do juiz⁴².

O Fórum Permanente de Processualistas (FPP) expediu na denominada

³⁹ YASHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 63-80

⁴⁰ YASHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 63-80. p. 72.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. xx

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

Carta de Vitória 38 enunciados versando sobre negócios processuais, dos quais são alguns aqui consignados:

- (I) Enunciado 6 - O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação;
- (II) Enunciado 16 - O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo;
- (III) Enunciado 17 - As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção;
- (Iç) Enunciado 18 - Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica;
- (ç) Enunciado 19 - São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso¹⁴, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si;
- (çI) Enunciado 20 - Não são admissíveis os seguin-

tes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância;

(çII) Enunciado 21 - São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais;

(çIII) Enunciado 115 - O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores

(IE) Enunciado 131 - Aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 190 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos;

(E) Enunciado 132 - Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190;

(EI) Enunciado 133 - Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial;

(EII) Enunciado 134 - Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente;

(EIII) Enunciado 135 - A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.;

(EIç) Enunciado 252 - O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento;

(Eç) Enunciado 253 - O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte (Resolução n.º 118/CNMP);

(EçI) Enunciado 254 -) É inválida a convenção para

excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica;

(ΞζII) Enunciado 255 É admissível a celebração de convenção processual coletiva;

(ΞζIII) Enunciado 256 - A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual;

(ΞΙΞ) Enunciado 257 - O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais;

(ΞΞ) Enunciado 258 - As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa;

(ΞΞI) Enunciado 259 - A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio;

(ΞΞII) Enunciado 260 - A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.

(ΞΞIII) Enunciado 261 - O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190

(ΞΞIζ) Enunciado 262 - É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença

(ΞΞς) Enunciado 392 - As partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do Amicus Curiae;

(ΞΞςI) Enunciado 402 - A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo;

(ΞΞςII) Enunciado 403 - A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma

prescrita ou não defesa em lei;

(EEÇIII) Enunciado 404 - Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem;

(EEIE) Enunciado 405 - Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;

(EEE) Enunciado 406 - Os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente;

(EEEI) Enunciado 407 - Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé;

(EEEEII) Enunciado 408 - Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente;

(EEEEIII) Enunciado 409 - A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual;

(EEEEIÇ) Enunciado 410 - A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual;

(EEEÇ) Enunciado 411 - O negócio processual pode ser distratado;

(EEEEÇI) Enunciado 412 - A aplicação de negócio processual em determinado processo judicial não impede, necessariamente, que da decisão do caso pos-

sa vir a ser formado precedente;

(ΞΞΞζII) Enunciado 413 - O negócio jurídico processual pode ser celebrado no sistema dos juizados especiais, desde que observado o conjunto dos princípios que o orienta, ficando sujeito a controle judicial na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC;

(ΞΞΞζIII) Enunciado 414 - O disposto no §1º do artigo 191 refere-se ao juízo;

A iniciativa que foi também adotada no âmbito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), com a finalidade de lançar *guidelines* de atuação dos magistrados perante as situações em que se de-frotem com estipulações de natureza processual entres as partes de um proces-so, valendo, doravante registra-las:

(I) Enunciado 36 - A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) sub-traiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de Amicus Curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipu-lem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei;

(II) Enunciado 37 - São nulas, por ilicitude do obje-to, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) auto-rizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de compe-tência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação;

(III) Enunciado 38 - Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atí-

pica (arts. 190 e 191 do CPC/2015);

(Iç) Enunciado 39 - Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1º, do CPC/2015);

(ç) Enunciado 41 - Por compor a estrutura do julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes;

Há nas instâncias institucionais de processualistas e de magistrados sinalizações convergentes quanto a admissão de validade de certas espécies de estipulações e de divergências pontuais acerca da validade de negócios jurídicos, sendo curial registral que avenças que mitiguem os poderes de instrução dos magistrados, que afastem a atuação do Ministério Público ou que modifiquem as hipóteses de recorribilidade são, *prima facie*, rejeitadas pelas instâncias institucionais alhures mencionadas.

Vale registrar, ainda, que os enunciados emitidos pelo FPP e pela ENFAM não versam sobre a realização de negócios jurídicos processuais nas instâncias recursais, o que enseja concluir que as reflexões até aqui realizadas autorizam adentrar no que se definiu o objeto principal do presente ensaio que é a análise dos limites do procedimento negociado nas instâncias recursais, a serem realizadas no próximo capítulo.

4 LIMITES DO PROCEDIMENTO NEGOCIADO NAS INSTÂNCIAS RECURSAIS

A miríade de questões colocadas pela literatura jurídica com respeito a possibilidade de que sujeitos de uma relação jurídica realizem negócios jurídicos previamente ou no curso de um processo judicial têm, por certo, nos limites objetivos e subjetivos do procedimento negociado nas instâncias recursais um dos temas mais instigantes.

À míngua de pronunciamentos judiciais sinalizando tendências no padrão decisório quanto ao alcance das convenções no âmbito recursal, as considerações expedidas, neste momento, pela literatura jurídica devem ser tomadas com a necessária ponderação, valendo, no entanto, sistematizar posições as dou-

trinárias e no bojo das instâncias de pesquisa em processo civil já emitidas, e a partir desse referencial tecer considerações quanto aos limites do procedimento nas instâncias recursais.

Como já fora sinalizado, as normas cogentes e que estejam alojadas no código com o escopo de estabelecer poderes de instrução do juiz, organização funcional da jurisdição e de atuação do Ministério Público não são, em regra, suscetíveis de integrar convenções entre as partes de uma relação jurídica de natureza processual, porquanto uma avença desta categoria suprimiria atributo que, em tese, pode vulnerar aspectos que a doutrina afeta a ordem pública.

A lógica envolvida no estabelecimento de convenções de cunho processual por parte de sujeitos de uma relação jurídica sinaliza a existência de um *quid pro quo* pelo qual vantagens de parte a parte são obtidas com a definição de procedimentos diversos do figurino descrito na legislação positiva. Neste contexto, a análise de perdas e ganhos por convencionar cláusulas processuais deve se compatibilizar com os limites impostos pelo ordenamento jurídico cogente, máxime com respeito a normas que impactam o funcionamento da jurisdição, tais como competência absoluta, poderes instrutórios do magistrado, ampliação de hipóteses recursais, etc.

No âmbito recursal a modificação, por convenção das partes, do rol de hipóteses recursais além das previstas no ordenamento jurídico conflita com o princípio da taxatividade, segundo o qual somente são considerados como recursos aqueles indicados, em rol taxativo, pela lei federal⁴³, compatibilizando o princípio da celeridade da justiça com os do controle e revisão das decisões judiciais⁴⁴.

Os requisitos de admissibilidade intrínsecos compreendem o cabimento a legitimidade, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, e os requisitos de admissibilidade extrínsecos são a tempestividade, a regularidade formal, a regularidade formal e o preparo⁴⁵.

A convenção entre as partes que estipule alterações nos requisitos de admissibilidade recursal deve ser visto sob a perspectiva da limitação legal quanto a disponibilidade e da incidência do princípio da adequação, pelo qual se impõe

⁴³ NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

⁴⁴ NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 205.

que os procedimentos e disposições a este respeito devam ser os mais adequados possíveis (para as peculiaridades da causa, às necessidades do direito material, às pessoas dos litigantes), para que mediante uma prestação jurisdicional eficiente, a tutela jurisdicional possa realmente ser efetiva⁴⁶.

Na interessante a abordagem feita por Julia Lipiani e Julia Siqueira assentam as processualistas que dos requisitos de admissibilidade recursal exigidos para o exercício do ônus recursal, os admitidos como objeto de convenção são o da legitimidade recursal de terceiro que não integra a relação processual e o requisito da tempestividade, que pode ser modificado por disposição das partes⁴⁷. Entende-se consistente os argumentos que alicerçam o entendimento esposado pelas autoras quanto convenção sobre os requisitos de admissibilidade da legitimidade recursal e da tempestividade.

A análise da validade de convenção das partes de uma relação jurídica acerca da renúncia recursal requer definição do que vem a ser recurso, conceituado como remédio jurídico voluntário, e não compulsório, um direito potestativo que admite a possibilidade de renúncia antecipada e de forma anunciada⁴⁸.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira entende admissível pacto de não recorribilidade, pontuando ser plenamente possível a disposição quanto a manutenção de uma demanda judicial em apenas uma instância jurisdicional⁴⁹, situação que é prevista expressamente em legislações processuais francesa⁵⁰ e portuguesa⁵¹.

⁴⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 9-16, ago. 2015. p. 2.

⁴⁷ COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 445-479. p. 463-464.

⁴⁸ COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 445-479. p. 466.

⁴⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 81-92. p. 25.

⁵⁰ Article 41- "Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Elles peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort".

⁵¹ Artigo 681

A discussão acerca da inconstitucionalidade da supressão de instância por ato dispositivo não encontra, em verdade, guarida na literatura jurídica⁵², razão pela qual se o legislador pode restringir o direito de recorrer, máxime as partes do processo⁵³.

Do que exsurge, no entanto, da assertiva possibilidade de convenção acerca da renúncia do direito de recorrer são questões atinentes ao conteúdo decisório, a saber: (i) podem as partes discutir a justiça de uma decisão eivada de vícios de fundamentação? (ii) erros de procedimento que impliquem sentença injusta são suscetíveis de rediscussão ou estão excepcionados pela convenção que estabelece a limitação a recurso?

A literatura jurídica ainda não aponta com clareza as respostas para tais questões. Contudo, é possível ter em perspectiva a modulação de normas convencionais que prevejam a possibilidade de recurso diante de sentenças evidentemente defeituosas ou na ocorrência de error in procedendo que implique prejuízos consubstanciados em sentenças injustas.

Antes de concluir o presente capítulo vale visitar a síntese do artigo de Julia Lipiani e de Marília Siqueira para assim arrematar: (i) Não há possibilidade de celebração de negócio jurídico processual que constitua novas modalidades recursais ou que estabeleça novas hipóteses de cabimento; (ii) é possível convenção entre as partes de uma relação jurídica acerca da legitimação extraordinária recursal e da modificação de prazo recursal; (iii) é possível as partes de uma relação jurídica dispor sobre o direito de recorrer de sentenças⁵⁴.

1 - É lícito às partes renunciar aos recursos; mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes.

2 - Não pode recorrer quem tiver aceitado a decisão depois de proferida.

3 - A aceitação da decisão pode ser expressa ou tácita. A aceitação tácita é a que deriva da prática de qualquer facto inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer.

4 - O disposto nos números anteriores não é aplicável ao Ministério Público.

5 - O recorrente pode, por simples requerimento, desistir livremente do recurso interposto. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 239-240; NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rer. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 167.

⁵³ COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 445-479. p. 468.

⁵⁴ COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais so-

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio teve o objetivo de analisar os limites do procedimento negociado nas instâncias recursais, escopo que não se esgota diante da infinidade de situações jurídicas possíveis no curso de um processo, máxime quando se defronta com hipóteses tais como de convenção realizada em litispendência que estipule a desistência de recurso selecionado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou julgamentos de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, situações em que a jurisprudência não admite desistência recursal.

O tema, diante da abrangência e da repercussão potencial no funcionamento do Poder Judiciário, ainda será objeto de grandes esforços no âmbito acadêmico e aguarda com grande ansiedade as primeiras manifestações da jurisprudência quanto aos limites do que podem as partes convencionar no campo processual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Digo Assunção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoconciliacao.html>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 293–320, Jun. 2007.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 445-479.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I) legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça

bre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 445-479. p. 475-476.

no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jurispodivm, 2014. v. 2. p. 267-284.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 31 out. 2016.

DENTI, Vittorio. *Negozió processuale*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1978. V. 28. p. 138-145.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17 ed. Salvador: Jurispodivm, 2015. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual do acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 290-304.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.8. t.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MELLO, Marco Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 87-98.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. In: _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 147-160. v. 3.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rer. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 81-92.

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

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria de nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 9-16, ago. 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<http://goo.gl/6Qw1xv>>. Acesso em: 31 out. 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva. 1977. p. 190-194. v. 54.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

YASHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 63-80.



TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Pietro Pimenta¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O método dos precedentes. 3 Conclusão. Referências

RESUMO

O presente artigo tem o escopo de abordar, de forma breve e introdutória, a adoção do sistema de precedentes obrigatórios pelo Código de Processo Civil de 2.015. Será feita uma análise da origem do sistema de precedentes, bem como do seu objetivo de uniformização, estabilização e integração da jurisprudência, a fim de estruturar o sistema de precedentes adotado pelo Brasil.

Palavras-chave: Precedente judicial. *Ratio Decidendi*. Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

This article has the objective of analysing, in a brief and introductory manner, the adoption of a mandatory precedents system by the Civil Procedure Code of 2.015. An analysis of the origin of the precedents system is carried out, as well as its objective of uniformization, stabilization and integration of jurisprudence, by means of structuring the precedents system adopted by Brazil.

Keywords: Judicial precedent. *Ratio Decidendi*. New Civil Procedure Code.

1 INTRODUÇÃO

Através de diversas reformas legislativas ocorridas no Brasil nos últimos 20 anos, é visível a importância que o uso dos precedentes vem adquirindo. Como forma de consolidar essa importância, o Código de Processo Civil de 2015 traz, nos artigos 976 a 987 – no que se refere ao incidente de resolução de demandas repetitivas – e nos artigos 1.029 a 1.041 – processamento e julgamento dos recursos especiais e extraordinários – diversas recomendações e imposições

¹ Advogado; pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD; membro pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC; e-mail: pietro.pimenta@outlook.com.

acerca do uso dos precedentes para julgamento das lides.

O surgimento de uma teoria acerca dos precedentes teve primazia na *common law*, na qual é feita uma “cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e do caso concreto em discussão”², com reconhecimento amplo da autoridade e eficácia das decisões judiciais. Já na *civil law*, que considera a lei como fonte primária do direito³, “a tendência é que o jurista busque apenas as conclusões do julgado, a regra geral, ignorando as particularidades fáticas”⁴.

Faz-se necessário questionar, portanto, o que é um precedente. A resposta está na análise da decisão judicial: quando o Estado-juiz se manifesta de maneira definitiva para resolver um conflito, ele estabelece “a solução de um caso e [ao mesmo tempo] modelo de solução para casos futuros”⁵ – fenômeno nomeado de “dualidade da atividade jurisdicional”⁶. A lei se origina de um procedimento legislativo que visa a regulamentar uma matéria específica, ao que o nascimento do precedente ocorre na atividade jurisdicional, ou seja, é resultado da aplicação do direito ao caso concreto.

Neste sentido, o que constitui o núcleo do precedente é a tese jurídica encampada – *ratio decidendi* –, que pode ser compreendida na fundamentação como norma geral aplicável posteriormente⁷. Diferentemente do conceito de “ju-

² PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015.

³ STRECK, Lênio Luiz. *Senso Incomum*: dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015.

⁵ JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 18.

⁶ JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 18..

⁷ JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/>

risprudência”, que deflagra o entendimento de um órgão jurisdicional por meio da aplicação reiterada de um conjunto de precedentes, o precedente representa uma só decisão, que, não obstante, pode possuir eficácia vinculante⁸.

O resultado prático é que, nos países que utilizam o sistema da *civil law*, os precedentes têm, em sua maioria, papel meramente persuasivo, por não serem dotados de força vinculante. Caso haja obediência a eles, esta se deve, principalmente, ao peso dos argumentos, e não à sua autoridade.⁹

O *civil law* sistematizou-se tomando por base os diversos sistemas jurídicos existentes no continente europeu, em especial o *corpus juris civilis*. Deu origem, assim, a um conhecimento significativamente próximo ao direito romano, fortemente baseado em regras escritas e no predomínio da lei codificada. Com isso, a norma jurídica destina-se não apenas à solução de um caso concreto, mas também como ditame geral e abstrato para as variadas condutas sociais. Embora possua inegável aspecto prático, a lei dispõe também sobre considerações de justiça, moral, política, e de harmonia do sistema sócio-jurídico em sua totalidade.

Já quanto à *common law*, este sistema baseia a atividade jurisdicional na aplicação, pelos órgãos julgadores, de decisões padronizadas a casos semelhantes. Este sistema confere enorme peso ao precedente judicial, de forma que uma decisão será a estrutura-base do raciocínio a ser aplicado na resolução da demanda posterior.

Neste tipo de ordenamento jurídico a lei não possui a natureza ampla e abstrata encontrada no sistema romano-germânico; tem, em verdade, um aspecto mais individualizado. No que diz respeito a formulação de uma decisão judicial, não há hierarquia de aplicação entre o texto normativo e uma decisão anterior, vez que frente a um caso concreto o julgador analisará com a mesma medida a lei e as decisões anteriores sobre casos similares ao em questão. Estes

ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 18..

⁸ JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 18..

⁹ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015.

precedentes indicarão a forma de resolução e aplicação da lei.

Ainda que, oficialmente, se filie ao sistema legal romano-germânico (*civil law*), o Brasil já não mais o segue de forma integral, de modo que nas últimas décadas passou a conferir grande relevância aos precedentes judiciais. Desta maneira, acena ao sistema anglo-americano do *common law*, incorporando parte de suas principais características. Isto se mostra claro pelo fato da lei conceder eficácia aos precedentes em determinadas ocasiões – evidentemente, por exemplo, no caso das súmulas de força vinculante, atribuídas ao Supremo Tribunal Federal em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45.

Por meio do Código de Processo Civil de 2.015, é instaurada uma sistemática de precedentes vinculantes, que, conforme o *caput* do artigo 926, deve ser uniformizado pelos tribunais, de forma a manter sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente”¹⁰. Acredita-se, portanto, que, através da instauração expressa pela lei de um regime de precedentes judiciais, torna-se inquestionável o caráter híbrido da tradição jurídica brasileira, que mescla elementos da *civil law* a elementos da *common law*.

Quanto à uniformização da jurisprudência, aduz Didier Jr. que

O dever de uniformizar pressupõe que o tribunal não possa ser omisso diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica. O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.¹¹

A instauração da sistemática de precedentes vinculantes, entretanto, não excluiu do ordenamento os precedentes de caráter persuasivo. Estes continuam a existir, porém em menor quantidade, como, por exemplo, as decisões de tribunais locais em matéria de legislação nacional, enquanto não houver sido estabelecido algum precedente pelos tribunais superiores¹².

¹⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

¹¹ DIDIER JR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte*, v. 18, n. 36, p. 1-19, 2015. p. 3.

¹² PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015.

2 O MÉTODO DOS PRECEDENTES

Inicialmente, mister esclarecer a função do processo, para que melhor se aponte seu funcionamento. Nas palavras de Erick Wolkhart,

O processo tem dupla dimensão: é, ao mesmo tempo, uma técnica e um instrumento. Como instrumento, volta-se para determinados objetivos, ideologicamente determinados – escopos. Como técnica, permite a construção de instrumentos aptos ao atingimento daqueles escopos.¹³

A internalização da teoria dos precedentes ao ordenamento brasileiro requer a adoção de métodos nela desenvolvidos, especialmente no que tange à individualização dos precedentes – *distinguishing* –, bem como sobre a superação dos entendimentos – *overruling*.¹⁴

O *distinguishing*, como método, designa a “comparação entre o caso em análise e o caso paradigma”¹⁵. Partindo do caso em análise, o magistrado deve identificar as circunstâncias fáticas que envolvem o conflito, para que seja possível estabelecer semelhanças e diferenças entre este e o precedente invocado – situação em que, após finalizada a comparação, é concebido o *distinguishing* como resultado¹⁶. Este método tem sua previsão normativa no § 1º do art. 489 do CPC de 2.015¹⁷, que destaca a necessidade de fundamentação, pelo magistrado, caso

¹³ WOLKART, Erick Navarro. Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 409-433, maio, 2015.

¹⁴ RAMOS, Vinicius Estefaneli. *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹⁵ JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 55.

¹⁶ JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 59.

¹⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar

faça uso desta técnica.

Quanto ao *overruling*, trata-se de técnica “através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente”¹⁸. Por meio desta técnica o direito baseado em precedentes consegue se desenvolver de maneira natural, acompanhando a sociedade. Porém, é necessário ressaltar a especial importância de se ter uma fundamentação concreta, já que a desconstituição da eficácia de um precedente pode implicar em insegurança jurídica¹⁹. Sua previsão encontra-se, também, no art. 489, § 1º, do CPC 2.015, ao fazer menção à possibilidade de superação do entendimento do precedente.

Em vistas à problemática da segurança jurídica, foi desenvolvida a técnica do *prospective overruling*, que muito se aproxima da *modulação temporal de efeitos decisórios* que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando. Por meio desta técnica é possível indicar que a superação de determinado precedente terá efeitos *ex nunc*, ou seja, a nova postura adotada pelo tribunal é que vai reger os próximos casos.²⁰

Ressalta-se que o termo utilizado para caracterizar o *overruling*, qual seja, *superação*, não deve ser interpretado de forma a permitir a revogação de entendimento do tribunal superior pelo tribunal inferior. Sua exegese deverá ser no sentido de haver absoluta necessidade de fundamentação quando da aplicação

a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

¹⁸ JESUS, Priscila Silva de. Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 59.

¹⁹ RAMOS, Vinicius Estefaneli. *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁰ GUEDES, Jefferson Carús; PADUA, Thiago Aguiar de. Pedaladas Jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaldas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

de entendimento divergente do precedente apontado. Nesta esteira de pensamento, Ravi Peixoto, ao afirmar que

[...] o termo *superação* no texto não deve ser entendido em seu aspecto literal – permitindo que tribunal inferior possa revogar o entendimento do tribunal superior –, mas no sentido de que haverá sempre um forte dever de fundamentação para a não adoção de um entendimento jurisprudencial invocado (caso ele seja aplicável). Não se tem o dever de seguir aquele precedente, mas há a obrigação de entendê-lo como um argumento a ser considerado para a resolução da questão jurídica, especialmente nas hipóteses em que ele advenha de Corte superior.²¹

Jorge Amaury Nunes explica as técnicas apontadas através da forma de seu uso por países que adotam o *common law* como sistema processual, da seguinte forma:

a corte de justiça, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, está autorizada a não aplicar o precedente, seja porque realmente não se ajusta ao caso concreto (*distinguishing*), seja porque o precedente não mais satisfaz aos ideais de justiça da época e merece ser revogado (*overruling*).²²

Estas técnicas têm como escopo, além de permitir a justa aplicação de um precedente ao caso concreto, impedir uma estagnação do direito frente às incessantes mudanças da sociedade. Neste sentido a lição de Erick Wolkart:

Os precedentes, de certa forma, fazem no *common law* o mesmo papel da legislação no *civil law*. Ocorre que, na concepção *pós-positivista*, o direito não pode mais ser contemplado como algo estático, mas sim como um objeto dinâmico, de modo que seu momento mais importante reside na aplicação da norma.²³

Demonstrado, portanto, que, ao contrário do que alguns acreditam, a mescla dos sistemas *civil law* e *common law* utilizada pelo Código de Processo Civil de 2.015, evidenciada pelo regime de aplicação obrigatória dos precedentes, pode tornar a prestação jurisdicional mais justa, na medida que as decisões vão sendo tomadas conforme contextos fáticos delimitados, e evoluindo para se adequar aos novos casos apresentados.

²¹ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). Revista de Processo, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015. p. 5.

²² NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

²³ WOLKART, Erick Navarro. Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. Revista de Processo, São Paulo, v. 243, p. 409-433, maio, 2015.

O Código de Processo Civil de 2.015 jamais deverá ser visto como solução milagrosa para as inúmeras questões que causam preocupação há tempo. Poderá ser, sim, se bem compreendido, e bem aplicado, um dos muitos meios voltados a pavimentar uma via de acesso seguro para um modelo mais eficiente, mais justo, e mais seguro, de prestação jurisdicional.

3 CONCLUSÃO

No direito brasileiro a lei deixa de ser a única diretriz jurisdicional, exigindo-se também uma grande valoração e interpretação dos princípios adotados pelo ordenamento, bem como sobre a forma como o pensamento vem sendo construído nas manifestações judiciais. Assim, abre-se ao julgador a possibilidade de moldar sua interpretação da norma legal, fugindo da simples aplicação mecânica das fórmulas previstas na lei.

Ocorre, através da implementação da teoria dos precedentes no direito processual brasileiro, positivada pelo Código de Processo Civil de 2.015, uma convergência de sistemas jurídicos, com o ordenamento brasileiro adquirindo inegável caráter misto ao situar-se entre a *civil law* e a *common law*. Percebe-se, portanto, a inegável utilidade dos precedentes, seja em homenagem ao princípio da celeridade, seja pela proteção da segurança jurídica por meio da uniformização de entendimentos por parte dos tribunais superiores, bem como a aplicação destes pelos demais tribunais.

Conclui-se apontando que, dentre as técnicas existentes, a distinção é uma das mais importantes, pois pode ser utilizada por qualquer juiz, de qualquer instância, e se dá a partir da análise da similitude fática entre o caso concreto e o precedente invocado para que seja verificada a viabilidade de sua incidência. É, portanto, uma “forma contínua de delimitação do precedente originário a partir dos casos posteriores, sendo essencial na dinâmica dos precedentes”²⁴.

²⁴ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código De Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

DIDIER JR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte*, v. 18, n. 36, p. 1-19, 2015.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

GUEDES, Jefferson Carús; PADUA, Thiago Aguiar de. *Pedaladas Jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

JESUS, Priscila Silva de. *Precedente Judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: mais uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-335, out. 2015.

RAMOS, Vinicius Estefaneli. *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Senso Incomum*: dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

WOLKART, Erick Navarro. Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 409-433, maio, 2015.



UNICEUB
Centro Universitário de Brasília

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-61990-59-6



9 788561 990596