



Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

82
julho/dezembro 2015

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



82

JULHO/DEZEMBRO 2015



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Mariângela Sarrubbo Fragata

*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos
e Diretora da Escola Superior da PGE*



ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – Jardim Paulista
CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil
Tel. (11) 3286-7016/7009
Homepage: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

**Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos e
Diretora da Escola Superior da PGE**

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Fábio André Uema Oliveira, Joyce Sayuri Saito e Mirian Kiyoko Murakawa

Comissão Editorial

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Anselmo Prieto Alvarez, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fássio

Revista

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 1.000 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS OU “ENFRENTANDO O LEVIATÃ NOS NOVOS MARES DA CONSENSUALIDADE”	1
Bruno Lopes Megna	
AS NORMAS FUNDAMENTAIS E A CLÁUSULA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: MARCAS DO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ...	31
Thaís Carvalho de Souza	
DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ANÁLISE COMPARATIVA DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS OCORRIDAS NA NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL.....	47
Heloise Wittmann	
DEFESAS DO RÉU: PRAZOS, PRINCÍPIOS INERENTES, FORMA E CONTEÚDO	75
Nathaly Campitelli Roque	
NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS NO NOVO CPC	91
Marcelo José Magalhães Bonizzi	
O AGRAVO DE INSTRUMENTO (E O NÃO AGRAVO) NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	135
Américo Andrade Pinho	

OUTROS MEIOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA E DE SEUS EFEITOS NO NOVO CPC, ALÉM DA AÇÃO RESCISÓRIA	169
Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo	
PANORAMA DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: PRERROGATIVA DE PRAZO, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E REMESSA NECESSÁRIA.....	191
Pedro Fabris de Oliveira	
PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	213
Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri	
REVELIA, PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E SANEAMENTO NO NOVO CPC	229
Plínio Back Silva	
SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL OU LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NEGOCIAL	293
Nelson Finotti Silva	
UMA VISÃO GERAL DA TUTELA PROVISÓRIA NO NCPC	307
Anselmo Prieto Alvarez	

Apresentação

Com o novo Código de Processo Civil¹ surge a esperança de novos rumos na confirmação de direitos, de maior efetividade do processo, renovação aguardada por toda a comunidade de processualistas civis brasileiros.

Atento às mudanças e com o desígnio de manter os Procuradores do Estado sempre atualizados a respeito das alterações legislativas, o Centro de Estudos reuniu textos dos professores e palestrantes da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que, gentilmente, atenderam ao nosso chamado e elaboraram artigos sobre os respectivos temas de suas aulas. Com isso, esperamos contribuir na atualização profissional e intelectual dos Procuradores do Estado que, diariamente, confrontar-se-ão com novos desafios na defesa do interesse público.

As alterações são várias.

A adoção do precedente como fonte do direito em um país que adota o sistema da *civil law* certamente ensejará discussões férteis e nos fará refletir sobre o futuro processual que desejamos. As alterações específicas que atingirão a Fazenda Pública e suas prerrogativas também são temas que não poderiam faltar neste volume, como a questão da intimação pessoal da Fazenda Pública, novidade polêmica e importante do novo diploma.

Outro tema que se refletirá no trabalho da advocacia pública, e certamente suscitará dúvidas, é a questão da consensualidade na solução de conflitos que envolvem a Fazenda Pública. O novo CPC, combinado com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), ensejará mudanças legislativas, mas também influenciará o modo tradicional de se pensar a legalidade e a indisponibilidade do interesse público. Embora persista a necessidade de observância desses princípios, abriu-se a oportunidade de diálogo e ampliaram-se as possibilidades de solução de conflitos, até para atendimento das atuais conjunturas que passaram a exigir maior participação social na tomada de decisões que lhes atinjam. Nesse diapasão,

1 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

também inovou o legislador ao prever o processo cooperativo, exigindo que a sociedade, a despeito do litígio, observe sempre o diálogo e a boa-fé.

Foram analisadas, ainda, a questão da substituição processual e as alterações relativas à concessão de tutela provisória e respostas do réu, inclusive as consequências no caso da revelia. A audiência de instrução e julgamento e o agravo de instrumento também sofreram alterações relevantes que foram objeto de análise detalhada neste número da Revista, assim como a ação rescisória e outros meios de desconstituição da coisa julgada.

Por fim, chamo a atenção para o artigo *Normas Fundamentais do Processo Civil e os Princípios Constitucionais e Processuais no Novo CPC*, que, na verdade, é a transcrição de aula ministrada na ESPGE, na qual o professor, com didática invejável, nos brindou com um panorama das principais novidades trazidas pelo novo CPC.

Mudanças são sempre difíceis. Temos de nos adaptar gradativamente a elas.

O Código de 1973 vigorou por mais de 40 anos. Contudo, sua trajetória não foi imune a mudanças. A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. A Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, alterou dispositivos referentes a recursos e ao reexame necessário. Posteriormente, a Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, trouxe inovações em relação à tutela antecipada e previu medidas para a efetivação da tutela específica nas obrigações de fazer ou não fazer. Em 2005, a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro, trouxe importantes inovações em relação à fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, inaugurando o que a doutrina chamou de “processo sincrético”. Agora, um novo Código, repleto de novos institutos, inicia sua vigência e, se de um lado nos assusta, de outro nos enche de esperança do alcance de uma justiça mais célere e eficiente.

Deixemos o passado em seu lugar e lutemos no presente com olhos para o futuro! O momento é propício ao desafio da utilização da nossa capacidade de adaptação às mudanças.

Que venha o novo Código de Processo Civil. Estamos preparados!

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos e
Diretora da Escola Superior da PGE*

A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”

Bruno Lopes Megna¹

Sumário: 1 – Introdução: lança-se a administração pública no mar da consensualidade; 2 – Passando conceitos a limpo: meios consensuais no novo CPC e na lei de mediação; 2.1 – Meios consensuais, alternativos ou autocompositivos? Meios adequados; 2.2 – Quais são os métodos consensuais?; 3 – Enfrentando o Leviatã: consensualidade na Administração Pública; 3.1 – Possibilidade de a Administração participar de autocomposição: legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público; 3.2 – Os verdadeiros riscos do mar: isonomia, impessoalidade, economicidade e transparência; 3.3 – Autocomposição extrajudicial e o papel da Advocacia Pública; 3.4 – Autocomposição judicial: quando é melhor não conciliar?; 4 – Conclusão: reposicionando as velas rumo a uma administração mais consensual; Referências bibliográficas.

1. Introdução: lança-se a administração pública no mar da consensualidade

É natural o medo de se viajar por águas desconhecidas. Igualmente, quando se fala em lançar a Administração Pública no mar da consen-

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo. Mestrando em Direito na USP. Foi aluno visitante da graduação em Direito da USP na Yale Law School.

sualidade, é natural o medo de encontrar o famoso monstro do mar que persegue o Estado, conhecido como “Leviatã”². O objetivo deste texto é mostrar que a consensualidade, assim como o mar, tem sim suas limitações que exigem responsabilidade e prudência – assim como o *não* uso da consensualidade –, mas não tem monstros.

A pertinência da abordagem justifica-se pelo advento da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil – “CPC-2015”) e da Lei nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”) que,³ em conjunto com normas já existentes, perfizeram um microsistema que trata do poder-dever da Administração Pública em praticar a tentativa de solução consensual de seus conflitos.⁴

A novidade, sabe-se, decorre de um contexto maior em que o legislador, fortemente influenciado pela doutrina contemporânea,⁵ pretende

-
- 2 “Leviatã: 1. monstro marinho do caos primitivo, mencionado na Bíblia, cujas origens remontariam à mitologia fenícia; encarna a resistência oposta a Javé ou Jeová pelos poderes do mal. 2. Derivação: por metáfora, por extensão de sentido. Rubrica: política. o Estado, como soberano absoluto e com poder sobre seus súditos que assim o autorizam através do pacto social [O termo foi retomado no s. XVII por Thomas Hobbes (1588-1679) que assim designa o Estado moderno, não para marcá-lo como arbitrário ou despótico, mas para defendê-lo como poder absoluto.]3. Derivação: por extensão de sentido. Rubrica: política. O Estado totalitário provido de vasta burocracia. 4. Derivação: por analogia (da acp. 1).ser ou 27 coisa colossal, de aparência monstruosa. 5. qualquer coisa de dimensões colossais.” (HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1750, verbete “Leviatã”). – Advirta-se: sem pretensão de guardar rigor científico em relação à famosa obra de Thomas Hobbes (*Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*), empresta-se a expressão apenas para invocar as ideias que estigmatizaram tal figura, de acordo com o sentido dado pelo citado dicionário.
- 3 Entendendo que o CPC-2015 é norma anterior à Lei de Mediação, embora entre em vigor posteriormente, no dia 18.03.2016, e posicionando-se sobre a necessidade de se compatibilizar tais normas sempre que possível, cf. MEGNA, Bruno Lopes; SALLES, Carlos Alberto. *Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação*, no prelo.
- 4 Para Fredie Didier Jr., institui-se o “*princípio do estímulo da solução por autocomposição*” a orientar “toda a atividade estatal na solução de conflitos jurídicos” (*Curso de direito processual civil*, 17ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 274).
- 5 Por todos, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*, n. 74. São Paulo: RT, abril-junho/1994.

incentivar a *cultura da pacificação*⁶ no âmbito da solução de controvérsias, judiciais e extrajudiciais.⁷

No âmbito do contencioso judicial, tal cultura vinha sendo cultivada desde a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentava a conciliação e mediação no âmbito do Poder Judiciário, de acordo com o entendimento expresso de que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa” e, “por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade”.⁸

O CPC-2015 e a Lei de Mediação, seguindo essa tendência, vêm agora também com o objetivo de dar mais incentivo ao uso dos meios consensuais no âmbito da Administração Pública, que tiveram tímido desenvolvimento com os Juizados Especiais das Fazendas Públicas, que têm competência para “processar, conciliar e julgar” as causas cíveis de menor complexidade em que são rés (art. 3º da Lei 10.259/2001 e art. 2º da Lei 12.153/2009).

Esse objetivo não é exclusivo do direito processual. Em verdade, todos os ramos do direito que estudam as relações com o Estado têm notado o esgotamento de seus instrumentos para fazer frente às demandas da sociedade atual. Fala-se, no âmbito do direito administrativo, em uma “fuga para o direito privado”,⁹ com predileção pela lógica da eficiência, a ser buscado pelo “Estado gerencial”.¹⁰ Mas não é só. A sociedade atual

6 A consagrada expressão é de: WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, F.L.; ZANOIDE, M. de M. (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

7 Sobre a evolução dos meios alternativos de solução de controvérsias no Brasil, cf. MEGNA, Bruno Lopes. *Alternative Dispute Resolution: the early Brazilian experience*. Publicado em 2010. Disponível em <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_2010_Final.pdf>. Acesso em 18.1.2016.

8 Trechos dos *consideranda* da Resolução 125 de 29.11.2010, cujas palavras revelam a importante participação do Professor Kazuo Watanabe em seu desenvolvimento.

9 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. In: REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 5. Salvador: IBDP, jan-mar/2006, p. 21.

10 Nesse sentido, Jacqueline Morand-Deville observa que “assiste-se hoje, seguramente, à forte ascensão de um Direito Público Econômico, renomeado frequentemente de Direito dos Negócios Públicos, o que representa significativamente uma vontade de aproximação aos modos de gestão do Direito Privado e ao pragmatismo do Direito anglo-saxão” (*As mutações*

não só demanda por eficiência, mas demanda também mais participação nas decisões que lhes afetam, seja por sede de mais *participação democrática*, seja por sede de mais *autonomia do indivíduo*.¹¹ Fala-se no advento da “*administração concertada*” ou “*administração consensual*”.¹²

Se anteriormente se pregava que os assuntos estatais não seriam passíveis de solução pelo consenso – a pretexto de que o princípio da legalidade não daria margem para soluções acordadas –, agora, a Administração Pública não só pode como deve tentar solucionar suas controvérsias de modo consensual.¹³

Por sua vez, a Advocacia Pública, que tradicionalmente pautou sua atuação na premissa de que a Administração Pública jamais se submeteria à vontade particular e, portanto, tampouco a qualquer tipo de acordo, se vê agora obrigada a se lançar no mar da consensualidade, em geral, sem antes ter preparado suas embarcações e sem saber quais ventos seguir. Com a entrada em vigor da Lei de Mediação e do CPC-2015, o planejamento haverá de ser feito já no mar. “Marinheiros, ao convés para aparelhar!”¹⁴

2. Passando conceitos a limpo: meios consensuais no novo CPC e na lei de mediação

Considerando que o presente texto é publicado por ocasião do Curso de Impactos do Novo CPC na Advocacia Pública das Escolas Superiores

do direito administrativo francês. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 50. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 52).

- 11 Citando Habermas, que indica que, ao mesmo tempo em que cresce a heterogeneidade da sociedade, cresce também a exigência para que as políticas públicas sejam feitas “de tal modo que ‘os destinatários de suas normas possam reconhecer-se como coautores das mesmas’”, cf. STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 59. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.
- 12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p.129-156. Rio de Janeiro: jan-mar/2003.
- 13 Entendendo que o direito processual finalmente adere ao “modelo constitucional do processo civil”, em que não se conferem poderes sem deveres (portanto, as normas dirigidas ao agentes estatais são sempre *deveres-poderes*), cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.
- 14 Disse o capitão Pip aos seus marinheiros, por ocasião de nevoeiro em alto mar. Cf. VERNE, Júlio. *Das viagens maravilhosas aos mundos conhecidos e desconhecidos*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 2013, originalmente publicado em 1907, p. 32.

da AGU, PGE-SP e PGM-SP, convém tratar dos conceitos básicos da matéria.

Ao leitor com eles já familiarizado, sugere-se prosseguir a partir do item 3.

2.1. Meios consensuais, alternativos ou autocompositivos? Meios adequados

Dizem-se meios “*consensuais*” e “*autocompositivos*” em contraposição aos meios “*adjudicativos*” e “*heterocompositivos*”, pois nesses atribui-se a um terceiro o poder de resolver o conflito imperativamente, substituindo a vontade das partes (substitutividade da jurisdição), ao passo que naqueles tal poder é mantido e exercido pelas próprias partes, com base em sua *autonomia da vontade*.

Isso não significa que terceiros não possam participar desses métodos. Ao contrário, terceiros que dominam tais técnicas podem auxiliar as partes a chegar a um consenso.¹⁵ São exemplos o mediador e o conciliador, cuja atuação é regida pelos princípios da independência, da impessoalidade, da oralidade, da informalidade, da confidencialidade, da busca pelo consenso, do respeito à autonomia da vontade das partes e da boa-fé (art. 166 do CPC-2015 e art. 2.º da Lei de Mediação).

A importância desses conceitos não está nas terminologias, mas sim na ideologia que trazem consigo, qual seja, a convicção de que os conflitos humanos não se reduzem às fórmulas do certo/errado, ganha/perde, procedente/improcedente. Destarte, devem ser usados não por serem simplesmente *alternativos*,¹⁶ ou, muito menos, por serem panaceia para os problemas do congestionamento judiciário, mas sim por serem mais *adequados*.

15 Adverte Diego Faleck que “a mediação e a conciliação são, por excelência, a facilitação por um terceiro neutro de uma negociação entre as partes. Ao afirmar que técnicas são admitidas em negociações, disse o legislador o óbvio ululante. Uma previsão equivalente seria estabelecer-se que se admite a aplicação de técnicas de redação jurídica ao se redigir petições” (Comentário ao art. 166. In: TUCCI, J.R.C. *et al.* *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 296).

16 Critica-se a expressão “meios *alternativos* de solução de conflitos”, pois denotaria que não devem ser vistos como mera alternativa ao “tradicional” ou “natural” meio judicial, mas sim como meios que se somam a este no *sistema multiportas* e que devem ser escolhidos de acordo com sua *adequação* a cada caso.

2.2 Quais são os métodos consensuais?

O *sistema multiportas* oferece diversos métodos colocados à disposição das partes em conflito para que resolvam sua celeuma.¹⁷

Dentre eles, a **mediação** e a **conciliação** são métodos que têm como objetivos viabilizar a *comunicação* (geralmente comprometida em razão do conflito) e facilitar a *compreensão* do conflito pelas próprias partes (geralmente distorcida pela visão unilateral de cada uma), de sorte a torná-las aptas (*empoderamento*) a exercerem sua autonomia para tomar decisões em relação àquele conflito de forma esclarecida, consciente e racional (*decisão informada*) e, possivelmente (mas não obrigatoriamente!), chegar a um consenso que solucione o conflito, não simplesmente colocando-lhe um fim, mas um fim *adequado*.

A doutrina não é pacífica em relação às diferenças entre mediação e conciliação – ou, sequer, se existe alguma. Em todo caso, fato é que o legislador optou por adotar alguns critérios a indicar quando prefere uma ou outra. Assim, o **mediador** atuará preferencialmente quando houver vínculo anterior entre as partes (*e.g.* disputa societária), ao passo que o **conciliador** atuará preferencialmente quando não houver vínculo anterior entre as partes (*e.g.* acidente entre veículos), podendo esse “sugerir soluções para o litígio”. Alerta o legislador, com razão, que é “vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (art. 165, §3º e §4º, do CPC-2015).¹⁸

17 Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: ____; SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*, p. 1-26. São Paulo: Método, 2012.

18 Erro grosseiro é confundir mediação, conciliação e arbitragem. Arbitragem é método de solução *heterocompositivo*, que, embora haja *consenso* na opção pelo método (ninguém é obrigado a aderir convenção de arbitragem – daí falar-se que a arbitragem tem também base *consensual*, no sentido de *convencional* ou, como preferem alguns, *contratual*) e na escolha das características do procedimento e do terceiro neutro, estes (os árbitros) exercem verdadeira *jurisdição*, ou seja, *adjudicam* o conflito com poder de resolvê-lo definitivamente e de forma imperativa para as partes. Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

Esses não são os únicos meios consensuais.¹⁹ O que importa não é enumerá-los, mas sim entender que, quando o CPC-2015 fala em meios “autocompositivos”, não quer se referir apenas a um mero acordo das partes. Quer se referir a essa nova mentalidade e a seus instrumentos, preocupados com o tratamento sério, eficaz e *adequado* para dos conflitos humanos. E esse juízo de adequação há de ser feito com racionalidade.

3. Enfrentando o Leviatã: consensualidade na Administração Pública

Não se pode tratar de viagens marítimas – como a que faz cenário para este texto – sem falar de histórias de monstros do mar. Tendo em vista que o presente texto trata das relações estatais, parece apropriado apelidar tal monstro de “O Leviatã”,²⁰ figura mitológica que estigmatizou o absolutismo do Estado, cujos resquícios ainda se veem, para ficar no que aqui interessa, à tendência de *atuação unilateral* do Estado.

Sem pretensão de rediscutir a teoria dos princípios administrativos, nem tampouco de fazer defesa irrestrita da aplicabilidade dos meios consensuais à Fazenda Pública, o objetivo deste trabalho é chamar atenção, de um lado, para a possibilidade jurídica de a Administração fazer uso de meios consensuais de solução de conflitos – sem que isso fira os seus princípios fundamentais (art. 37 da CF) – e, de outro lado, para a importância de alguns limitadores práticos a que se devem estar atentos para o uso *adequado* desses meios.

3.1. Possibilidade de a Administração participar de autocomposição: legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público

Antes de discutir a forma com que a Administração pode participar de autocomposição, é importante esclarecer as premissas que servem de fundamento de juridicidade para tanto.

19 Como dito, há um *sistema multiportas* com gama de métodos que vão além das precitadas, como a avaliação neutra de terceiro (*early neutral evaluation*), os comitês de solução de conflitos (*dispute board*), a conferência de serviço (*conferenzadiservizi*), entre outras. Cf. SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p. 145

20 Ver nota de rodapé n. 1.

Entende-se hoje que a **legalidade** – comecemos dela – não se respeita apenas pelo cumprimento da lei em sentido estrito, mas ao ordenamento jurídico compreendido em seu todo, em seus princípios e normas não escritas inclusive. Por isso, quando aqui se fala em *legalidade*, quer se referir à *juridicidade*.

Ademais, sabe-se que é impraticável supor que o “consenso parlamentar” seja capaz de, por meio da lei formal, dar respostas específicas e na velocidade exigida pelas diversas demandas da sociedade atual. Por essa razão, admite-se o uso de técnicas como a da redação legislativa com cláusulas gerais e a atribuição de normatividade a atos infralegais.²¹ Assim, não é razoável interpretar a fórmula de que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”²² como uma necessidade de previsão específica em lei formal para todo e qualquer ato administrativo.

Não é preciso ir longe: pense-se na contratação de compra e venda de clipes para uma repartição. Para tal contrato, basta autorização legal para o ato de contratar (com dotação orçamentária, claro). Não se exige que a lei especifique quais os materiais de escritório serão comprados por quais repartições. Logo, tem-se por premissa que a Administração pode contratar sem necessidade de previsão específica do objeto a ser contratado – obviamente, sempre respeitando o regime legal genérico previsto para o ato administrativo de contratação; ou seja, exige-se o *respeito* à ordem jurídica (“legalidade”), mas não *previsão específica* (se não nos casos em que o próprio ordenamento preveja tal necessidade).

Além disso, para concluir o contrato, a Administração invariavelmente irá dispor de patrimônio público, e ilegalidade nenhuma haverá nisso, já que *indisponível* é o interesse público, não o patrimônio públi-

21 Comentando o fenômeno de “deslegalização” decorrente da incapacidade do Estado (pelo consenso parlamentar) dar respostas às demandas sociais no ritmo em que aparecem, o que lhe impõe delegar assuntos a instrumentos infralegais, como os atos normativos das agências reguladoras, cf. FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011, p. 61 e ss.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

co.²³ É certo que existem *requisitos* para tanto e basta observá-los para que se respeite a legalidade.

A **indisponibilidade do interesse público**, portanto, não é empecilho para que a Administração contrate venda e compra e, tampouco, é para que contrate transação – a exemplo do que ocorre com o direito de família.

Até aqui, há poucas controvérsias. Mas essas crescem a partir do debate sobre o princípio da **supremacia do interesse público**, cuja interpretação – e, a bem da verdade, também os escândalos de corrupção, que induzem a opinião geral a desprestigiar o princípio da presunção da boa-fé – dá traços particulares ao Leviatã brasileiro.²⁴

Sem adentrar na citada polêmica,²⁵ o importante é fixar que este princípio prega que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este”.²⁶ Daí já se extrai que *nem sempre* estará o interesse público em contraposição ao individual.

E a teoria da solução consensual dos conflitos guarda plena relação com tal afirmação: buscam-se os interesses comuns ou, ao menos, não divergentes, para que se possa obter uma solução não imposta por um terceiro ou unilateralmente escolhida por uma das partes.²⁷

23 Nas precisas palavras de FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “a indisponibilidade há de ser vista com alguma relatividade, pois há que se distinguir a indisponibilidade da função para o exercício da qual o bem serve como suporte da disponibilidade condicionada do próprio bem”. (*O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. Tese de livre docência – FDUSP, São Paulo, 2008, p. 353).

24 Apontando que a abstração do conceito de supremacia do interesse público confere excessiva “margem de manobra” ao administrador, cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação” IN MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 423.

25 Defendendo a reavistação do princípio da supremacia do interesse público, ver SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. – Em crítica, confira-se cf. NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, M.A; e RIBEIRO, C.V.A. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, p. 120-154. São Paulo: Atlas, 2010.

26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

27 No estudo e na prática dos métodos consensuais de solução de conflitos, é comum se verificar

Portanto, resumidamente, tem-se que há plena possibilidade jurídica de a Administração Pública praticar atos consensuais, ante o fato de que, para atingir o interesse público, ela é dotada do *poder-dever* de contratar, dentro dos *parâmetros* legais. Acrescente-se a isso o fato de que também são princípios do regime jurídico administrativo a *autoexecutoriedade* (a Administração não depende de pronunciamento judicial para agir) e a *autotutela* (a Administração deve reconhecer seus atos ilícitos de ofício), e se verá que não se sustentam argumentos que pretendam vedar *a priori* a possibilidade jurídica de a Administração participar de autocomposição em seus conflitos.

3.2. Os verdadeiros riscos do mar: isonomia, impessoalidade, economicidade e transparência

Superada a questão sobre a possibilidade de a Administração Pública participar de autocomposição, impõe-se saber como isso ocorrerá na prática. E é principalmente aí que se deve concentrar a atenção para riscos.

Para os contratos em que a Administração sabe previamente qual será o objeto final (por exemplo, a aquisição de certa quantidade de cliques), a Constituição Federal consagra o procedimento da licitação (art. 37, inciso XXI). Conforme se aprende no curso de Direito, é por meio deste procedimento que se põe em prática a legalidade (isonomia), a indisponibilidade do interesse público (economicidade), a supremacia do interesse público (impessoalidade),²⁸ cujo respeito seria garantido pela *previsão* unilateral

a existência de núcleos coincidentes de interesses entre as partes em disputa, que descobrem, por vezes, que seu problema não necessariamente é de contraposição de direitos, mas sim de falhas de comunicação. Cf. FISHER, Roger; URY, William; e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, 2ª ed. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 23.

28 As correspondências são fungíveis, isto é, garantir-se a isonomia, a economicidade, e a impessoalidade é, a um só tempo, garantir-se a indisponibilidade e a supremacia do interesse público e, portanto, a legalidade. Tantas são as outras palavras que se pode usar para expressar a mesma ideia. A Lei 8.666/1993 a expressa assim: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

das condições contratuais no edital – como se fosse possível *prever* o que é o interesse público como algo objetivamente dado.²⁹

Mas, obviamente, não faz sentido se aplicar o procedimento de licitação no conflito *posteriormente* surgido entre a Administração. Então, o que fazer?

A esta altura o leitor poderá estar sentindo sensação de enjôo. É natural, pois é exatamente neste ponto em que se encontra “a nau à deriva”. Retomemos os rumos.

De fato, é difícil conceber o encaixe do procedimento licitatório e da formação de uma concorrência para se aplicar algum consenso.³⁰ Isso não quer dizer, porém, que se deixa de lado a legalidade. Quer apenas dizer que os *formatos* tradicionais da licitação e da atuação unilateral da Administração não se *integram* com justeza à prática a consensualidade. Há, então, de se desenvolver novas *formas* (procedimentos) para se aplicar a mesma *matéria* (isonomia, impessoalidade, economicidade, enfim, a legalidade) – e é este o ponto sobre o qual se deverá debruçar de agora em diante.

A **economicidade**, evidentemente, há de ser pautada pela relação custo/benefício. Não se trata de introduzir modismos corporativos ou neoliberais. Trata-se de encarar a realidade com verdadeira responsabilidade e precisão.

Assim, por exemplo, se determinada demanda judicial reverte em recuperação de créditos (ou economia de gastos) menos do que se gasta para manter a burocracia contenciosa (não só com os Advogados Públicos, mas também com funcionários da repartição interessada ocupados com o fornecimento de informações para instruir tais processos, com o

29 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 425.

30 A tentativa mais próxima que se conhece a esse respeito foi a da Emenda Constitucional nº 62/2009, que possibilitou aos entes federados fazer leilões para quitação de precatórios com deságio, o que foi objeto de impugnação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357, e que levou o Município de São Paulo a, recentemente, excluir a previsão de leilão com deságio, mantendo-se apenas o leilão pela ordem cronológica, no âmbito de sua Câmara de “Conciliação de Precatórios” (art. 3º, III do Decreto nº 52.312/2011, redação dada pelo Decreto 56.188/2015).

uso de materiais e transporte, e com o aumento do gasto judiciário inclusive), então, a verdade é que o Poder Público não está concretizando o interesse público, mas, sim, desperdiçando (os já escassos) recursos públicos que poderiam estar sendo utilizados para a prestação dos seus serviços-fim (saúde, educação, segurança, previdência e assistência social, polícia e fomento do desenvolvimento sustentável).³¹

Advirta-se, no entanto, que esta questão não é puramente matemática. Os estudos de Direito e Economia são pródigos em mostrar que os seres humanos se comportam (nem sempre de modo racional) de modo a procurar vantagens para si.³²

Isso chama atenção para o fato de que a abertura ao acordo tampouco pode significar um incentivo à prática maliciosa de se furtrar ao cumprimento da lei e das obrigações a todos impostas. As atenções devem se voltar, portanto, não sobre a possibilidade em tese de disposição sobre determinado direito da Administração, mas sobre a racionalidade dos procedimentos para fazer valer este direito. Se os gastos para sua execução são superiores que o benefício obtido, obviamente não há razão para prosseguir-los, devendo-se buscar alternativas para alcançá-lo ou, ao menos, para minimizar os prejuízos. Contudo, se determinada alternativa incentiva comportamentos ainda mais prejudiciais ao interesse público, então, obviamente, tampouco será uma escolha válida para se chegar ao interesse público.

Na prática, estas questões são tão importantes quanto difíceis de resolver.

Assim, por exemplo, a política de não judicialização de determinada demanda (como a de execuções fiscais de determinado valor) não

31 Um dos mais reconhecidos trabalhos que enfrentou de forma séria e metódica a avaliação do custo/benefício de uma demanda judicial no Brasil é o encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre as execuções fiscais federais, que revelou que, em números de 2011, concluiu que nas ações de execução fiscal de valores inferiores a R\$ 21.731,45, “é improvável que a União consiga recuperar valor igual ou superior ao custo do processamento judicial”, cf. CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Nota Técnica*. Brasília: IPEA, novembro de 2011, p. 17.

32 Por todos, cf. POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to Law and Economics*, 2ª edição. Toronto: Little, Brown and Company, 1989.

pode servir de incentivo para que os destinatários da norma se sintam estimulados a descumpri-la (o contribuinte não pode encarar isso como decreto de ineficácia da norma que lhe impõe a obrigação tributária). Em casos assim, deverá se adotar também “contraincentivos” a comportamentos indesejados (como negativação da Certidão de Débitos Fiscais, inscrição em Cadastro de Devedores, ou aplicação de multas em caso do descumprimento do acordo de parcelamento do débito).³³

Tal decisão racional e adequada sobre o *desenho da solução da disputa*³⁴ (notadamente nos casos da Administração Pública caracterizados pela *litigância repetitiva*) só pode ser feita com sucesso e responsabilidade com base em sérias e metódicas pesquisas quantitativas e qualitativas, valendo-se da estatística, da jurimetria, e de outros dados com aceitável precisão que revelem os resultados que se quer obter com a política de solução de conflitos adotada.³⁵

Atente-se que estas pesquisas são necessárias não apenas para justificar o uso dos meios consensuais de solução de conflitos, mas também o *não* uso destes meios. Ou seja, não é válida a decisão que opta por não usá-los simplesmente para reproduzir o método que tradicionalmente tem sido usado: é imprescindível demonstrar que este método continua se mostrando o mais *adequado e eficiente*. Como já dito, trata-se de tarefa difícil e complexa, mas é a única que cumpre também os princípios da motivação, da moralidade, e da **transparência**.³⁶

33 Importante instrumento que tem sido utilizado para o aumento da eficiência na cobrança de créditos tributários e que serve também de “contraincentivo” para a sonegação fiscal é o protesto da dívida ativa fazendária, cf. ABOUD, Alexandre. A experiência do Estado de São Paulo com o protesto das certidões de dívida ativa como meio alternativo de cobrança e de diminuição de litígios. *Interesse Público – IP*, v. 16, n. 84, p. 193-210. Belo Horizonte, março-abril de 2014.

34 Sobre o “*design de solução de disputa*” (“DSD”), cf. FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas. In: SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L.; SILVA, P.E.A. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*, p. 257-272 São Paulo: Método, 2013.

35 Cumprindo este imperativo, o CPC-2015 prevê a criação de banco de dados estatísticos sobre as atividades de conciliação e mediação realizadas nos âmbitos dos Tribunais (art. 167, §4º).

36 Portanto, o princípio da *confidencialidade* sofre mitigação no caso dos conflitos envolvendo a Administração Pública. O procedimento e o resultado da autocomposição deverão ser públicos, o que não significa que não significa afastar o dever do mediador ou conciliador em manter o recato sobre os assuntos pessoais das partes, nem tampouco as demais hipóteses

Finalmente, e talvez ainda mais complexa, é a questão sobre a impessoalidade e a isonomia.³⁷

A **isonomia** estará assegurada desde que a todos na mesma situação seja dispensado o mesmo tratamento e ofertadas as mesmas possibilidades. Assim, por exemplo, se a Administração admite indenizar administrativamente quem prove ter sido vítima de abuso de autoridade, quaisquer pessoas deverão ter o mesmo tratamento (mesmo procedimento) e a mesma indenização nesta situação (supondo-se abusos de mesma gravidade), sejam homens ou mulheres, riscas ou pobres, nacionais ou estrangeiras, etc., pois a dignidade de todas as pessoas é igual e há de ter ser igualmente valorizada (art. 5º, *caput* e incisos I e XXXIV, alínea “a” e art. 327, §6º, ambos da Constituição Federal, e Lei 4.898/1965).

Na prática, uma das formas de se garantir isso é a previsão de parâmetros de alçada para cada espécie de casos, desde que, é claro, a *tarifação* não seja rígida ao ponto de causar injustiça em face do caso concreto.³⁸

A *impessoalidade*, por sua vez, será cumprida desde que não se criem diferenças entre pessoas na mesma situação. A consensualidade não pode se prestar para criação de privilégios. Deve servir a uma “gestão impessoal”³⁹ dos conflitos estatais, de sorte que os seus meios devem estar à disposição de todos que queiram deles fazer uso. Isso não quer dizer, porém, rigidez de formalismo.

de sigilo previstas em lei, como o sigilo industrial e o sigilo que se impõe a determinadas categorias profissionais.

37 Adota-se aqui, ao menos por didática, a diferenciação entre *impessoalidade*, como ausência concreta de influência pessoal em determinada vantagem ou gravame, e *igualdade*, como ausência genérica de distinção de pessoas sem razoável fundamento jurídico para tanto. Cf. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade IN MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, 2012, p. 123.

38 É o que se propõe a fazer a Fazenda do Estado de São Paulo, ao prever parâmetros de indenização em seu procedimento de reparação administrativa de danos (ESTADO DE SÃO PAULO, Procuradoria Geral do Estado. *Cartilha de reparação administrativa de danos causados pelo Estado*. Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acesso em 18.1.2016), e ao prever limites de alçada para a dispensa administrativa de judicialização de seus créditos (Resolução PGE 22/2012).

39 A expressão é de CARLOS ARI SUNDFELD, citado por RAMOS, Notas sobre o princípio da impessoalidade, obra citada, 2012, p. 121.

Exsurge aqui a importância da *processualidade administrativa*, a que se pode aplicar o princípio da instrumentalidade das formas, conhecido da Teoria Geral do Processo.⁴⁰ Aliás, tanto é desejável a aderência do procedimento às especificidades do caso que o consenso não precisa se restringir ao conteúdo da discussão, podendo versar sobre sua forma e procedimento inclusive.⁴¹ A impessoalidade não estará resguardada na surdez e no distanciamento em relação ao administrado, a pretexto da aplicação mecânica de procedimentos burocráticos inflexíveis que tenham a (falsa) pretensão de servir para todos os casos, mas sim na garantia de que a *finalidade* do procedimento não seja desvirtuada para se criar situações inacessíveis aos demais administrados ou para se furtar ao cumprimento de obrigação a todos imposta.⁴²

Esta processualidade, consciente de seu papel de funcionar como meio de *ouvir e dialogar* com o administrado, é pedra angular a partir de que se constrói a “administração consensual”. É o que permite assegurar a *impessoalidade*, oferecendo possibilidades *isonômicas* aos administrados; a *publicidade*, com o registro dos atos passíveis de controle externo; a *eficiência*, produzindo resultados mais racionais, com menos custos e maior chance de alcançar seus objetivos; a *moralidade*, por propiciar um ambiente probo, razoável e cooperativo para a formação do consenso; a *legalidade*, por viabilizar a efetiva concretização das finalidades do ordenamento jurídico que são, enfim, a realização do *interesse público*.⁴³

40 A propósito, o CPC-2015 inova afirmando expressamente sua aplicação aos processos administrativos (art. 15).

41 Nesse sentido, o CPC-2015 consagra em seu art. 190 os chamados *negócios jurídicos processuais*, já conhecidos na legislação anterior (e.g. cláusulas de eleição de foro), e agora abertos também para suas figuras atípicas, a serem criadas pelas partes para dispor sobre seus ônus e deveres processuais. Sobre sua aplicação no âmbito da Administração Pública, cf. MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, A.P.; NOGUEIRA, P.H. *Negócios processuais*, p. 481-506. Salvador: Juspodivm, 2015.

42 Evidente que os limites entre o normal e o anormal serão vistos de acordo com o caso concreto. Por exemplo, pode-se considerar normal o pedido do administrado de prazo dilatatório para providenciar documentação, mas não se pode considerar normal a reiteração deste pedido por tantas vezes que, na prática, serve apenas para adiar a conclusão do procedimento. Para calibrar estas situações, pode-se usar regras como a imposição de limites temporais razoáveis para a conclusão do procedimento amigável.

43 Sobre o ganho de importância da processualidade no direito administrativo, cf. MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, n. 100, p. 187-174. Belo Horizonte, junho de 2008.

3.3 Autocomposição extrajudicial e o papel da Advocacia Pública

A Advocacia Pública é uma das funções essenciais à Justiça (arts. 131 e 132 da CF) e, também, uma das funções “essenciais à Administração Pública” (conforme consagrado no art. 99 da Constituição do Estado de São Paulo). Embora seja instituição constitucional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda tem suas características e funções discutidas, o que mostra que é uma instituição em plena construção e de inquestionável importância para o Estado Democrático de Direito. O advento da “administração consensual” torna esta instituição ainda mais importante.

Entretanto, é preciso diferenciar os vários papéis que o Advogado Público pode assumir no contexto da “administração consensual”.

Não é necessário – e tampouco é a pretensão deste trabalho – prolongar a discussão da natureza da função do Advogado Público. O que importa é entender que, na atual estrutura constitucional e legal, o ato do Advogado Público é ato do próprio Estado, sem que isso desnature sua qualidade de Advogado (arts. 131 e 132 da CF e 3º, §1º, da Lei 8.906/1994) – o que dá a dimensão da alta responsabilidade carregada pelos integrantes desta carreira.⁴⁴

O fato é que, como todo Advogado, o membro desta carreira pode praticar não só atos *privativos* de Advogado, como a defesa judicial (art. 1º da Lei 8.904/94), mas também atos *não privativos* de Advogado, como condução de meios consensuais de solução de conflitos administrativos (art. 174 do CPC-2015, art. 32 da Lei de Mediação e artigos 36,

⁴⁴ Para FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, “(...) os advogados públicos, nas palavras de Pontes de Miranda, *presentam* as pessoas jurídicas de direito público, sendo órgãos integrantes da estrutura administrativa de cada uma delas. (...) Muito embora seja mais adequado referir-se ao termo *apresentação*, convencionou-se afirmar que os advogados públicos *representam*, judicial e extrajudicialmente, a respectiva Fazenda Pública. (...) Quer isso dizer que o advogado público cumula as duas funções: além de advogado, é também representante judicial e extrajudicial da respectiva pessoa jurídica de direito público. Geralmente, uma pessoa de direito privado tem seu representante, que não se confunde com o advogado contratado para assessorá-la e defender seus interesses em juízo ou fora dele. O advogado público cumula as duas funções”. (Comentário ao art. 131. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.1541).

§2º, e 37 do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, também editado em 2015).⁴⁵

Infelizmente, a redação legislativa não ajuda e pode causar confusão a respeito dos vários papéis que a Advocacia Pública pode assumir no contexto da administração consensual. No entanto, a diferenciação destes papéis é fundamental, sobretudo no que se refere à *imparcialidade* do papel assumido, sob pena de se gerar situações com conflito de interesses e de se comprometer a qualidade e até mesmo a validade do uso do meio de solução de conflitos.

Tome-se como exemplo os artigos 174 do CPC-2015 e 32 da Lei de Mediação, que têm redação equivalente, e determinam a criação de Câmaras de solução extrajudicial de conflitos.⁴⁶ Na União, tal Câmara já está instalada na estrutura da Advocacia Geral da União,⁴⁷ estrutura que tende a ser seguida pelos demais entes federados.⁴⁸ E parece ser mesmo uma opção adequada, pois o órgão de Advocacia Pública é o lugar natural para se tratar do contencioso, seja judicial seja administrativo. Assim, justifica-se a análise dos papéis da Advocacia Pública à luz destes dispositivos.

O inciso I fala em “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública”. Aqui, o Advogado Público não estará atuando

45 A diferença em relação aos demais Advogados é que, para exercer estas funções, os Advogados Públicos prescindem de instrumento de procuração, pois têm mandato conferido diretamente pela Constituição Federal, de sorte que as previsões infraconstitucionais tratam mais de distribuição de competências do que de investidura de poderes. – Enunciado nº 346 da Súmula do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: I – A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação. II – Para os efeitos do item anterior, é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

46 Chamada de “Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos”, no CPC-2015, e de “Câmara de Mediação e Conciliação”, na Lei de Mediação, na Lei de Mediação.

47 Trata-se da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (“CCAF”), instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5 de 27.9.2007, que teve suas atribuições ampliadas e regulamentadas no Decreto nº 7.392, de 13.12.2010.

48 No Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 1270 de 25.8.2015 prevê, em seu art. 5º, III, “c”, a instalação de “Câmara de Conciliação da Administração Estadual – CCAE” como órgão auxiliar da Procuradoria Geral do Estado. No Município de São Paulo, o Decreto 52.312/2011 criou a “Câmara de Conciliação de Precatórios”, também na estrutura de sua Procuradoria Geral do Município.

do como representante (defensor) de uma parte.⁴⁹ Seu papel será, fundamentalmente, o de *terceiro imparcial*, que poderá lançar mão de técnicas de negociação para conciliar ou mediar os órgãos em conflitos, antes de se simplesmente aplicar a tradicional resolução fundada no *poder hierárquico*.⁵⁰ Tanto é que seu âmbito de aplicação, embora exclusivamente administrativo, não necessariamente se restringe a determinado ente federado, admitindo-se que a Câmara da União intermedeie conflitos entre esta e Estados, Municípios ou o Distrito Federal (art. 37 da Lei de Mediação).⁵¹

Tratando-se de autocomposição extrajudicial, não se exige que este profissional tenha capacitação formal de acordo com os requisitos do Conselho Nacional de Justiça, exigência esta que o legislador reservou aos mediadores e conciliadores judiciais (art. 167, §1º, do CPC-2015 e artigos 9º e 11 da Lei de Mediação). No entanto, não se pode perder de vista que tal função exige conhecimentos técnicos apropriados, de sorte que é recomendável que os profissionais que atuem na qualidade de mediador ou conciliador tenham algum tipo de capacitação formal, a fim de que os métodos sejam adequadamente aplicados.

Ademais, não se pode esquecer que os princípios da independência e imparcialidade regem o ofício do mediador ou conciliador (artigos 166 do CPC-2015 e 2º da Lei de Mediação), de modo que o Advogado Público

49 Até porque, no caso de órgãos, não há personalidade jurídica própria e, em regra, tampouco capacidade de estar em juízo. E no caso de autarquias, à exceção da União e dos entes federados que tenham constituído órgãos de Advocacia Pública separadas, como a Procuradoria-Geral Federal, o órgão de representação de uma ou outra seria o mesmo, como é o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo.

50 Lei de Mediação, Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

51 Embora a lei tenha restringido esta possibilidade à Câmara da União, a clara compreensão do papel da Advocacia Pública nesta hipótese mostrará que não há por que se negar igual faculdade às Câmaras dos Estados, Município e do Distrito Federal, eis que o papel não é de parcialidade, mas de imparcialidade. Aliás, o uso da Câmara de um ente federado estranho ao conflito poderia se revelar até mais adequado, por se tratar de um “campo neutro”, como já é comum no âmbito das relações internacionais. No entanto, o federalismo centralizador brasileiro induz resistência a esta ideia, não contemplada pelo legislador.

deverá atuar aqui com isenção (*função imparcial*), e não no exclusivo interesse da Administração, como faz na defesa da Fazenda Pública em juízo (*função parcial*).

O inciso II fala em “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público”.^{52 e 53} O que se quer dizer é que, na medida em que nem todos os casos admitem autocomposição, caberá uma análise prévia (“admissibilidade”) para que se evite deflagrar em vão um procedimento conciliatório.⁵⁴ E a diferenciação dos papéis da Advocacia Pública se revela particularmente importante neste ponto.

São muitos os casos em que o Advogado Público age com *parcialidade*, visando apenas ao interesse da Administração e atuando de acordo com estratégias processuais. Nestes casos, nada impede que o Advogado Público entre em contato direto com a parte para tentar algum tipo

52 Na redação do CPC-2015, ao invés de “por meio de composição”, diz “por meio de conciliação”, o que não deve levar à interpretação de que estão excluídos outros meios, como a mediação, seja porque não há motivo racional para serem excluídos, seja porque tais leis devem ser lidar em conjunto, de acordo com o *diálogo das fontes*. – No sentido de que a interpretação do dispositivo deve contemplar a mediação, cf. FALECK, Diego. Comentário ao art. 174. In: TUCCI, J.R.C. et al. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 306. – No sentido de que o CPC-2015 e a Lei de Mediação devem ser lidos de acordo com o diálogo das fontes, cf. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª edição São Paulo: Método, 2015, p. 269.

53 A despeito de a redação falar apenas em “admissibilidade”, não há sentido em entender que a Advocacia Pública se restringirá a um juízo dos requisitos dos “pedidos de resolução”, sem finalidade alguma, isto é, sem seguir adiante com um procedimento de solução de conflito. Tampouco há sentido em falar em juízo de admissibilidade “por meio de composição” ou “por meio de conciliação”, como se a composição se referisse aos requisitos de admissibilidade do procedimento consensual, e não sobre o consenso em si. A redação do dispositivo há de ser interpretada no sentido de que se fará não só a deflagração, mas também o prosseguimento do procedimento de resolução de conflitos.

54 Consta na “Cartilha da CCAF” que “A solicitação é recebida e verificada se o processo administrativo está devidamente instruído. Após é feito o exame de admissibilidade, e caso admitida a controvérsia, o Conciliador designará uma data para uma primeira Reunião de Conciliação. Todavia, em qualquer fase do procedimento, o Conciliador poderá solicitar informações ou documentos complementares necessários ao esclarecimento da controvérsia. Não ocorrendo conciliação na primeira reunião, e, conforme os encaminhamentos a serem dados para a questão, poderão ser designadas outras reuniões, tantas quantas se mostrarem necessárias para solucionar a questão, ou então, para se concluir pela inviabilidade do acordo”. Cf. BRASIL, Advocacia Geral da União. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal – CCAF: Cartilha*, 3ª edição. Brasília: AGU, 2012, p. 17. Disponível em www.agu.gov.br. Acesso em 18.1.2016.

de *negociação* no interesse da Administração.⁵⁵ No entanto, não será a hipótese de exercício do juízo de admissibilidade, mas de verdadeira negociação direta.

Por outro lado, na verificação da procedibilidade do pedido de solução amigável (exercício do *direito de petição* do administrado, cf. art. 5º, XXXIV, da CF), o Advogado Público estará exercendo *função imparcial*, devendo limitar-se a verificar a ordem da documentação e se não há ato normativo que recuse autocomposição àquela hipótese. E se a demanda parte da Administração, tampouco será o caso de seguir as rotinas de estratégias processuais, mas exclusivamente o procedimento imparcial de juízo de admissibilidade do pedido.

Portanto, quando um Advogado Público tiver oficiado de uma forma (parcialmente), estará impedido de atuar naquele caso de outra forma (imparcialmente – e vice-versa). Por isso, é recomendável a estruturação de câmaras cujos Advogados Públicos façam exclusivamente um dos papéis (o imparcial), afastando-se o risco de conflito de interesses.

Note-se que, aqui, não se trata de mais uma hipótese de atuação unilateral da Administração, pois o particular também tem o poder de não admitir autocomposição com a Administração (deixando de pedir ou recusando a oferta da Administração).

Nada impede que tais câmaras sejam compostas por mediadores, conciliadores e outros profissionais que não sejam membros da Advocacia Pública. No entanto, tal juízo de admissibilidade há de ser feito exclusivamente por membro da Advocacia Pública, pois tal função há de ser feita de forma coordenada e preocupada com o tratamento isonômico, impessoal e eficiente em relação a todas as contendas da Administração, não só extrajudiciais mas também judiciais, sobre as quais a Advocacia Pública detém exclusividade funcional.

55 Embora o Advogado Público não apenas *represente* a Administração como Advogado, mas também o *presenta* como sendo a própria Administração, na hipótese de o caso já estar judicializado, é prudente que o Advogado Público não mantenha contato direto com a parte sem a ciência do Advogado desta (se houver), em vista do art. 38, VIII, do Estatuto da Advocacia.

O inciso III fala em “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. Sua previsão faz lembrar que a consensualidade não há de se aplicar apenas no âmbito dos conflitos individuais, mas também no âmbito dos interesses transindividuais (coletivos e difusos), casos em que, à falta de titular individualizável do direito material, não se admite disposição de direito, mas se admite o consenso a respeito da *forma* pelo qual tal direito é exercido.

O dispositivo ganha pertinência justamente quando associado à tendência de se alocar tais câmaras na estrutura da Advocacia Pública, pois este órgão não só detém a exclusividade da orientação jurídica do ente público, como também tem tradicionalmente a competência de firmar acordos em nome da Administração Pública.⁵⁶ Evidentemente, isso não significa que se deixará de ouvir e de se coordenador o compromisso com o órgão de execução (Ministério, Secretaria, Superintendência, etc.) diretamente interessado no assunto.⁵⁷

Finalmente, registre-se a previsão do art. 784, IV, do CPC-2015, que confere qualidade de título executivo extrajudicial ao “instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”. A previsão é importante, pois prestigia a consensualidade extrajudicial. Mas a deferência feita às citadas instituições há de ser esclarecida.

Pois de duas uma: ou a Advocacia Pública estará atuando como órgão *imparcial* (nos termos dos precitados incisos II dos artigos 174 do CPC-2015 e 32 da Lei de Mediação) e, aí sim, bastará seu referendo para que se constitua o título executivo extrajudicial; ou a Advogado Público estará oficiando de forma *parcial*, na condição de um dos “ad-

56 Em geral, esta atribuição é privativa do Chefe da Advocacia Pública, cf. art. 4º, VI, da Lei Complementar Federal 73/1993 (Lei Orgânica da AGU); art.s 4º e 7º, X, da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1.270/2015 (Lei Orgânica da PGE-SP); art. 4º, VI, da Lei do Município de São Paulo nº 10.182/1986 (Lei de criação da PGM-SP).

57 Assim, discorda-se de DIEGO FALECK quando afirma que “não parece operacional, também, que o funcionamento das referidas câmaras tenha efetividade na promoção da celebração de termos de ajustamento de conduta, normalmente celebrados por legitimados ativos em casos de investigações de condutas indesejáveis por parte dos administrados” (Comentário ao art. 174. In: TUCCI, J.R.C. *et al.* *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 306).

vogados dos transatores”, hipótese em que não basta o seu referendo, sendo imprescindível também o referendo do advogado da outra parte para que se constitua o título executivo extrajudicial. A mesma diferenciação há de ser feita em relação à Defensoria Pública e ao Ministério Público.⁵⁸

Pelo exposto, percebe-se que o advento da “administração consensual” importa acréscimo de importância e de responsabilidade à Advocacia Pública, que há de se preparar não só para enfrentar a consensualidade no âmbito judicial, mas também – e preferencialmente –, no extrajudicial.

3.4. Autocomposição judicial: quando é melhor não conciliar?

É importante entender que o uso dos meios consensuais não trata de modismo, mas de adequação à realidade atual. De fato, o *não* uso da consensualidade pode gerar diversos efeitos negativos para a Administração Pública, sobretudo no que respeita à eficiência e economicidade da Administração e da Justiça e até mesmo à concretização de um Estado mais democrático.

Evidentemente, porém, nem sempre será *adequado* o meio autocompositivo.

Em juízo, tamanha é a vontade do legislador em incentivar a autocomposição que previu que “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”, *exceto* “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”⁵⁹ ou “quando não se admitir a autocomposição” (art. 334, §4º e §8º, do CPC-2015). Contrariando a sabedoria popular,

58 Corroborar este entendimento FREDIE DIDIER JR., para quem, na hipótese de “o Ministério Público ou a Defensoria Pública tomar o compromisso de ajustamento de conduta de uma das partes, também haverá aí um título executivo, só que encaixado na primeira parte do inciso II, do art. 585 do CPC: será um documento público assinado pelo devedor, e não uma transação referendada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública” (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 5, 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 188).

59 Tal manifestação de desinteresse na autocomposição deve ser feita, pelo autor, na petição inicial e, pelo réu, em petição avulsa a ser protocolada em até dez dias úteis antes da audiência, ato que também deflagra o prazo de contestação (art. 334, §5º, e 335, II, do CPC-2015).

adotou-se a regra de que “quando um não quer, os dois farão assim mesmo”.⁶⁰

Algumas considerações especiais cabem às Fazendas Públicas.

Em primeiro lugar, de logo se nota a inocuidade da pena de multa, já que esta reverte para o próprio Estado ou União – exceto se determinada Fazenda Pública estiver litigando em Justiça de outro ente federativo.

Em segundo lugar, entende-se que a previsão de dispensa da audiência “quando não se admitir a autocomposição” não deve ser interpretada restritivamente, apenas com base na impossibilidade abstrata de autocomposição – por exemplo, nas hipóteses de **vedação legal** de autocomposição, como na ação de improbidade administrativa (art. 17 da Lei 8.429/1992). Contudo, se manifesta a inviabilidade em concreto, também há de se dispensar a respectiva audiência.

O exemplo por excelência é a ação que discute crédito tributário.⁶¹ Não porque o crédito tributário não admita transação (hipótese prevista expressamente no art. 156, III, do CTN), mas porque só a admite se e quando houver lei específica a prevendo (art. 171 do CTN). Não existindo esta lei no âmbito do respectivo ente federado em juízo, é inútil designar audiência de conciliação, ainda que, em tese, admita-se autocomposição na hipótese.

Outra hipótese é aquela em que, com base nos **estudos estatísticos** referidos anteriormente (cf. item 3.2), a Administração Pública tenha

60 É certo que o objetivo da norma é de alterar a cultura de litigância no país, quebrado o costume de que se ver a decisão judicial como regra e a autocomposição como exceção. Esta opção legislativa é válida, contudo, não se pode deixar ser ousada em vista da falta de estrutura do Judiciário brasileiro para fazer audiências em hipóteses tão inúmeras, bem como arriscada em vista da possibilidade de se transformar em mera formalidade obrigatória, sempre que não houver verdadeira vontade das partes em se autocompor – o que não é raro entre partes que já estão em conflito. O resultado só será sabido depois de alguns anos de aplicação do dispositivo. Oxalá o objetivo seja alcançado.

61 Tampouco é caso de aplicação da audiência de autocomposição no processo de execução fiscal, seja pela apontada inadequação, seja por não se tratar de hipótese prevista na legislação especial que tenha sido ampliada ou modificada pelo CPC-2015. A propósito, cf. MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna. A execução fiscal no novo Código de Processo Civil: reflexos da aplicação subsidiária e a modernização do sistema – um trato de convivência. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JR., Antonio Carlos F. de (Org.). *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015, p. 305-322.

orientação administrativa expressa no sentido de que não irá se submeter à autocomposição em determinado caso, por exemplo, porque está à espera de consolidação do entendimento jurisprudencial em julgamento de caso repetitivo (art. 928 do CPC-2015).

Em todos esses casos, será inútil designar audiência de conciliação se o ente federado tem **ato normativo** (infralegal que seja) no sentido de que não se fará autocomposição a respeito daquele assunto. Ou até mesmo se não regulamentada a competência para transacionar sobre o assunto em juízo⁶² – a despeito da desídia do ente federativo em tal regulamentação, fato é que será inútil trazer o Advogado Público à audiência apenas para anunciar que não tem poderes para autocompor.

Assim, não apenas quando houver inviabilidade em abstrato, mas também quando houver **manifesta inviabilidade de autocomposição em concreto**, conhecida pelo Juiz de ofício ou por informação levada por qualquer uma das partes, também não há de se designar a audiência de tentativa de conciliação, por ser medida contraproducente.

4. Conclusão: reposicionando as velas rumo a uma administração mais consensual

O CPC-2015 e a Lei de Mediação não vêm apenas para inovar textos jurídicos, mas principalmente para renovar a mentalidade que se tem sobre o Direito. Dentre os principais fatores de renovação está a introdução do microsistema de solução consensual de conflitos.

E a Administração Pública não só poderá como deverá participar desta renovação. Trata-se de uma exigência da atual conjuntura social, econômica

62 Como expresso no item 3.1., não há necessidade de previsão específica sobre o objeto do contrato de transação, mas deve haver, no mínimo, alguma previsão genérica em que se enquadre. Igualmente, não há necessidade de autorização específica para que cada Advogado Público possa transacionar em cada caso concreto, desde que haja algum tipo de previsão genérica que abarque a hipótese. Feita a ressalva, concorda-se com VICTOR HEIN SCHIRATO e JULIANA BONACORSI PALMA que “apenas nos casos em que haja expressa previsão legal em sentido contrário, a Administração estará impedida de celebrar instrumentos consensuais para o exercício da função pública, como no exemplo mencionado da ação de improbidade administrativa. Nos demais, não se coloca como elemento necessário a previsão de competência para transacionar em lei oriunda do Parlamento” (Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual lado Direito. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 27, p. 137-160. Belo Horizonte: Fórum, out-dez/2009, p. 154.

e política, cujos indivíduos reivindicam efetiva participação nas decisões que lhes atingem, assim no âmbito judicial como no âmbito extrajudicial.

Como toda mudança, esta também enfrenta resistências, medos e dúvidas que, no caso da Administração Pública, acorda um mostro que se prefere deixar dormindo em paz no berço da tradição: o Leviatã, expressão do centralismo da Administração que pretende monopolizar a decisão sobre o que é o interesse público. Não há o que temer, mas apenas o que cuidar.

A consensualidade não oferece riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais. Não desaparece a necessidade de se observar parâmetros legais e de se perseguir o interesse público sem que seja desvirtuado por interesses egoísticos. Propõe-se, apenas, que se abra o diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo.

Deve-se, no entanto, estar atento para o respeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da economicidade, da publicidade, da moralidade, enfim, da legalidade (ou, melhor, juridicidade). Para tanto, serve-se da processualidade administrativa, que é chamada a ocupar o lugar do ato administrativo unilateral na tomada de decisões. Acresce-se, assim, importância e responsabilidade à Advocacia Pública, que tem o múnus de operar esta processualidade de acordo com o Direito.

Mas não se trata de tarefa simples de se por em prática. Muitos são os cuidados que se deverá ter para que a Administração não só se abra ao consenso, mas também para que assegure que o consenso seja praticado igualmente a cada administrado e em prol de toda a sociedade, judicialmente e extrajudicialmente.

Por isso, é preciso lembrar também que a consensualidade não serve apenas a fazer a Administração ouvir o administrado, mas também a fazer o administrado ouvir a Administração. A mesma sociedade que demanda abertura de participação na Administração é a sociedade que deverá estar aberta para compreender os problemas administrativos e assumi-los como seus. É empreitada a ser cumprida a quatro mãos – ou a quantas mãos a pluralidade da sociedade a apresentar.

É hora de a Administração Pública encarar que se abriu o oceano da consensualidade, com toda a complexidade que traz consigo, e reposicionar suas velas para seguir o rumo certo na busca do interesse público.

Referências bibliográficas

ABOUD, Alexandre. A experiência do Estado de São Paulo com o protesto das certidões de dívida ativa como meio alternativo de cobrança e de diminuição de litígios. *Interesse Público – IP*, v. 16, n. 84, p. 193-210. Belo Horizonte, março-abril de 2014.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos. Tese de livre docência – FDUSP, São Paulo, 2008.

_____. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Advocacia Geral da União. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal – CCAF: Cartilha*, 3ª edição. Brasília: AGU, 2012, p. 17. Disponível em www.agu.gov.br. Acesso em 18.1.2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*, n. 74. São Paulo: RT, abril-junho/1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Nota Técnica. Brasília: IPEA, novembro de 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. In: REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 5. Salvador: IBDP, jan-mar/2006, p. 21.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5, 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Curso de direito processual civil*, v.1., 17ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentário ao art. 131. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ESTADO DE SÃO PAULO, Procuradoria Geral do Estado. *Cartilha de reparação administrativa de danos causados pelo Estado*. Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acesso em 18.1.2016

FALECK, Diego. Comentário ao art. 166. In: TUCCI, J.R.C. *et al. Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015.

_____. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas. In: SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L.; SILVA, P.E.A. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*, p. 257-272 São Paulo: Método, 2013.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011.

FISHER, Roger; URY, William; e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, 2ª ed. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

MARRARA, Thiago. O Conteúdo do princípio da moralidade. In: _____ (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, n. 100, p. 187-174. Belo Horizonte, junho de 2008.

MEGNA, Bruno Lopes. *Alternative Dispute Resolution: the early Brazilian experience*. Publicado em 2010. Disponível em <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_2010_Final.pdf>. Acesso em 18.1.2016.

_____ ; CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, A.P.; NOGUEIRA, P.H. *Negócios processuais*, p. 481-506. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____ ; CIANCI, Mirna. A execução fiscal no novo Código de Processo Civil: reflexos da aplicação subsidiária e a modernização do sistema – um trato de convivência. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JR., Antonio Carlos F. de (Org.). *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015.

_____ ; SALLES, Carlos Alberto. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação, no prelo.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 40^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAND_DEVILLER, Jacqueline. *As mutações do direito administrativo francês*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 50. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p.129-156. Rio de Janeiro: jan-mar/2003.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, M.A; e RIBEIRO, C.V.A. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, p. 120-154. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade IN MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: CIANCI, Mirna et al (org). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHIRATO, Vitor Hein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual lado Direito. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 27, p. 137-160. Belo Horizonte: Fórum, out-dez/2009, p. 154.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: ____; SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*, p. 1-26. São Paulo: Método, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 59. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VERNE, Júlio. *Das viagens maravilhosas aos mundos conhecidos e desconhecidos*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 2013, originalmente publicado em 1907.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F.L.; ZANOIDE, M. de M. (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

As normas fundamentais e a cláusula geral do negócio jurídico processual: marcas do processo civil cooperativo no novo Código de Processo Civil

Thaís Carvalho de Souza¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O Processo Civil Cooperativo: evolução necessária ante o Estado Democrático de Direito; 3 – Negócio Jurídico Processual; 4 – Negócio Jurídico Processual e as Normas Fundamentais do novo Código de Processo Civil; 4.1 – O princípio da celeridade processual – art. 4º do CPC/2015; 4.2 – O princípio da boa-fé – art. 5º do CPC/2015; 4.3 – O princípio da Colaboração – art. 6º do NCPC; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a cláusula aberta de negócio jurídico processual prevista no art. 190 do Novo Código de Processo Civil sob o enfoque do processo civil cooperativo, bem como das normas fundamentais do processo civil, principalmente aquelas previstas nos arts. 4º, 5º e 6º que tratam, respectivamente, dos princípios da celeridade, boa-fé e cooperação entre os sujeitos processuais.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto LFG. Monitora da Escola Superior da PGE/SP em Didática do Ensino Superior e no curso "Novo CPC e Advocacia Pública". Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

As inovações² com que iremos nos deparar a partir de março do corrente ano demonstram a tendência à adoção de um Processo Civil Cooperativo, em que se busca maior participação e comunicação entre os sujeitos processuais para a adequada construção de uma decisão justa e fundamentada. Decisão que deve ser dada a um tempo razoável e provenha de um contraditório efetivo, ético e comprometido.

A ideia para muitos soa como utópica, levando-se em conta o contexto atual de morosidade processual e a sobrecarga do Poder Judiciário, e muito se criticou e se questionou durante o processo de elaboração do novo Código a respeito das opções legislativas por tantos procedimentos democráticos, além de exacerbação do contraditório. Até que ponto o estímulo à participação e a democratização do processo é garantia de um processo mais justo, mais econômico e mais célere?

Fato é que em um contexto temporal tão reduzido torna-se impossível qualquer tipo de previsão a respeito do caminho favorável ou não que seguirá o novo mundo do processo civil.

Entretanto, há que se reconhecer que a abertura do diálogo entre os sujeitos processuais, em contraposição ao modelo anterior de protagonismo apenas de uma das partes, é uma tentativa louvável de evolução do processo para sua adequação ao Estado Democrático de Direito e que, se bem trabalhado e organizado, somente trará benefícios a todos aqueles que dele dependem.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil em seu Capítulo I demonstra o compromisso fundamental a que se propõe e sistematiza, não de forma exaustiva, em seus 12 primeiros artigos o arcabouço principiológico da nova era do processual.

Obviamente, os compromissos fundamentais elencados naqueles artigos não possuem a pretensão de esgotar os princípios a que estão

2 Desde o início do projeto base registrou-se a intenção de preservar os avanços teóricos e concretos alcançados na legislação em vigor, restringindo as alterações apenas ao que fosse necessário. Nesse sentido a exposição de motivos “Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

sujeitos o novo processo civil, mas apenas de sintetizar aqueles que se consideram como base fundante e diretriz para o novo sistema.

Dentre os elencados, os princípios da celeridade, boa-fé e da cooperação processual, previstos nos arts. 4º, 5º e 6º, respectivamente, serão objeto de análise mais aprofundada por este estudo, tendo em vista que fundamentam o processo civil cooperativo e conseqüentemente a compreensão da previsão legal do art. 190 do NCPC, ou seja, a cláusula geral do negócio jurídico processual.

Louvável tal previsão no Novo Código de Processo Civil, bem como a busca pelo diálogo no âmbito do Direito Processual. Cabe agora aguardar para avaliar na prática a efetividade da alteração de procedimento, que se realizada com boa-fé e espírito cooperativo somente trará benefícios ao senso de Justiça e a coletividade como um todo.

2. O Processo Civil Cooperativo: evolução necessária ante o Estado Democrático de Direito

Quando se fala em Processo cooperativo deve-se pensar em um modelo de processo civil contemporâneo, que se alinha às exigências de um Estado Constitucional, no qual todos os sujeitos processuais possuem comunicação ativa, responsabilidades, ônus e deveres na construção do objetivo principal: o provimento final fundamentado, justo, efetivo e célere.

Não se pode afirmar que o novo Código de Processo Civil inaugura tal modelo em nosso ordenamento, posto que a tendência já se revelava em diversos dispositivos do Código Buzaidi e representa uma aspiração irreversível para a busca da justiça no processo no Estado Democrático de Direito.

No entanto, ao estabelecer taxativamente em seu art. 6º que os sujeitos processuais devem cooperar entre si visando à obtenção de decisão justa e efetiva, o CPC define exatamente qual o modelo processual que será adotado e implementado com sua edição, ou seja, o modelo cooperativo.

Essa implementação nos afasta tanto da perspectiva do liberalismo processual, modelo no qual há o protagonismo das partes, quanto de

degenerações da socialização processual, em que predomina o protagonismo judicial.³

Com efeito, a história do processo civil caminha juntamente com a organização da sociedade e de seu respectivo regime político. No Estado Liberal do século XIX, por exemplo, o processo era totalmente privado e os procedimentos eram seguidos conforme a atuação das partes, restando ao órgão jurisdicional um papel totalmente passivo, cuja atividade restringia-se tão somente a declarar um direito previamente descrito pelo legislador.

O liberalismo processual, no entanto, permitia a manipulação do processo pelas partes, o que gerou claras insatisfação e degenerações sistêmicas resultando no seu consequente esgotamento no curso do século XIX.

Em busca da melhoria técnica processual, no final do século XIX começou a se fortalecer o modelo de processo socializador na doutrina austro-germânica, fase típica do século XX que ganha força a partir do delineamento do paradigma de Estado de Bem-Estar social.⁴

No modelo de processo durante o Estado de Bem-Estar social, caracterizado pelo intervencionismo estatal, verifica-se um aumento dos poderes do juiz no processo, tanto na instrução da causa, como na investigação dos fatos e interpretação dos textos normativos. Concebe-se então uma relação publicista, em que as partes seriam meros colaboradores e o protagonista seria a figura do Estado-Juiz.

Ousa-se afirmar, embora não imune a críticas de uma ilação simplória, que o modelo processual desenvolvido na política liberal se caracteriza pelo modelo dispositivo/adversarista e o contrário, ou seja, o desenvolvido perante uma política intervencionista, seria o modelo inquisitivo.

3 Torres Lobão, Amanda. *A cooperação processual no Novo Código de Processo Civil Brasileiro* Arruda.Alvim, Thereza. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos – Sistematização e Procedimentos/ Coordenação Thereza Arruda Alvim (et. Al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 4.

4 Torres Lobão, Amanda. *A cooperação processual no Novo Código de Processo Civil Brasileiro* Arruda.Alvim, Thereza. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos – Sistematização e Procedimentos/ Coordenação Thereza Arruda Alvim (et. Al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 6.

Em artigo publicado, Freddie Diddier Jr. diferencia os modelos básicos acima citados. Vejamos:

Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo.⁵

Independente das ilações realizadas, fato é que os modelos desenvolvidos a muito demonstram sinal de que não se adequam a realidade atual, pois considera-se cada vez mais impensável a sustentação de qualquer forma de protagonismo, seja esse das partes ou do juiz.

E no contexto atual de Estado Constitucional Democrático de Direito⁶, fundado na dignidade da pessoa humana, na garantia do exercício dos direitos individuais e sociais, democracia participativa e organização dos Poderes, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, se justifica muito mais a existência de um processo civil com base no modelo da cooperação.

É nessa esteira, então, que o Código de Processo Civil estabeleceu expressamente em seu art. 6º ser dever de todos os sujeitos processuais a cooperação para se obter decisão de mérito justa e efetiva.

No entanto, tal previsão não ficou imune a críticas, todas fundadas no fato de que se considera ilógico que partes antagônicas, com interesses completamente opostos, tenham o dever de agir conjuntamente; “ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa”⁷.

5 Diddier, Freddie – Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, Revista de Processo. p. 213 e ss, vol 198. São Paulo: Ed. RT, 2011.

6 Tanto a Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado como a apresentação do Substitutivo da Câmara enfatizaram que este é o primeiro código de processo civil construído em um período democrático – já que os dois anteriores foram concebidos em períodos de regime autoritários e ditatoriais, 1939 e 1973. Daí a alegada necessidade de se atualizar o CPC à feição democrática da Constituição.

7 Flávio Yarshel. *Curso de Direito Processo Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 111, vol. 1.

Ao discorrer sobre a colaboração no processo Civil, Daniel Mitidiero ponderou:

O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015. Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si.⁸

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Sempre entendi que o princípio da cooperação seja voltado muito mais ao juiz do que às partes, criando aquele que conduz o processo os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, já que as partes estarão naturalmente em posições antagônicas, sendo difícil crer que uma colabore com a outra tendo como resultado a contrariedade de seus interesses.⁹

No entanto, compreendemos que essa não é a leitura que deve ser dada ao artigo 6º do NCPC. A lógica a ser utilizada não é aquela da colaboração como união para obtenção de um resultado em comum, para a confissão ou produção de prova contra si, mas sim aquela da atuação dinâmica, participativa, ética e, principalmente, responsável de todos os sujeitos processuais para a decisão justa e efetiva. Tanto por isso a eleição da boa-fé objetiva, isonomia entre as partes, garantia ao contraditório e celeridade como normas fundamentais do processo.

A partir de tal concepção é possível caracterizar o processo civil cooperativo como um processo mais democrático, que afasta a ideia da submissão dos sujeitos processuais ao Estado-Juiz e dá lugar a uma interdependência das partes e uma participação ativa dos interessados na solução do conflito, que podem o fazer, inclusive, pela flexibilização ou disponibilização de procedimentos através da elaboração de negócios jurídicos processuais, conforme abordaremos a seguir.

8 Mitidiero, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos – 3 ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 70/71.

9 Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – 2 ed. rev. atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 16.

3. Negócio Jurídico Processual

Os negócios jurídicos, institutos típicos do direito privado, em que se desenvolve com liberdade a autonomia da vontade das partes, agora encontram-se em guarida no âmbito do direito processual, ramo publicista, tradicionalmente sem espaço para negociação dos procedimentos.

Confirmando a nova era do processo civil e a necessidade de se adaptar ao Estado Democrático de Direito, foi consagrada no art. 190 do CPC a cláusula geral do Negócio Jurídico Processual:

Art.190 do NCPC: 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 prevista neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Nos negócios jurídicos processuais as partes poderão estipular mudanças no procedimento, reestabelecendo e recriando para tanto regras sobre ônus, faculdades e deveres.¹⁰

A ideia é adaptar o processo às necessidades das partes e, consequentemente, permitir a melhor resolução do caso concreto. As partes

10 Diversos são os limites, no entanto, já consagrados no Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) sobre a possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais. Dentre eles, destacam-se os Enunciados nº 06 (“O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”), 17 (“As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”), 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 da apelação, acordo para não promover execução provisória”), 20 (“Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância”) e 21 (“São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”).

podem estabelecer novos prazos, orientando todo um novo calendário processual, estabelecer deveres e sanções, passando pela ampliação e redução de prazos processuais, tempo de sustentação, rateio de despesas processuais, dispensa de assistentes técnicos e execução provisória, dentre outros. Vê-se a primazia da vontade atuando no campo processual, revelando o pioneirismo do nosso Código e o ajuste a valores democráticos, em consonância com os novos tempos.

No entanto, a leitura do dispositivo, a compreensão de sua origem, bem como sua aplicação prática, somente se justifica se tiver como premissa principal as normas fundamentais consagradas pelo próprio código e nesse aspecto se passa a analisar alguns dos importantes princípios que deverão nortear toda a negociação processual a ser estabelecida entre as partes.

4. Negócio Jurídico Processual e as Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil

Conforme já exposto, o primeiro capítulo do novo Código de Processo Civil estabelece de plano as normas fundamentais processuais, e a maior visibilidade outorgada aos direitos fundamentais lá elencados não tem outro objetivo a não ser firmar a orientação do processo civil de acordo com os valores proclamados na Constituição Federal.

Assim, toda a leitura do novo Código de Processo Civil deve ser feita tendo como base os princípios lá consagrados. Vejamos, então, como deverá ser aplicado no âmbito dos negócios jurídicos processuais.

4.1. O princípio da celeridade processual – art. 4º do CPC/2015

Art. 4º do CPC/2015: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

O princípio da razoável duração do processo, introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, ganha destaque na legislação infraconstitucional. Trata-se de mais uma previsão que reafirma a interação entre as normas processuais e os valores constitucionais, ao que se pode chamar a “constitucionalização do processo civil” ou “direito processual constitucional”.

A previsão legal, no entanto, inova ao estender a duração razoável do processo à fase executiva, além de colocá-lo como critério para a cooperação que deve existir entre os sujeitos envolvidos no processo (art. 6º do CPC/2015).

Com efeito, algumas mudanças no novo Código de Processo Civil visaram a simplificar procedimentos e potencializar o resultado do processo de forma a reduzir a morosidade. No entanto, esta não se dará a qualquer custo, posto que deverá se coadunar com a valorização do contraditório (art.9º do CPC/2015) e ampliação da exigência da fundamentação (art. 10 do CPC/2015), o que pode eventualmente prolongar o tempo para solução dos conflitos.

Nota-se, portanto, a dificuldade de se estabelecer parâmetros ou balizes para se definir o que é o “tempo médio da razoável duração de um processo”. Nesse sentido, vejamos dado interessante no artigo elaborado por Prof. Paulo Eduardo Alves da Silva:

O próprio Conselho Nacional de Justiça tem tentado sistematizar os dados de que dispõe para apurar tempos médios de diferentes processos. Além do cálculo empírico dos tempos médios, essas pesquisas também indicaram as fases e os pontos processuais nodais com maior efeito sobre a duração do processo (os chamados “gargalos processuais”). Por exemplo, já se identificou que o maior tempo dos processos é gasto nas rotinas cartoriais e que os embargos à execução e os recursos, embora prolonguem consideravelmente a tramitação dos feitos não são tão frequentes como soa nos discursos de reforma legislativa.¹¹

Considerando-se que, com base na pesquisa, o maior tempo dos processos está nas rotinas cartoriais e no processamento dos recursos, o estabelecimento de um negócio jurídico processual entre as partes pode representar de fato uma celeridade processual. Toma-se como exemplo o negócio tipificado no art. 191 do CPC, ou seja, o chamado calendário processual¹².

11 Da Silva, Pedro Eduardo Alves. *As normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil (ou “As doze tábuas do Código de Processo Civil Brasileiro”?)*. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas/ Vários autores – São Paulo: Atlas, 2015. p. 309.

12 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

Com base na previsão do art. 191 as partes podem estabelecer prazos diferenciados para a prática de atos processuais, sendo que o seu § 2.º ainda define que 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.

Assim, 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, bem como de sua duração, a saber pelas conclusões da pesquisa apontada acima.

No entanto, revela-se extremamente importante o espírito de cooperação da partes para o sucesso do negócio, bem como a razoabilidade e bom senso nas definições dos procedimentos a serem adotados e suas alterações, sob pena de comprometimento do próprio instituto, pois de nada adiantaria o estabelecimento de acordo processual que implique, por exemplo, aumento desarrazoado de prazo processual, estabelecimento de solução complexa para situação simplórias, complexidade na utilização de mecanismos probatórios, interrogatórios que em nada se ajustam ao ordenamento jurídico brasileiro, entre outras situações.

Deve, portanto, a previsão do art. 190 ser lida sob a ótica do princípio da razoável duração do processo para que seja aplicado de forma efetiva e vantajosa para as partes, e somente assim representar uma verdadeira alternativa ao procedimento legislado.

4.2. O princípio da boa-fé – art. 5º do CPC/2015

Art. 5º do CPC/2015: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Como elemento que impõe tutela da confiança e dever de aderência à realidade, a boa-fé que é exigida no processo civil é tanto a subjetiva quanto a objetiva. Ao vedar o comportamento contrário à

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

boa-fé, o novo Código impõe especificamente a necessidade da boa-fé objetiva.¹³

Com efeito, é dever das partes litigar de boa-fé, compreende-se aqui não só o seu aspecto subjetivo, relacionado aos deveres de proibição, tais como os previstos no art. 77 do CPC, mas também ao seu aspecto objetivo, relacionado a regras de conduta, que deve ser baseada na máxima do comportamento não contraditório e na proteção da legítima confiança.

O princípio da boa-fé deve ser observado tanto na concepção/motivação do negócio jurídico processual, quanto na sua execução. No primeiro aspecto, defende-se que a convenção não pode gerar uma situação de exercício abusivo de posições jurídicas pelas partes ou dilações indevidas que comprometam a razoável duração do processo¹⁴; ou ainda que liberasse o juiz dos deveres de cooperação ou que liberasse as partes a litigar de modo temerário (contrariando o dever de proibição)¹⁵. Aliás, nesse mesmo sentido o enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

No aspecto de sua execução, espera-se que após celebrado o negócio jurídico processual todos os sujeitos processuais observem as regras de conduta da boa-fé objetiva, posto que o procedimento anteriormente concebido, agora alterado, já estava em sua essência submetido ao que preconiza o art. 6º:

Comportar-se com boa-fé aquele que não abusa de suas posições jurídicas. São manifestações da proteção à boa-fé no processo civil a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inelegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito. Em todos esses casos há frustração à confiança ou

13 Marinoni, Luiz Guilherme. O novo processo civil. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhat, Daniel Mitidiero – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 p. 173.

14 Nogueira, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais – Salvador: JusPODIVM, 2016. fls. 242.

15 Nogueira, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais – Salvador: JusPODIVM, 2016. fls. 238.

deslocamento da realidade, o que implica violação do dever de boa-fé como regra de conduta.¹⁶

Cabe ressaltar, ainda, que a previsão legal não se limita exigir a conduta proba somente das partes, mas de todos os que de alguma forma participam do processo ou do negócio processual, ou seja, a conduta leal e proba deve provir das partes e dos procuradores, dos terceiros que eventualmente intervenham, dos juízes e auxiliares da justiça, do Ministério Público, Advocacia e Defensoria pública.

4.3. O princípio da Colaboração – art. 6º do NCPC

Art. 6º do NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Quanto à norma fundamental da colaboração muito se enfatizou no capítulo 2 deste artigo, uma vez é a base para o desenvolvimento do processo civil cooperativo.

Admitir que os sujeitos do processo possam celebrar negócios jurídicos cujo objeto seja, em alguma medida, o instrumento utilizado para a tutela dos interesses em jogo, significa reconhecer-lhes um espaço de participação, democratizando o processo dentro dos propósitos de cooperação entre os sujeitos processuais, consagrada no Código (art 6º), isso tudo sem que se cogite de desconsiderar autonomia da Ciência do Direito Processual e o caráter publicístico do processo jurisdicional.¹⁷

Com efeito, a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual, inovação que evidencia adoção àquele modelo de processo, não se justifica se não tiver como pano de fundo o disposto no art. 6º, ou seja, sem o espírito de lealdade, boa-fé, participação dialógica e atuação proba entre os sujeitos processuais, não se justifica a sua existência.

16 Marinoni, Luiz Guilherme. O novo processo civil. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhat, Daniel Mitidiero – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 173.

17 Nogueira, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais – Salvador: JusPODIVM, 2016. fls. 224.

A cooperação para a celebração do negócio jurídico processual deve existir na relação entre as partes, do juiz para com as partes e de todos que de certa forma se envolvam no processo estipulado.

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa.¹⁸ Assim, nos termos do art. 190, parágrafo único¹⁹, do novo Código de Processo Civil, a estipulação do negócio jurídico processual não depende, para sua validade, do prévio controle do juiz, permitindo-se-lhe apenas recusar a aplicação da convenção em caso de nulidades ou de abuso. Fala-se, nesse caso, na sua atuação como um mero gestor.

Da mesma forma que se ponderou na análise do boa-fé processual, a cooperação deve existir desde a concepção do negócio jurídico até a sua execução. Cabe as partes manter durante toda a execução do acordo o espírito de cumprimento das tratativas preestalecidas e de não frustração da legítima expectativa depositada.

A importância da cooperação é tão relevante que está diretamente ligada à qualidade do “litígio”, posto que, com o acordo e a boa-fé, aumenta-se o conforto e espontaneidade na relação jurídica, o que diminui a pressão entre as partes e os juízes. Tal desiderato tende a elevar de forma significativa a capacidade de conformação das partes com a solução do litígio, aumentando a sensação da justiça processual.

Quanto maior o envolvimento e comprometimento das partes no procedimento, maiores serão as chances de aceitação (e legitimação) da decisão. As pessoas são mais suscetíveis a aceitar decisões de cujo procedimento participaram ativamente do que aquelas decorrentes de processos das quais não tiveram chances de participar.²⁰

18 Mitiediero, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos – 3 ed.rev.atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

19 Art. 190, parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade da convenções prevista neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

20 Muller, Julio Guilherme. *A negociação no novo código de processo civil: novas perspectivas para a conciliação, para mediação e para as convenções processuais* Arruda.Alvim, Thereza.

Contudo, para que se atinja esse senso de justiça é importante que todos os sujeitos cooperem entre si, mas para que essa cooperação não seja apenas um estado ideal de coisas, tanto os juízes como as partes deverão cumprir alguns deveres de lealdade e boa-fé durante todo processo e principalmente durante a execução do negócio jurídico processual acordado.

5. Conclusão

A presente exposição travada pretende, sem esgotar o tema, demonstrar como o processo cooperativo é uma realidade a ser praticada em nosso ordenamento processual. Saindo do campo utópico ou retórico o novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de as partes modificarem as regras de determinados procedimentos e firmarem, com autonomia de vontade, negócio jurídico processual.

Os negócios processuais importam em uma visão mais democrática do processo, como campo de aberto diálogo e máxima comunhão das partes, oxigenando o procedimento. Tal simbiose, no entanto, demanda que haja enfoque nos princípios como a cooperação, a boa-fé, celeridade e a lealdade processuais.

Contudo, para o sucesso na aplicação desse modelo é necessário antes uma mudança de postura. Mudança de atitude daqueles que manejam o Direito. É importante que a sociedade jurídica se dispa da crença de que o fato de litigarem por direito opostos culmina necessariamente na ausência de diálogo ou lealdade entre elas.

A cooperação resultará em uma prática extremamente promissora do ponto de vista da evolução da cidadania. Vislumbramos, assim, benefícios que não são apenas jurídicos, mas sociais, tornando o processo um campo de diálogo efetivo e a sensação de justiça cada vez mais latente.

Juízes, advogados, defensores, promotores, partes, é preciso que todos lancem um novo olhar sobre o processo civil, a fim de que ele verdadeiramente sirva ao que se destina no contexto do Estado Democrático

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos – Sistematização e Procedimentos/ Coordenação Thereza Arruda Alvim (et. Al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 196.

de Direito: mais do que um instrumento para efetivar o direito material e promover justiça, e sim um local de locução e confronto de ideias, a serviço da paz social e da garantia de direitos, onde cada um tem responsabilidades e deveres, preservando a democracia e promovendo os direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

DA SILVA, Pedro Eduardo Alves. *As normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil (ou “As doze tábuas do Código de Processo Civil Brasileiro”?)*. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas/ Vários autores – São Paulo: Atlas, 2015. p. 309.

DIDDIER, Freddie – Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, Revista de Processo. p. 213 e ss, vol. 198. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. O novo processo civil. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhat, Daniel Mitidiero – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 173.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos – 3 ed.rev.atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 70/71.

MULLER, Julio Guilherme. *A negociação no novo código de processo civil: novas perspectivas para a conciliação, para mediação e para as convenções processuais* Arruda.Alvim, Thereza. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos – Sistematização e Procedimentos/ Coordenação Thereza Arruda Alvim (et. Al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 196.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015* – 2. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 16.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais* – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 242.

TORRES LOBÃO, Amanda. *A cooperação processual no Novo Código de Processo Civil Brasileiro* Arruda.Alvim, Thereza. O Novo Código de

Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos – Sistematização e Procedimentos/ Coordenação Thereza Arruda Alvim (et. Al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 4.

YARSHEL, Flávio. *Curso de Direito Processo Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 111, vol. 1.

Da audiência de instrução no Novo Código de Processo Civil – análise comparativa das principais mudanças ocorridas na nova legislação processual

Heloise Wittmann¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Do saneamento, da organização do processo e da designação da audiência de instrução e julgamento; 3 – Da audiência de instrução: procedimento; 4 – Do adiamento da audiência; 5 – Audiência una e contínua; 6 – Do procedimento da audiência de instrução; 7 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (NCPC), muitas são as dúvidas com relação a esta legislação que passará a disciplinar e regulamentar toda a atividade processual.

Assim, o presente trabalho busca analisar de forma objetiva, sem pretender esgotar o tema, como a audiência de instrução e julgamento foi regulamentada no NCPC, comparando-a com o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria Judicial de Responsabilidade Civil e Políticas Públicas. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná; e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Afinal, a audiência de instrução e julgamento, em que pese se tratar de um ato processual de grande importância, não se trata de ato indispensável, uma vez que somente é necessária quando há produção de prova oral ou esclarecimentos do perito. Portanto, verificando a necessidade da produção de tais provas, o magistrado a designará.

Com a vigência do NCPC, os advogados devem estar preparados para proceder no momento da audiência de instrução, sendo nela o momento em que as partes comprovarão o fato constitutivo do seu direito (autor) ou o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do outro (réu) e prevalecerá a oralidade, devendo-se evitar qualquer atuação de forma equivocada que leve a procedência ou improcedência da demanda.

Portanto, este artigo delimita-se a examinar o momento processual em que o magistrado designa a audiência de instrução e julgamento, bem como qual o procedimento adotado pelo novo Código de Processo Civil em face do que era determinado no Código de 1973, ou seja, determinar o procedimento previsto no NCPC, quais as principais alterações ocorridas e quais as regras que se mantiveram.

2. Do saneamento, da organização do processo e da designação da audiência de instrução e julgamento

O NCPC inovou e avançou na questão do saneamento do processo, indo muito além do que é previsto no artigo 331 do CPC/73. Pela leitura do artigo 357 do NCPC, não havendo a extinção do processo, o julgamento antecipado do mérito ou o julgamento antecipado parcial do mérito deve o juiz realizar o saneamento e a organização. Assim o NCPC inova ao determinar ao magistrado que além de sanear o processo proceda a sua organização:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

- I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;
- II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;
- III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

A doutrina elogiou a alteração do referido diploma, visto que não é tão tímido como era o artigo 331 do CCP de 1973, tratando-se de uma verdadeira racionalização da atividade jurisdicional, “incentivando a cooperação entre os variados sujeitos processuais, inclusive a depender da complexidade do caso, em audiência especialmente designada para tanto (§ 3º)”.²

Portanto, cabe ao Magistrado, no momento do saneamento do processo, resolver as questões processuais, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito e determinar a distribuição do ônus da prova entre as partes nos termos do artigo 373 do NCPC³.

Nesse sentido, chama a atenção a verdadeira lista de atividades a serem necessariamente praticadas pelos Magistrados nos incisos do *caput* do art. 357 – cabendo evidenciar a definição da distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 (arts. 357, III) – e a possibilidade de as partes apresentarem para homologação delimitação consensual de questões (§ 2º). As partes têm o direito, ainda de pedir esclarecimentos e solicitar ajustes na decisão que declara saneado o processo pronto para o ingresso na fase instrutória. Não o fazendo, a decisão torna-se estável, tudo em consonância com § 1º. É correto compreender, a este respeito, que a decisão não pode sequer ser objeto de questionamentos em preliminar de apelo nos moldes do § 1º do art. 1009⁴

2 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.266.

3 Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

4 BUENO, 2015, p.266.

Assim, verifica-se que a decisão do juiz no momento do saneamento do processo se demonstra de crucial importância no processo, já que se trata do momento no qual ele define as questões de fato a serem provadas pelas partes, bem como distribui o ônus da prova entre elas. Portanto, a partir de tal decisão, as partes saberão de antemão o que formará o convencimento do juiz, evitando qualquer surpresa no momento da sentença, tratando-se de alterações positivas “pois a distribuição do ônus da prova nesse momento permite que as partes iniciem a fase probatória já sabendo quais serão os seus papéis”.⁵

Da mesma forma, essa decisão evita discussões inúteis no curso do processo, uma vez que a “delimitação das questões de direito relevantes tem o propósito de focalizar as matérias que merecem ser efetivamente debatidas pelas partes, evitando-se gasto de tempo e energia com temas irrelevantes para a decisão do mérito”.⁶

A doutrina, no entanto, entende que “mesmo depois do saneamento, possa o juiz – de ofício ou por provocação das partes – reconhecer vícios processuais preexistentes, ainda que quando isso resulte na extinção do processo”⁷. Essa interpretação decorre do fato de as questões processuais de matéria de ordem pública poderem ser analisadas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Contra a decisão proferida no despacho saneador, podem as partes, nos termos do parágrafo 1º do artigo 357, requerer esclarecimentos e solicitar ajustes no prazo de 5 (cinco) dias, após tal prazo a decisão torna-se irrecorrível:

§ 1º – Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

Por outro lado, pode o juiz, verificando ser a causa complexa, designar a audiência para que as partes cooperem no momento do

5 FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Do Saneamento e da Organização Simardi Fernandes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 971.

6 *Ibid.*, p. 971.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Luiz. *Processo de Conhecimento*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 246

saneamento do processo. Esta é a nova redação do parágrafo 3º do artigo 357:

Art. 357, § 3º – Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Trata-se de audiência para fins de saneamento e organização do processo em razão da complexidade da causa, não se confundindo com a audiência de instrução e julgamento que será realizada em um momento posterior. Entretanto, sendo designada a audiência de saneamento e organização do processo, o NCPC exige que as partes levem para tal audiência o respectivo rol de testemunhas, se pretenderem a realização da prova oral:

Art. 357, § 5º – Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

Não sendo designada a audiência de saneamento, é no despacho saneador que o Juiz determina se haverá ou não a necessidade de prova oral. Portanto, verificada a necessidade da prova oral o juiz designará a audiência de instrução:

A partir da decisão que trata o artigo em comento, inicia-se a fase instrutória do processo em que serão produzidas as provas deferidas, dentre aquelas previstas em nosso sistema. À exceção da prova documental, que em regra deve ser produzida pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação.

Dentre as provas, poderá o juiz deferir a produção da perícia, que se realizará antes da produção da prova oral e segundo cronograma estabelecido pelo magistrado, conforme acima referido. Nesse caso, pode ser necessário que se aguarde a realização do trabalho pericial para, apenas em seguida, designar-se a audiência de instrução e julgamento.

Quando se diz que a audiência de instrução será designada “caso necessária”, deve-se entender que a sua necessidade de sua realização ficará condicionada ao deferimento da prova oral, consistente no depoimento pessoal de uma das partes ou na oitiva de testemunhas. Ou para a oitiva de perito e assistentes técnicos.⁸

8 FERNANDES, 2015, p. 974.

Designada a audiência de instrução, as partes têm o prazo comum de 15 (quinze) dias para apresentarem o rol de testemunhas, sendo somente permitido o número de 10 (dez) testemunhas e no máximo 3 (três) por fato:

§ 4º – Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

(...)

§ 6º – O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º – O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º – Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º – As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

O NCPC exigiu que, entre as pautas da audiência de instrução e julgamento, deverá ocorrer um intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

3. Da audiência de instrução: procedimento

A audiência de instrução e julgamento é considerada um ato processual complexo, pois são vários atos praticados por diversos sujeitos do processo:

A audiência de instrução e julgamento é ato processual complexo, no qual variadas atividades são praticadas pelo juiz, serventários da justiça, partes, advogados, terceiros e membros do Ministério Público. São realizadas atividades preparatórias (tais como a intimação de testemunhas e perito), conciliatórias, saneadoras (fixação dos pontos controvertidos), instrutórias (prova oral e esclarecimentos do perito), de discussão da causa (debates orais) e decisórios (sentença). Apesar de parcela da doutrina entender que os debates orais fazem parte da

instrução da causa, é superior o entendimento de que a instrução seja limitada a produção probatória.⁹

A audiência de instrução e julgamento é pública, cabendo ao Juiz declarar aberta e mandar apregoar as partes e os advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar (art. 358, NCPC).

O pregão é formalidade essencial da abertura da audiência, através da qual se consolida sua publicidade e garante a participação dos interessados.¹⁰ A inovação do NCPC está em não mais limitar o pregão da audiência de instrução às partes e aos seus advogados, liberando todas as pessoas que devam participar da audiência. Entretanto, no dia a dia forense não haverá alterações práticas.¹¹

O NCPC manteve ao Juiz o Poder de Polícia (art. 360, NCPC), cabendo a ele manter a ordem e o decoro na audiência; ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente; requisitar força policial, quando necessária; tratar com urbanidade qualquer pessoa que participe do processo e registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

Nos termos do NCPC, a audiência de instrução novamente se inicia com uma tentativa de conciliação:

Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

Assim, antes de iniciar a instrução do processo, cabe ao Magistrado buscar a conciliação, competindo se valer ou incentivar as partes a buscar outros meios para a resolução de conflitos:¹²

Ainda que o juiz já tenha procedido à conciliação na audiência preliminar ou em qualquer outro momento antes da audiência de instrução,

9 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 481.

10 SPADONI, Joaquim Felipe. Da Audiência de Instrução e Julgamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 978.

11 NEVES, *op. cit.*, p. 483.

12 BUENO, 2015, p. 267.

caberá uma nova tentativa de autocomposição nesse momento procedimental. Na realidade, já produzida alguma espécie de prova antes da audiência (documental, pericial, inspeção judicial), é possível que a posição das partes se altere com relação à anterior tentativa de transação. É por essa razão, inclusive, que a conciliação poderá ocorrer mesmo depois da produção da prova oral.¹³

De acordo com Joaquim Felipe Spadoni, antes da realização da audiência de instrução é um excelente momento para a tentativa de conciliação, pois “neste ponto do procedimento, só resta a produção das provas orais. Todas as provas documentais e eventuais perícias já terão sido realizadas”.¹⁴ Assim, conforme o resultado de tais provas as partes podem avaliar as reais chances na demanda.

Quando frustrada a tentativa de conciliação, deve o “juiz esclarecer e oportunizar às partes a possibilidade de o julgamento ser realizado através de juízo arbitral”.¹⁵

Não obtida a conciliação e as partes permanecendo com interesse no julgamento da causa pelo juízo estatal, passa-se a produção da prova oral.

A ordem da produção da prova oral se manteve a mesma, ouvindo-se primeiro o perito, depois o depoimento pessoal do autor e réu e por fim o das testemunhas:

Art. 361. As provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, preferencialmente:

I – o perito e os assistentes técnicos, que responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do art. 477, caso não respondidos anteriormente por escrito;

II – o autor e, em seguida, o réu, que prestarão depoimentos pessoais;

III – as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, que serão inquiridas.

13 NEVES, 2013, p. 484.

14 SPADONI, 2015, p. 979.

15 SPADONI, 2015, p. 980.

Parágrafo único. Enquanto depuserem o perito, os assistentes técnicos, as partes e as testemunhas, não poderão os advogados e o Ministério Público intervir ou apartear, sem licença do juiz.

Da simples leitura do artigo verifica-se que não houve qualquer alteração com relação à ordem da oitiva da audiência, entretanto o Código utilizou a palavra “preferencialmente” para definir a ordem da produção da prova oral, entendendo-se que, devidamente justificada, pode haver a inversão da ordem da colheita da prova oral, sem com isto gerar nulidade:

O artigo 346 do PLNCPC mantém a ordem na produção da prova produzida na audiência de instrução, mas em seu *caput* prevê expressa que essa ordem será preferencialmente seguida, acolhendo-se o entendimento de que a inversão, desde que justificada é legitimidade e não gera *ipso facto* a anulação da audiência.¹⁶

Assim, as partes devem estar atentas para eventual inversão da produção da prova oral, avaliando se isto causou algum prejuízo, o qual deverá ser cabalmente demonstrado, pois, nos termos da nova legislação processual, não há obrigatoriedade em seguir a ordem da produção oral, somente uma preferência. Portanto, preferencialmente devem ser ouvidos o perito, os depoimentos do autor e do réu e o das testemunhas, mas não obrigatoriamente.

No que tange ao procedimento da audiência de instrução e julgamento, o NCPC inova ao autorizar que as audiências sejam gravadas. O § 5º do artigo 367 autoriza a audiência ser integralmente gravada em imagem e em áudio, por qualquer meio (digital ou analógico), desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

Nesse sentido, o parágrafo 6º do art. 367¹⁷ do NCPC, “querendo solucionar acesa discussão doutrinária e jurisprudência, admite expres-

16 NEVES, 2013, p.485

17 Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato(...).

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

samente a possibilidade de as próprias partes, *independentemente de autorização judicial*, gravarem, pelos meios referidos no § 5º a audiência.”¹⁸

Por fim, o NCPC, em consonância com a Constituição Federal e outros diplomas infraconstitucionais, assegura em seu artigo 368 a publicidade da audiência: “A audiência será pública, ressalvadas as exceções legais”.

4. Do adiamento da audiência

O artigo 362 do NCPC descreve em quais situações a audiência pode ser adiada:

Art. 362. A audiência poderá ser adiada:

I – por convenção das partes;

II – se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar;

III – por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.

A doutrina entende que se trata de um rol meramente exemplificativo¹⁹. Entretanto, como foi retirada a limitação de adiamento consensual, a audiência pode ser adiada várias vezes.²⁰

A novidade, entre as situações que geram o adiamento da audiência, é a que trata sobre atraso, estabelecendo que, se houver um atraso injustificado superior a 30 (trinta) minutos da hora marcada, a audiência será adiada (art. 362, III):

(...) o mesmo dispositivo, em seu inciso III, prevê nova hipótese de adiamento por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 minutos do horário marcado, ainda que seja um sonho distante dos advogados a pontualidade na realização das audiências, nada levando a crer que a novidade legislativa venha a alterar esta realidade.²¹

18 BUENO, 2015. p. 271.

19 NEVES, 2013, p. 490.

20 SPADONI, 2015, p. 984.

21 NEVES, *op. cit.*, p. 491.

Com relação à aplicabilidade de tal inciso, discute-se a forma como ele será aplicado no dia a dia forense. Há doutrinadores que entendem que deve ser interpretado de forma favorável ao jurisdicionado:

Na praxe forense não era incomum, infelizmente, as partes, advogados, testemunhas e perito serem obrigados a aguardar por horas o início da audiência designada, em razão de atraso no seu início, justificado ou injustificado. Seja por demora na chegada do magistrado, seja em razão de demora na conclusão de audiência anterior ou por qualquer razão existente o início da sua audiência. Agora, nestas hipóteses, o novo CPC permite o adiamento da audiência, obrigando o Juízo a direcionar àqueles que participem do processo maior respeito e consideração, diante das dificuldades do Poder Judiciário.

Embora o dispositivo afirme apenas que o atraso injustificado permite o adiamento da audiência, nos parece que a regra deve ser lida com mais favor aos jurisdicionados, no sentido de que sempre que o atraso no início da audiência se revelar excessivo, ainda que justificado, a audiência deve ser adiada.²²

Outro destaque do artigo 362 é a situação na qual uma das partes não pode comparecer à audiência, devendo comprovar a impossibilidade de comparecimento até o momento da abertura da audiência e caso não traga tal prova o juiz procedera a instrução (art. 362, § 1º, NCPC).

Contudo, é necessário ressaltar que esta preclusão somente ocorre quando for possível comunicar ao Juízo antes da audiência, afinal se algum imprevisto “que gere extrema dificuldade ou impossibilidade no cumprimento desse prazo (p. ex. doença, acidente, sequestro, morte de familiar no dia da audiência) ocorrer, admitir-se-á a alegação posterior do advogado que, uma vez acolhida, gera a anulação da audiência já realizada.”²³

Como sanção pelo não comparecimento, não havendo justificativa pela ausência do advogado, do defensor público ou do membro do Ministério Público, o Juiz poderá dispensar a produção da prova requerida

22 SPADONI, 2015, p. 985.

23 NEVES, 2013, p. 491.

por quem não compareceu (art. 362, § 2º, NCPC). Além disso, o não comparecimento impõe a quem der causa do adiamento da audiência responder pelas despesas acrescidas.

Todavia, a doutrina ressalta que, tratando-se de prova indispensável à instrução do processo, cabe ao Juiz determinar, inclusive de ofício, a realização da audiência, ainda que a parte que a requereu não compareça. Entretanto, entendendo que a prova pretendida pelo faltante era uma prova inútil, poderá ser dispensada.²⁴

5. Audiência una e contínua

A regra antiga declarava que a audiência de instrução devia ser una e contínua, sendo está determinação mantida pelo NCPC:

Art. 365. A audiência é una e contínua, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes.

Parágrafo único. Diante da impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia, o juiz marcará seu prosseguimento para a data mais próxima possível, em pauta preferencial.

A unidade da audiência significa que todos os atos devem ser em uma única audiência; já continuidade significa que audiência deve começar e terminar em uma assentada. Excepcionalmente a audiência pode ser interrompida, razão pela qual não se designará uma nova, apenas se prosseguirá em uma nova data a audiência interrompida²⁵: “o que se quer dizer com a audiência ser una e continua é que, embora fracionada, é considerada como única, não podendo, por exemplo, ser apresentado outro rol de testemunhas se a audiência, uma vez iniciada, for suspensa”.²⁶

O NCPC autoriza a cindir a audiência em caráter excepcional em razão da ausência de testemunha ou do perito, mas desde que haja a

24 SPADONI, *op. cit.*, p. 984.

25 NEVES, 2013, p. 488.

26 WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 8 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 206.

concordância das partes. Assim, em comum acordo, a audiência será designada para a data mais próxima e de forma preferencial.

6. Do procedimento da audiência de instrução

No que tange à dinâmica da audiência de instrução, o NCPC trouxe algumas mudanças, razão pela qual passamos à análise das que mais se destacam.

a) Depoimento Pessoal

O depoimento pessoal foi mantido no NCPC conforme constava na formulação do CPC de 1973, devendo ser requerida pela parte contrária ou de ofício pelo juiz:

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 1º – Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

§ 2º – É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte.

§ 3º – O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Outrossim, manteve-se a vedação que determina à parte que ainda não depôs não poder assistir ao depoimento da outra parte.

A inovação do NCPC, no que tange à questão do depoimento pessoal, reside no parágrafo 3º, o qual permite que o depoimento pessoal de quem não reside na comarca seja realizado por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico e durante a audiência de instrução e julgamento.

Outra novidade contida no depoimento pessoal foi o aumento do rol dos fatos, os quais permitem que a parte não seja obrigada a depor.

No CPC de 1973, a parte não era obrigada a depor somente nos fatos que fossem criminosos ou torpes, bem como cujo respeito deveria guardar sigilo. Já no NCPC, este rol foi ampliado para as seguintes hipóteses (art. 388, NCPC):

- a) criminosos ou torpes que lhe forem imputados;
- b) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;
- c) acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;
- d) que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Entretanto o parágrafo único do artigo 388²⁷ afirma expressamente que as vedações do *caput* não se aplicam às ações de estado e de família, pois as ações de família para este fim – e sem que sua lembrança possa ser considerada exaustiva – podem ser encontradas no *caput* do art. 693: “processos contenciosos, de divórcios, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”.²⁸

O NCPC, da mesma forma que o CPC de 1973, veda que a parte utilize de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos (art. 387).

Pela nova legislação, se a parte deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, sem motivo justificado, o juiz poderá declarar na sentenç a, analisando as questões e circunstâncias, se houve recusa de depor (art. 386).

Por fim, a confissão continua prevista no NCPC nos termos do artigo 389: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”. Assim, a confissão permanece com a mesma configuração: admissão de fato desfavorável   parte confidente, mas favorável ao interesse da parte

27 Art. 388 – Parágrafo  nico. Esta disposição não se aplica às a es de estado e de família.

28 BUENO, 2015. p. 281.

contrária. Desse modo, a confissão gera duas consequências: a dispensa da prova do fato pela parte contrária e a presunção de veracidade sobre o fato confessado.²⁹

b) Oitiva das Testemunhas

No que tange à prova oral testemunhal, verifica-se que o NCPC manteve a ordem da oitiva das testemunhas na audiência de instrução, sendo primeiro ouvido as do autor e depois as do réu, não podendo uma ouvir o depoimento da outra (art. 456):

(...) a prova testemunhal é posterior aos esclarecimentos do perito e do assistente técnico e ao depoimento das partes. A razão da ordem preferencial é lógica e atende à necessidade de duração razoável e eficiência do processo, já que dependendo dos esclarecimentos periciais ou da obtenção de confissão no depoimento das partes, a prova testemunhal poderá ser dispensada³⁰.

A mudança está no parágrafo único que permite inverter a ordem da oitiva das testemunhas desde que haja acordo entre as partes. Entretanto, não havendo tal acordo, o Magistrado não pode inverter a ordem da oitiva de testemunha. Esta é a lógica do artigo 456 do NCPC:

Art. 456. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras.

Parágrafo único. O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no *caput* se as partes concordarem.

Todavia, a parte que se sentir prejudicada com a inversão da oitiva das testemunhas deve evidenciar o prejuízo, uma vez que não há nulidade sem prejuízo.³¹

A contradita está prevista no artigo 457 e permanece nos moldes atuais, ou seja, logo após a qualificação da testemunha.

29 MARINONI, 2014, p. 312.

30 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Da Produção da Prova Testemunhal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.1146.

31 RODRIGUES, 2015, p.1157.

A prova testemunhal continua a ser admitida em qualquer hipótese, salvo se a lei vedar a sua produção:

Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

O NCPC não reproduziu a norma do CPC de 73, que vedava a produção de prova testemunhal nos contratos acima de 10 (dez) salários mínimos. Entretanto, se a lei exigir prova documental, a prova testemunhal somente será admitida se houver um indício de prova escrita.

Art. 444. Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

Com relação à oitiva das testemunhas, inova o Código de Processo Civil ao determinar que seja documentada por meio de gravação:

Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação.

§ 1º – Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, o depoimento será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores.

§ 2º – Se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica.

§ 3º – Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código e na legislação específica sobre a prática eletrônica de atos processuais.

Ao que parece o Código deu preferência ao meio gravado, dado que no texto ele aparece como preferência sobre as demais formas de transcrição:

É possível interpretar o *caput* do dispositivo no sentido de que a gravação é o meio preferencial de registro da oitiva da testemunha, já que a referência a outras formas de documentação (digitação ou registro por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo) vem indicada em segundo plano, caso em que, de qualquer sorte, o testemunho será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores.

(...)

Quando se tratar de autos não eletrônicos e havendo recurso, o depoimento será digitado apenas quando não for possível o envio de sua documentação eletrônica (§ 2º). Sendo eletrônico os autos, prevalece a disciplina específica relativa à prática eletrônica dos atos processuais (§ 3º), o que remonta ao contido nos arts. 193 a 199 do novo CPC, sem prejuízo do disposto na Lei 11.419/2006.³²

O Código também inova ao determinar, no seu artigo 453, §1º, que as testemunhas que não residirem na Comarca sejam inqueridas por meio de videoconferência:

Art. 453. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto:

I – as que prestam depoimento antecipadamente;

II – as que são inquiridas por carta.

§ 1º – A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.

§ 2º – Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º.

Nesse sentido, a novidade se insere na necessidade dos Tribunais de manterem a disposição um equipamento para a transmissão das respectivas audiências:

Novidade digna de destaque está no § 1º que permite a colheita de prova testemunhal por videoconferência ou recurso tecnológico similar. Aqui, diferentemente do que se dá com relação ao art. 385, o § 2º do artigo 451 obriga os órgãos jurisdicionais a terem equipamentos viabilizadores da transmissão e recepção autorizada pelo §1º³³.

32 BUENO, 2015, p. 310.

33 *Ibid.*, p. 306.

Tal inovação demonstra ser de grande utilidade, visto que permitirá ao Juiz da causa ouvir a testemunha, mesmo ela residindo em outra Comarca, sendo o magistrado o responsável pelo julgamento do processo e, por conseguinte, o destinatário da prova, melhor que ele próprio colha a prova. Assim, pode-se, no futuro, se bem aplicada a norma, diminuir consideravelmente a expedição de cartas precatórias para oitivas de testemunhas, inclusive implicando economia às partes e aos Tribunais.

O artigo 459 do NCPC inovou ao determinar que as partes, no momento da oitiva das testemunhas, formulem diretamente as perguntas à testemunha, sem necessitar da intervenção do juiz:

Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º – O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes.

§ 2º – As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º – As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

Assim, houve mudança substancial ao permitir que as partes indaguem diretamente a testemunha, ou seja, não é mais o Magistrado quem formula as questões à testemunha como era previsto no artigo 416 do CPC/73, quando se adotava o sistema presidencial na condução da audiência:

“cabendo ao juiz direta e pessoalmente colher a prova (art. 446, II, do CPC) de forma que as perguntas feitas pelos advogados ao perito, partes e testemunhas terão sempre a intermediação do juiz. Ademais, durante qualquer depoimento, os advogados só poderão intervir ou apartear com a licença do juiz (...).”³⁴

³⁴ NEVES, 2013, p. 482.

Contudo, não se trata de uma liberdade plena, uma vez que o próprio artigo determina ao Magistrado indeferir as perguntas que puderem induzir uma resposta, que não tiverem relação com a demanda, bem como que já foram respondidas. Assim, o papel do Magistrado é fundamental durante a colheita de tal prova, competindo a ele verificar a pertinência dos questionamentos dos advogados das partes:

(...) Outra importante e substancial alteração proposta pelo novo CPC, que seguiu a iniciativa do Anteprojeto, está no art. 459: são os próprios advogados (ou membros do Ministério Público ou da Defensoria Pública) que colherão o depoimento das testemunhas – com o dever de urbanidade e as observações do § 2º – cabendo ao magistrado indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou ainda que importarem repetição de outra já respondida. As perguntas indeferidas serão transcritas no termo da audiência se houver pedido (*caput e §3º*).

A novidade não inibe que o próprio juiz inquiria as testemunhas diretamente antes ou depois da inquirição das partes (§1º), orientação mais ampla proposta pelo Projeto do Senado e que acabou sendo acolhida na versão final do novo CPC.³⁵

Todavia, quando o magistrado indeferir algum questionamento de uma das partes, esta pode requerer que conste no termo de audiência as perguntas indeferidas. O enunciado 158 do Fórum Permanente de Processualistas Civis tratou expressamente da questão ao afirmar tratar-se de direito da parte a transcrição de perguntas indeferidas.

Há doutrinadores, no entanto, que criticam tal modificação no NCPC, pois entendem que houve uma piora no sistema, dado que muitas vezes a condução pelo juiz nas perguntas já esgotava a matéria discutida nos autos:

(...) Há quem veja nessa alteração uma piora em relação ao sistema anterior, porque é inegável que ao iniciar as perguntas o magistrado já delimitava a forma de realização da pergunta, o modo de expressar-se e se dirigir a testemunha, e também porque muitas vezes já obtinha respostas que poderia tornar as perguntas futuras, formuladas pelas

35 BUENO, 2015. p.309-310.

partes, absolutamente dispensáveis. Contudo, a regra foi alterada e ao juiz cabe a inquirição subsidiária, depois da realizada pelas partes, caso ainda tenha algo a ser perguntado.³⁶

O fato é que os advogados terão de se adaptar a esta nova realidade, ou seja, agora eles conduzem as perguntas a serem feitas diretamente às testemunhas.

No que tange à intimação das testemunhas, o NCPC inovou gerando um ônus as partes ao impor à elas a obrigação de providenciar a intimação das testemunhas, juntando aos autos a prova da intimação com três dias de antecedência da audiência. Caso a parte não cumpra com a sua obrigação, isso implicará desistência da oitiva da testemunha:

Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

§ 1º – A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos 3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

§ 2º – A parte pode comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da intimação de que trata o § 1º, presumindo-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição.

§ 3º – A inércia na realização da intimação a que se refere o § 1º importa desistência da inquirição da testemunha.

§ 4º – A intimação será feita pela via judicial quando:

I – for frustrada a intimação prevista no § 1º deste artigo;

II – sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz;

III – figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;

IV – a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;

36 RODRIGUES, 2015, p. 1161.

V – a testemunha for uma daquelas previstas no art. 454.

É excepcional a intimação por intermédio do Estado-juiz, esta só ocorrerá nos casos previstos: quando frustrada a intimação por intermédio do advogado vista anteriormente; quando sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte; quando a testemunha for servidor público ou militar; quando a testemunha for arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública; ou, por fim, quando se tratar da oitiva das autoridades constantes do rol do art. 454.³⁷

c) Decisões Interlocutórias proferidas em Audiência de Instrução

O artigo 523 do CPC/73 foi alterado pela Lei nº 11.187, de 2005, determinando que contra as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento deveriam os advogados apresentar agravo retido, de forma oral e imediatamente, sob pena de preclusão:

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

(...)

§ 3º – Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005).

Assim, na redação do CP/73 competia ao agravante “deduzir imediatamente a minuta do agravo, isto é, as razões do recurso”³⁸, uma vez que “as decisões interlocutórias proferidas em audiência, desde que em ato processual autônomo, são impugnáveis pelo recurso de agravo retido, que deve ser obrigatoriamente interposto pela forma oral”.³⁹

Entretanto, tal norma não foi reproduzida no NCPC. Dessa forma, proferida uma decisão interlocutória no momento da audiência de

37 BUENO, 2015, p.308.

38 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P.1049

39 *Ibid.*, p. 1049.

instrução, a parte prejudicada somente poderá questioná-la em sede de apelação ou em contrarrazões, isso se ela não comportar agravo de instrumento, visto que o agravo retido foi extinto do NCPC. Conforme previsto no artigo 1.009, § 1º, do NCPC:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

(...)

A doutrina assim esclarece:

(...) O § 1º justifica-se pela supressão do agravo retido. Inexistente aquele recurso, as decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento não ficam sujeitas a preclusão, cabendo à parte, se assim entender necessário, suscitá-las em preliminar de apelação ou de contrarrazões.⁴⁰

Trata-se de uma modificação substancial no sistema de recorribilidade das decisões:

(...) culmina por afetar a amplitude do recurso de apelação, alargando-a. Com efeito ao contrário do que sucede no CPC/1973, as decisões interlocutórias não serão, em regra, passíveis de recurso de agravo (no CPC/2015, agravo de instrumento), serão objeto de impugnação ou no bojo da apelação, em capítulo preliminar próprio, ou nas contrarrazões.⁴¹

Portanto, importante mudança do NCPC é a extinção do agravo retido e, via de consequência, da obrigatoriedade da parte fazer agravo retido oral contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Todavia as partes devem ficar atentas para trazer tais alegações em sede de apelação ou contrarrazões, sob pena de, em caso de não alegação, precluir.

40 BUENO, 2015. p.646.

41 MELLO, Rogerio Lucastro Torres de. Da Apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2235.

d) Debates Oraís

Encerrada a instrução, o NCPC determina que haja debates orais de 20 (vinte) minutos para cada uma das partes, podendo prorrogar por mais 10 (dez) minutos a critério do juiz.

Todavia, apesar de o NCPC dar prioridade à oralidade, o parágrafo 2º do artigo 362 determina que, tratando-se de questão complexa tanto de fato como de direito, o Juiz poderá converter para memoriais escritos, cujo prazo será de 15 (quinze) dias sucessivos iniciando pelo autor:

Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.

§ 1º – Havendo litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.

§ 2º – Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.

Muito elogiada tem sido a alteração de prazo sucessivo para as partes, obedecendo a lógica do Código de Processo Civil, segundo a qual o autor fala primeiro e o depois o réu, bem como permite ao réu saber de antemão as alegações do autor.

Neste sentido, a doutrina criticava o Código de Processo Civil de 1973, que deixava o prazo das alegações finais a critério do Juiz:

(...) Não havendo prazo fixado em lei, caberá ao juiz fixá-lo tomando por base a complexidade da demanda e o número de sujeitos processuais parciais e, sendo omissis, aplica-se o prazo geral de cinco dias (art. 185 do CPC). Interessante questão concernente a esse prazo diz respeito à forma de sua contagem. É comum na praxe forense a determinação de uma mesma data para apresentação concomitante dos memoriais por ambas as partes. Ocorre, entretanto, que, ao exigir de ambas as partes a apresentação nos mesmos momentos dos memoriais,

o juiz altera a ordem dos atos processuais que norteia toda a atividade desenvolvida na audiência: primeiro fala o autor e depois fala o réu, já sabendo de antemão o que foi dito pelo autor. O melhor entendimento, portanto, é o de prazos sucessivos para a apresentação dos memoriais, de modo que o réu, ao elaborar suas alegações finais, já tenha conhecimento das alegações finais do autor.⁴²

Assim, se verifica que o NCPC não apresentou grandes inovações com relação aos debates finais, somente buscou aperfeiçoar questões práticas do dia a dia.

Desta forma, encerrada a instrução, o Magistrado abre o prazo para as partes fazerem suas alegações finais de forma oral, sendo somente admitido que sejam escritas quando excepcionalmente tratarem de causa complexa de fato ou de direito. Nesta hipótese será aberto prazo de 15 dias sucessivos para as partes apresentarem memoriais escritos, iniciando pelo autor.

Nesse sentido, é importante citar a crítica de Daniel Assumpção Neves, o qual afirma que, apesar de o Código possibilitar a conversão dos debates orais em memoriais escritos somente em situações complexas, este proceder é o mais comum na prática forense, ou seja, mesmo que a causa não seja complexa, é regra os magistrados determinarem que os debates orais sejam entregues por escrito na forma de memoriais.

Para o autor, trata-se de um:

“pacto implícito de mediocridade, ofensivo ao princípio da oralidade: juízes que não querem ou não sabem ouvir e advogados que não querem ou não sabem falar. De qualquer forma caberá ao juiz a determinação dessa conversão ou não, sendo irrelevante a vontade das partes”.⁴³

e) Encerramento da Instrução

Após os debates orais, o Magistrado pode proferir a sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.

42 NEVES, 2013, p. 487.

43 NEVES, 2013, p. 486.

Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.

O antigo CPC também continha a mesma previsão, somente determinava que o Juiz julgasse no prazo de 10 (dez) dias, assim nota-se uma ampliação do prazo para o Magistrado julgar a causa após a realização da audiência de instrução. Tal prazo pressupõe que o juiz não irá proferir a sentença em audiência, já que para tal fato os debates finais também deveriam ter ocorrido de forma oral e em audiência.

7. Considerações finais

Neste artigo, buscamos analisar as alterações do NCPC na audiência de instrução e julgamento, bem como buscamos compreender como tais mudanças afetam o dia a dia da advocacia.

Inicialmente verificamos que o despacho saneador, momento no qual se verifica o cabimento da audiência de instrução e julgamento, foi profundamente alterado, cabendo ao juiz um protagonismo para analisar mais profundamente a causa, decidir a forma de distribuição da prova e as questões de fato a serem provadas, podendo inclusive designar audiência exclusiva para fins de proferir tal despacho. Da mesma forma, verificamos que a audiência somente será designada se necessária a produção da prova oral.

No que tange à própria audiência de instrução e julgamento, constatou-se que esta sofreu algumas alterações importantes no NCPC, acarretando que os profissionais do direito fiquem atentos a tal realidade.

Dentre as novidades, a que parece mostrar-se mais relevante para a prática forense é a da dinâmica da produção da prova testemunhal, na qual o advogado da parte passa a fazer perguntas diretamente a testemunha, não havendo mais a necessidade do juiz formulá-las. Ao juiz caberá o papel de verificar a pertinência das perguntas, devendo indeferir quando for o caso.

Outra alteração relevante foi a extinção do agravo retido oral e de forma contra as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento. Entretanto, isso implicou ônus maior às partes, que deverão estar atentas para impugnar tais decisões quando da interposição do recurso ou das contrarrazões.

Por fim, da análise dos diversos diplomas legais estudados, constatou-se que o NCPC buscou dar primazia às diversas tecnologias, exigindo que os Tribunais, no momento da realização das audiências, disponham de diversos meios para que a audiência ocorra ainda que as partes ou as testemunhas estejam em outras comarcas. Assim, ao que parece, os Tribunais terão de se adaptar o mais breve possível a esta nova realidade tecnológica.

Contudo, apesar das modificações substanciais acima descritas, podemos depreender que, em essência, o NCPC não diverge muito do Código de Processo Civil anterior, tendo sua reformulação buscado uma aproximação maior da legislação com o que já estava pacificado na jurisprudência, bem como se introduziu no novo Código a necessidade de adaptação às tecnologias existentes, de forma que a dinâmica processual esteja em consonância com as práticas dos dias atuais.

Referências bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Do Saneamento e da Organização Simardi Fernandes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Luiz. **Processo de Conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Rogerio Lucastro Torres de. Da Apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Método, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Da Produção da Prova Testemunhal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SPADONI, Joaquim Felipe. Da Audiência de Instrução e Julgamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALLAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 8 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Defesas do réu: prazos, princípios inerentes, forma e conteúdo¹

Nathaly Campitelli Roque²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Direito de defesa: o direito do réu ao devido processo legal e a nova ordenação trazida pelo novo Código de Processo Civil; 3 – Regime Processual da Fazenda Pública no novo Código de Processo Civil; 4 – A contestação no procedimento comum; 4.1 – Generalidades; 4.2 – Termo inicial do prazo de defesa; 4.3 – O prazo para defesa; 4.4 – O conteúdo da contestação; 4.4.1 – O Princípio da Eventualidade; 4.4.2 – O ônus da impugnação específica; 4.4.3 – A defesa de mérito: defesa de mérito direta e defesa de mérito indireta; 4.5 – A técnica processual da contestação; 4.6 – O rol de preliminares do art. 337, CPC; 4.7 – O regime geral da reconvenção no CPC/2015; 4.8 – Desistência da ação e contestação oferecida; 5 – Considerações finais.

1. Introdução

Com a proximidade da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, revela-se importante para os membros da Advocacia Pública voltarem suas atenções aos instrumentos de defesa da Fazenda Pública Ré nos processos de conhecimento de procedimento comum.

1 Apontamentos sobre o tema "Defesas do réu: prazos, princípios inerentes, forma e conteúdo", apresentados pela professora Nathaly Campitelli Roque, durante o curso "Novo Código de Processo Civil e a Advocacia Pública, realizado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

2 Procuradora do Município de São Paulo. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da PUC/SP. Mestre e Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Doutora em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa e pela Universidade de Coimbra.

Apesar de a nova sistemática ter mantido a contestação como principal instrumento de defesa, houve alterações no rol das preliminares, de forma a abarcar defesas que antes eram exercidas por petições em apartado. Novos procedimentos foram inseridos, assim como houve alterações no regime da reconvenção.

Assim, o presente artigo se volta a apresentar as alterações sofridas pelos mencionados instrumentos de defesa e apontar possíveis dúvidas quanto à sua aplicação nos casos concretos. Parte-se do ponto de vista de defesa do interesse público, a ser desempenhado pelos Advogados Públicos, nos processos de conhecimento de procedimento comum. Lembramos que tais disposições são compatíveis com procedimentos especiais, contidos no novo CPC e em legislação extravagante, na falta de disposição especial que trate dos temas.

2. Direito de defesa: o direito do réu ao devido processo legal e a nova ordenação trazida pelo novo Código de Processo Civil

Muitas vezes tratados como direitos distintos, o direito de ação do autor e o direito de defesa do réu são faces da mesma moeda. Tanto o Autor quanto o Réu fixam os limites da cognição do juízo, tanto um quanto outro têm poderes de movimentação da causa e ambos têm o direito aos pronunciamentos judiciais. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “A única diferença significativa entre ação e defesa consiste em que só aquela inclui, e essa não, o poder de dar início ao processo”, sendo reconhecido apenas ao Autor o poder de provocar a Jurisdição³.

Porém, uma vez iniciado o processo, é direito do réu o exercício da defesa de seu interesse da forma mais ampla possível, que se expressa pelo direito de ser citado validamente (vício processual que acarreta a invalidação até mesmo de título executivo judicial, se verificada a revelia na hipótese do art. 525, §1º, I, CPC/15) e de, mesmo se revel, de ter o direito de produzir provas, caso se faça representar nos autos tempestivamente (art. 349, CPC/15).

3 Instituições de Direito Processual Civil, vol II, p. 301.

Impõe-se reconhecer que a defesa é imprescindível para a elaboração do quadro de disputa pelo direito posto em juízo. Isso porque será do confrontamento de dois pontos de vista distintos, muitas vezes opostos, que terá o juiz a condição de apurar a verdade dos fatos e de aplicar com correção o direito à espécie.

Por consequência, o reconhecimento do direito de ação implica, em igualdade de condições, o reconhecimento do direito de defesa. Deve-se reconhecer ao réu o direito de acesso à justiça e ao devido processo legal, com todas as suas garantias.

Essa visão do direito de defesa como decorrência direta do devido processo legal nos parece ter sido reforçado pelo novo Código de Processo Civil. Isso porque o processo, como instrumento de acesso à justiça a ser desenvolvido com todas as garantias e sem indevidas delongas, a atuação cooperativa do réu foi bastante reforçada, e tal se verifica das seguintes diretrizes contidas ao longo do novo Código:

a) participação mais ativa das partes na condução da causa: (convenção de procedimento, participação no saneamento, condução da prova oral etc.);

b) pacificação por meios alternativos (mediação, conciliação);

c) A preservação do procedimento na busca pela solução de mérito, inclusive com a flexibilização da regra de reconhecimento de causas de julgamento sem resolução de mérito (art. 317, CPC/15) e a flexibilização do regime de nulidades;

d) proteção da boa-fé processual: multas e uso de condenação em honorários em fase de recursos, além da previsão de mais uma hipótese de tutela de evidência baseada no mau uso do processo pelo réu (ou pelo autor reconvido).

Tudo isso somado a outros meios de aceleração do procedimento e à prelavência das decisões dos tribunais superiores, dá ao Réu mais poder de influência sobre o resultado final da causa. Também impõe a ele maior responsabilidade de colaborar com a instrução e de firmar argumentos sólidos, de forma a garantir possíveis mudanças de entendimentos firmados (*overruling*) ou de verificação da não aplicação do precedente ao caso concreto (*distinguishing*).

Assim, busca-se incentivar o abandono da passividade do réu presente no chamado “processo do autor”, em que o réu seria beneficiado pela incapacidade ou inércia do Autor em provar o seu direito, mesmo que não apresentasse defesa. Trata-se, efetivamente, de um “processo das partes”, que, em igualdade de ônus e direitos, deverão atuar para a formação da convicção judicial que lhes seja favorável.

3. Regime processual da Fazenda Pública no novo Código de Processo Civil

Antes de adentrar a discussão das defesas propriamente ditas no procedimento comum, como o presente artigo se volta a verificar a atuação da Advocacia Pública enquanto exercente do direito de defesa da Fazenda Pública, impõe-se referir, mesmo que brevemente, sobre o tratamento diferenciado da Fazenda Pública no processo civil.

Em que pese toda a discussão doutrinária acerca das garantias processuais da Fazenda Pública (as quais implicariam tratamento desigual injustificado àquela em detrimento dos litigantes particulares), manteve o novo Código de Processo Civil um rol de regras que disciplinam o regramento processual aplicável à Fazenda Pública. Destacamos as seguintes:

a) citação por oficial de justiça (art. 247, III, CPC/15), enquanto não implementada a citação por meio eletrônico;

b) regime próprio de honorários advocatícios (art. 85, §§3º e 4º, CPC/15), reconhecendo-se o direito a honorários do advogado público, na forma da lei (art. 85, §14, CPC/15);

c) previsão de um regime jurídico próprio aos advogados públicos, estabelecido nos art. 182-184, CPC/15, reconhecendo o direito ao prazo em dobro, exceto se próprio o prazo, e intimação pessoal, por meio eletrônico, carga ou remessa;

d) dispensa de custas de recurso (art. 1.007, §1º, CPC/15);

e) dispensa da multa como requisito para recorrer em caso de condenação em de agravo interno (art. 1021, §5º, CPC/15) e de embargos de declaração (art. 1.026, §3º, CPC/15);

f) representação judicial por procurador (art. 75, I a III, CPC/15), dispensado de apresentação do instrumento de procuração (art. 287, III, CPC/15);

g) remessa necessária (art. 496, CPC/15), com a dispensa do incidente de julgamento por maioria (art. 942, §4º, CPC/15);

h) regime especial de execução, tanto de título judicial quanto de título extrajudicial, mantendo o reconhecimento da Certidão de Dívida Ativa como título executivo extrajudicial (art. 784, IX);

i) participação como terceiro interessado em procedimentos especiais (inventário), em determinadas causas (usucapião) e na jurisdição voluntária, sempre que tiver interesse (art. 722, CPC/15);

j) tutela de urgência: limites arts. 1º a 4º da Lei 8.437/92 e art. 7º, §2º, da Lei 12.016/09 (art. 1.059, CPC/15).

4. A contestação no procedimento comum

4.1. Generalidades

Havendo a citação válida, o processo passa a existir e gerar efeitos jurídicos em relação ao Réu. Estará ele vinculado à decisão do juiz e à norma jurídica concreta por ele editada.

Caso o réu não queira se submeter à pretensão do autor, deverá expressar sua contrariedade explicitamente, nas formas estabelecidas em lei. Se não o fizer, perderá a oportunidade de demonstrar que o autor não tem o direito que afirma, seja pela aplicação do direito material, seja pela alegação de inobservância de normas processuais, e sofrerá todas as consequências da norma concreta a ser editada pelo juiz. Porém, o réu não é obrigado a se defender, já que a lei possibilita que o réu reconheça o pedido do autor. Por esse motivo, afirma-se que a defesa é um ônus processual.

Lembra-se que, forma expressa, o CPC/2015 permite o julgamento antecipado de parte do mérito, caso parte do pedido seja incontroverso ou estiver tal parte em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355, CPC/2015 (art. 356, I e II, CPC/2015). E tal poderá também à Fazenda Pública, para demanda cuja discussão de mérito independa de prova.

4.2. Termo inicial do prazo de defesa

Nesta oportunidade, verifica-se haver uma grande diferença entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de 2015. Se, no primeiro, a citação do Réu, em qualquer das hipóteses, no procedimento comum ordinário, seria para apresentar contestação no prazo de 15 dias, no CPC/15 o regime vem fixado no art. 335, cujo teor é abaixo transcrito:

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. 231,⁴ de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

4 Art. 231. *Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:*

I – a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II – a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

III – a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV – o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V – o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica; VI – a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

VII – a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

VIII – o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

§ 1º Quando houver mais de um réu, o dia do começo do prazo para contestar corresponderá à última das datas a que se referem os incisos I a VI do caput.

§ 2º Havendo mais de um intimado, o prazo para cada um é contado individualmente.

§ 3º Quando o ato tiver de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação.

§ 4º Aplica-se o disposto no inciso II do caput à citação com hora certa.

§ 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.

Ou seja, a citação ocorrerá para o comparecimento à audiência de conciliação e mediação, a qual será realizada nos termos do art. 334, CPC/15. Isso se justifica, pois o CPC/15 traz evidente preocupação com as formas de solução extrajudiciais dos conflitos como forma de oferecer uma prestação jurisdicional mais ágil e eficaz. De fato, uma mediação ou conciliação⁵ bem conduzida costuma surtir resultados duradouros e aumenta em muito a probabilidade do cumprimento voluntário da avença, já que obtidos com a cooperação das partes.

Ao se tratar de interesse público, o direito em questão é indisponível, o que faria incidir no caso de ser o Réu a Fazenda Pública a regra do art. 334, §4º, II, CPC/15⁶, fazendo incidir nesses casos a regra do art. 335, III, supratranscrita, pelo menos em tese.

Porém, nenhum advogado público estará isento de receber ordem de citação convocando a Fazenda Pública para audiência de tentativa de conciliação. Se, para o direito em questão, houver lei ou autorização própria para transação (como para ações indenizatórias e para ações de obrigação

5 Mediação e conciliação são instrumentos diferentes. A mediação é caracterizada pela presença de um terceiro de confiança das partes, desinteressado, que se volta a reconstrução dos vínculos rompidos ou do reforço dos vínculos pessoais estremecidos, com a utilização de métodos de facilitação de comunicação de demandas, necessidades e sentimentos. A conciliação, por seu turno, volta-se a produção de um bom acordo para ambas as partes, podendo utilizar métodos de negociação cooperativa ou outras igualmente aptas a tal finalidade.

6 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. (...)

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II – quando não se admitir a autocomposição (grifei).

de fazer, não fazer ou entrega de coisa), ou ainda parcelamento de créditos devidos à Fazenda Pública (por exemplo, discussão acerca de dívida ativa), é esta a oportunidade de apresentá-la ao conciliador ou mediador.

Caso contrário, em que não houver autorização legal para a disposição do interesse litigioso, deverá o Advogado Público comparecer à Audiência, sob pena de incorrer penalidade processual: a ausência ao ato é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e é punido com multa (art. 334, §8º, CPC/15).

Lembramos que o desinteresse na audiência deve ser manifestado por ambas as partes, conforme preceituado no art. 334, §4º, I, CPC/15. Assim, deverá o Advogado Público atentar à petição inicial para constatar se nela o autor manifestou seu desinteresse na audiência, nos termos do art. 334, §5º, do CPC/15⁷, e manifestá-lo até 10 dias antes da audiência.⁸

4.3. O prazo para defesa

Feitas as observações quanto ao termo inicial do prazo, o prazo será de 15 dias. O Advogado Público será favorecido pelo prazo em dobro, já que se trata de prazo comum a qualquer parte (não há mais que se mencionar prazo em quádruplo).

Nos termos do art. 219, CPC/15, na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, serão computados somente os dias úteis. O parágrafo único do mencionado dispositivo esclarecer que tal disposição apenas se aplica aos prazos processuais.

Os prazos são contados na forma estabelecida na parte geral do CPC/15: exclui-se o dia do início e inclui-se o do fim, salvo se houver

7 Pode-se defender que o artigo em questão contraria o direito de liberdade da parte em não transigir, já que a conciliação e a mediação voltam-se à cooperação das partes na possível realização de um acordo. Como a disposição ainda não entrou em vigor, devemos acompanhar a discussão sobre sua legalidade.

8 Trata-se de prazo contado “ao contrário”, ou seja, toma-se como termo inicial a audiência, excluindo-a e contando, em dias úteis, os dez dias, incluindo como termo final o último dia útil desse interregno. Ex. Imaginando que a audiência tenha sido designada para uma segunda-feira, dia 12, excluem-se o sábado e o domingo e contam-se os dias úteis a partir do dia 10. (10, 9, 8, 7, 6 – 4 e 5 serão o fim de semana – 3, 2, 1, 31, 30). Dia 30 será, no exemplo, o termo mínimo para protocolo do pedido de desinteresse na audiência.

disposição em contrário (art. 224, CPC/15), suspendendo-se o prazo nas hipóteses dos arts. 220 (recesso de fim de ano) e 221 (obstáculo criado pela parte), além de outras hipóteses prevista no texto legal.

Para ser reputada tempestiva, deverá o Advogado Público providenciar o protocolo da petição no prazo, observando, no caso, o horário do fórum, no caso de protocolo físico (art. 213, parágrafo único, CPC/15) e até às 23h59 do último dia, se os autos forem digitais (art. 213, *caput*, CPC/15)

4.4. O conteúdo da contestação

4.4.1. O Princípio da Eventualidade

Assim como no regime do CPC/1973, terá o Réu, ao contestar a causa, a incumbência de alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir (Art. 336, CPC/2015).

Também se prevê no CPC/2015 em quais situações serão admitidas novas alegações depois da contestação, nos termos dos incisos do Art. 342:

- a) relativas a direito ou a fato superveniente;
- b) competir ao juiz conhecer delas de ofício;
- c) por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

4.4.2. O ônus da impugnação específica

E, da mesma forma como no regime anterior, incumbe também ao réu, nos termos do art. 341, CPC/2015, manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

- a) não for admissível, a seu respeito, a confissão;
- b) a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;
- c) estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

E, de acordo com o parágrafo único do mencionado dispositivo legal, o ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

Mesmo que se considere que o Direito da Fazenda Pública não seja atingido pelos efeitos da revelia, alertamos para o fato de que a apresentação de defesa por negativa geral pelo Advogado Público poderá autorizar o autor da causa a requerer a concessão de tutela de evidência, nos termos do art. 311, I e IV, CPC/2015; ou seja, mesmo que indisponível o interesse, impõe-se à Fazenda Pública, por dever de lealdade processual, aduzir toda a matéria de fato e de direito na defesa, ou, mediante justificativa, apresentar os elementos probatórios posteriormente, requerendo a efetivação do direito do réu à instrução probatória.

4.4.3. A defesa de mérito: defesa de mérito direta e defesa de mérito indireta

Fica mantida a possibilidade de ser aduzida defesa de mérito direta e indireta pelo Réu. Haverá defesa de mérito direta quando o réu resistir ao pedido do autor, seja impugnando cada um dos fatos, seja apresentando uma nova versão. O objetivo é tornar os fatos alegados pelo autor controvertidos, negando-o.

A defesa de mérito indireta consiste na resistência ao pedido do autor na qual o réu aceita os fatos narrados, mas apresenta outros que fulminam o direito do autor (fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor).

Na primeira hipótese, terá o Autor o ônus de demonstrar seu direito (art. 373, *caput*, CPC/2015) e, na segunda, o ônus será do Réu. Com a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 373, §1º, CPC/2015, tal situação poderá ser concretamente alterada, devendo o Advogado Público atentar para este fato.

4.5. A técnica processual da contestação

No regime do CPC/2015, contestação no procedimento comum será deduzida por escrito, subscrita por advogado. Lembramos que o Advogado Público é dispensado da apresentação de mandato.

Em sua estrutura, será deduzida defesa preliminar (previstas no art. 337, CPC/2015 e em outros dispositivos de lei processual), defesa de mérito (direta e indireta), além da apresentação de outras alegações, como as intervenções de terceiros, cuja alegação dependa de ato do Réu (denúncia da lide e chamamento ao processo), discussão sobre a falsidade documental (art. 430, CPC/15) e discussão sobre o impedimento, suspeição do juiz, do promotor ou dos auxiliares sujeitos ao regime de imparcialidade, caso o vício se constate nesse momento processual.

Também será a contestação o momento para a prova documental pelo Réu e o requerimento das medidas cautelares que sejam de seu interesse (art. 300, CPC/2015).

4.6. O rol de preliminares do art. 337, CPC

Se comparado ao rol do art. 301, CPC 1973, o rol de defesas preliminares apontadas no art. 337 é mais extenso, pela abolição da forma autônoma de alegação de determinadas matérias. Lembramos que o rol não reúne todas a matéria de conteúdo processual passível de impugnação pelo Réu, havendo outras causas previstas no próprio CPC/2015 e em legislação extravagante para determinados procedimentos especiais. Importa apresentar o mencionado rol legal, visto que todo ele pode ser alegado pelo Advogado Público, a depender das particularidades do caso concreto:

a) inexistência ou nulidade da citação. O regime jurídico da citação vem tratado no arts. 238-259, CPC/2015, e o regime das cartas está tratado nos arts. 260-268, CPC/2015. A forma de citação da Fazenda Pública será, preferencialmente, realizada por meio eletrônico (art. 246, §§ 1º e 2º, CPC/2015). Caso o sistema do Tribunal responsável ainda não viabilize a citação eletrônica, fica mantida a citação por oficial de justiça.

b) incompetência absoluta e relativa. O regime jurídico da competência é tratado pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais (no caso das competências da Justiça Estadual), nas Leis de Organização Judiciária e nos art. 42-53, CPC/2015. A incompetência é tratada nos arts. 64-66, CPC/2015. É previsto um incidente de alegação de incompetência, tratado no art. 340, CPC/2015. Apenas a incompetência relativa é de alegação obrigatória do Réu (art. 337, §5º, CPC/2015), sob pena de prorrogação de competência (art. 65, CPC/2015);

c) *incorreção do valor da causa*. O regime jurídico do valor da causa vem previsto nos arts. 291-293, CPC/2015, devendo ser alegado pelo Réu, sob pena de preclusão;

d) *inépcia da petição inicial*. As causas de inépcia da petição inicial são apontadas no art. 330, §1º, CPC/2015, e são as seguintes: falta de pedido ou causa de pedir; ser o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão e se contiver pedidos incompatíveis entre si. Trata-se de causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, I, CPC/2015);

e) *perempção*. O instituto é definido no art. 486, §3º, CPC/2015, como a situação em que o autor der causa, por 3 (três) vezes, à sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito. É causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, V, CPC/2015);

f) *litispendência e coisa julgada*. Os institutos são definidos no art. 337, §§1º a 4º, CPC/2015, como a reprodução de uma ação anteriormente ajuizada (mesmas partes, pedido e causa de pedir), havendo litispendência quando se repete ação que está em curso e coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado⁹. A constatação de qualquer delas é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, V, CPC/2015);

g) *conexão*. A conexão está disciplinada no art. 55, CPC/2015 como a causa de modificação de competência relativa caracterizada pela constatação de que duas ou mais ações tiverem em comum o pedido ou a causa de pedir¹⁰. A conexão tem como consequência a reunião das demandas para decisão conjunta, salvo se um deles houver sido sentenciado. Além da conexão, é possível ao réu alegar em contestação a

9 Em que pese a redação do dispositivo legal, a demanda transitada em julgado deverá estar acobertada pela coisa julgada material, por força da aplicação do art. 486, CPC/2015, desde que saneado o defeito constatado, nos termos do art. 486, §1º, CPC/2015.

10 O CPC/2015 reconhece a existência de conexão entre execução de título extrajudicial e ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico e às execuções fundadas no mesmo título executivo, no seu art. 55, §2º.

necessidade de reunião de processos para evitar o risco de proferimento de decisões conflitantes ou contraditórias, mesmo sem conexão entre elas (art. 55, §3º, CPC/2015) e a continência (arts. 56-57, CPC/2015)¹¹. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente (art. 58, CPC/2015);

h) *incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização*. Trata-se da inobservância, pelo autor, das regras quanto à capacidade processual (art. 71, CPC/2015, para incapazes, e art. 75, CPC/2015, para pessoas jurídicas e para coletividade de bens), das regras de representação (tanto no mandato civil quanto no *ad judicium*) e quanto à autorização exigida por lei de outrem (como no caso do art. 73, CPC/2015, que exige a autorização do cônjuge ou do companheiro). Uma vez constatado tal defeito, deverá o juiz buscar supri-lo, nos termos do art. 76, CPC/2015, podendo o processo ser extinto se a providência couber ao autor (art. 76, §1º, I, CPC/2015);

i) *convenção de arbitragem*. Trata-se do procedimento estabelecido na Lei 9.307/96. Deverá ser alegada pelo Réu, sob pena de aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral. Uma vez alegada, porém, sua confirmação acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VII, CPC/2015);

j) *ausência de legitimidade ou de interesse processual*¹². O regime desses institutos está previsto nos arts. 17 a 20, CPC/2015. Lembramos que o art. 785, CPC/2015, estabelece que existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial. Os arts. 338 e 339, CPC/2015, tratam do incidente de substituição do Réu em caso de alegação e re-

11 Nos termos do art. 56, CPC/2015, dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais. Porém, diferentemente do regime anterior, a depender do momento em que foi ajuizada a ação continente, haverá a extinção da ação contida (se esta última for ajuizada posteriormente à ação continente) ou haverá a reunião para julgamento conjunto (se a contida tiver sido ajuizada antes da ação continente).

12 Veja-se que não se incluiu a possibilidade jurídica do pedido, como o art. 301, IX, do CPC/1973. Adotou-se, assim, a modificação de ponto de vista a respeito das chamadas condições da ação formulada por Liebman na segunda edição de seu *Manuale di Diritto Processale Civile*, como há muito era reclamado pela doutrina processual civil.

conhecimento de ilegitimidade passiva¹³. Trata-se também de causa de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC).

k) *falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar*, tal como a caução a ser prestada por autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo, que deve ser suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento (art. 83, CPC/2015);

l) *indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça*. Os benefícios da gratuidade processual estão previstos nos arts. 98-102, CPC/2015, sendo que a impugnação à concessão indevida dos mencionados benefícios está tratada no art. 100, CPC/2015. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

4.7. O regime geral da reconvenção no CPC/2015

Foi mantida no CPC/2015 a possibilidade de o Réu apresentar, nos mesmos autos, pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, propondo reconvenção. Seu regime jurídico é tratado no art. 343, CPC/2015, devendo-se atentar para o seguinte:

13 Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

a) Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias;

b) A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção;

c) A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro;

d) A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

e) Se o autor for substituto processual, o reconvincente deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

f) O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação, a qual terá a forma de petição inicial, com a demonstração dos requisitos de cabimento da reconvenção. Porém, se apresentada contestação, a reconvenção será apresentada na mesma peça, com os requisitos da petição inicial e demonstração de seu cabimento.

4.8. Desistência da ação e contestação oferecida

Nos termos do art. 485, § 4º, CPC/2015, uma vez oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. Lembramos que a desistência da ação pode ser apresentada até a sentença. Além disso, se oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu, conforme determina o art. 485, § 6º, CPC/2015.

Como o acima mencionado, havendo o exercício do direito de defesa do Réu, tem ele também direito ao pronunciamento de mérito. Por isso, não poderá o Autor dispor da ação por ele proposta caso o Réu não concordar expressamente, devendo o Réu noticiar eventual abandono de causa por parte do autor, como decorrência do dever de cooperação das partes.

5. Considerações finais

Após a análise das alterações contempladas no CPC/2015, concluiu-se que foi dado ao réu o mesmo destaque dado ao Autor no chamado “processo do autor”. Reconhece-se ao Réu a atuação ativa, no sentido de trazer os esclarecimentos de fato e de direito pertinentes ao caso. Esse tratamento paritário concederá ao interesse público condições de sua defesa de forma mais efetiva.

As novidades trazidas pelo CPC/2015 permitirão aos Advogados Públicos o exercício pleno do direito de defesa dos entes que representam, permitindo assumir papel ativo na formação da convicção judicial. Tal se faz especialmente importante por força da ênfase dada ao regime de prevalência da jurisprudência dos Tribunais (Superiores e de Segunda Instância, em matéria estadual, municipal e distrital).

Terá o Advogado Público a possibilidade de levar ao conhecimento dos tribunais os temas de interesse do ente representado em juízo e possibilitará a discussão adequada desses temas, os quais deverão ser mencionados na contestação.

Decerto, a aplicação da nova lei gerará dúvidas e poderá causar a retomada de questões já superadas, diante da alteração de diversos institutos jurídicos. Mas sai a Advocacia Pública fortalecida, ao ver reconhecido o direito como Réu de exercer efetivamente sua defesa no processo civil.

Normas Fundamentais do Processo Civil e os Princípios Constitucionais e Processuais no Novo CPC¹

Marcelo José Magalhães Bonizzi²

Eu, como procurador do Estado há 22 anos, não venho aqui exatamente para ensinar, mas para compartilhar dúvidas, preocupações, novidades sobre o novo Código, quem sabe traçar um paralelo sobre seus institutos fundamentais.

O novo Código de Processo Civil deve entrar em vigor daqui a um mês, se não mudar. Mas acho que não vai mudar, porque a ideia era que a magistratura exercesse certa pressão de modo que o Código demorasse mais tempo para entrar em vigor. Contudo, a magistratura fez uma pressão política e conseguiu pelo menos alterar dois pontos do novo Código de Processo, que já o modificaram antes mesmo de ele entrar em vigor, ou seja, “a volta dos que não foram”.

O primeiro ponto é o Juízo de Admissibilidade nos tribunais estaduais, que, como nós sabemos, havia sido eliminado na redação original do projeto, mas por conta dessa “reforma” retornou antes mesmo de o Código entrar em vigor. O que significa dizer que, na redação original, um recurso extraordinário/especial interposto subiria diretamente aos tribunais superiores, sem o juízo de admissibilidade, estadual ou federal.

1 Breves apontamentos sobre o Novo Código de Processo Civil apresentados pelo professor Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi durante o curso “Novo Código de Processo Civil e a Advocacia Pública”, realizado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de graduação e de pós-graduação. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Autor de livros e artigos sobre Direito Processual.

Pela última reforma, os tribunais continuam fazendo o exame de admissibilidade. Eu, particularmente, acho uma coisa sem sentido, porque esse juízo de admissibilidade estadual só faria sentido se ele fosse recorrível, mas se cabe recurso, e continua cabendo recurso, que é o Agravo de Despacho Denegatório, do 544 do Código de 73, qual é o sentido efetivo de se manter os exames de admissibilidade estaduais e federais? Mas, enfim, era o que a magistratura pleiteava e efetivamente foi conseguido.

O segundo ponto foi a história da ordem cronológica dos julgamentos, prevista no artigo 12 do novo Código de Processo. Na redação original, a ordem cronológica de julgamentos exigia que o juiz ou tribunal, inclusive o tribunal superior, julgasse os processos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação – mais ou menos o que acontece com os nossos precatórios. No entanto, a magistratura se sentia um pouco enegada com isso. Eu fui a congressos com desembargadores, ministros etc., e eles falavam assim: “Eu não digo ao Legislativo que lei ele tem que julgar primeiro: Julgue primeiro saúde, vote lei sobre saúde, vote lei sobre educação, sobre segurança...”; então, o Legislativo não pode me dizer qual é o processo que eu devo julgar primeiro. Havia uma instabilidade, uma dúvida, quanto à invasão de competência do Legislativo no judiciário e, por isso, a ideia foi removida. Portanto a ordem preferencial continua, mas ela deixa de ser obrigatória, ou seja, a ordem cronológica continua, mas ela deixa de ser obrigatória para o juiz, o que na prática significa dizer que ela desapareceu. Conforme a redação original do novo Código de Processo: “os juízes julgarão segundo a ordem cronológica dos processos apresentados”. Na redação atual: “os juízes julgarão *preferencialmente* os processos mais antigos” – o que significa dizer que não necessariamente os processos mais antigos serão julgados. Talvez, nesse ponto, deveria ter havido mais contato, mais diálogo com a magistratura, antes de o Código ser alterado.

Essas noções preliminares me permitem ir diretamente ao ponto ao qual eu fui chamado aqui hoje. Nessa primeira abordagem, antes do nosso intervalo, eu pretendo falar dos institutos fundamentais do novo Código de Processo Civil, da sua feição, qual é o perfil do novo Código de Processo. Não vou descer a detalhes desses institutos fundamentais porque eles serão abordados depois, em aulas específicas para isso, e vocês terão tempo para ver todos esses detalhes depois. Mas isso nos permitirá fazer um voo, dar uma panorâmica sobre esse novo Código e

entendê-lo na sua feição original; o que ele traz de novidade, o que ele efetivamente pode impactar a nossa atividade prática, como advogados públicos, inclusive, e o que é discutível, o que é preocupante em relação a tudo isso. Depois, no segundo momento, eu quero falar com vocês a respeito dos princípios do processo. Esse é um tema extremamente interessante porque nós temos um código que enumera princípios, um código que diz quais são os princípios aplicáveis a ele, o que é algo relativamente discutível em termos doutrinários, porque não é a lei que diz quais são os princípios aplicáveis, e sim o juiz, no caso concreto, e sim a doutrina. Mas, enfim, tudo isso nós vamos também destrinchar aqui, princípios processuais na segunda parte.

Vamos à primeira parte, então. O novo Código de Processo Civil estará em vigor daqui a um mês, e é preciso respirar fundo para imaginar que todo o sistema processual será modificado daqui a um mês. Eu lembro que quem trabalhou sob a égide do Código de 1939, e ele durou até 1973, provavelmente se formou e se aposentou sem ter visto uma única mudança na lei processual. Não houve. O Código de 1939 permaneceu intacto até 1973. O Código de 1973 sofreu pouquíssimas alterações até o início dos anos de 1990, quando começaram as reformas: em 1992 veio a tutela antecipada; 1994, a tutela das obrigações de fazer ou não fazer do artigo 461; e de 1996 em diante acelerou, aí mudou a execução civil, que passou a ser sincrética – artigo 475 e todas aquelas discussões. Quando, finalmente, já nos anos 2000, nós estávamos contentes com essas mudanças, estávamos relativamente seguros em relação a elas, veio o novo Código de Processo Civil. O novo Código de Processo Civil não é uma evolução do Código de 1973. Nós poderíamos pensar assim: “Então, o Código de 2015 é o Código de 1973 melhorado. Nós vimos o que deu certo e o que deu errado, aproveitamos o que deu certo, consertamos o que deu errado e fizemos o novo Código”. Não, não foi isso. Nós fizemos um novo. Simplesmente ignoramos as experiências boas e más que tínhamos durante o Código de 1973. Então, eu poderia dizer, e isso não é um fenômeno nacional, que as leis, em geral, são marcadas por descontinuidade. O Código de 1973 não é uma evolução do Código de 1939, e o Código de 2015 não é uma evolução do Código de 1973. É algo absolutamente novo. Aí vai uma crítica também, porque, para que fazer algo totalmente novo e nos obrigar a consolidar de novo caminhos

doutrinários e jurisprudenciais até as coisas se assentarem lá na frente? A ideia é mais ou menos essa.

Dentro desse novo Código de Processo Civil, eu identifico quatro pilares fundamentais, quatro colunas das quais depende, a meu ver, a sua efetiva aplicação.

A primeira delas, talvez a mais importante, é a ideia de respeito aos precedentes. Por que nós estamos preocupados com isso? Porque desde os anos de 1970, não só aqui no Brasil, mas também lá fora, os litígios de massa são uma preocupação efetiva de todos os países do mundo ocidental – tirando Inglaterra e Estados Unidos, justamente porque respeitam precedentes. Um juiz hoje aproximadamente tem de dar 50 sentenças por semana para cumprir as metas do CNJ. Assim também um desembargador. Dentre essas 50, 60 decisões semanais a que ele está obrigado, provavelmente a metade delas são causas repetitivas, temas repetitivos. Nós, que estamos aqui representando a Fazenda Pública, no âmbito municipal, federal e estadual, temos nos debatido com esse problema, temos enfrentado esse problema por mais de uma década. Quantas vezes as nossas contestações, os nossos recursos são repetitivos também? Isso infantiliza o nosso trabalho. Quando meu filho pergunta o que eu faço, eu falo: “Eu recorro e faço defesas”. “Ah é? Do quê?” Eu quase falo assim: “É sempre a mesma coisa. Desde que eu entrei, há 22 anos, é exatamente o mesmo tema”. Não, eu minto e falo: “Tem casos extremamente complexos, tem problemas...”. Se eu falar que é exatamente a mesma coisa, ele vai falar: “Meu pai é um autômato, então. É um carimbador”. Assim também como um desembargador, que hoje conta com assessores para isso, e é normal que conte, tem de dar 10, 15 votos sobre o mesmo tema durante muito tempo. Em reuniões, e eu já vi a Ministra Ellen Grace comentar comigo uma vez num evento que eu participei, que é motivo de piada lá fora a apresentação de um ministro do Supremo brasileiro; quando o ministro do Supremo brasileiro começa a falar, todos começam a rir, porque a primeira coisa que ele fala é assim: “Eu julgo por ano 100 mil processos”. E o juiz norte-americano, 200, quando muito. E o juiz italiano, 300. O francês, 400. “Mas por que 100 mil?” Cem mil! Se nós dividirmos pelo número de horas trabalhadas, efetivamente trabalhadas, dá um acórdão a cada 10 minutos. Daí ele fala: “100 mil, mas 98% são causas repetitivas”, ou seja, a constitu-

cionalidade da lei tal, o problema da desapropriação, enfim, juros e correção monetária, e tudo o mais. Então, essa infantilização nossa que ocorreu a partir dos litígios de massa dos anos de 1980 fez com que os sistemas processuais aqui e lá fora começassem a criar meios de lidar com litígios de massa. O primeiro deles foi prático e óbvio. Os Ministros e Desembargadores passavam isso para assessores, julgavam por lotes, falavam: “Separe para mim todos os casos que dizem respeito ao tema tal. Quantos são? Dez mil? Então, esses 10 mil eu julgo dessa forma. Daí você recorta e cola a decisão”. Mas é óbvio que não há como julgar 100 mil processos por ano. O segundo passo, quando o sistema começou a perceber que ele estava abarrotado de processos, foi municiar o Código de Processo Civil de mecanismos aptos a lidar com demandas repetitivas. A primeira munição que nós tivemos em relação a isso foi com o art. 285-A do Código de 1973. O juiz podia liminarmente, e isso foi mantido no novo Código, julgar improcedente um pedido quando ele fosse repetido em relação a outros que o mesmo juiz julgou no passado. Então, por exemplo, sou juiz de Andradina, julguei que o IPTU desse município é constitucional e, a partir desse momento, qualquer demanda de contribuinte que me apareça aqui, eu julgo improcedente sem citar o réu. Isso é uma forma de o sistema lidar com a multiplicação de causas, com a grande demanda que está aí. Depois veio a ideia de súmulas impeditivas de recurso. O art. 518 impedia que a apelação subisse quando o tema da sentença estivesse amparado em súmula dos tribunais superiores, súmula impeditiva de recurso – e isso não está no novo Código de Processo, portanto, se nós apelarmos e nossa apelação for contrária à súmula/jurisprudência/seja lá o que for, ela vai subir de qualquer forma. Ainda no Código de 1973, nós reforçamos os poderes do relator. O artigo 557 permitiu que o relator julgasse *monocraticamente*. Isso significa dizer que ele não precisava mais remeter o processo à Turma, ele julgava sozinho, quando manifestamente improcedente, protelatório, quando já houvesse jurisprudência dominante àquele respeito. Era o sistema se “fechando” contra a litigiosidade de massa. Depois, mais recentemente, veio a técnica de julgamentos de recursos repetitivos do 543-A, B e C, ainda do Código de 1973. Essa técnica, que tem origem no sistema alemão, foi mantida no novo Código de Processo. O professor Barbosa Moreira, do Rio de Janeiro, tem um artigo excelente a respeito desse tema chamado “Súmula, jurisprudência, uma escalada e suas incertezas

– temas de Direito Processual”. É um sistema de *civil law* preocupado com a sua jurisprudência, municiando o sistema legal com meios para lidar com demandas repetitivas, porque 70% do trabalho do Judiciário é repetitivo. Se nós estivéssemos num sistema de *common law*, ou seja, Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, nós teríamos um precedente que diria: “Tal gratificação não é incluída no benefício do servidor público”, portanto não inclui. “E não adianta vir pedir de novo porque eu já vou dizer que não inclui. Respeite a jurisprudência formada.” Em países de *civil law*, o precedente não é fonte de Direito. Quando nos formamos na faculdade, nós aprendemos que a fonte de Direito é a lei – eventualmente a analogia, os princípios, os costumes, e tudo o mais. Mas precedente é persuasivo. Um juiz, um tribunal, segue o precedente na medida em que ele é interessante. Se não seguir, é certo, e se seguir também é certo, portanto o juiz escolhe. Onde o precedente é fonte de Direito? Na *common law*. Por razões históricas, por razões de conveniência, pragmatismo, praticidade, o que um tribunal decidir, seja lá de que Estado for, aplica-se a todos os demais tribunais do território nacional. Por isso que grandes litigantes nos Estados Unidos têm medo que os processos cheguem aos tribunais, porque eles falam assim: “Se nós perdermos no tribunal, a gente não vai perder só essa causa. A gente vai perder todas, no território nacional inteiro”. Isso gera um temor justificado, legítimo, em relação ao Judiciário de não se arriscar com demandas repetitivas. E à medida que é repetitivo e impactante, vamos fazer um acordo, negociar, imaginar uma forma de lidar com isso. Na *civil law*, não. Tanto aqui quanto lá fora, quanto mais repetitivo, melhor. De repente, cai com um desembargador, com um juiz que é favorável à nossa tese, e o pior: aquelas causas para lá de derrotadas que nós conhecemos às vezes são vitoriosas em alguma Câmara, com algum desembargador. Isso nos leva ao estímulo da litigiosidade contra as questões repetitivas. Isso efetivamente não pode mais continuar. O novo Código de Processo Civil dá um passo extremamente importante nesse campo. Ele é o primeiro país de *civil law*, que tem como fonte de Direito a lei, a erguer, a levantar o precedente como fonte de Direito. Não há país de *civil law* no mundo ocidental que diga que um precedente é fonte de Direito. “Posso julgar contra um precedente?” “Posso.” “E agora?” “Agora eu não posso mais.” Nós já fomos os primeiros, uma vez, no âmbito do processo coletivo. Em quase nenhum país do mundo tem lei sobre processo coletivo; há umas

poucas francesas e italianas, mas da forma como temos aqui não há. Então, nós somos uma espécie de laboratório processual para quem está do lado de fora. E agora as atenções do mundo se voltam para nós aqui no Brasil para saber como um país de *civil law* vai aplicar o precedente como fonte de Direito. Não é da nossa tradição, não é costume para nós, utilizar o precedente como fonte de Direito. “A vinculação do precedente brasileiro é só horizontal ou é vertical também?” A vinculação, quando horizontal – para a mesma instância –, não é tão problemática. Significa dizer que a Sétima Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo fixa um precedente, e as demais câmaras do mesmo tribunal estão vinculadas a isso – e só elas. Os juízes de primeiro grau continuam livres para julgar como quiserem, mas quando aquilo chegar ao tribunal, só será julgado daquela forma. O STF poderia fixar precedentes horizontais: “Aqui se decide dessa forma. Como vocês vão decidir, o problema é de vocês. Se chegar aqui, a gente decide dessa forma”. Isso não é tão preocupante e de alguma forma já existe entre nós, pelo costume. A aplicação do artigo 543-A, B e C, do Código de 1973, fixa precedentes horizontais há muitos anos sem que a gente sequer tenha percebido. Isso porque, quando o Ministro do STJ ou do STF julga em sede de recurso repetitivo o tema X, os demais ministros estão vinculados àquela decisão, e eles falam: “Não, isso aqui já tem decisão em sede de recurso repetitivo, portanto não conheço do recurso. Ou, se conhecer, já dou provimento no sentido da tese fixada como em julgamento de recurso repetitivo”. Isso é vinculação horizontal. Nenhuma lei manda observar o julgamento de recurso repetitivo, mas os ministros do STJ e do STF obedecem ao precedente horizontal por respeito ao colega, por praticidade, porque ele não vai romper o sistema criado pelo 543-A, B e C, o que significa dizer que nós já temos precedentes horizontais sem que eles causem absolutamente nenhum desconforto entre nós. Infelizmente, os Tribunais de Justiça de São Paulo e dos demais Estados, inclusive da área federal, não respeitam seus próprios precedentes, porque se arvoram na ideia de liberdade para julgar, livre convencimento. Estou cansado de ver acórdãos que falam assim: “Não obstante o entendimento dominante deste Tribunal, preservo meu entendimento de julgar em sentido contrário”. Só ele julga daquele jeito, e fica assim durante 10, 20 anos. Não estou dizendo que está errado; estou dizendo que está deslocado do sistema. Estou dizendo que isso quebra segurança jurídica e estabilidade de

muitos processos que nós temos pela frente. Por conta disso, o novo Código de Processo Civil cria meios para que a vinculação ou precedente seja não só horizontal, mas também vertical. Basicamente, por meio de três dispositivos legais. O primeiro deles é o artigo 926. Nele está escrito – e esse talvez seja o coração do sistema – que os tribunais observarão a sua jurisprudência. Está escrito que os tribunais devem manter essa jurisprudência íntegra, estável, coerente. E mais: nós, por meio do artigo 926, daremos a essa jurisprudência um caráter vinculante, não só horizontal, como também vertical. “Art. 927 – os juízes e os tribunais observarão”, leia-se *seguirão*, inclusive porque os incisos I e II confirmam essa ideia. “[...] 1- as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade”, ou seja, a ADIN e a ADECON. Vejam a enorme utilidade dessa regra. Os juízes e os tribunais observarão o que foi decidido em ADIN e ADECON. É óbvio, nós sempre observamos e seguimos o que está em ADIN e ADECON. Veja a importância, também, do inciso II: “os juízes e tribunais observarão os enunciados de súmula vinculante”. É isso mesmo? Se não houvesse essa regra, eu não observaria os enunciados de súmula vinculante? Os dois primeiros incisos são desnecessários, mas servem para confirmar a ideia de vinculação. Poderia, talvez, o legislador ter uma técnica um pouco melhor e ter dito assim: “os juízes e tribunais observarão os precedentes, assim como observam as súmulas vinculantes e as decisões da ADIN”. Faria todo o sentido. Mas ele usa de um modo um pouco indireto para nos dizer o seguinte – e aí vamos ao inciso III, que é o verdadeiramente importante: “os juízes e tribunais observarão os acórdãos em incidente de assunção de competência”, vocês vão ver isso lá na frente, mas, assim como há no Código de 1973, no Código atual, tribunais podem assumir uma competência com relação a uma determinada causa que lhes pareça interessante, “[...] e também observarão aquilo que for decidido no julgamento de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos”, que são as técnicas do 543-A, B e C do Código de 1973 que foram repetidas no Código de 2015. Então, os juízes e tribunais estão vinculados assim como estão vinculados às súmulas e aos enunciados, “àquilo que for decidido no incidente de assunção de competência ou àquilo que for decidido no julgamento de demandas repetitivas”, artigo 927, inciso III. E inciso IV: “os juízes e tribunais observarão os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria

infraconstitucional”. Inciso V: “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. As verdadeiras regras importantes a respeito desse tema estão, portanto, nos incisos III, IV e V do artigo 927. Em todas essas situações, nós teremos não só enunciados de súmulas, que são coisas extremamente fáceis para que a gente entenda – as súmulas, nós estamos acostumados a trabalhar com elas há muito tempo –, nesse ponto vale uma lembrança de que há muitas súmulas desatualizadas. Eu penso que os tribunais farão uma revisão das suas súmulas e editarão novas no sentido de que aquelas são vinculantes e estas não são, o que vai nos dar segurança jurídica. Mas a súmula, nós já sabemos, é uma fórmula jurídica pronta: “O tributo X é constitucional”. Ok, a *ratio decidendi* está aí. O enunciado já nos diz o que é que vincula ou não. Por outro lado, nós também passaremos a trabalhar com outras formas de vinculação que não os enunciados. Quais são? Os precedentes. Esses precedentes – e aí nós podemos pular para o artigo 976 do Código – não serão formulados a partir de súmulas. Esses precedentes emergirão, aparecerão, de casos concretos. “O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar um determinado tema, extrairá desse tema um precedente. Esse precedente será vinculante e se aplicará a todos os casos idênticos.” Aí eu os remeto aos diversos parágrafos que estão no artigo 926, que são uma síntese da doutrina norte-americana sobre aplicação de precedentes. Eu os remeto também ao livro do meu amigo, professor Guilherme Marinoni, do Paraná, sobre precedentes no Brasil. São três livros. Diz a doutrina que os parágrafos do artigo 926 enfeixam a experiência norte-americana a respeito de precedentes. Em qualquer universidade norte-americana de Direito, praticamente do primeiro ao último ano, os alunos estudam precedentes, porque o precedente é fonte do Direito. Então ele vai dizer depois de formado, como advogado, que determinado cliente tem ou não um direito com fundamento na decisão proferida no caso Madison *versus* Estado de Ohio de 1942, no qual o precedente ficou fixado assim. Quem tiver curiosidade de comprar o *Black’s Law Dictionary*, ele enfeixa praticamente todos os precedentes mais conhecidos que estão no território norte-americano. Então, o advogado razoavelmente, no início do estudo de um processo, vai no *Black’s Law*, encontra ou não o precedente e, a partir dali, passa a fazer uma pesquisa para ver qual é o precedente aplicável ao seu caso. Isso é extremamente complexo. Nós estamos acostumados a trabalhar

com uma espécie de “mingau”, uma “papinha” feita pelos tribunais. Eu julgo, debato e, finalmente, dou para você um “mingauzinho”: Súmula X – tal tributo é constitucional. Por que é constitucional eu não digo, mas a súmula está lá, temos que seguir, ou vamos ter de seguir daqui para a frente – isso é muito fácil, extremamente tranquilo. Mas um precedente nasce de um caso concreto. E, num caso concreto, nós temos circunstâncias especiais relacionadas àquele caso que dizem respeito às partes, aos atos que elas praticaram, e, a partir de um caso concreto, nós extrairemos um precedente, portanto uma força vinculante. Aí aparecem duas distinções muito importantes que vão estar na moda nos próximos anos. Isso se os tribunais resolverem aplicar essa regra; porque também pode ser uma regra tão complicada que ela vire letra morta e vamos em frente assim – daqui a 40 anos, o Código muda e ninguém aplicou. Mas duas expressões vão ser muito claras daqui para a frente. A primeira delas chama-se *obiter dictum* – aquilo que foi dito desnecessariamente para efeito de vinculação. Pode ter sido importante para aquele caso concreto, para que as partes entendam porque ganharam ou porque perderam, mas, para efeito de vinculação, aquilo é *obiter dictum*, letra morta. O *obiter dictum* é aquilo que não nos interessa, e aí nós já começamos a ter de separar na decisão o que é o *obiter dictum*. A segunda expressão que será importante para nós é aquela que diz respeito à *ratio decidendi* – as razões de decidir. Não por acaso, o novo Código de Processo Civil se preocupa muito intensamente com a motivação das decisões judiciais. A decisão que criar um precedente precisa ser muito clara sobre o que é *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi*, porque é da *ratio decidendi* que vamos extrair a força vinculante daquele caso. “Tal tributo é inconstitucional.” Imaginem que nós estamos já na nova era criada pelo novo Código de Processo Civil, e que nós somos um país de *civil law* que vai passar a seguir seus precedentes. Então, nós temos um precedente, que o tribunal diz que é precedente – isso pelo menos está lá no artigo 926, o tribunal fixará o precedente, isso nos dá razoável segurança – e, ao dizer qual é o precedente, nós teremos de analisar aquele precedente, porque não haverá uma súmula extraída dele, e descobrir quais são as razões de decidir que vinculam. “Tal tributo é inconstitucional”, diz o precedente. Ao ler o precedente, descobrimos assim: “É inconstitucional porque trata-se de mercadoria provinda do exterior”, “É inconstitucional porque essa empresa tem sede no Paraná, onde existe uma

isenção tributária”, “É inconstitucional porque foi criado, segundo a lei do Paraná, no mesmo exercício em que está sendo cobrado, então fere a anterioridade”. São três *ratio decidendi* que levam à conclusão da inconstitucionalidade do tributo. Quando nós formos aplicar esse caso aos casos seguintes para dizer que há vinculação (suponham que eu sou juiz no Paraná e aparece de novo uma questão relacionada à constitucionalidade daquele tributo, eu falo assim: “Meu tribunal – ou tribunal superior – já tem um precedente a respeito”. Será que esse precedente se aplica a esse caso concreto? Como esse juiz irá saber se isso se aplica ou não? Pela *ratio decidendi*. Não pelo *obiter dictum*. No acórdão tem 40 folhas, das quais eu extraio três *ratio decidendi*, o resto é *obiter dictum*. Quando eu for advogado nesse caso, qual será minha missão? Se eu quiser provar que o tributo é inconstitucional, eu provo que o meu caso, o caso do meu cliente, está de acordo com o precedente. Mas quando eu quiser provar o contrário, ou seja, que meu caso está distante do precedente adotado, eu, advogado, terei de analisar a *ratio decidendi* e fazer uma **distinção**. Essa palavra é extremamente importante para nós, porque a distinção vai afastar a aplicação do precedente do meu caso concreto. *Distinguish* é uma expressão utilizada pelo Direito norte-americano com extrema intensidade, porque, se o advogado conseguir afastar os elementos que aproximam o precedente do caso que está sendo discutido, o precedente deixa de ser aplicado, e nós, advogados, tanto para vencer quanto para impedir uma derrota, precisaremos ter uma visão preparada para saber o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* naquele caso. Mas isso é só o começo dos problemas. O que eu estou falando aqui provavelmente deve corresponder à primeira hora de aula do primeiro ano de faculdade nos Estados Unidos, porque, depois, eles seguem com centenas de problemas. E, de novo, eu os remeto ao prof. Luis Guilherme Marinoni, que é, na doutrina, quem deu os primeiros e excelentes passos nesse sentido, de nos explicar o que é o precedente. Qual é o próximo passo? Nós poderíamos dizer, por exemplo, que aquela regra expirou – porque os fundamentos da decisão, porque a *ratio decidendi* já não tem mais razão de existir –; não faz mais sentido aplicar esse precedente porque a lei do Paraná mudou, porque a Constituição não é mais essa, não há mais problemas com o princípio da anterioridade tributária, ou seja, o anacronismo levou à extinção da regra, e tentaremos provar aos tribunais que aquelas regras não fazem mais sentido,

terminaram, *overruling* – segundo problema dos advogados e dos juízes quando forem pensar nos precedentes. Eu, particularmente, vislumbro três problemas: primeiro, como fixar o precedente; o tribunal dirá que isso é um precedente, mas eu tenho dúvidas se ele dirá o que é *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi* – se disser, ótimo, mas se não disser, vamos ter de destrinchar. Segundo problema: saber se aquilo se aplica a casos idênticos, e o que é caso idêntico. Se não for idêntico, não se aplica. Então, nosso problema é distinguir – *distinguish*. Terceiro problema: saber se os fundamentos da *ratio decidendi* permanecem vivos até hoje ou se já perderam a razão de existir – e aí falamos em *overruling*.

Pergunta: Qual é a diferença desse instituto do recurso especial com base na divergência jurisprudencial?

Resposta: Eu penso que, no efeito, não há diferença, porque ambos estão ligados à ideia de lidar com litígios de massa. Portanto, julgar vários casos de uma vez só, aplicar um precedente, e precedente como fonte do Direito. Acho que a literatura pioneira entre nós sobre precedente como fonte do Direito é do professor José Rogério Cruz e Tucci, da *Revista do Tribunais*, sua tese de Titularidade, um dos melhores livros que eu já vi a esse respeito – precedente como fonte do Direito, mas publicado numa época que nós não tínhamos um Código com essa feição. Talvez a diferença estaria mais na sua formatação do que propriamente nos seus efeitos, porque efeito é vinculante em ambas as situações. Um, no entanto, já tem uma fórmula jurídica preconcebida, quase como uma súmula: “Isso aqui é julgamento de recurso repetitivo e, portanto, o tribunal nos dará a fórmula jurídica a ser aplicável àquele caso”. Lembro, por exemplo, do julgamento da URV pelo Supremo, que nós já sabemos qual é a fórmula jurídica, ela é razoavelmente, facilmente extraível de uma decisão do Supremo em julgamento repetitivo, que passou a ser um *leading case* e, portanto, nos guia. Agora, quando eu estou falando de um precedente da forma como eu imagino o sistema norte-americano e da forma como eu razoavelmente imagino que será daqui para a frente, nós estaremos diante de um caso concreto, que o tribunal elegerá como precedente e não nos dirá a fórmula fixa a ser aplicável àquele caso. Ele não dirá assim: “O tributo tal é inconstitucional”. Ele dirá: “No precedente Empresa X *versus* Estado do Paraná, ficou fixado que o tributo X é constitucional”. E aí nós teremos de analisar, partindo da teoria

dos precedentes, o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* sem que o tribunal nos diga. Essa é a escola pura da teoria dos precedentes. No entanto, há quem, na doutrina, esteja dizendo que nós criaremos precedentes à brasileira. Nós teremos duas opções daqui para a frente: seguir a clássica história dos precedentes norte-americanos e trabalhar com *obiter dictum*, *ratio decidendi* e tudo o mais; ou nós criaremos um jeito próprio de lidar com precedentes, o que nos tornará “ratos de laboratório” extremamente interessantes para pesquisas estrangeiras, porque falarão assim: “Não só eles adotaram um precedente, como criaram uma nova forma de lidar com ele”. Preocupado com isso, eu entendo que o legislador foi sábio nesse sentido. A estrutura dos parágrafos do artigo 926 remete à filosofia norte-americana sobre o jeito de lidar com precedentes. Se nós vamos criar um meio novo e ter precedentes à brasileira, não se sabe o que pode sair daí. Como é que lidaremos com isso? Talvez criem fórmulas jurídicas, ou enunciados, ou súmulas a partir de precedentes. Mas o fato é que, lendo os parágrafos do artigo 926, nós veremos que o tribunal poderá modificá-los, criará incidentes que permitirão às partes discutir formas de modificação do precedente, formas de distinção do precedente. Não sabemos o que virá pela frente. Mas se vamos adotar precedentes, precisamos pelo menos conhecer como os países de *common law* lidam com eles.

O artigo 926 me parece ser o coração desse tema, não só porque ele determina que os tribunais fixem os precedentes, mantenham-nos estáveis, íntegros e tudo o mais, como também os parágrafos criam formas de revisão, distinção, modificação dos precedentes já fixados. Mas uma coisa é certa: precedente não é súmula – não é “mingauzinho” pronto: “Tributo é constitucional.”, “Por quê?”, “Não sei, ele é constitucional.”, daí pouco importa se ele vai ou não ser aplicável, se haverá ou não distinção em relação a todos esses casos. Isso é uma coisa extremamente interessante entre nós, porque a gente fixa súmulas e primeiro já as aplica em casos pretéritos. Um exemplo bem simples: o STF passa a dizer que no recurso extraordinário é preciso uma preliminar de repercussão geral e aplica aos recursos extraordinários interpostos antes da vigência dessa regra. “Quando eu interpus recurso extraordinário, não era preciso preliminar.” “Ah, não, tem de ter, portanto eu não conheço do recurso.” Isso é uma preocupação intensa dos sistemas de *common*

law porque, quando se fixa uma súmula, um precedente, é daqui para a frente. Se eu digo que tem de ter repercussão geral, é para os recursos extraordinários interpostos a partir desse momento. Então há, inclusive, a ideia importantíssima, com que nós não estamos acostumados a trabalhar, da irretroatividade do precedente. Aí a Justiça ou a Doutrina norte-americana fala em *prospective overruling*, isto é, nós temos de mudar a lei, o precedente, daqui para a frente, o que é muito razoável no sistema norte-americano, de *common law*, que não é fundado em leis; ele é fundado em precedentes. As faculdades de jurisprudência norte-americanas só estudam precedentes do começo ao fim. Recentemente faleceu um juiz importantíssimo da Suprema Corte norte-americana, e isso provocou um alvoroço enorme no sistema jurídico, porque, quando morre um ministro, quando muda um juiz da Corte, a jurisprudência pode passar a deixar de ser seguida. Se eu sou um advogado norte-americano e tinha contra mim um precedente, contra meu cliente, uma tese que me era desfavorável, com a morte desse juiz eu vou ao tribunal e digo: “Eu quero ir contra o precedente”, porque o membro do judiciário que o formou morreu, e o novo pode ter entendimento diferente, então o sistema lhe dá o benefício da dúvida e você vai contra o precedente porque mudou a composição do tribunal. Isso decorre de mais de mil anos de refinamento, mil anos de história, sobre como lidar com precedentes como fonte do Direito. E nós temos exatamente menos de um mês sobre como lidar com precedente, porque nós vamos passar a lidar a partir de março, o que vai gerar, provavelmente, grandes problemas. Ou seguiremos o grande respeito do precedente norte-americano ou vamos criar o nosso próprio sistema.

Concordo com a ideia de que a criação de precedentes não modificará competências. Quem tem competência para julgar sobre a Constituição continuará sendo o Supremo, mas se o Supremo fixar um precedente, ele passa a ser obrigatório no âmbito do território nacional. Na medida das suas respectivas competências, os tribunais terão grande autoridade sobre aquilo que decidirem. É aí que está a diferença entre o precedente vertical e o horizontal. Certa medida, como matéria constitucional, o seu precedente, do TJ paulista, será horizontal, mas ele não vai verticalmente determinar o que será decidido ali. À medida que não existam questões federais ou estaduais, ali a questão ganha mais

intensidade, no sentido da forma de lidar com litígios repetitivos. E aí vem uma afirmação extremamente importante: não esqueçam que esse sistema foi criado para lidar com as demandas repetitivas; ele não foi feito para respeitar a igualdade entre os cidadãos – até onde eu participei, o que estava em discussão na mesa era “Como tirar da frente 50 mil recursos iguais?”, “Julga pelo precedente”. Então é, antes de tudo, uma forma, uma reação do sistema, que já vinha desde os anos de 1990 (no nosso Código de Processo de 1973), criando anticorpos contra uma megainvasão de demandas repetitivas. O segundo passo nessa direção é o artigo 976, o chamado IRDR. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas permite a instauração de um incidente quando houver efetiva repetição de processos que tenham controvérsias sobre a mesma questão unicamente de direito. O IRDR é o segundo passo no campo ou na forma de se lidar com demandas repetitivas, permitindo que os tribunais federais e estaduais criem um incidente quando houver uma multiplicação de processos com uma mesma controvérsia numa mesma questão de direito – inciso I, e, inciso II, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; o que eu acho uma mentira total: eles não estão preocupados com a isonomia e a segurança jurídica, mas está na lei. Nessas duas situações, o pedido de instauração do artigo 977 será dirigido ao presidente do respectivo tribunal, pelo juiz ou relator de ofício, pelas partes por petição, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública também por petição. Então, eu sou parte num processo, mas eu estou envolvido num processo que é absolutamente idêntico a 5 mil outros processos. Eu peço ao presidente do tribunal, por petição, a criação de um incidente de resolução de demandas repetitivas. Eu sou o Ministério Público, eu sou o Defensor Público, peço a instauração. Eu sou o juiz, de ofício, eu mando um ofício ao presidente do Tribunal de Justiça falando assim: “Por favor, crie um incidente de resolução de demandas repetitivas para que a gente consiga resolver vários processos de uma vez só”. A primeira consequência, quando entrar em vigor o novo Código, da instauração desse incidente será a suspensão de todos os processos que tratem sobre tema idêntico. Isso já existe parcialmente, porque hoje, no 543-A, B e C, o que existe é a suspensão de recursos que versem tema idêntico. E o STJ, por vontade própria, tem mandado suspender todos os processos, não só os recursos, porque ele, por racionalização, quer que seja assim. E o STJ, como está mais exposto a recurso do que

o STF, que hoje tem repercussão geral, toma a frente e fala: “ Todos os processos que tenham tema idêntico estão suspensos”. Mas isso não está na lei. O 543-A, B e C manda suspender todos os recursos. Essa experiência foi transportada e ampliada para o novo Código de Processo Civil de modo que se diga assim: “Instaurado o IRDR – 976 –, todos os processos poderão ser suspensos pelo respectivo tribunal, inclusive juizados especiais”, ou seja, “Não decidam mais nada a esse respeito enquanto eu não julgar o IRDR”. Qual é a primeira missão do advogado nesse caso, caso o seu processo tenha sido suspenso pelo IRDR? Provar que seu caso não é idêntico. De novo, o *distinguish*, a distinção. O advogado, primeiro, tem de descobrir o que está na petição inicial dessa causa; nós estamos partindo de um caso concreto. “Cadê a petição inicial dessa causa?” Se estiver em segredo de justiça, vai ser um problema, porque eu preciso saber se meu processo é idêntico àquele, porque ele foi suspenso, e eu só consigo saber lendo a petição inicial. “Mas é segredo de justiça.” Então, recorta e cola só a fundamentação, não me dá nomes, mas como eu vou distinguir sem saber o pedido e a causa de pedido que estão no processo objeto, o que deu origem ao IRDR? É um grande problema.

Uma questão extremamente interessante para nós, que somos advogados públicos. A ideia é diretamente relacionada à nossa atuação, ou à atuação do Estado em juízo, porque o Estado está envolvido em milhões de relações jurídicas, materiais, dos mais variados tipos. Quem trabalha há um mês na Procuradoria do Estado, na Defensoria também, de alguma forma no Município, na União, depois de um mês ele está horrorizado, porque ele tem desapropriação, acidentes, indenizações, causas de infelizmente, enfim, é um mar de coisas. Nós teremos de saber, administrativamente, o que a Administração Pública quer em relação àquele tema, porque, como advogados, nós não tomamos a frente sobre quais são os rumos jurídicos que a Administração Pública quer tomar.

Segunda ideia: definido o rumo, compete a nós, como advogados, pedirmos a instauração do IRDR, como partes no processo, com a anuência dos nossos superiores, e dizemos assim: “Presidente do Tribunal de Justiça, fixe o precedente”. Aí vem o problema, porque o IRDR não gera “mingau”, não gera “sopinha de neném”: “Olha, o enunciado é esse”. Ele vai gerar um precedente. E esse precedente, de novo, nos forçará a descobrir o que é *ratio decidendi*, o que é *obiter dictum*. Vejam: não é

porque eu estou pedindo que ele será a meu favor; o tribunal pode, sim, fixar um precedente contra os interesses da Fazenda. Até aí faz parte do jogo processual, nós não temos como lidar com isso. Mas haverá formas de você sustentar suas razões, o Ministério Público participará, haverá até a oportunidade de associações, de as entidades também emitirem opiniões a esse respeito, antes da formação do precedente. “Fixado o precedente, haverá meios de modificar etc. instaurando-se novos incidentes lá na frente...” Então, isso está diretamente relacionado à atuação da Advocacia Pública em todos os seus níveis. O grau de responsabilidade nosso é tão grande que nós precisamos saber da posição dos nossos órgãos a respeito. Eu não vou, nos casos que eu atuo, pedir um incidente se isso não é, naquele momento, para o meu “cliente”, interessante sobre pontos de vista jurídicos ou fáticos econômicos etc. Pensem que, durante o processo de fixação do precedente, todos os processos estarão suspensos. Os processos de primeiro grau – e, eu como procurador do Estado, terei de dizer diferente daquilo –, os processos de segundo grau, também, e tudo em suspenso, inclusive os juizados, para que a gente lá na frente fixe um precedente, e a partir da fixação do precedente, todos serão resolvidos (vide o artigo 926); todos os juízes, verticalmente e horizontalmente, estarão vinculados naquilo que foi decidido. Então, o artigo 976 vertical, só no âmbito estadual. Mas aí vem um detalhe: caberá recurso especial da decisão que fixar um precedente. Esse recurso especial é tão especial que ele não está sujeito a juízo de admissibilidade. Esse recurso especial vai para o STJ. E aí o STJ decidirá se mantém a suspensão de todos os processos, agora em território nacional; e se o STJ mantiver o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o precedente passará a vincular em todo o território nacional. Há uma válvula de escape, que parte de um caso concreto, passa pelo Tribunal Regional, Federal, chega no STJ, seja matéria constitucional ou não, como instância revisora ou juízo ordinário de revisão, e lá o STJ dirá: “Mantenha suspensão”, ou “não”, e ao final dirá: “Mantenha precedente”, ou: “Crie outro”, ou não fala nada, e aí isso passa a valer para o território nacional inteiro. Vejam a projeção e importância de um precedente nesse caso.

Nós sabemos que o Estado de São Paulo deve ter cerca de um milhão e meio de servidores públicos, e uma política remuneratória que envolva esse um milhão de pessoas discutida no IRDR, eu acredito que

é motivo de intensa preocupação, acompanhamento e, se o Estado for “derrotado”, terá uma válvula de escape de ir ao STJ e, de novo, perante o STJ, intenso acompanhamento, razões, memoriais, sustentações e tudo o mais, para que o STJ mude o entendimento agora a seu favor. Fixado o entendimento e ele sendo favorável ao Estado, isso será extremamente bom, mas se for desfavorável, será ruim. Seja qual for o caminho adotado no precedente, para nós, advogados públicos, haverá uma total diminuição da quantidade de trabalho.

Entendo que a Advocacia Pública precisa exigir do Estado, em todos os seus níveis, um posicionamento efetivo sobre demandas repetitivas, o que para nós, como processualistas ou como advogados, é extremamente bom, porque, afinal de contas, o Estado terá de tomar uma posição, e se ele não tomar, pode ser que o advogado do autor da ação, que versa sobre o tema repetitivo, peça a instauração do incidente, pode ser que esse incidente venha instaurado de ofício pelo tribunal, e aí sempre tem aquela ideia: de que quem toma a iniciativa que parece ter razão, parece que ganha o *status* de falar: “Eu tenho tanta razão que eu quero que isso seja decidido em termos de julgamentos repetitivos”. Está aí uma influência psicológica e de necessidade da adoção de uma postura que vai se tornar cada vez mais frequente daqui para a frente para a Administração Pública.

Acho que há uma grande tendência de valorização, inclusive porque a nossa responsabilidade como profissional vai ter de ser muito mais apurada, na medida em que, quando eu estiver diante de um cenário de causas repetitivas, terei caminhos para lidar com isso que não só contestar. Eu preciso também advertir o meu cliente das consequências. A boa notícia em relação a tudo isso é que a lei se preocupa, em várias passagens, em fixar precedentes exclusivamente sobre matéria de Direito. Então não tem precedente de matéria fática, que é o que tende a fazer o Direito norte-americano pela sua grande experiência nesse sentido. Uma empresa poluidora tem o dever de reparar os danos da poluição, precedente: “Sim, a empresa X deverá reparar todos os danos decorrentes...”, isso é fato, porque dever de reparar é norma, isso é inerente a um sistema jurídico, mas, no caso concreto, no Brasil, isso será um precedente de fato, e a lei se preocupa em dizer em várias oportunidades que o precedente é exclusivamente jurídico, o que também nos auxilia em algumas

situações, como grandes acidentes, como a barragem que rompeu em Minas e inundou toda aquela região, e outras regiões também, aquilo é um fato. As pessoas terão direito a indenização, por processos coletivos e tudo o mais, todos serão agrupados, direitos difusos e coletivos... agora ali não haverá precedente. “Todos prejudicados pela barragem têm direito a indenização”, isso decorre da Constituição, da lei, não precisa de precedente. Saber se uma questão jurídica é idêntica em diversos processos, essa é a missão do nosso novo Código, especialmente na área em que o Estado está envolvido, porque ele está em milhões de processos idênticos.

A terrível distinção entre normas, regras e princípios é uma coisa filosófica e um pântano, no bom sentido, no qual particularmente eu não gosto de pisar. Mas a ideia é de que você tem um conjunto de regras do qual se extraem as normas. As normas, portanto, são sentimento que você extrai de um conjunto de regras. Normas como, por exemplo, dever de boa-fé ou de reparar danos. Eu os remeto a Humberto Ávila, o clássico “Teoria dos princípios”, que tem muita coisa escrita nesse sentido. Fontes do Direito são as regras. A partir de um conjunto de regras infra e constitucionais, nós extraímos normas, como dever de boa-fé, dever de reparação, dever de indenizar e tudo o mais. Diante disso, nós temos a força normativa, e dentro dessa força normativa ora nos aparecem regras, ora nos aparecem princípios. Nesse novo cenário, fonte do Direito é precedente. O que quer dizer que o Código, quando abraça o precedente, ele colide. Colisão de regras, não de princípios, princípios não colidem, mas são sopesados. Há uma colisão de regras, a meu ver, com o Código Civil, que diz que o juiz, ao julgar, observará a lei. Agora vem o Código de Processo Civil e diz assim: “O juiz, ao julgar, observará o precedente”. Quando o precedente for contrário à lei, ele deve seguir o precedente, porque a desobediência à lei não acarreta as consequências no artigo 926. Nem no artigo 976. A desobediência à lei é um critério de julgamento. O juiz pode desobedecê-la quando enxerga princípios, normas que vão em contrário a ela. Mas o juiz que não observa o precedente sofre consequências, porque sua decisão está vinculada a ela. Isso quer dizer que nós vamos ter de reformular o pensamento de que o juiz está adstrito à lei; o juiz está adstrito ao precedente, então o precedente é fonte de Direito. É o que querem que o novo Código estabeleça.

Nesse mesmo sentido, nós iremos, por último, ao artigo 1.036, especialmente ao § 1º. O artigo 1.036, § 1º, fecha o circuito de regras que envolvem o precedente no nosso novo sistema processual. Esse artigo nada mais é do que a repetição do que já está no 543-A, B e C do nosso Código de 1973. “Julgamentos de recursos repetitivos dos tribunais superiores. Ao identificar uma multiplicação de recursos versando sobre o mesmo tema de Direito, o tribunal determinará...”, primeiro o tribunal elegerá dois, três e quatro recursos, que serão os *leading cases*, os julgamentos que serão feitos e a partir dali se espraarão para todos os recursos idênticos. A diferença básica que está no artigo 1.036 é que a nova regra manda suspender todos os processos, não apenas os recursos. Instaurado o IRDR (976), todos os processos estão suspensos, seja em primeiro ou segundo grau. Instaurado o julgamento de recurso repetitivo (1.036, § 1º): imaginem que eu estou no STJ e detecto uma multiplicação de recursos sobre o mesmo tema. Eu, Ministro do STJ, mando suspender todos os processos do território nacional que versem sobre tema jurídico idêntico àquele tratado ali. O que já é uma tendência jurisprudencial hoje, passa a ser a regra amanhã, quando o novo Código entrar em vigor. “O juizado Especial de Cárcere, no Mato Grosso, está suspendendo o processo de João *versus* José porque o Ministro do Supremo mandou suspender”, “o juiz da Fazenda Pública da Capital mandou suspender X, Y, Z processos porque o Ministro do STF, com fundamento no artigo 1.036, mandou paralisar”. Se não fosse vinculante, não mandava paralisar. Cada vez mais, o sistema nos diz o seguinte: “Isso aqui vai gerar um precedente”. Não é renunciável. E à medida que eu ditar qual é o precedente, aplica-se isso a todos os processos de primeiro, segundo grau, ou dos tribunais superiores que tratarem sobre tema idêntico. De novo vem a responsabilidade, tanto do advogado de Cárceres, no interior do Mato Grosso, quanto daqui da Capital, de mostrar que o seu caso não é idêntico ao que o ministro mandou suspender – *distinguish*. Julgados os recursos, aplicar-se-á essa tese a todos os processos de forma vinculante. O que há em comum em relação a todos esses dispositivos é: respeitaremos os precedentes. E isso será uma forma de ligar com a litigiosidade de massa que, em todos os graus de jurisdição, nos aflige, ora como autores, ora como réus. Tudo isso tem como pilar, como fundamento, a ideia de se saber o que é precedente, coisa com a qual nós não estamos acostumados a lidar. A magistratura vem dizendo que a vinculação ao precedente

é inconstitucional, porque fere a liberdade, a autonomia do juiz de julgar. O juiz de Cárceres dirá o seguinte: “Eu só posso julgar dessa forma porque houve um IRDR / porque o artigo 926 / porque o artigo 1.036 me manda julgar dessa forma, portanto eu estou vinculado a isso”. E aí a magistratura pensa assim: “Pode a lei infraconstitucional vincular a opinião de um juiz?” Isso é inusitado em todos os países de *civil law*. A França não adota isso porque ela teme a inconstitucionalidade de uma regra infraconstitucional vinculando os juízes. Nós nunca tivemos isso no Brasil nem vimos isso na Europa, porque apenas a Constituição é que vincula. Súmulas vinculantes são previsão constitucional. O julgamento de ADIN e ADECON, por assimilação, são obviamente de matriz constitucional. E agora nós estamos criando um sistema de vinculação aos precedentes feito com base exclusivamente em legislação infraconstitucional. Isso não existe em termos doutrinários. Então, o grande fundamento do novo Código de Processo Civil tem uma bomba-relógio dentro de si, porque se a magistratura resolver que isso tudo é inconstitucional, eu acho que tem fundamento para isso e, portanto, não vai aplicar nada disso. E aí nós viveremos exatamente como vivemos hoje. A outra teoria diz o seguinte: isso aqui, apesar de ter alguma inconsistência constitucional, essas regras ajudam os tribunais a lidar com o litígio de massa. E aí, um ministro / um juiz / um desembargador fala assim: “Eu digo que é inconstitucional, e eu continuo que dar 10 mil decisões iguais por mês”. Aí eu digo que é constitucional e faço assim: dos 10 mil, eu julgo um e paraliso tudo em primeiro e segundo grau. Eu acho que a magistratura oscila hoje entre brigar pela inconstitucionalidade e ficar com a mesa abarrotada de processos, ou abraçar esta ideia que está no novo Código e tirar da frente o que vem por aí, ou a grande quantidade de processos. Eu brinco: tem sistemas de informática que aderem ao gosto popular, nós sabemos quais, são os campeões de venda. E tem sistemas operacionais que são feitos por engenheiros para engenheiros e só funcionam para eles. Qual “cola” melhor? O que todo mundo quer que “cole”, o que as pessoas gostaram. Essa aproximação com a realidade me leva a crer que, como todo mundo vê que a magistratura vai gostar disso, em termos de efetividade e praticidade, “então é tudo constitucional”.

Indagação que vai nos afligir: se o meu caso é diferente do caso que está tido como de julgamento repetitivo, IRDR ou na jurisprudência em

geral, cabe a mim, advogado, mostrar que meu caso é diferente, portanto eu terei os recursos que o sistema me disponibiliza para isso. Não vai manter a litigiosidade como está? Se eu falo assim: “Vamos paralisar tudo enquanto eu julgo isso”, aí cria-se um precedente e está tudo decidido; daí vêm 80% dos advogados e falam: “Não é, meu caso é diferente...”. Sim, eu acho que se formos por esse caminho, a litigiosidade continuará tal como está, senão, potencializada. Nós vamos depender do grau de refinamento dos tribunais no momento da suspensão dos processos para decidir se isso gerará mais recursos ou não. Voltando a um juiz de uma comarca pequena, que tenha a notícia de que o Ministro do Supremo andou suspendendo todos os processos que versem sobre o tema X. Compete a esse juiz analisar os processos da comarca dele com proximidade e decidir: “Isso aqui é idêntico”. Eu até exigiria desse juiz uma decisão motivada. Eu até acho que se for parcialmente idêntico, nós teremos grandes problemas, porque apenas parte daquela tese diz respeito. A outra é diferente, eu posso ter uma causa/ação com duas causas de pedir. Uma diz respeito ao que o STF mandou suspender, e a outra é autônoma, é minha teoria. Então, não deve ficar suspenso, ou deve suspender parcialmente. Se suspender parcialmente é um absurdo. Eu tiro cópia do processo, a cópia anda e o original fica? Não tenho a menor ideia de como se suspende parcialmente. Eu diria que nós dependeremos da *expertise* dos tribunais de saber fixar a tese jurídica e dos juízes, desembargadores, que saberão identificar. Então o *distinguish* é um problema dos advogados e especialmente da magistratura, porque, se a magistratura não souber distinguir e paralisar o que está errado, ela vai ter mais trabalho do que ela teria da outra forma.

O dever de colaboração e o dever ético ficou reforçado no novo Código. Nós dependeremos do grau de compromisso ético, de todos nós, uma solução certamente negociada, de colaborarmos com um processo justo e efetivo. O novo Código chama o advogado a essa responsabilidade.

O IRDR não é em si mesmo uma ação. Portanto, eu não estaria falando de legitimidade para as ações, como eu estaria falando de legitimidade para as ações coletivas, por exemplo. Aliás, há quem na doutrina aproxime esse tema, do respeito aos precedentes, do processo coletivo. Ambos estão ligados em termos de efeitos, porque visam a proferir decisões para fora do processo de eficácia vinculante e tudo o mais. Mas não

há problemas com a legitimidade, porque a legitimidade para o IRDR não é para o seu processamento, é só para o seu pedido de instauração. Feito o pedido de instauração, dali para a frente o tribunal assume toda a condução do processo sem que necessariamente existam autores e réus ali, ou, se pudermos pensar como na arbitragem, teremos um processo multipartes, porque o Ministério Público estaria trabalhando também, Defensoria Pública, órgãos, *amicus curiae* e tudo o mais. Portanto, não vejo problemas com a legitimidade. Sabemos todos que a conversão das ações individuais em coletivas saiu do texto do novo Código; foi vetada pela presidente da República, por vários motivos, inclusive segurança; dar ao cidadão particular a possibilidade de instaurar uma ação coletiva é algo que soou muito estranho, inclusive provocou algum ciúme nos legitimados, Ministério Público, Defensoria, Estado, Município, União, afinal de contas, nós somos muito acima ou temos mais conhecimento do que o cidadão; esquecendo que a *class action* nasce, nos Estados Unidos, a partir de uma ação individual.

Nos juizados especiais: primeiro, eles não terão competência para IRDR. A lei é clara ao falar que o IRDR é de competência dos tribunais, e colégio recursal não é tribunal. A justiça dos Juizados Especiais é justiça diferenciada, às vezes excessivamente diferenciada, e, de uma certa forma, não terão competência para IRDR, no entanto, estarão submetidos à força vinculante dos precedentes. Isso também me parece ser um ponto pacífico; não é porque eu estou no Juizado, seja em colégio recursal ou não, que eu não estaria obrigado a respeitar precedentes fixados na forma como nós já estabelecemos aqui, seria efetivamente contraproducente. A jurisprudência que já está se formando... lembram que eu disse agora há pouco que o STJ tem mandado suspender todos os processos? Inclusive dos Juizados Especiais. Então, nos Juizados Especiais hoje já seguimos mais ou menos a força vinculante do que está aí.

Sem mudança de mentalidade, nada acontece. Mas a essa conclusão, Aristóteles já tinha chegado: o que vale mais são bons juízes ou boas leis? Bons juízes, afinal de contas, são eles que aplicam as leis. Não creio numa mudança de mentalidade a curto prazo, e eu acho que ficaremos um pouco distantes disso nos primeiros anos de vigência do novo Código e razoavelmente, a partir do quinto ano de vigência, nós teremos a apli-

cação prática e efetiva de precedentes, da forma como nós estamos pensando aqui, ou na sua raiz, norte-americana, ou o precedente à brasileira.

Em termos de normas fundamentais, eu diria que o segundo ponto a ser abordado no novo Código de Processo Civil tem a ver com a valorização da participação das partes no processo. Ou, vamos falar em termos de gerenciamento do processo valorizando a posição das partes. Esse gerenciamento – já tem sido objeto, inclusive, de teses de doutorado – pressupõe a relativa diminuição do poder do juiz e o aumento do poder das partes. Com isso aumentam também os deveres éticos – os compromissos dos advogados e promotores, advogados públicos inclusive, no que diz respeito ao tratamento dos institutos e demais questões processuais.

Eu começaria esta exposição dizendo que houve uma efetiva ampliação do contraditório. No artigo 10 do novo Código de Processo Civil, nós temos uma breve visão do que vem pela frente, depois, em dezenas de outras situações, o Código exige que o juiz valorize o contraditório e que observe ele mesmo o contraditório. Isso tem repercussões extremamente intensas em vários institutos processuais. Mas o que diz o artigo do Novo Código de Processo que não dizia o Código anterior? Em primeiro lugar, ele diz assim: “Deve o juiz observar o contraditório, ou seja, ouvir as partes antes de decidir”. Até aí, ok. Mas o novo Código é explícito ao dizer, como já diz o artigo 16 do Código de Processo Civil francês desde os anos de 1970, “mesmo nas questões que ele pode decidir de ofício”. Aí está a grande novidade, porque, enquanto o Código de 1973 falava assim: “Observe o juiz o contraditório”, a magistratura, a jurisprudência, falava: “Pois é, mas quando eu vou decidir de ofício, eu simplesmente não estou obrigado a observar o contraditório, portanto, eu decido”. Exemplo: A e B discutem no processo sobre o valor de uma indenização por dano moral. Ninguém em nenhum momento tratou da legitimidade das partes. A certa altura, na sentença, o juiz fala assim: “Julgo extinto o processo sem julgamento de mérito porque o réu não é parte legítima”. O réu acha ótimo. Mas o autor fica horrorizado: “Desde o começo do processo só se discute aqui o valor, a existência do fato, quem causou, o dolo, a culpa e tudo o mais. E vem o juiz da sentença e entende que o réu é parte ilegítima?”, isso é uma surpresa. O réu acha ótimo, evidente porque ele é vitorioso. Essa situação que é/foi comum

entre nós muda radicalmente no novo Código. O que o juiz está obrigado a fazer, e o artigo 10 é claro: “Digam as partes sobre a possível ilegitimidade de parte do réu, porque o contrato... (seja lá o que for), que está às fls. tais, indica que o responsável por esse dano moral ou material seria outra pessoa. Digam as partes sobre isso – ou seja, participem da minha decisão – antes que eu decida.” E aí vem o aumento da participação das partes no processo, inclusive nas questões de ordem pública. O autor vai ter condições de convencer o juiz de primeiro grau de que o réu não é parte ilegítima, que o processo deve prosseguir. E o réu, óbvio, vai reforçar o que o juiz supõe ser parte, ou algo relacionado a uma condição da ação que razoavelmente ele pode conhecer de ofício nessa circunstância. Portanto, o juiz perde o poder de decidir de ofício matéria de ordem pública, sem ouvir as partes – que é o que acontece hoje com frequência. Isso se espalha a todos os demais institutos que os senhores puderem imaginar que o juiz possa conhecer de ofício. Por exemplo, prescrição. Por exemplo, decadência. “Estamos litigando...”, ninguém falou de prescrição ou decadência, e aí vem uma decisão e fala: “Prescrição”, quem não gostou, que apele. E agora não é mais assim. “Digam as partes sobre a possível prescrição nesse caso.” O réu vai adorar, de novo, e o autor vai ter de mostrar que não ocorreu a prescrição. Isso é participação das partes. É ampliação do contraditório. É redução do poder do juiz, não de conhecer matéria de ofício, porque obviamente o juiz continua com poder de conhecer matéria de ofício, mas ele não faz mais isso sozinho. Agora imaginem isso no tribunal. Tem uma apelação pendente hoje; eu estaria morrendo de medo, porque além de julgar o mérito, pode ser que o tribunal decida – o que a doutrina chama de *decisão surpresa* – que alguém não tem legitimidade, ou que falta interesse de agir, e aí vem o acórdão extinguindo o processo em julgamento de mérito. E isso para nós hoje é natural? Lá fora nunca foi e aqui deixará de ser, porque o Código, no artigo 10 – e esse é apenas um dos artigos, porque depois vêm várias situações lá na frente –, ele reforça essa ideia de forma mais específica. O Código exige prévia manifestação das partes, portanto o juiz faz observar o contraditório e observa ele mesmo. Portanto, diminuição de poder, ampliação da participação das partes no processo, mais diálogo. “Vou mudar o pedido ou a causa de pedir”: ouça as partes. Quando estudarem a coisa julgada, descobrirão que o juiz, no novo Código de Processo, poderá estender a coisa julgada aos motivos

da decisão, para resolver questão prejudicial. No entanto, o Código fala assim: “O juiz pode estender a coisa julgada aos motivos da decisão, desde que ouça as partes antes”, desde que dê a elas a oportunidade de debater a esse respeito antes de incluir a motivação da decisão na coisa julgada. Por aí, nós já temos uma grande janela de aumento de gerenciamento do processo também.

O segundo ponto que reforça a participação das partes no processo é chamado *negócio jurídico processual*, que está no artigo 190 do novo Código de Processo. Esse é um tema que, por si só, merece uma aula quase específica, mas a minha missão aqui é dar uma visão geral sobre instituto sob a ótica de ser uma norma fundamental, uma coluna fundamental do novo Código, dentro do gerenciamento do processo. Então, nossa primeira coluna foi precedente.

Nossa segunda coluna é aumento e valorização da participação das partes no processo: primeiro, pela ampliação do contraditório; segundo, pela possibilidade de ser celebrado o chamado negócio jurídico processual. Primeira observação vem do Barbosa Moreira dizendo assim: “Negócio jurídico processual sempre existiu”. No Código de 1973 é possível enumerar uns 10 ou 15, pontuais. Por exemplo: as partes elegem o foro onde deve tramitar um determinado processo. O juiz não pode se opor se as partes maiores e capazes elegem um foro qualquer, onde não é o domicílio do réu nem do autor e, também, não é o local do fato. Convenções sobre testemunhas, convenções sobre prescrição ou decadência, convenção sobre distribuição do ônus da prova... isso relativamente sempre existiu. No entanto, na linha do chamado gerenciamento do processo que se fala atualmente, as partes hoje podem celebrar negócios jurídicos processuais. Tem alguns detalhes na lei que, basicamente, querem dizer o seguinte: “Podem as partes – desde que isso não ofenda a liberdade do juiz de atuar, que não envolva questões de ordem pública – transacionar sobre aspectos do processo, sobre pontos processuais”. A doutrina já vem dizendo que há a possibilidade de calendarização do processo. Calendarizar significa, como na arbitragem, estabelecer, recíproca e de comum acordo, prazos, formas de prática de determinados atos processuais que destoam do nosso processo tradicional. Aí entra também a ideia de flexibilização do processo, a adaptabilidade às particularidades do caso concreto. Reparem que as partes, então, podem gerenciar

melhor. O juiz pode se opor na medida em que isso esbarre em normas cogentes, por exemplo: eu não posso celebrar um negócio jurídico processual sobre prazo de contestação, custas recursais, prazo recursal. O que é negócio processual e o que não é, e qual é a linha divisória, é precipitado falar. Mas quanto mais disponível for, e quanto mais palatável ou aceitável do ponto de vista da magistratura for, mais isso vai se consolidar. Eu, particularmente, tenho a opinião de que na fase instrutória encontraremos o *habitat* do negócio jurídico processual a que se refere o artigo 190, que inclusive já dá algumas pistas quanto a testemunhas e tudo o mais. Por exemplo: não é da nossa tradição e o nosso Código não prevê, mas eu acho que é um negócio jurídico processual permitir que as testemunhas deponham por escrito. Essas testemunhas apareceriam no processo através de depoimentos prestados nos escritórios de advocacia, desde que as partes combinem em relação a isso, e apresentada em juízo; se o juiz tiver alguma dúvida, ou se surgir alguma dúvida durante o processo, o juiz tem o poder de determinar a reinquirição da testemunha, e ele vai confrontá-la com que ela já escreveu: “O senhor já assinou um depoimento dizendo que um mais um é igual a três. O senhor confirma isso?”. Isso não retira o poder do juiz e me parece ser algo que contribui para um processo mais célere. Não sei como a magistratura vai encarar isso, mas se não esbarra em questão de ordem pública e também não retira poder do juiz, para mim é um negócio jurídico processual. Negócio jurídico processual é possibilitar que as testemunhas sejam ouvidas por videoconferência. O Código fala “sim”, mas, ao mesmo tempo, diz que, enquanto não houver instrumento para isso, os advogados poderiam fornecer esses instrumentos. Ou a videoconferência poderia ser feita a partir de seus escritórios com a presença do juiz. Isso é negócio jurídico processual. Prazo para memoriais, prazo para debates, forma de inquirição da testemunha – que vocês sabem que agora passou a ser direta. Eu estou sendo, de alguma forma, precipitado em tentar traçar uma linha entre o que é e o que não é negócio jurídico processual, eu não tenho certeza do que eu estou falando totalmente. A única certeza que eu tenho é: isso é uma participação ampliada das partes no processo, que passam a gerenciar o processo com o juiz, na medida em que eu tenho condições de, não esbarrando em normas cogentes, calendarizar, modificar, flexibilizar, alterar coisas que digam respeito ao rito procedimental, a meu ver, especialmente na fase de colheita de provas.

A terceira ideia, que diz respeito à valorização da participação das partes no processo, talvez seja a ideia mais problemática a ser tratada aqui, é o já controvertido artigo 6º do novo Código de Processo Civil. Por que estamos preocupados com esse dispositivo? Ele diz que as partes devem colaborar entre si e com a Justiça – porque todos somos responsáveis. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Sinceramente, como advogado, eu colaboro com meu cliente. É duro dizer isso, mas eu quero que o cliente da outra parte seja derrotado. Me parece intuitivo e até infantil falar isso em termos de advocacia. Imagine que alguém vai me contratar para cooperar com que está brigando com ele. “Então briguem sozinhos.” Tudo isso, na superfície, fica até engraçado. De novo, é uma mudança radical de mentalidade sem que a gente tenha efetivamente debatido sobre o que é colaborar. A partir disso, surgem, na doutrina, duas correntes a respeito do que é a ideia de colaboração. Tem uma corrente mais radical nesse ponto, eu diria um pouco utópica até, porque essa corrente parte da premissa de que o nosso processo passou a ser colaborativo e, em um processo colaborativo, nós não temos um processo propriamente dito, mas uma comunidade de trabalho. Na comunidade de trabalho, o juiz não está acima das partes, mas em colaboração com elas, e a cada parte do processo, o juiz, em diálogo com as partes, chega à conclusão sobre como devemos tratar aquele caso. Em um mundo quase utópico, advogados, promotores e juízes são todos igualmente responsáveis pelo resultado do processo, o que lhe dá uma cara social: “Então não vamos mais litigar; vamos gerenciar, porque o processo é colaborativo”. Esse tipo de processo é tão bom e tão eficaz que ele nunca existiu em país nenhum do mundo em nenhum momento da História. Nem o processo norte-americano, nem a República socialista, nem o mais aficionado comunista chegou a pensar num processo como comunidade de trabalho. Essa ideia nasce basicamente na Europa, quando se busca um caminho entre um processo marcadamente público, um caminho ou o meio-termo entre um processo dispositivo e um processo inquisitivo; o inquisitivo, fortemente marcado pela atuação estatal, e o dispositivo, o Estado deixa as coisas um pouco mais à disposição das partes. Nunca houve na História um processo marcadamente dispositivo nem marcadamente público ou inquisitivo. Sempre há uma mistura em maior ou menor grau, e aí, penso eu, que quanto mais ampla

a democracia, o regime de liberdade, como nos Estados Unidos, mais dispositivo ele tem de ser, embora não necessariamente o processo esteja ligado a ideologia. A outra corrente diz o seguinte: “A ideia de colaboração é muito boa, ela já foi tentada da forma como nós estamos tentando aqui, quase com disposições idênticas, no sistema português dos anos de 1970, e não vingou, no sentido de se falar que estamos diante de um processo colaborativo”. Então, teríamos três processos: dispositivo, inquisitivo e colaborativo. Nunca vingou dessa forma. Como vingou no Direito português? Nós não temos como implementar um processo cooperativo; isso depende de muita coisa, mudança de mentalidade, por enquanto não estamos preparados para isso. Mas o que dá para fazer é o seguinte: nós incluímos no processo determinados pontos nos quais as partes são chamadas a participar e depois voltam para o seu cantinho. Por exemplo: negócio jurídico processual; distribuição do ônus da prova – o juiz ouve as partes antes de redistribuir o ônus da prova; participação em contraditório – “Fale mais no processo, eu vou te ouvir mais”. Mas daí a dizer que estamos num processo colaborativo, vai uma longa distância. O que nós temos diante de nós é uma ampliação e um redimensionamento do contraditório. Princípio ou colaboração no processo: como princípio, mas não como modelo processual. Para dizer que é um modelo processual, em primeiro lugar, eu preciso dizer ao advogado e às partes que elas não estão chegando no processo para litigar, portanto é um processo multipartes, não tem autor nem réu. Segundo, eu preciso dizer ao juiz que ele não está ali em uma posição de superioridade; ele tem de descer ao mesmo nível das partes e negociar com elas. “Vamos fazer prova pericial?”, diz o juiz. As partes falam: “Não queremos”. “Então podemos fazer a testemunhal?” “Testemunhal, só se for de testemunhas de tal região, as outras não precisamos ouvir.” Para chegar a esse nível de coisas, literalmente eu preciso “combinar com o zagueiro”. E o que eu tenho medo é de estar em um processo marcadamente dispositivo como o nosso, com nuances inquisitivas, no momento em que os poderes do Estado aumentem, e alguém fale para mim: “Você não está cooperando e, por não estar cooperando, vai sofrer as punições da lei”. E falarei: “Eu não vim aqui para cooperar. E o senhor não veio também para dialogar comigo, o senhor veio para julgar”. O juiz, em um processo colaborativo, não vem para julgar, ele vem para dialogar. Isso é uma mudança muito radical. Dá medo a ideia de que parte da doutrina

já sustenta que nós estamos diante de um processo colaborativo, de que amanhã eu apareça no processo litigando, como particularmente eu fui contratado para ser, e venha uma punição de algum juiz dizendo: você não colabora. “Eu não vim para colaborar, não faz sentido isso para mim.” Em processos norte-americanos, o juiz chama os advogados na sua sala e diz: “Os senhores têm absoluta certeza de que querem fazer isso no processo? O senhor quer ouvir mesmo essa testemunha? Pense bem”, “É, eu vou mudar de ideia...”. Há um senso ético muito maior, um dever e um pensamento do advogado norte-americano de que ele é parte integrante da Justiça, e aqui nós brigamos com a Justiça. Nós vemos uma Justiça inimiga: nós temos de brigar pela decisão interlocutória, brigar pela liminar. Imagine em um processo colaborativo, você entrar na sala do juiz e falar assim: “Eu quero uma liminar”. “Por quê?” “Por isso e aquilo.” “E o que o senhor acha?” “Eu acho um absurdo, mas vamos pensar assim: em prol da Justiça, é melhor que dê a liminar contra meu cliente. Estou pensando... Eu sou um administrador da Justiça.” E ele sai de lá e fala: “Olha, eu concordei com a liminar por tal motivo”. Se faz isso aqui, você vai preso, porque você traiu seu cliente. “Nós estamos aqui para brigar, não para colaborar. Por isso que, em termos de valorização das partes no processo, esse o ponto mais problemático, e não entendo que seja um problema imediato, mas eu sugiro que os senhores pensem antes de adotar a doutrina que diz uma coisa ou outra, de repente eu posso estar errado também, mas daí a dizer que estamos em um processo colaborativo, artigo 6º – e o artigo 6º provoca reflexos em outros pontos do processo –, eu sugeriria especial atenção aí.

Penúltimo: eu diria que houve uma grande valorização da ética e os remeteria aos artigos 77 a 81, com algumas nuances diferentes e reforçadas em relação ao Código de 1973, e daria como grande exemplo, prático inclusive, da valorização da ética o que está no artigo 339 do novo Código, com intensa aplicação prática para nós. Segundo o artigo 339, quando alguém alegar ilegitimidade de parte, deve dizer quem é a parte ilegítima. Sou réu hoje e alego ilegitimidade de parte, o juiz acolhe e extingue o processo, e o autor fica pensando: “Então, quem será a parte legítima?”. Hoje não só eu tenho que cooperar, com a Justiça, com a outra parte, como também, por fundamentos éticos, eu tenho que dizer o seguinte: “Eu sou parte ilegítima. Mas legítimo é...”, olha a

delação premiada no novo Código. Vejam o que diz o artigo 339, para chegarmos a esse conceito: “Sempre que tiver conhecimento, e sob pena de arcar com as despesas processuais e indenizar o autor, deve indicar quem é o sujeito passivo responsável”. Sou parte ilegítima, na verdade quem é legítimo é o fulano. É lógico que vão surgir dúvidas no processo quanto à expressão “sempre que tiver conhecimento”. E eu vou falar: “Eu gostaria muito de colaborar e de ajudar, mas eu não sei quem é a parte legítima nesse caso. Eu só sei que não sou eu”. E aí nós vamos avaliar em cada caso concreto se havia de fato possibilidade ou dever de conhecer ou não a parte legítima. Mas esse é um grande exemplo de chamada à participação e também de reforço de compromisso ético das partes no processo.

Na última abordagem nesse tópico, eu diria que a valorização da participação das partes no processo vem, também, pelo reforço do que a doutrina chama de garantismo processual. “Venham participar, que eu lhes garantirei uma posição confortável”. Eu serei fonte do Direito, eu “decisão judicial”, eu “Poder Judiciário” passo a ser fonte do Direito. “Eu ‘Poder Judiciário’ amplio o contraditório, autorizo você a celebrar negócios processuais em contrapartida a esse respeito que você está me dando.” E mais: “Pelo garantismo processual, eu me comprometo expressamente a seguir princípios. Eu me comprometo a ampliar a garantia da publicidade”, artigo 189 e também artigo 11. “Eu me comprometo a motivar melhor as minhas decisões judiciais”, art. 489, § 1º. “E eu me comprometo também a ouvir previamente todo mundo antes de decidir”, artigo 9º e artigo 10 do novo Código. São sinais evidentes de que as partes têm mais garantias em juízo, de que o sistema está mais comprometido com publicidade, com motivação da sentença e ampliação do contraditório. “Então, participem mais do processo, eu elevo o compromisso ético de vocês comigo, em contrapartida eu lhes dou garantias de respeito a princípios, a motivação e tudo o mais.”

Com isso, eu fecho o segundo tópico das normas chamadas fundamentais, que são relacionadas à valorização da participação das partes no processo. A não ser por um detalhe: eu poderia falar também no grande incentivo dado às partes quanto à conciliação e à mediação.

Eu iria especificamente aos artigos 165 a 175, e também 334, do novo Código de Processo. Os artigos 165 ao 175 tratam da forma de

selecionar árbitros e conciliadores. Nosso sistema é um dos poucos que diferenciam conciliação de mediação. Temos uma nova lei de mediação editada no ano passado, que envolve, inclusive, órgãos públicos; agora está previsto em lei, isso nos afetará especificamente. Mas unam essa lei nova de mediação ao que está nos artigos 165 e 175, especialmente no artigo 334 também, para chegarmos à seguinte conclusão – e aí vamos, como normas fundamentais, o novo Código incentiva a conciliação, a mediação: “Todo processo que for iniciado já na vigência do novo Código de Processo Civil passará obrigatoriamente por uma fase de mediação e conciliação”. Então sou juiz, recebo um processo novo, Fórum João Mendes. O que eu faço? Mando citar o réu? Não, mando intimá-lo para comparecer a uma audiência. Para entregar a contestação? Não, para conciliar. Quando começará a correr o prazo para contestação? Quando a fase de mediação estiver terminada. Quando isso ocorrer, se não surgiu a mediação, evidentemente, o juiz dará: “Fixo o prazo de 15 dias para contestação”, nesse caso, pode apresentar. Isso é algo impactante, isso torna a fase de mediação ou de conciliação obrigatória em todos os processos que vão tramitar no território nacional. Isso vai travar a pauta do Judiciário, porque para cada processo haverá uma audiência. “E os ritos?” Não existe mais rito sumário. Tudo tem um único rito: do artigo 334, que começa obrigatoriamente por uma audiência de mediação e conciliação. Quem vai conduzir a audiência será um mediador ou um conciliador. O que quer dizer que, projetado o futuro da forma como a lei quer, para cada novo processo do Fórum João Mendes haverá uma intimação para comparecer a uma audiência. Nessa audiência, aparecem os advogados e as partes, e então conciliadores e mediadores, e o juiz sai da sala. Dali para a frente, pessoas com formação na área de mediação, ou pelo menos que tenham participado de um curso oferecido pelo Tribunal de Justiça, e quem não participou do curso não pode ser nem conciliador nem mediador – isso está nos artigos 165 a 175. Essas pessoas, em uma, duas, três oportunidades, vão conversar com as partes, vão buscar uma solução negociada para aquele caso e, ao final, dirão: “Frustradas as possibilidades de conciliação ou mediação, devolvo os autos ao juiz”. E o juiz fala: “Então fixo prazo de 15 dias para contestar”. Se isso funcionar – e só para dizer o básico, eu diria que aqui no Fórum João Mendes o prazo para contestar vai começar mais ou menos dois anos depois da propositura da ação. Tudo isso eu acho

extremamente complicado de ser implementado, mas não deixa de ser uma das colunas fundamentais do novo Código, ou seja, o incentivo, a canalização de todos os processos para a fase de mediação. Os advogados já estão fixando em contrato o seguinte: “As partes não pretendem negociar”; “As partes elegem a Comarca de São Paulo, e também não pretendem negociar na forma do artigo 334, pelo que já dispensam a audiência de mediação”. Isso é válido? Antes de surgir um litígio, você já diz que não quer negociar. Não parece estranho isso? Mas, e se você quiser, você não pode voltar atrás? É um problema cultural. A nossa cultura como advogados não é conciliar, não é cooperar; a nossa cultura é brigar pelos interesses dos nossos clientes. Só que o Código nos chama, no primeiro momento, a conciliar, reforça os deveres éticos da parte, e parte da doutrina já diz que nós estamos num processo colaborativo. Portanto, soa estranho. Esta semana começa a graduação e, sinceramente, eu não sei o que falar para o aluno: “Aqui nós vamos basicamente formar um operador de Direito que lá no futuro vai fazer o quê? Ele vai cooperar com as partes?”, daí o aluno vai falar: “Mas se eu quisesse cooperar, eu ia ser médico. Eu vim aqui para brigar, eu quero defender grandes causas”, “Mas você veio para tornar o mundo melhor”, “Mas aí eu teria feito Agronomia”. Então, vamos implementar o novo Código com uma estrutura direcionada ao reforço da mediação. Se eu fosse juiz, eu diria o seguinte: “Então, vamos criar uma pauta paralela movida por mediadores e conciliadores”.

Eu acho que o advogado público, em especial, fica muito desconfortável e de certa forma desprotegido para entrar em mediação e conciliação. Apesar de haver lei e tudo o mais, nós sabemos que os órgãos de controle da Administração Pública – eu poderia começar da ação popular, passar pelos Tribunais de Contas e terminar com o Ministério Público – são um tanto agressivos em relação a isso: tudo é improbidade. Eu, sinceramente, não faria acordo em absolutamente nada, a não ser que essa instituição me desse um conforto suficiente para dizer o seguinte: “Presente tais elementos...”, então você faz a mediação. Por exemplo, causa repetitiva em que nós já fomos derrotados efetivamente, valor pleiteado razoável com o que a Jurisprudência fixou, inexistência de argumentos específicos para que aquele caso concreto em que você poderia vislumbrar... Esse é o objetivo. Se eu fosse advogado particular,

eu diria para o meu cliente e colocaria na mesa várias coisas que o influenciariam, e eu iria razoavelmente preparado dizendo o seguinte: “O que eu fizer, está feito, o meu cliente não vai discordar”. Mas se é na Administração Pública, o meu superior pode concordar, mas o Tribunal de Contas acha que não é assim, e aí o Ministério Público acha que eu sou um agente de improbidade, eu perco meu cargo porque eu fiz a negociação e pago multa ainda. Então, tudo isso precisa efetivamente de uma grande mudança de mentalidade. E de novo eu me reporto àquele ponto inicial de aderência à realidade. Eu entendo que o nosso novo Código tem excelentes pontos, grandes intensões, foi feito por gente de extrema grandeza em termos processuais, mas não adere à realidade nos pontos cruciais.

Estamos indo para a parte final, então, em que eu ingresso em Princípios. Eu entendo que a menção a princípios – especificamente o artigo 8º do Novo Código – é uma contrapartida, um conforto que se dá ao jurisdicionado devido ao aumento de poderes do juiz no novo Código. O aumento de poder vem, por exemplo, com a ideia de que a minha decisão passa a ser fonte de Direito, então, um precedente. O aumento de poderes do juiz, além de tudo isso que nós já vimos aqui, tem também um ponto crucial que é do artigo 139, inciso IV: o aumento de poderes do juiz é tão grande que agora o juiz tem, inclusive nas tutelas de cunho condenatório, os mesmos poderes que ele tem nas tutelas mandamentais, de obrigação de fazer, não fazer, e entregar coisa certa. Quais são os poderes que ele tem na tutela mandamental? I – impor multa; II – remover pessoas ou coisa; III – impedir atividade nociva, quando o devedor não cumpre obrigação de fazer. Então, quando o Estado não cumpre obrigação de fazer, vem multa e, se não vier multa, pode vir coisa pior. Transportem isso para obrigação de pagar. Segundo o artigo 139, inciso IV, vai ficar assim: “Não pagou precatório, eu mando fechar o Detran”, “Não pagou o precatório, a Secretaria de Segurança Pública deixa de funcionar – impedimento de atividade nociva”, porque agora está misturado, artigo 139, inciso IV, a tutela sancionatória das obrigações de fazer ou não fazer, que giravam em torno da ideia de mandamentalidade da sentença, agora misturou com as tutelas puramente condenatórias. Eu me lembro de notícias sobre advocacia da Justiça do Trabalho dos anos de 1970, que mandava bloquear a linha telefônica de quem não pagava

a condenação; era um absurdo, mas funcionava. Imagine nos anos de 1970 sem internet, sem nada e sem linha telefônica? Sua empresa ia à falência. Enquanto não pagasse execução trabalhista, a linha telefônica não voltava a funcionar e não adiantava recorrer para lugar nenhum. Essa experiência, de tão aterradora, funcionou. E veio para o Processo Civil, primeiro pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, depois pelo 461 do Código de 1973, agora está no novo Código, e o pior: foi ampliada para as tutelas de pagar ou não pagar. Então, não pagou uma dívida/precatório? Pode incidir multa diária. Não pagou precatório? Eu posso determinar remoção de pessoas ou coisas. Eu tenho medo de acreditar que o novo Código não é publicista. “Ah, não, ele ficou privatista, agora tem negócio jurídico processual.” Pois é, tem negócio jurídico processual naquilo que não incomodar, porque o que incomodar não é negócio jurídico processual. Tenho reservas em relação a isso.

A última parte do inciso IV: “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, que estão razoavelmente gerando superposição ou não, o fato é que os juízes hoje têm poderes para, por exemplo, bloquear você no Facebook. Enfim, por esses aumentos dos poderes do juiz, que nós já vimos aqui, e outros mais, o Código cria um conforto de fazer menção explícita a princípios – eu vou de novo ao artigo 8º. A técnica de dizer quais são os princípios aplicáveis a um sistema jurídico – eu particularmente acho lamentável, mas ela é razoavelmente aplicável no nosso sistema em diversas passagens. A Constituição fala quais são os princípios aplicáveis na Administração Pública, artigo 37. Há outros dispositivos legais que dizem: “Essa lei se regerá pelos seguintes princípios”. Então, se o princípio não estiver na lei, o juiz não pode aplicar. Por exemplo, o artigo 8º não fala do princípio da ampla defesa. Ele fala de todos os princípios aplicáveis nesse Código, mas não fala em ampla defesa. Portanto, o juiz não precisa observar ampla defesa no processo. Qual a utilidade de ter uma lei dizendo quais são os princípios aplicáveis ao processo se eles não são *numerus clausus*, evidentemente. E, segundo, compete ao Judiciário, ao juiz, em cada caso concreto, dizer qual é o princípio aplicável. E, de novo, aquelas distinções entre princípios e regras, e tudo o mais. Princípios, para mim, são mandamentos de otimização, mas isso é uma questão doutrinária. Por que eu vou ter uma lei dizendo quais são os princípios aplicáveis se eles não são limita-

dores do juiz? Eu enxergo isso como um conforto, uma contrapartida, aos aumentos dos poderes do juiz. Então, compete ao juiz respeitar a dignidade da pessoa humana. “Então, até agora não se respeitou a dignidade da pessoa humana, mas daqui em diante passaremos a respeitar?” Evidente que não. Em nosso novo Código só tem uma falha em relação à dignidade da pessoa humana, que era a mesma falha do Código de 1973: é mandar para a prisão o devedor infiel, de alimentos... “Ah, mas então não pode prender?” “Pode, mas em uma prisão digna.” Isso, para mim, é violar a dignidade da pessoa humana: colocar o devedor de alimentos em um local junto com outros criminosos. Se isso servir para mudar isso, já é um grande avanço. Compete ao juiz, também, observar os fins sociais e as exigências do bem comum – que é um mandamento constitucional, está lá em todos os direitos de propriedade, enfim, coisas extremamente amplas.

Proporcionalidade e razoabilidade são princípios de fundamento constitucional. Nasce no Direito Administrativo alemão da primeira metade do século passado. E agora passaram a ser princípios de fundamento infraconstitucional. O que quer dizer que, hoje, um tribunal que não observa a proporcionalidade profere uma decisão sujeita a recurso especial, já que violou o artigo 8º do Código de Processo Civil. Ao passo que, antes do Código, eu falo assim: “Violou a proporcionalidade, eu vou ao Supremo”. É nítida a hipótese de julgamento de recurso extraordinário. Então, eu não creio que a péssima técnica de redação de se fazer referência a princípios deturpe, inclusive, o destino de recurso lá na frente por reduzir a importância de um princípio que antes era de ordem constitucional, mas agora é infraconstitucional. “Compete ao juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, observar a legalidade.” Há um paradoxo aí: como é que eu preciso observar a legalidade se eu estou vinculado a precedentes? Se eu fosse juiz, eu entraria com embargos de declaração antes de aplicar o novo Código, “porque eu quero saber se eu aplico o precedente ou se eu observo a legalidade”. Publicidade e eficiência, que eu saiba, são mandamentos de toda a Administração Pública e estão na Constituição. Em resumo, o que eu observo aí, em primeiro lugar, não são princípios, são critérios; apenas no sentido de se reforçar aquilo que já vinha sendo dito, não só pela Constituição, mas também como os fundamentos doutrinários e constitucionais. Nesse ponto, a lei dos juizados

especiais – a Lei 9.099/95 – é muito mais avançada em termos técnicos do que o novo Código de Processo Civil, porque lá no comecinho diz assim: “Os Juizados Especiais se regerão pelos seguintes critérios”, eu não falo em princípios. Os critérios são a informalidade, a rapidez, a celeridade, enfim. Dentro do microsistema dos Juizados Especiais, o juiz deve observar critérios, não princípios. Princípios são algo, nós sabemos bem, inerente a todo tipo de sistema, deles se extrai – porque não existe princípio sem sistema – de uma forma explícita como mandamento de otimização. Basicamente, desde o mais longo doutrinador sobre princípios, a última coisa que ele esperava era que os princípios fossem positivados, e o nosso Código incorre nisso. Não faz sentido, a não ser como critério, como conforto ao aumento dos poderes do juiz. “Vamos aumentar os poderes do juiz, mas ‘não esqueça, juiz, tem de observar a razoabilidade, a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana’”, então, o artigo 139, inciso IV; quer adotar medidas coercitivas? Sim, mas que elas sejam razoáveis, proporcionais. É, de alguma forma, um contrapeso para o aumento dos poderes que nós tivemos no novo Código de Processo Civil.

Já próximo de terminar, eu poderia dizer que os verdadeiros princípios que estão no novo Código de Processo são os tradicionais que nós conhecemos, e aí nós vamos ao que chamamos de *tutela constitucional do processo*. Dentro da tutela constitucional do processo, eu tenho o contraditório; mas aí eu esbarro em um problema, porque eu falo, por exemplo, dentro dos princípios constitucionais, do princípio da motivação da sentença. Vejam que a motivação hoje foi reforçada, até por conta do garantismo processual que se procura dar em contrapartida ao aumento dos poderes. O artigo 489, § 1º, é efetivamente garantista, visa a combater todos os problemas relacionados à motivação da sentença que nós já tivemos até hoje, porque ele parte de uma negativa: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja lá qual for, quando se limitar à indicação ou reprodução, ou copiar apenas textos normativos. Quando empregar conceitos jurídicos indeterminados”, então “Julgo procedente o pedido porque o autor violou a boa-fé”. Desculpe, conceito jurídico indeterminado. O que é boa-fé nesse caso? Por que ele está sendo condenado? Não está fundamentada a decisão. “Invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, seria

como um juiz criar um modelo de sentença que fosse aplicável a tudo: acidente de trânsito, parte tributária, então ele vai a Platão, Sócrates, passa por Montesquieu, Maquiavel, enfim, no final das contas, aquilo lá serve para tudo – o que facilita, até certa altura, à defesa e ao autor, porque se faz um monte de coisas e ninguém fala nada, e no final o réu sai condenado sem que a gente tenha trabalho, basicamente é isso. Então, nós queremos uma decisão que não fale de conceitos jurídicos indeterminados, que explique o motivo concreto da sua incidência, no caso. “Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, “Se limitar a invocar precedente”, “Deixar de seguir enunciado ou súmula”, vejam os incisos V e VI e façam uma ponte com os artigos 976, 926 e 1.036, para dizer que todo mundo tem de seguir os tais dos enunciados e precedentes e tudo o mais. O que está aí, senão um grande conforto que o sistema nos dá ao municiar o juiz de mais poderes. Se nós trocarmos em miúdos tudo isso, nós vamos precisar, do começo ao fim de um processo, de um juiz que leia os autos. Chega o processo, ele precisa ver se a tese veiculada ali já não é de manifesta improcedência e já rejeita o pedido antes de citar o réu – tem de ler os autos. Aí chega um processo, ele tem de fixar uma audiência de mediação e conciliação, excluindo os casos que não dá para negociar; então ele precisa ler o processo e ver se dá para negociar ou não. Aí ele precisa, mais à frente, saber se ali a liminar é tutela de evidência, tutela provisória, tutela cautelar, antecedente ou incidental, ou um processo, cada uma com suas consequências. Então não basta dar liminar, tem de saber de onde ela veio, tem de fundamentar. Depois ele tem de ler os autos para saber se dá para fazer negócio jurídico processual. Aí, depois, ele tem de ler os autos para sentenciar. Se nada disso funcionar, então nós vamos quebrar o sistema. Imaginem o trabalho que vai dar saber – vamos imaginar um juiz do interior com, razoavelmente, 2 mil processos prontos para serem julgados – se aqueles 2 mil processos foram ou não atingidos por uma decisão do Supremo que mandou suspender os que versam sobre o tema tal; ele vai ter de ler cada um deles e saber se “esse aqui versa parcialmente”, “esse aqui não versa”, “esse aqui versa integralmente”, “esse está suspenso”, tudo isso de forma motivada, o que é para a magistratura uma tarefa quase impossível de ser realizada. Não estou dizendo que o juiz não lê os autos, eu estou querendo dizer que nós nos acostumamos a um autocompletar na nossa cabe-

ça. Vem uma petição inicial falando de URV, ponto: já faço a contestação, eu leio a primeira folha apenas. O juiz lê que as partes discutem sobre URV, ponto: ele já dá a sentença. Esse autocompletar é decorrência da massificação dos processos. Nos anos de 1930, o Tribunal anulou uma sentença porque o juiz datilografou a sentença e assinou embaixo. Mas se ele datilografou, como é que nós vamos saber se foi o juiz que escreveu a sentença? “Então está anulada e mando proferir à mão a sentença.” “Não pode datilografar.” Naquela época, um juiz dava dez sentenças por mês, 20 por ano, talvez. Mas o mundo mudou, a massificação chegou, e é óbvio que eu faço contestações “sem ler”, e o juiz julga “sem ler” também, e o acórdão sai sem que ninguém “tenha lido”. É uma realidade. Agora imaginem, mesmo diante de teses massificadas, você ter de ler os autos efetivamente em cada um nas suas oportunidades, a ponto de ter de ora marcar uma audiência, ora não, ora saber se é caso de suspender, ora não. Portanto, já falei da motivação da sentença como princípios ou garantias constitucionais. Eu reforçaria também a ideia de publicidade do processo, como um grande reforço, um grande conforto nesse ponto – artigo 189, inciso VIII. A última coisa que me falta abordar aqui é: em termos de princípios infraconstitucionais, o que é possível falar, muito *en passant* no que nos interessa a respeito do novo Código de Processo Civil, é que muita coisa mudou. Em primeiro lugar, nós passamos a adotar o que se chama de princípio da adaptação do procedimento – artigos 139, inciso VI, e 190 do nosso novo Código de Processo Civil. Basicamente, compete ao juiz perceber quais são as particularidades de cada causa que está em tramitação e adaptar o procedimento àquelas especificidades, o que nos reforça a ideia de flexibilidade. Eu concordo com a doutrina que fala assim: “Flexível, nosso procedimento sempre foi, mas hoje isso está consolidado e é lei”, portanto, o juiz fica com mais liberdade e fala: “Essa causa aqui, não dá para fazer o prazo de contestação em 15 dias, é impossível, então vou ampliar o prazo de contestação para 20”, “Neste caso aqui, não há outro jeito de ouvir as testemunhas, a não ser no escritório dos advogados por videoconferência”, então adapto para, nesse ponto, modificar procedimento, regras procedimentais e prazos. Essa ideia de adaptabilidade precisa estar motivada, fundamentada, ser explícita e mais: não ferir o contraditório. “Vou adaptar o procedimento à realidade do processo”, ótimo, ouço as partes antes. Essa também é uma pedra de toque do novo Código. Nin-

guém pode ser surpreendido com modificações. A doutrina também já está falando em princípio da mediação – artigo 166 do novo Código de Processo. A doutrina continua falando em princípio dispositivo, mas agora no sentido de que um juiz não pode iniciar uma ação – no Código de 1973 e no Código de 2015. O único exemplo que havia no Código de 1973 sobre a possibilidade de um juiz iniciar um processo estava no inventário, se eu não me engano, no artigo 980/981, que falava assim: “Compete a abertura do inventário: I – aos sucessores; II – ao Ministério Público; III – aos credores; IV – ao juiz da Comarca”. A História mostrou que, desde 1973 até hoje, talvez nem meia dúzia de juízes tenham tomado iniciativa, porque um juiz, quando dá início a um processo, de alguma forma ele se compromete psicologicamente, então tudo isso sempre foi complicado. Agora – nos artigos 615/616 – não há mais poderes para o juiz dar início a processo nenhum, nem mesmo inventário. O mesmo artigo 2º, no novo Código de Processo, ainda fala de impulso oficial. Portanto, as partes dão início ao processo, ou promotor, e ao juiz compete impulsioná-lo de forma oficial, aí também sem modificações. O princípio da oralidade, que era uma grande ideia no começo do século passado, simplesmente desapareceu no novo Código de Processo. Ele já vinha sofrendo fortes atenuações. O princípio da oralidade – e seus sub-princípios – queria dizer o seguinte: “Vamos evitar a prática de atos processuais, vamos praticá-los todos em audiência”, e isso nos levaria a um grau de comprometimento com a verdade, com regras éticas mais intensas, porque é difícil você olhar para a cara do juiz e ter uma conduta protelatória, ao passo que no papel, no computador, pelo sistema, você fala um monte de bobagem, e às vezes cola, às vezes não, e tudo bem, você segue em frente com isso. Mas essas ideias desapareceram, nós migramos para um processo essencialmente documental, não oral, assim como os sistemas europeus também migraram, exceto os de *common law*. E o último resquício de oralidade que havia em nosso sistema era o procedimento sumário, em que você entregava contestação em audiência, podia ser oral, tudo era concentrado em audiência, irrecorribilidade em separado das interlocutórias e tudo o mais. Agora não tem mais rito sumário, o que significa dizer que é tudo escrito; ninguém vai entregar contestação em audiência. Isso enterra por vez a ideia de oralidade. O princípio da eventualidade continua presente. O artigo 336 continua dizendo o que diz o Código de 1973: “Compete ao réu esgotar

toda a sua matéria de defesa na contestação”. Depois tem uma curiosidade no conjunto probatório, que fala da prova documental. Hoje em nosso sistema é pacífico, por decisão jurisprudencial, que as pessoas podem juntar documentos ao longo do processo, inclusive em segundo grau de jurisdição, e a jurisprudência acha isso perfeito – observado o contraditório e a ampla defesa. O novo Código, curiosamente, fala assim: “Compete ao autor juntar todos os documentos na inicial”, ao réu: “Todos os documentos na contestação”, “Salvo se provar justificadamente porque não os juntou lá atrás”, sob pena de o juiz indeferir a juntada de documentos no curso do processo; o que reforça, a meu ver, os compromissos éticos, porque, no sistema atual, diante de uma multiplicidade de contratos, as partes juntam aquilo que interessa e, à medida que o processo caminha, eles vão juntando mais e mais e mais, às vezes desdizendo o que uma testemunha falou, enfim, há uma margem de manobra em torno desse tema que o novo Código tenta eliminar. Por último, a estabilidade da demanda, que também é um princípio caro ao sistema – artigo 329, inciso II – continua exatamente da mesma forma que os artigos 264 e 294 do Código de 1973. O artigo 329, inciso II, diz que, depois da citação, depois de iniciada uma ação, não é possível modificar pedido ou causa de pedir, a não ser com a anuência do réu ou, se for depois do saneamento do processo, com o consentimento do réu, desde que assegurado o contraditório etc. Aquela velha história – artigos 264 e 294: à medida que o processo caminha, diminuem as possibilidades de alteração de pedido ou causa de pedir, o que nos leva a uma estabilidade do processo após o saneamento; ninguém mais vai poder modificar o pedido ou a causa de pedir. Se eu não me engano, em uma das redações anteriores havia essa possibilidade, mas depois todo mundo começou a ficar com medo dessa história. Os poucos sistemas europeus que adotavam, como, por exemplo, o italiano, acabaram abandonando também, porque, à certa altura, surge uma causa de pedir nova, tem de reabrir a instrução e tudo o mais. O que eu só discordo, em termos de uma teoria mais ampla, é que a motivação da sentença seja um princípio, e que estabilidade da demanda seja um princípio, porque são regras, apenas, de aplicação tão restrita que não têm o caráter genérico e abstrato que um princípio deve ter; o princípio para mim, verdadeiramente, é o contraditório, é a alma do processo, está presente do começo ao fim, inclusive na execução. Princípio é a ampla defesa: onde houver dúvida,

privilegia-se a defesa e tudo o mais; princípio da sucumbência: quem perdeu tem de pagar – isso é regra, quem perdeu paga as despesas do processo; princípio da eventualidade: tem de esgotar a defesa na contestação. Não é princípio, é regra, porque não tem um grau de abstração suficiente para ser princípio. Nós temos um mau uso aqui no Brasil, de alguma forma, de dizer o seguinte: tudo o que não está explícito é princípio.

Talvez a posição dos Tribunais, no sentido de salvar o processo e não invalidar uma decisão, seja exatamente nesse sentido. “Então, agora eu tenho de ouvir a parte antes de decidir sobre legitimidade.” Mentira: eu não ouço, julgo pela ilegitimidade e deixo apelar, porque no que apela supre a falha que teve, que é o pensamento dominante hoje. O novo Código de Processo Civil, não só pelo artigo 10, mas em várias passagens – e toda a doutrina já concorda –, quer evitar a todo custo que isso ocorra e, para termos um processo condizente com o novo Código, o juiz tem de se conscientizar de que ele pode ser convencido do contrário. “O réu é parte ilegítima, mas vamos ouvir o autor antes para saber se é isso mesmo? De repente, tem algo que eu não percebi.” Eu sempre me lembro de um exemplo que um advogado comentou comigo uma vez, que foi assim: ele ingressou com uma ação de indenização por acidente de trânsito – então vamos supor que tenha sido agora em 2016 –, e a petição inicial começava assim: “O acidente ocorreu em 22 de março de 2002”, portanto, a 14 anos atrás. “E aí o meu cliente ficou assim, então eu quero que o réu seja condenado a pagar R\$ 10 mil”. O juiz aqui em São Paulo pegou essa petição inicial e decretou a prescrição de imediato, porque ele falou: “Há 14 anos, por acidente de trânsito, é absurdo. É evidente que está prescrito, portanto decreto a extinção”. Aí ele apelou e falou: “Pois é, mas o meu cliente ficou em coma, desses 14 anos, por 13. Portanto, não corre a prescrição contra quem está em coma, não corre a prescrição contra quem está preso”; na prescrição há várias hipóteses suspensivas. E ele ganhou a apelação. Quatro anos depois voltou. No quinto ano, o juiz deu um despacho assim: “Então cite-se”, porque o Tribunal falou: “Reformo a decisão, não ocorreu a prescrição, porque, estando em coma, não há como decretar a prescrição”. Percebam que se o juiz tivesse observado o contraditório, antes de decidir, por mais evidente que fosse a prescrição, ele teria dado uma decisão mais justa: “Diga ao autor sobre a provável ocorrência de prescrição”, porque, se

o acidente ocorreu em 2002 e estamos em 2016, tem 14 anos, então me diga se há ou não prescrição. Se a magistratura, amparada no que diz a doutrina hoje, o que já vinha dizendo, inclusive, há algum tempo, se conscientizar de que poder conhecer de ofício não significa ignorar o contraditório – essa é a grande mensagem que o Código traz –, nós estaremos com um grau de justiça melhor do que esse que nós temos hoje. Em contrapartida, ninguém quer o juiz do “diga-diga”: “Vamos observar o contraditório? Diga o autor / diga o réu / diga o MP / diga a Fazenda”, “A Fazenda não está no processo? Intime a Fazenda a falar, porque, de repente, ela pode ter algo a dizer”, “Agora diga o Promotor sobre o que disse a Fazenda”, “Diga a Fazenda sobre o que disseram as partes / o perito / os assistentes”. Nem tanto ao juiz do diga-diga como também nem tanto ao juiz que, hoje, tem essa feição autoritária e tribunais, inclusive, de decidir de ofício matéria de ordem pública.

Na vertente ou na perspectiva de um processo mais colaborativo, a ideia é: “Participem mais do processo”. “I – Eu terei mais poderes; II – Eu lhe dou garantias de que eu exercerei esses poderes com razoabilidade, proporcionalidade etc.; III – Participe mais do processo comigo. Quando eu tiver matéria de ordem pública, eu vou ouvi-lo antes de decidir. É minha promessa, em contrapartida à ampliação dos meus poderes.” Não só por isso deixou de ser matéria de ordem pública. Eu não acho que a prescrição tenha deixado de ser matéria de ordem particular porque o juiz de outra vara pode conhecer de ofício. Enfim, não é uma discussão proveitosa. E mais: “Eu vou aceitar negócios processuais, eu vou admitir, de alguma forma, que a mediação e a conciliação, o diálogo entre vocês, paralise o andamento do processo por algum tempo”. Então, de alguma forma, eu tenho de discordar no sentido de que não estaremos abrindo exceções ao impulso oficial, mas sim valorizando a participação das partes no processo, dentro desse cenário instável que vem aí com o novo Código.

O agravo de instrumento (e o não agravo) no novo Código de Processo Civil

Américo Andrade Pinho¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – As sucessivas alterações sofridas pelo agravo na lei processual; 3 – O que é uma decisão interlocutória para o novo CPC?; 4 – O agravo de instrumento; 4.1 – Hipóteses de cabimento; 4.1.1 – Hipóteses em que se presume o risco de dano irreparável ou de difícil reparação; 4.1.2 – Hipóteses em que é necessária a imediata resolução da questão para o prosseguimento útil do processo; 4.2 – Regras procedimentais; 4.3 – Possíveis atitudes do relator; 4.4 – A necessidade de buscar a reforma imediata de decisão interlocutória não inserida no rol legal; 5 – O não agravo; 5.1 – A recorribilidade das interlocutórias pelo vencido; 5.2 – A recorribilidade das interlocutórias pelo vencedor; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema processual brasileiro passa por momento de transição, em que se avizinha a vigência de um novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015, doravante CPC/2015), instrumento que “busca criar um sistema lógico e íntegro de processo no campo dogmático, dentro dos limites de seu impacto (...)”.²

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

2 BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

O advento da nova legislação não deve ser entendido como uma ampla e radical ruptura com o sistema anterior, mas existem, claro, importantes inovações (notadamente as ligadas à valorização dos precedentes) e instrumentos inéditos em nossa cultura processual (tal como, dentre outros, o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto pelo artigo 976 e seguintes), havendo ainda diversas regras que se destinam a eliminar pontos de divergência instalados na jurisprudência durante a vigência do CPC/1973, ou mesmo corrigir distorcidos posicionamentos dos Tribunais Superiores (a chamada “jurisprudência defensiva”), que em nada contribuíam para a real finalidade do processo enquanto instrumento de pacificação social.

Nessa segunda categoria inserem-se diversos dispositivos ligados aos pressupostos de admissibilidade dos recursos, tal como a dispensa de ratificação de recurso interposto antes da oposição de embargos de declaração pela parte contrária prevista pela Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça (art. 1.024, § 5º), a dúvida acerca do que se convencionou denominar “prequestionamento ficto”, tema tratado de formas diferentes pelo STF e pelo STJ, mas que passa a ser expressamente admitido no novo Código (art. 1.025), ou ainda a alvissareira previsão do artigo 1.029, § 3º, segundo a qual os Tribunais Superiores poderão pura e simplesmente desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção em prazo razoável, desde que não o repute grave.

Por substancial reformulação, outrossim, passou o recurso de agravo contra decisões interlocutórias, tema objeto deste breve estudo, cujo desenvolvimento passa, para melhor compressão do tema, por um breve retrospecto histórico dessa modalidade recursal.

2. As sucessivas alterações sofridas pelo agravo na lei processual

No CPC/1939 era intrincado o regime de interposição e processamento dos recursos de agravo de instrumento, agravo de petição e de agravo no auto do processo, havendo, para o que aqui nos interessa, previsão taxativa das hipóteses de cabimento, sistema recursal este que “era, todavia, reconhecidamente imperfeito”³.

3 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 57.

Com o louvável intuito de simplificar o sistema recursal nesse particular e eliminar distorções consistentes no uso indiscriminado de sucedâneos recursais para os casos não previstos (com destaque para a correção parcial e o mandado de segurança), o CPC/1973 instituiu a ampla recorribilidade das interlocutórias, com agravo retido e por instrumento inicialmente interpostos, ambos, perante o Juízo de primeira instância, sem previsão de efeito suspensivo.

Vê-se, pois, que o então novo regime rompia de forma marcante com o anterior, sendo certo que a ampla recorribilidade foi criticada por Tomás Pará Filho, para quem “à feição do que ocorre, por exemplo, na Áustria e na Alemanha, o recurso oponível às interlocutórias deve, em princípio, ter cabimento apenas em casos estritos e prefixados e, em geral, das decisões ou despachos que concretizem dano atual e irreparável”.⁴

Essa sistemática do CPC/73 atingiu seu esgotamento, principalmente pela sobrecarga de trabalho gerado para as serventias judiciais de primeira instância, sendo reformulada profundamente pela Lei nº 9.139/95, destacando-se as seguintes modificações: a) interposição do agravo de instrumento diretamente junto ao Tribunal de segundo grau (CPC, art. 524); b) relator com poderes para suspender os efeitos da interlocutória, quando constatado o perigo de dano grave e difícil reparação para o agravante (CPC, art. 527, II).

A nova lei gerou alguns efeitos positivos, como a eliminação das atividades de processamento do agravo em primeira instância e a diminuição dos mandados de segurança ou cautelares inominadas utilizadas para outorgar efeito suspensivo ao agravo.

Por outro lado, apresentou efeito colateral indesejável, consistente no congestionamento da segunda instância, pela facilidade de seu acesso via agravo de instrumento, o que levava ao comprometimento da celeridade na solução dos processos.

Como forma de minimizar os problemas adveio a Lei nº 9.756/98, que elegeu o relator como artífice principal de seu intento, outorgando-

4 A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil, in Revista de Processo, v. 5, jan-mar/1977, p. 20.

-lhe a possibilidade de proferir decisão monocrática, para negar seguimento liminarmente ao agravo descabido e até para julgá-lo pelo mérito, quando manifestamente inadmissível ou improcedente (CPC, art. 557).

Por outro lado, as (quicá inevitáveis) amarras impostas pela amplitude da cláusula constitucional da ampla defesa, cristalizadas na previsão de cabimento de agravo interno contra a decisão do relator, a ser analisado pelo órgão colegiado, colaboraram decisivamente para a pouca relevância prática da reforma.

Já a principal alteração prática trazida pela Lei nº 10.352/2001 mostrou-se mais significativa, podendo o relator determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, quando não se tratasse de situação que contemplasse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 527, II), tendo havido, pela primeira vez, disposição restringindo a possibilidade de interposição do recurso apenas em sua forma retida (contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento).

Na prática, todavia, tímidos os resultados positivos efetivamente alcançados, posto que mantida a possibilidade de agravo interno contra a decisão que determinava a conversão citada.

Os anseios reformistas do legislador parecem ter sido aperfeiçoados pela repetição, na medida em que a Lei nº 11.187/2005 trouxe inovações que tiveram repercussão prática mais significativa: a) agravo retido como regra geral; b) manutenção da possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido pelo relator; c) irrecorribilidade da decisão monocrática que determina a conversão ou que concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Vê-se que um ponto comum permeia a *saga* do recurso de agravo ao longo dos pouco mais de 32 anos de vigência do CPC/73, qual seja a luta pela diminuição do número de recursos dessa natureza interpostos junto aos Tribunais, com inevitável comprometimento do exercício de sua missão institucional.

O sistema do CPC-2015 imporá novo *rompimento* com a sistemática atual, pois significativas são as mudanças, com destaque para a *supressão do agravo retido e previsão legal expressa* das hipóteses em que é cabível o agravo de instrumento.

Nas demais, a rigor, a decisão será recorrível, conforme previsão legal, apenas por ocasião do módulo recursal próprio da apelação. Essa é, pelo menos, a ideia (e a expectativa) do legislador, talvez não afinada, em algumas situações, com a necessidade prática do foro.

Vai daí que dúvidas surgirão, não sendo nossa pretensão, por óbvio, esgotá-las. O estudo do tema aqui desenvolvido, além da análise de regras procedimentais de menor complexidade, passa, como visto, por dois aspectos de igual relevância: o *agravo* e o “*não agravo*”.

3. O que é uma decisão interlocutória para o novo CPC?

Antes de analisar o recurso de agravo de instrumento cumpre deixar bem delineado o conceito de decisão interlocutória, dada a íntima relação entre tais figuras, unidas pela regra da unicidade recursal.⁵

Embora não haja maiores dificuldades em identificar-se uma decisão interlocutória, podem surgir algumas cogitações, principalmente após a reforma do CPC/1973 pela Lei 11.232/2005, que alterou o conceito de sentença previsto no artigo 162, § 1º, daquele diploma.

Com a reforma então empregada, foi abandonado, ao menos na literalidade da norma, o critério finalístico (dedutível da regra de que a sentença é o ato que põe fim ao processo), e prestigiado o conteúdo da decisão, ficando então estabelecido apenas que o ato judicial que implicasse alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC seria sentença.

Algumas situações, todavia, ensejavam reflexões. Pela literalidade do dispositivo, a decisão que determinasse, por exemplo, a exclusão, por ilegitimidade *ad causam*, de litisconsorte do processo, que então prosseguiria com os demais, seria sentença, posto que implicava a situação prevista no artigo 267, VI, do CPC. E, se sentença era, cabível seria o recurso de apelação pela parte contrária, o que conduzia a embaraço

5 “No sistema do CPC brasileiro vige o princípio da singularidade dos recursos, também denominado da unirecorribilidade ou ainda de princípio da unicidade, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto no ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 86).

prático, uma vez que a marcha do processo, com as partes remanescentes, deveria seguir adiante.

Tanto assim que parcela minoritária da doutrina, de modo que se mostrou equivocado, chegou a cogitar de apelação *por instrumento* como forma de conciliar o processamento do recurso cabível com a continuidade do processo.

Tais dúvidas acabaram sendo bem equacionadas pela doutrina, que acomodou a literalidade da regra legal do artigo 162 com o consagrado critério finalístico, segundo o qual o encerramento do módulo procedimento de primeira instância pela decisão é requisito essencial à sua caracterização como sentença.⁶

Essa é a correta opção do CPC/2015, que em seu artigo 203, § 1º, define o que é sentença, apegando-se ao critério do conteúdo da decisão (“... pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487”...), tal qual a antes mencionada reforma de 2005, mas com preponderância do critério finalístico (... “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”).

Definida por exclusão pelo parágrafo 2º do mesmo dispositivo, por decisão interlocutória entende-se todo pronunciamento judicial decisório que não seja sentença, vale dizer, que não ponha fim à fase de conhecimento ou tampouco extinga a execução, sendo certo que, nesse caso, poder-se-á cogitar de agravo de instrumento, desde que, a princípio, a hipótese esteja prevista no artigo 1.015 do CPC/2015, a seguir abordado.

6 “Atualmente, o conceito de sentença deve resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, §1º, 267 e 269, todos do CPC. Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as sentenças terminativas passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC; (ii) efeito: extinção do procedimento em primeiro grau. A redação do art. 267, *caput*, do CPC – “Extingue-se o processo, sem resolução do mérito” – permite ao intérprete entender que, além do conteúdo de um de seus incisos, a decisão somente poderá ser considerada sentença se extinguir o processo. No tocante à sentença terminativa, portanto, nenhuma alteração ocorreu em virtude da modificação do conceito legal de sentença estabelecido pelo art. 162, § 1º do CPC. Uma decisão que tenha como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 267 do CPC, mas que não coloque fim ao procedimento de primeiro grau – como exclusão de um litisconsorte da demanda por ilegitimidade de parte, ou ainda a extinção prematura de uma reconvenção por vício processual – será considerada uma decisão interlocutória e, como tal, será recorrível por meio do recurso de agravo (art. 522 CPC)” (NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 426).

4. O agravo de instrumento

4.1. Hipóteses de cabimento

Do breve retrospecto histórico desenvolvido no tópico ‘2’ vê-se que o CPC/1973 deixa o cenário jurídico com o seguinte regime de recorribilidade das decisões interlocutórias:

- preponderância do agravo na forma retida como regra geral;
- agravo de instrumento cabível apenas nas seguintes hipóteses:
 - a) decisões posteriores à sentença, inclusive no que diz respeito à admissibilidade e aos efeitos com que recebido o recurso de apelação;
 - b) ou que impliquem lesão grave e de difícil ou incerta reparação;
 - c) decisões concebidas no processo de execução *lato sensu* e, também, na liquidação.

O CPC-15 modifica substancialmente esse regime, principalmente porque altera as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, relacionando-as taxativamente, e extingue o agravo retido.

As consequências da extinção do agravo retido, com os desdobramentos dela decorrentes, serão tratadas no tópico ‘5’, trazendo o CPC/2015 nova sistemática de recorribilidade de decisões interlocutórias não previstas em seu artigo 1.015.

A assertiva de que o novo CPC traz um rol taxativo de hipóteses de cabimento comporta digressões diversas, a serem oportunamente analisadas, mas parece extema de dúvida que a intenção da lei foi a de estabelecer hipóteses exaustivas, como forma de diminuir, simples assim, o número de recursos de agravo de instrumento submetidos à apreciação do Poder Judiciário,⁷ inovação essa que a exposição de motivos do ante-

⁷ Vale aqui a lúcida ressalva de Teresa Arruda Alvim Wambier, concebida também em relação às sucessivas reformulações pelas quais passou o recurso de agravo de instrumento: “Em conclusão, diríamos que se pode perfeitamente compreender que providências sejam tomadas também no plano do direito positivo (mas não se entende por que só neste plano...) no sentido de amenizar a carga de trabalho do Poder Judiciário, desde que haja também por detrás destas alterações o intuito de tornar a prestação jurisdicional mais qualificada. Ou pelo menos, o de não prejudicar a sociedade. Por isso é que, em nosso entender, são bem vindas as alterações que se introduziram tanto em 2001 quanto em 2005 no regime deste

projeto de lei encaminhado ao Senado Federal justificou inserindo-a no âmbito da simplificação do sistema processual.⁸

Tal opção não está imune a críticas, até porque é concreto o risco em que incorre qualquer empreitada legislativa ao utilizar-se de previsões “fechadas” em *numerus clausus*: não contemplar situações similares que também deveriam ser açambarcadas pela previsão legal.⁹

Todavia, não se pode deixar de considerar que as diversas reformas processuais pelas quais passou o agravo a rigor esgotaram as possibilidades possíveis de conter o uso indiscriminado do recurso, sempre com pouco êxito.

O expediente de deixar o cabimento do recurso de agravo de instrumento relegado a situações de urgência ditada pelo risco de lesão grave aos interesses da parte já foi utilizado, sem que tal solução baseada em cláusula aberta tenha representado significativo proveito para a racionalização do sistema recursal.

Por outro lado, descabido seria, à luz do modelo constitucional do processo civil, pura e simplesmente subtrair a possibilidade de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, tendo o CPC/2015, via reflexa, optado por caminho que visa equilibrar os interesses em jogo, sendo prematuro qualquer prognóstico a favor do erro ou acerto do legislador.

Os 12 incisos do artigo 1.015 do CPC/2015 e o parágrafo único trazem **hipóteses específicas e genéricas** de cabimento do agravo de instrumento.

Parece-nos relevante agrupá-las da seguinte maneira, até como forma de tentar deixar evidenciado o real propósito do legislador ao prevê-

recurso” (O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à Justiça, garantido pela Constituição Federal. in *Revista de Processo*, v. 134, abr/2006, p. 109.

8 Disponível em <<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>, consulta em 18.01.2016.

9 Ácida, parece-nos, a crítica de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “história e experiência foram ignoradas e desprezadas”, na exata medida em que “a história do processo civil brasileiro e a experiência da doutrina e da jurisprudência, haurida de 1939 a 2015, mostram a inconveniência da adoção de expediente como o que acabou prevalecendo, isto é, do cabimento do agravo em hipóteses taxativas” (*Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 2.082).

-las, o que pode ser útil na análise do remédio cabível para hipóteses que, embora não previstas, bem poderiam tê-lo sido:

a) casos em que se presume o risco de dano irreparável ou de difícil reparação;

b) hipóteses em que a falta de possibilidade de imediata definição da matéria na esfera recursal atentaria contra a efetividade do processo e/ou não haveria interesse recursal por ocasião da apelação.

4.1.1. Hipóteses em que se presume o risco de dano irreparável ou de difícil reparação

Cabível o agravo de instrumento contra decisões que versem sobre:

a) tutelas provisórias (inciso I).

Gênero em que se inserem as tutelas cautelar e antecipada, por tutela provisória, na dicção do CPC/2015, deve ser entendido o “conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor”.¹⁰

A possibilidade de geração de efeitos concretos, em que pese a provisoriedade da tutela jurisdicional, constituiu elemento suficiente à caracterização da possibilidade de risco de dano, seja pela ótica do requerente da medida, em caso de seu indeferimento, seja para o réu nos casos em que concedida a tutela provisória.

b) incidente de descon sideração da personalidade jurídica (inciso IV).

A descon sideração da personalidade jurídica por qualquer dos motivos previstos no direito material¹¹ consubstancia grave subversão, ainda que justificada pelas circunstâncias, da regra da separação entre o patrimônio da sociedade empresária e dos sócios.

10 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil* – volume único. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 218.

11 Destacam-se, além da hipótese geral do artigo 50 do Código Civil, o artigo 28 da Lei 8.078/90 (CDC), o art. 4º da Lei 9.605/98 (danos ao meio ambiente) e o art. 34, parágrafo único, da Lei 12.259/2011 (repressão de infrações à ordem econômica).

Nesse contexto, a decisão sobre tal incidente, catalogado pelo CPC/2015 como uma das espécies de intervenção de terceiros, representa risco decorrente da gravidade da medida em relação à sociedade empresária.

c) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (inciso V).

Atento à circunstância de que a prestação de assistência jurídica integral e gratuita consubstancia garantia fundamental (art. 5º, LXXIV, CF), como também ao fato de que a existência empecilhos meramente financeiros acaba por representar verdadeira afronta à regra da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o CPC/2015 prevê o uso do agravo de instrumento nos casos de negativa do benefício da gratuidade de justiça.

Nítido, assim, o risco de dano para a parte que é obrigada a litigar arcando com o ônus financeiro do processo, tanto que o próprio CPC prevê expressamente a isenção do recolhimento de preparo recursal nesse caso (art. 101, § 1º), ao menos até a decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

d) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (inciso X).

O CPC/2015, repetindo regra inserida no diploma anterior pela Lei 11.382/2006, estabelece que os embargos à execução, como regra, não terão efeito suspensivo, sendo este concedido pelo Juízo se presentes os mesmos requisitos exigidos para a concessão de tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (art. 919, *caput* e § 1º).

Assim, à expectativa do exequente em ver possibilitada a prática de atos de expropriação mesmo com a apresentação dos embargos corresponde a pretensão do executado, como regra, à apreciação da defesa apresentada sem que o processo de execução implique risco patrimonial concreto, advindo de tais circunstâncias a urgência na resolução da questão relativa aos efeitos dos embargos de devedor.

4.1.2. Hipóteses em que é necessária a imediata resolução da questão para o prosseguimento útil do processo

Também desafiam agravo de instrumento as decisões relativas:

a) ao mérito do processo (inciso II).

O CPC/2015 prevê expressamente os chamados julgamentos parciais de mérito, que permitem a resolução antecipada de parte do conflito, prosseguindo com o processo para solução dos demais pedidos, ainda não maduros para julgamento, tal como prevê seu artigo 356.

Não se trata de tutela provisória a ser confirmada posteriormente, mas sim de resolução definitiva, ainda que cindida, de um ou mais pedidos.

Por essa razão, até para que possa haver preclusão sobre tal decisão imediatamente ou mesmo após o julgamento de eventual recurso contra ela interposto, prevê a lei processual ser ela impugnável por meio de agravo de instrumento, na exata medida em que seria um contrassenso sujeitá-la à execução provisória até efetivo julgamento do recurso de apelação, somente em estágio já avançado da relação processual.

b) rejeição da alegação de convenção de arbitragem (inciso III).

A arguição da existência de convenção de arbitragem deve ser levada a efeito pelo réu como matéria prejudicial ao mérito (art. 337, X), podendo ensejar a extinção do processo sem apreciação da demanda.

Por essa razão, prejudicial seria diferir-se a recorribilidade dessa decisão para o momento final da apelação, ante o risco do processo seguir, com a realização de vários atos processuais (instrução, etc.), e vir a ser extinto pelo acolhimento, em grau de jurisdição superior, de tal prejudicial, hipótese em que se consagraria irremediável prejuízo à economia processual.

O inciso em comento contempla apenas a hipótese de rejeição de tal matéria, uma vez que eventual decisão que a acolher, extinguindo o processo sem resolução de mérito, será sentença, como tal atacável por apelação.

c) exibição ou posse de documento ou coisa (inciso VI).

Se a decisão que versa sobre documento ou coisa destina-se a compor elemento relevante da fase instrutória, não haveria, também aqui, razoabilidade em relegar seu efetivo desate somente ao final do processo.

d) exclusão de litisconsorte (inciso VII).

A formação de litisconsórcio, mormente quando obrigatório, é tema ligado ao relevante aspecto dos limites subjetivos da demanda, podendo inclusive haver comprometimento da validade ou da eficácia da sentença final buscada quando a hipótese corresponder a litisconsórcio unitário (art. 115).

Nessa medida, caso haja insurgência da parte contrária contra a exclusão de um litisconsorte, conveniente que tal matéria possa ser desde logo submetida à instância recursal.

Sublinhe-se que a decisão que mantém litisconsorte no processo é impugnável apenas por ocasião do recurso de apelação, pois ao menos *a priori* não há qualquer comprometimento relevante da marcha do processo.

e) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio (inciso VIII).

O litisconsórcio multitudinário, assim entendido como aquele numeroso a ponto de “comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença” (art. 113, § 1º), pode vir a sofrer limitação por decisão judicial.

Daí pergunta-se: acaso requerido pela parte contrária, com fundamento em uma das (ou até em ambas) hipóteses legais, a limitação do número de litisconsortes e sendo tal requerimento rejeitado, haveria utilidade na solução de tal questão somente por ocasião da apelação? A resposta, por certo negativa, justifica a previsão legal.

f) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros (inciso IX).

A intervenção de terceiros, além de atender ao interesse jurídico da parte que a requer ou do próprio terceiro que voluntariamente intervém, com reflexos nos limites subjetivos da demanda, é importante elemento ligado à economia processual, sendo também aqui inócua e inoportuna a solução de tal questão somente após a sentença.

g) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º (inciso XI).

A natureza do tema em questão, de todo ligado ao desenvolvimento dos atos praticados na fase instrutória, faz com que sua solução tardia também atente contra a efetividade do processo.

h) outros casos expressamente referidos em lei (inciso XIII).

Dispositivo de tessitura propositalmente aberta, com o fim de impedir discussões acerca do cabimento de agravo de instrumento em hipóteses previstas em leis extravagantes (v.g. art. 7º, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança; art. 59, § 2º, da Lei de Falência e Recuperação de Empresas etc.).

Cumprido ressaltar o veto à hipótese do inciso XII (“conversão da ação individual em coletiva”), decorrência da rejeição global de tal figura pela Presidência da República.

Por fim, deve ser destacado que o parágrafo único prevê o cabimento de agravo de instrumento nos casos em que, por não haver concreta possibilidade de interposição de recurso de apelação ao final do processo, não haveria outra forma de manifestação de irresignação recursal senão pelo agravo.

Assim as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

4.2. Regras procedimentais

Por força da pretensão simplificadora que permeia diversos dispositivos do CPC/2015, os prazos recursais foram unificados para 15 dias, com exceção dos embargos de declaração, em que mantido o quinquídio já previsto na legislação anterior (art. 1.003, § 5º).

O *caput* desse mesmo dispositivo estabelece que o prazo recursal inicia-se com a intimação, devendo ser observada, em qualquer caso, a regra de que a contagem exclui o dia do começo e inclui o do vencimento do prazo (art. 224), como também a de que esse fluirá apenas em dias úteis (art. 219, *caput*), novidade trazida pelo CPC/2015.

Frise-se que a intimação pode ser do advogado ou da sociedade da qual ele participe, desde que formulado expresso requerimento nesse sentido (art. 272, § 2º).

A intimação das decisões proferidas antes da citação do réu será feita, como regra, com a citação, razão pela qual o prazo para interposição de recurso contra tais decisões observará a sistemática prevista nos dispositivos indicados pelo parágrafo 2º do art. 1.003 (juntada do

mandado ou do AR aos autos; data da própria intimação quando realizada pelo escrivão, prazo assinalado pelo juiz quando formalizada por edital).

Nesse caso é importante frisar que, havendo litisconsórcio, ainda assim o prazo é contado individualmente, e não apenas quando comprovada a realização da última citação como se dá em relação ao prazo de contestação, na forma do artigo 231, § 2º.

No tocante à interposição do agravo de instrumento não há alteração no novel diploma, devendo o recurso ser dirigido diretamente ao órgão jurisdicional *ad quem*, sem prejuízo do que vier a ser disposto por normas de organização judiciária local (ex.: protocolo integrado).

É essa a expressa disposição do parágrafo 3º do já citado artigo 1.003, sendo certo que o parágrafo seguinte desse dispositivo prevê critério mais adequado em relação à aferição da tempestividade de recurso interposto pelo correio, qual seja a data da postagem, afastando entendimento cristalizado na súmula nº 216 do STJ, o qual, integrando o rol de espécimes do rico manancial da jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, apontava nada valer a data da postagem, mas sim a do protocolo do recurso quando entregue pelo serviço postal à secretaria do Tribunal.

Possibilita o CPC/2015, de forma expressa, também a interposição do agravo por meio de sistema de transmissão de dados tipo fac-símile (*fax*), facultando a juntada das peças quando do protocolo da petição original, cujo prazo é de até cinco dias após o transcurso do prazo recursal propriamente dito (art. 2º da Lei 9.800/99).

O artigo trata da petição de interposição do agravo, sendo certo que a única alteração, de pouca relevância, é a expressa previsão da necessidade de indicação do nome das partes e da formulação de pedido de reforma ou invalidação da decisão, o que, na prática, já era observado por qualquer agravo minimamente afinado com a boa técnica.

Em relação aos documentos que devem instruir a petição de interposição, mantém o CPC/2015 a distinção entre documentos obrigatórios e facultativos, esses submetidos ao livre critério de conveniência do recorrente.

Em relação aos obrigatórios, além de cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e da procuração outorgada pelo *ex adverso* a seu patrono, prevê o CPC/2015, como inovação, a necessidade de juntada de cópia da petição inicial, contestação e petição que ensejou a decisão agravada como documentos obrigatórios.

Trata-se, em certa medida, da positivação do correto entendimento jurisprudencial que considera inepto o recurso de agravo que não se fazia acompanhar de peças processuais *essenciais* à compreensão da controvérsia.¹²

Ainda assim, claro, continua a haver campo fértil para aplicação de entendimentos jurisprudenciais menos formalistas em caso de ausência de juntada de certidão de intimação, tal como o do STJ, que, “em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, tem possibilitado a comprovação da tempestividade recursal por outros meios que não a certidão de intimação do acórdão recorrido” (STJ, 2ª T., REsp 1278731/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 15/09/2011, DJe 22/09/2011), tal como se dá, por exemplo, nos casos em que mesmo contando-se o prazo recursal da data da prolação da decisão afere-se a tempestividade da insurgência.

O inciso II do mesmo dispositivo traz norma que empresta razoabilidade à exigência: possibilita ao advogado do agravante expressamente declarar que algum desses documentos não existe (ex.: caso de ainda não ter sido apresentada contestação, tratando-se de agravo interposto pelo autor contra decisão inicial que indeferiu requerimento de tutela provisória).

12 Assim, dentre outros, o precedente do STJ assim ementado no que interessa: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEÇA ESSENCIAL. EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA (CPC, ART. 525). AUSÊNCIA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. 1. O aresto hostilizado foi proferido de acordo com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, nos EREsp 509.394/RS, de relatoria da Ministra ELIANA CALMON, DJ de 4/4/2005, segundo o qual o agravo de instrumento previsto no art. 522 do CPC pressupõe a juntada das peças obrigatórias, bem como aquelas essenciais à correta compreensão da controvérsia, nos termos do art. 525, II, do referido Código. Outrossim, a ausência de quaisquer delas, sejam obrigatórias ou sejam necessárias, obsta o conhecimento do agravo, não sendo possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado, nem a juntada posterior de peça” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 114.028/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 27/03/2012, DJe 30/04/2012).

Possível cogitar, ainda, outras situações em que pode parecer inútil a juntada da petição inicial e contestação (ex.: resolução de questão ligada à impenhorabilidade de determinado bem, já estando a etapa de cumprimento de sentença em fase avançada).

Faltando qualquer dessas cópias, mesmo que obrigatórias por essencialidade a juízo do relator (e não por expressa previsão legal), esse deve oportunizar a sua juntada pelo recorrente em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso, sendo essa mais uma feliz inovação do CPC/2015, aplicável a todas as espécies recursais por força do que dispõe o parágrafo único do artigo 932.

Como aponta Hermes Zanetti Jr.:

“O parágrafo único do art. 932 prevê um dever de prevenção, ou seja, um dever do tribunal perante as partes de evitar uma decisão de inadmissibilidade do recurso, convidando-as a aperfeiçoar seus arrazoados. (...) Trata-se, ademais, de uma hipótese de boa-fé processual objetiva (art. 5º) e de cooperação (art. 6º) entre os órgãos de julgamento e os jurisdicionados”.¹³

Novamente prestigiando a simplificação processual, o CPC/2015 dispensa a juntada de tais peças se o processo principal for eletrônico (art. 1.017, § 5º), e a razão, embora pragmática, é facilmente intuída: o julgador pode, na análise do recurso, consultar diretamente os autos principais, embora pareça não haver dúvidas que, na prática, de melhor técnica será desde logo juntar as peças, até porque é de bom alvitre facilitar o trabalho do julgador.

Obrigatória, igualmente, a comprovação do pagamento do preparo e do porte de retorno, quando devidos (§ 1º do art. 1.017).

Interposto o agravo de instrumento, previa o artigo 526 do CPC/73 que o recorrente, no prazo de três dias, tinha o ônus de requerer ao juízo *a quo* a juntada de cópia do recurso e relação dos documentos que o tivessem escoltado, com o fim de viabilizar o juízo de retratação

13 Comentário ao artigo 932. In CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.345.

pelo magistrado e preservar a possibilidade de o recorrido ter acesso ao recurso sem precisar compulsar os autos respectivos na sede do Tribunal.

O CPC/2015 mantém essa sistemática, no mesmo prazo de três dias, mas torna-a facultativa nos casos em que os autos do recurso forem eletrônicos, também aqui pela mesma razão, essencialmente prática, de que o recorrido tem acesso remoto ao recurso (art. 1.018, § 2º).

A cominação para a inobservância de tal ônus quando obrigatório continua sendo o não conhecimento do recurso, desde que arguido o fato pelo recorrido (§ 3º).

Em termos, por assim dizer, estratégicos, parece-nos interessante que, caso haja certa esperança na retratação da decisão pelo juízo monocrático, o agravante proceda à comunicação da interposição do recurso nos autos principais.

4.3. Possíveis atitudes do relator

Interposto o agravo de instrumento e imediatamente distribuído ao relator (art. 1.019, *caput*), abrem-se algumas possibilidades, a seguir indicadas.

Poderá ele, em decisão monocrática, rejeitar liminarmente o agravo, não conhecendo do recurso se inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida (artigo 932, III).

Nesse caso, tratando-se de vício formal sanável, o relator deverá outorgar ao agravante a possibilidade de fazê-lo, não só pelo que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo 932, como também – e quiçá principalmente – porque “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º).

Avançando na matéria “de fundo” objeto do recurso, mas ainda monocraticamente, poderá também o relator negar desde logo provimento ao agravo se ele mostrar-se contrário a: a) súmula do STF, STJ ou do próprio Tribunal; b) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recurso repetitivo; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Trata-se, à evidência, de mais um instrumento destinado a prestigiar a jurisprudência dos Tribunais, que, na exata dicção do CPC/2015, deve ser uniformizada e mantida estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*).¹⁴

Vê-se que foi eliminada a possibilidade de decisão monocrática baseada apenas na “jurisprudência predominante” do próprio tribunal, do STJ ou do STF prevista pelo artigo 557, *caput*, do diploma anterior, pois a relativa vagueza de tal conceito, aliada à dificuldade, a depender da matéria, de aferir o entendimento que predomina em determinado tribunal, são incompatíveis com o sistema de precedentes que se tenciona *refundar* sob o pálio do novo diploma, apoiado em instrumentos concretos e de alcance bem delineados.

Não sendo o caso de rejeição liminar do agravo, sobrevirá juízo positivo de admissibilidade inicial que disporá a respeito do processamento do recurso, observado o seguinte:

a) poderá ser atribuído efeito suspensivo ao recurso ou deferida providência concreta por meio da antecipação da tutela recursal, comunicando imediatamente o juízo de onde proveio a decisão (artigo 1.019, I);

b) ordenará a intimação do agravado para responder, por meio da imprensa oficial ou carta com AR dirigida ao seu advogado ou, caso não tenha advogado, por carta que lhe será dirigida diretamente (inciso II), nada impedindo, segundo nos parece, que tal intimação seja realizada pela imprensa oficial;

O prazo é idêntico ao de resposta a qualquer recurso, ou seja, 15 dias (art. 1.003, § 5º).

14 Como advertem Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf: “O Poder Judiciário brasileiro possui estrutura hierarquizada, o que facilita a observância dos precedentes judiciais, os quais possuem eficácia horizontal e vertical. Primeiramente, tais precedentes devem ser respeitados pelas próprias Cortes Superiores (eficácia horizontal), para em seguida serem obedecidos pelas demais instâncias judiciárias (eficácia vertical). É evidente que as Cortes Superiores podem alterar sua compreensão sobre o Direito e até mesmo modificar seus precedentes. O que não se admite é que tais Cortes variem seus posicionamentos a todo tempo, sem maior rigor hermenêutico, de forma casuística ou mesmo de modo arbitrário. É isso que gera instabilidade e pode tornar o sistema de precedentes, em países de tradição da *civil law*, semelhante ao da jurisprudência majoritária, ou seja, desacreditado por não proporcionar a devida e adequada segurança jurídica” (Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. in *Revista de Processo*, v. 248, out/2015. p. 319).

c) determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para manifestação em 15 dias.

A intimação do agravado é relevante porque marca o termo inicial do prazo, ainda que impróprio, de trinta dias para que seja requerida pelo relator a designação de dia para julgamento colegiado do recurso (art. 1.020), repetindo pouco conhecida regra já existente no diploma anterior (art. 528).

Tal providência somente será levada a efeito se, exaurido o prazo para oferecimento de resposta, não for possível o julgamento do agravo monocraticamente, dessa vez com base no artigo 932, V.

Tal providência depende da prévia observância do contraditório, porque diz respeito ao provimento do recurso por decisão singular, nas hipóteses em que a decisão recorrida é que se mostrar contrária aos mesmos instrumentos antes referidos (súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência), evidenciada, aqui, a inteireza sistemática trazida pelo novo CPC.

Por fim, destaca-se que independentemente do conteúdo da decisão monocrática do relator contra será cabível o agravo interno, previsto no artigo 1.021 do CPC/2015, o que representa, principalmente em relação à decisão que dispõe acerca da concessão de efeito suspensivo ou da antecipação da tutela recursal, novidade em relação ao sistema anterior.¹⁵

15 Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, “o pronunciamento do relator não deve constituir necessariamente a última palavra sobre o assunto. Assiste ao interessado (seja o recorrente, ou o recorrido, ou qualquer outro legitimado) o direito de reclamar que o julgamento se faça pelo colegiado, ao qual o ordenamento dá competência recursal, insuscetível de ser-lhe retirada” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 664).

4.4. A necessidade de buscar a reforma imediata de decisão interlocutória não inserida no rol legal

Malgrado a intenção do legislador, o risco de previsão das hipóteses de decisões agraváveis em rol taxativo é evidente, pois a dinâmica da prática forense pode render ensejo a hipóteses que, por peculiaridades desse ou daquele caso concreto, podem reclamar a reforma imediata da decisão.

Ademais, em certa medida revela-se acaciano imaginar que apenas a alteração legislativa pode conter o anseio recursal de alguns.

Embora tal modificação tenha o inegável mérito de ao menos propiciar alguma reflexão, passo inicial da mudança de cultura por parte de alguns operadores do Direito – essa sim imprescindível – não é difícil prever que, diante de uma situação fática concreta que exija o imediato contraste de decisão interlocutória não agravável, as partes lançarão mão de outros instrumentos.¹⁶

Para Rodrigo Barioni, “é fácil antever situações para as quais não foi previsto o agravo de instrumento e, ao mesmo tempo, não há interesse recursal em impugnar por meio da apelação. Para esses casos, a solução é permitir a impugnação pela via do mandado de segurança”.¹⁷

Entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ser cabível, nesses casos, tanto o mandado de segurança como a correição parcial.¹⁸

Segundo nos parece, não há um número considerável de hipóteses em que, a despeito de não ser cabível o agravo de instrumento, seja

16 “As partes e terceiros contrariados com a resolução judicial socorrem-se, em regra, dos meios predispostos para impugná-la. Neles enxergam a salvação do próprio interesse. Por isso, os litigantes defendem de modo intransigente a recorribilidade de quaisquer atos decisórios. (...) O anelo em recorrer não se contentou com as vias oficiais, que granjearam a sólida reputação de prodigalidade, e desbravou outros caminhos para desafiar os pronunciamentos do órgão judiciário. O objetivo é unívoco e idêntico ao dos recursos: a reforma ou a invalidação do ato. Esses mecanismos, tolerados por geral condescendência, apresentam-se tão abundantes que sua presença surpreenderá os espíritos mais desavisados. Pouco adianta refrear a sofreguidão dos litigantes. Logo surge uma via impugnativa” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 905).

17 Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. in *Revista de Processo*, v. 243, mai/2015, p. 272.

18 Op. cit. p. 2.079.

imprescindível o imediato contraste da decisão interlocutória, mas podemos cogitar alguns exemplos, como o da decisão que determina a produção de prova excessivamente onerosa sob o aspecto financeiro, mas de duvidosa utilidade, ou que impõe a emenda da petição inicial, sob pena de indeferimento, para inclusão de litisconsorte tido como necessário, em hipótese concreta em que nítida se revela a facultatividade do litisconsórcio, justamente por isso não formado pelo autor.

De fato, na impossibilidade do imediato manejo do agravo de instrumento que decorre da interpretação literal do artigo 1.015 do CPC/2015, é tentadora, por assim dizer, a tese de que cabe mandado de segurança para contornar a decisão interlocutória prejudicial à parte.

Da conjugação do perfil constitucional do mandado de segurança com a respectiva legislação de regência (Lei 12.016/2009) é possível extrair a aceitação do uso de tal ação contra decisão judicial, até porque as expressas vedações legais restringem-se à decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e aquela transitada em julgado (art. 5º, II e III).

Não se pode deixar de considerar, todavia, que “o mandado de segurança tem por objetivo precípuo, como se sabe, atingir atos do Estado. E, quando se fala em Estado, sempre se pensa, no primeiro momento, em Poder Executivo. E sabe-se que o objetivo precípuo do mandado de segurança é efetivamente o de impugnar atos administrativos, atos oriundos do Poder Executivo. Só excepcionalmente é que se concebe o mandado de segurança com o objetivo de vulnerar atos do Legislativo, o que não será objeto da nossa exposição, ou do Judiciário”.¹⁹

A noção de que o uso de mandado de segurança contra ato judicial é excepcional tem sido a tônica da jurisprudência sobre o tema. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça retrata o atual posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito da questão, aqui reproduzido por parte da ementa:

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. in *Revista de Processo*, v. 107, jul-set/2002, p. 224. O tema é abordado com maior profundidade pela mesma autora na obra *Os agravos no CPC brasileiro*, já antes citada (p. 405/453).

“(...) 2. É firme o entendimento no âmbito do STF e do STJ no sentido de que o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial é admissível apenas naqueles casos excepcionais, onde a decisão impugnada for manifestamente ilegal ou teratológica e se, contra ela, não for cabível recurso ou correição, conforme entendimento cristalizado na Súmula 267/STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (STJ, Corte Especial, AgRg no MS 22.118/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 04/11/2015, DJe 18/11/2015).

O tema em comento é riquíssimo e dá margem a cogitações diversas, estranhas ao limites deste estudo.²⁰

O que nos afigura oportuno ressaltar é que, a bem da verdade, mesmo não se descuidando da magnitude constitucional do mandado de segurança, sua utilização atentaria contra os escopos do novo sistema processual que se deseja *refundar* com o advento do CPC/2015.

Sem embargo das considerações dogmáticas a respeito do mandado de segurança, quer parecer-nos que essa *sensibilidade* deve ser exigida do intérprete, para alcançar-se outras soluções que bem atendam o *valor* maior do que a utilização do remédio constitucional buscaria preservar, qual seja não privar a parte de recurso contra eventual arbítrio judicial.

A melhor opção, nessa medida, parece mesmo a proposta por Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, para quem, mesmo reconhecendo-se ser taxativo o rol de decisões agraváveis do artigo 1.015, é possível a interpretação extensiva das hipóteses nele previstas para alcançar outras não vislumbradas pelo legislador, posto que “a taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos”.²¹

20 Verdadeira *ode* ao mandado de segurança contra ato judicial, calcada em firmes argumentos, extrai-se do profundo pensamento de José Joaquim Calmon de Passos, exposto no estudo “O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência”, republicado em *Ensaios e artigos* – v. I. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 287-314.

21 Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. in *Revista de Processo*, v. 242, abr/2015. p. 277.

Ponderam referidos autores, mais, que a “interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária”²².

No mesmo sentido o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno, defendendo inicialmente uma válida reflexão acerca de ser uma opção política legítima a não possibilidade de recurso imediato contra algumas interlocutórias, mas cogitando em termos secundários, como bem-vinda, a interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1.015, apenas “para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal”, mas “sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente”.²³

Não se duvida que somente a prática judiciária e a *maturação* do novo CPC pelos Tribunais poderão sinalizar para a medida mais adequada.

A interpretação extensiva, convém novamente frisar, parece-nos a mais racional e adequada, sendo certo que a classificação proposta no tópico 4.1, *retro*, pode ser útil na alocação de determinada hipótese concreta em outra expressamente prevista pelo artigo 1.015, por meio da inserção dos casos em que presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (como no segundo dos exemplos antes citados, em que o indeferimento injustificado da petição inicial representa indesejado dano processual) ou nas hipóteses em que a falta de possibilidade de imediata definição da matéria na esfera recursal atentaria contra a efetividade do processo ou implicaria a ausência do interesse recursal somente por ocasião da apelação (tal qual o primeiro dos exemplos).

5. O não agravo

O CPC/2015, ao prever de forma taxativa as hipóteses em que cabível o recurso de agravo de instrumento, impõe reformulação de vulto

22 Idem, p. 283.

23 Op. cit., p. 623.

não só em relação aos contornos desse recurso, mas sim, de forma mais ampla, no regime de preclusões das decisões interlocutórias em geral.

Isso porque, a bem da verdade, tão importante quanto a análise dos caracteres próprios do agravo de instrumento é averiguar o tema da recorribilidade das decisões interlocutórias *não* previstas no rol do artigo 1.015 do CPC/2015, ou seja, as hipóteses de *não agravo*.

No sistema do CPC/73, sucessivamente modificado a partir dos anos 1990 como indicado no tópico ‘2’, *retro*, a alternativa ao agravo na forma instrumental era a interposição retida do recurso, que não era apreciado naquele momento, mas somente por ocasião do julgamento de eventual apelação, ainda assim desde que reiterado pela parte, conforme previsto no artigo 523 daquele diploma.

No novo regime desaparece por completo o agravo retido, sendo certo que as decisões interlocutórias não agraváveis, na exata dicção do artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015 “não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

A extinção do agravo em sua modalidade retida representa novidade significativa e afinada com o espírito simplificador, por assim dizer, do novo CPC, na medida em que se eliminou a prática de alguns atos processuais (ligados à interposição e ao processamento desse recurso), que ao final poderiam ter sido praticados de forma inútil (caso o agravante não reiterasse a necessidade de conhecimento do recurso no momento da apelação ou da apresentação de contrarrazões), sem prejuízo para a parte.

Convém repetir para evitar embaraços à compreensão do novo regime de recorribilidade das interlocutórias: nas hipóteses em que cabível o agravo de instrumento e esse não é interposto, opera-se desde logo a preclusão. Só é possível relegar a impugnação de determinada decisão interlocutória para a fase destinada à apelação se ela não for tida como agravável, posto que não abarcada pelo artigo 1.015 do CPC/2015.

A racionalidade da nova sistemática fica mais evidente se considerarmos que foi mantido o momento do julgamento das decisões antes impugnáveis por meio de agravo retido (em conjunto com a apelação), tendo sido alterada a forma e o momento da impugnação, que agora

aglutina em ato único o que antes se desdobrava em dois: interposição do agravo retido e sua reiteração em preliminar de apelação.

Não se pode dizer, portanto, que a maior parte das decisões interlocutórias seja irrecorrível. Tais decisões não são agraváveis, ou seja, não são recorríveis em separado, mas o serão na apelação ou nas contrarrazões.

Pelo mesmo motivo não é correto falar que tais decisões não precluem (como sugere interpretação meramente literal do dispositivo), uma vez que, à evidência, sujeitas à preclusão se não impugnadas por ocasião da apelação.

A apelação, portanto, passa a ser o recurso cabível contra a sentença, mas também contra algumas decisões interlocutórias. Alterou-se sim, com certo tom radical, o modelo anterior.

As interlocutórias apeláveis são identificáveis por exclusão, ou seja, somente aquelas em relação às quais não cabe agravo, mais exatamente as proferidas na fase de conhecimento e excluídas do rol do artigo 1.015.

Alguns afirmarão que o novo regime guarda relação com a irrecorribilidade, em separado, das interlocutórias no processo do trabalho, o que em parte é verdadeiro.

Todavia, existe uma diferença essencial, residente na circunstância de que na Justiça do Trabalho exige-se o protesto antipreclusivo, que visa a impedir a preclusão da matéria que se busca impugnar, e que, embora não previsto em lei, tem larga aplicação prática e, não obstante, sua ausência impede o reexame posterior da matéria, conforme pacífica jurisprudência.

No regime do CPC/2015 não há necessidade do protesto ou de qualquer ato de “salvaguarda de direitos” por ocasião da prolação de decisão interlocutória não agravável. A efetiva opção e, mais do que isso, a exteriorização da intenção de dela recorrer, apenas terão lugar por ocasião da fase processual destinada à apelação, seja, conforme o desfecho do processo favorecer ou prejudicar a parte interessada, na sua interposição ou na apresentação de contrarrazões ao recurso.²⁴

24 Notícia Cassio Scarpinella Bueno, em relação ao tema, retrocesso de que se cogitou durante o processo legislativo do novo CPC: “O Projeto da Câmara ia além ao criar figura

A redação do artigo 1.009, § 1º, CPC/2015, antes referido, poderia ter sido mais abrangente e detalhada, uma vez que dúvidas acerca de contornos específicos do novo regime surgem, mormente as ligadas à abrangência da impugnação recursal levada a efeito na apelação e dos limites que pode haver em relação à possibilidade do vencedor recorrer de uma decisão interlocutória não agravável, como a seguir melhor exposto.

5.1. A recorribilidade das interlocutórias pelo vencido

Proferida a sentença, independentemente do seu teor, é possível saber quem foi favorecido (vencedor) ou prejudicado (vencido), no todo ou em parte, pela decisão, assunto intimamente ligado à possibilidade de recorrer na medida em que versa sobre o interesse recursal.²⁵

A apelação interposta pelo vencido não desperta maiores questionamentos, posto que concreto, nessa quadra, seu interesse recursal, ao menos em relação à sentença, devendo ser aferido, caso o caso, se há também prejuízo ditado por decisão interlocutória.

Essas eventuais insurgências recursais contra decisões interlocutórias é que deverão, na letra da lei, ser deduzidas como preliminar, não tanto por eventual relação de prejudicialidade que elas possam guardar em relação ao mérito da parte “principal” da apelação, mas principalmente com vistas a bem estruturar o recurso em capítulos autônomos, contribuindo para sua necessária inteligência.

desconhecida no direito processual civil brasileiro, um “protesto”, apenas para evitar que a questão precluisse, permitindo que ela fosse reavivada em apelo ou em contrarrazões. Felizmente, o Senado, na última etapa do processo legislativo, recusou a proposta que, bem entendida, tornava a extinção do agravo mais nominal do que substancial, formalizando, desnecessariamente, o processo e comprometendo, até mesmo, um dos pontos altos anunciados, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto. No sistema que prevaleceu, cabe insistir, basta que o interessado, na apelação ou nas contrarrazões, suscite a decisão não agravável de instrumento – que não estará atingida pela preclusão – para permitir sua revisão pelo Tribunal competente” (*Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Sariaiva, 2015. p. 646).

25 “O interesse em impugnar atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário. À luz dessa noção básica, o interesse em recorrer resulta da conjugação de dois fatores autônomos, mas complementares: a utilidade e a necessidade do recurso” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 170).

Aspecto interessante da apelação do vencido é trazido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“É possível, ainda, que o vencido interponha apelação apenas para atacar alguma interlocutória não agravável, deixando de recorrer da sentença. Não é incomum haver decisão interlocutória que tenha decidido uma questão preliminar ou prejudicial a outra questão resolvida ou decidida na sentença – a decisão sobre algum pressuposto de admissibilidade do processo, por exemplo. Impugnada a decisão interlocutória, a sentença, mesmo irrecorrida, ficará sob condição suspensiva: o desprovemento ou não conhecimento da apelação contra a decisão interlocutória; se provida a apelação contra a decisão interlocutória, a sentença resolve-se; para que a sentença possa transitar em julgado, será preciso aguardar a solução a ser dada ao recurso contra a decisão interlocutória não agravável, enfim”.²⁶

5.2. A recorribilidade das interlocutórias pelo vencedor

A parte vencedora, a princípio, não teria interesse para o manejo do recurso de apelação, posto que ausente a *necessidade* em fazê-lo.

Todavia, sendo a apelação o recurso cabível também contra as decisões interlocutórias não agraváveis, possível cogitar de sua interposição também pelo vencedor.

A conclusão inicial sobre o tema, pelo aspecto procedimental, poderia decorrer de leitura açodada do artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015, que alude à possibilidade de inserir a irresignação recursal contra interlocutória nas contrarrazões de apelação.

De fato, “as contrarrazões, nesse caso, tornam-se instrumento de dois atos jurídicos processuais: (a) a resposta à apelação da parte adversária; (b) o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento”²⁷.

26 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. in Revista de Processo, v. 241, mar/2015, p. 235.

27 Idem, p. 236.

Não nos parece, contudo, que esse seja o único caminho possível, pois deixaria a sorte do vencedor/apelado ser ditada pelo vencido/apelante, justamente porque havendo desistência do recurso – ou mesmo seu não conhecimento pela falta de algum requisito recursal – por certo as contrarrazões não seriam sequer analisadas.

Em algumas situações, esse desfecho nenhum prejuízo traz ao vencedor, posto que mantida a sentença. Assim, por exemplo, a irresignação do vencedor contra decisão que indeferiu a produção de determinada prova, de todo inócua quando mantida a sentença que lhe foi favorável, caso em que *suficiente* à tutela dos interesses da parte a dedução do recurso contra a interlocutória nas contrarrazões.

Em outras situações, todavia, assim não será.

Basta imaginar, à guisa de exemplo, algumas decisões interlocutórias aptas a gerar prejuízo independentemente do desfecho dado à demanda: a decisão que rejeita a impugnação destinada a majorar o valor da causa manejada pelo réu, sobrevivendo sentença de mérito que julga improcedente o pedido e utiliza aquele valor mais baixo como parâmetro para fixação de honorários sucumbenciais,²⁸ ou ainda a hipótese do autor que vê rejeitada a justificativa para sua ausência à audiência inicial de conciliação ou mediação, por decisão que impõe o pagamento de multa de 2% do proveito econômico pretendido, apoiado no artigo 334, § 8º, CPC/2015.²⁹

Nesses casos, portanto, parece haver justificativa para aceitar o manejo de recurso de apelação *autônoma* pelo vencedor.

Já aí se vê, portanto, a razão pela qual afirmamos ter sido tímida, por assim dizer, a disciplina do tema no âmbito do novo diploma processual, até porque bastante complexas as questões ligadas à relação de interdependência existente entre os recursos porventura interpostos pelas partes e, mais do que isso, à ponderação acerca de ser mesmo cabível apelação autônoma pelo vencedor, temas que acabam se entrelaçando.

28 Exemplo ministrado por Rodrigo Barioni (op. cit. p. 275).

29 Da hipótese cogitou-se em sala de aula, no transcorrer de um dos profícuos debates havidos durante curso de extensão que ministrei na Faculdade Católica de Direito de Santos, em outubro de 2015, ficando aqui consignados meus cumprimentos à talentosa e interessada turma então formada, o que faço na pessoa de meus amigos Alexandra Rodrigues Bonito e Francisco Calmon de Brito Freire.

Para Rodrigo Barioni, “o objeto da apelação é simplesmente ampliado pelas contrarrazões”, concluindo que a “apreciação das matérias deduzidas em contrarrazões, portanto, está *condicionada* ao conhecimento do recurso de apelação interposto”, pois “havendo desistência ou inadmissibilidade do recurso de apelação, as matérias suscitadas nas contrarrazões não serão objeto de apreciação pelo órgão *ad quem*”. Por isso, prossegue o citado processualista, “deve-se admitir que o recurso de apelação seja dirigido exclusivamente contra a decisão interlocutória”.³⁰

Igualmente aponta Caroline Uzeda Libardoni que o recurso contra decisão interlocutória deduzido em sede de contrarrazões de apelação “será em regra subordinado ao recurso de apelação interposto pelo vencido e dependerá de seu conhecimento e provimento para ser conhecido”.³¹

Mais do que isso, reconhece, com acerto, haver “hipótese de apelação autônoma, cabível sempre que não exista relação de prejudicialidade entre a sentença e a decisão interlocutória. Nesses casos, poderá o vencedor na sentença apelar exclusivamente da decisão interlocutória desfavorável, sem qualquer laço de subordinação com o recurso do vencido”.³²

Já Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que a apelação do vencedor inserida nas contrarrazões é um recurso subordinado e condicionado, na medida em que “caso o vencido desista da apelação interposta ou essa não seja admissível, a apelação do vencedor perde o sentido: por ter sido o vencedor, o interesse recursal somente subsiste se a apelação do vencido for para a frente”.³³

Essa assertiva, embora verdadeira, parece-nos não se adequar à totalidade dos casos, até porque, se assim for, deve ser admitida a apelação autônoma pelo vencedor, a fim de não deixá-lo ao desamparo

30 Op. cit. p. 273.

31 Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – Segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. in *Revista de Processo*, v. 249, nov/2015, p. 235.

32 Idem, p. 240.

33 Op. cit., p. 237.

da sorte do recurso do vencido, a despeito do interesse autônomo que ele pode ostentar para recorrer da decisão interlocutória.³⁴

A fim de melhor enfrentar tais dificuldades, parece-nos adequado mudar o foco da abordagem, fixando-o no grau de relevância da decisão interlocutória no contexto do processo em que concebida.

Propomos, para maior clareza, a seguinte classificação, que só se justifica justamente por parecer-nos útil à sistematização do tema abordado:

a. decisões interlocutórias irrelevantes – assim consideradas por terem perdido importância com a marcha natural do processo (ex.: deliberação judicial que, de forma equivocada, determinada a juntada de documentos originais, em substituição às cópias juntadas pelo autor e declaradas autênticas pelo advogado);

b. decisões relevantes ligadas de modo direto ao mérito da demanda – tratam de matérias que, em maior ou menor grau, podem mesmo influir na resolução da controvérsia (ex.: deferimento ou indeferimento de determinada prova);

c. decisões relevantes, mas referentes a questões isoladas, sem conexão ou influência sobre o mérito da demanda – cuidam de matérias específicas, impondo gravames processuais que acabam transcendendo o mérito da demanda e ganhando autonomia (ex.: a já antes citada decisão que impõe multa pecuniária pelo não comparecimento da parte à audiência de conciliação ou mediação).

Para as decisões interlocutórias que tratam de matéria tornada irrelevante após a prolação da sentença ('a'), faltará ao recurso o imprescindível interesse recursal, independentemente de ser ele inserido em con-

34 Referidos autores parecem não ser simpáticos a essa apelação autônoma: “Rigorosamente, o vencedor não tem interesse de recorrer da sentença, mas pode, como visto, apelar de interlocutórias não agraváveis. O momento para o recurso contra as interlocutórias não agraváveis é o das contrarrazões, mas é possível, embora não recomendável, que o vencedor se antecipe e já interponha sua apelação, sem aguardar a oportunidade das contrarrazões. (...) Ocorre, porém, que esse recurso do vencedor é, como já se viu, subordinado e dependente. É preciso que haja a apelação da parte vencida. Se o vencedor antecipar-se e já recorrer contra alguma interlocutória não agravável, e não sobrevier a apelação da parte vencida, faltará interesse recursal ao vencedor, devendo ser inadmitido o seu recurso” (op. cit., p. 242).

trarrrazões ou deduzido de forma autônoma. Não será, assim, cabível o recurso justamente pela ausência de prejuízo.

Em relação às decisões relevantes que são ligadas diretamente ao mérito da demanda ('b'), de todo suficiente será a inclusão do recurso do vencedor de acordo com o modelo legal, ou seja, nas contrarrazões de apelação, ou mesmo por apelação autônoma, até porque coerente tal conclusão com a assertiva já antes estabelecida (item '5', *retro*), de que o espectro de abrangência do recurso de apelação engloba também as decisões interlocutórias não agraváveis.

Nesse caso, cumpre acrescentar, será aplicado sem qualquer ressalva o entendimento de que improvido ou não conhecido o recurso de apelação da parte vencida, desaparecerá o interesse recursal do vencedor, ou seja, a manutenção da sentença consubstancia perda superveniente do interesse recursal.

Dito de outra forma, o recurso do vencedor é, apenas neste caso, condicionado e subordinado ao vencido.

Por fim, para as decisões relevantes referentes a questões isoladas ('c'), ter-se-á como hígido o interesse recursal do vencedor em qualquer caso, isto é, independentemente do resultado do recurso de apelação da parte vencida ou, mais ainda, da própria existência desse, sendo cabível e, ademais, recomendável pela boa técnica processual que haja interposição de apelação autônoma.

Com efeito, somente assim o devedor preservará íntegra a possibilidade de ver conhecida a sua insurgência recursal contra a interlocutória em questão, até porque tal recurso não ficará subordinado ou condicionado àquele porventura interposto pela parte vencida.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARINONI, Rodrigo. Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. in *Revista de Processo*, v. 243, mai/2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos – v. I*. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. in *Revista de Processo*, v. 248, out/2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. in *Revista de Processo*, v. 241, mar/2015.

LIBARDONI, Caroline Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – Segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. in *Revista de Processo*, v. 249, nov/2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

PARÁ FILHO, Tomás. A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil, in *Revista de Processo*, v. 5, jan-mar/1977.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil – volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à Justiça, garantido pela Constituição Federal. in *Revista de Processo*, v. 134, abr/2006.

_____. O mandado de segurança contra ato judicial. in *Revista de Processo*, v. 107, jul-set/2002

ZANETTI JR., Hermes. Comentário ao artigo 932. In CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Outros meios de desconstituição da coisa julgada e de seus efeitos no novo CPC, além da Ação Rescisória

Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo¹

Sumário: 1 – Considerações iniciais; 2 – Breves referências à Ação Rescisória no novo CPC e algumas novidades; 3 – Outros meios de objeção à coisa julgada, além da ação rescisória; 4 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

O presente artigo busca arrolar – como explicitado no título – outros meios de desconstituição da coisa julgada e de seus efeitos que, além da ação rescisória, nos traz o novo Código de Processo Civil.

Apesar disso é importante mencionar, ainda que de forma perfunctória, os fundamentos desta importante medida processual, que é a ação rescisória, e algumas novidades que a recente legislação processual civil trouxe a lume, tudo para concluir que o CPC promulgado em 2015, com vigência prevista para março de 2016, traz melhorias em relação ao texto do CPC de 1973 e suas alterações no tocante a essa temática.

¹ Procurador do Estado Chefe da Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília. Docente da Escola Superior de Advocacia da PGE-SP nas áreas de Direito Ambiental e Processual Civil. Foi Procurador do Estado Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, Secretário Adjunto e Secretário de Estado do Meio Ambiente.

A definição de coisa julgada nos dá a lei ordinária. O novo CPC praticamente reproduz o artigo do Código anterior a respeito, “*verbis*”: “*Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*”² Já no texto constitucional, a coisa julgada é prevista no artigo 5º, inciso XXXVI: “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Aqui, direcionada ao legislador, a coisa julgada é fundamento relevante da segurança jurídica, devendo ser respeitada em toda a sua amplitude, como corolário do próprio regime democrático, pela garantia da eficácia da jurisdição e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

É em homenagem a este último postulado, constante do inciso XXXV – “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, combinado com os incisos LIV “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” e LV “*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*”; que se consagra a prevalência do processo justo e equo por sobre a coisa julgada. Processo justo e equitativo são expressões referidas pelos Professores Cândido Rangel Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior, que lembram também da aplicação do artigo 37 da Lei Maior ao Poder Judiciário.

Da ponderação desses princípios se conclui que, tanto a ação rescisória como os outros meios de desconstituição da coisa julgada e de seus efeitos, constituem-se garantias do vencido no processo judicial, em desfavor da parte vencedora se essa, porventura, logrou obter tal êxito em dissonância com os princípios constitucionais ou legais.

Também pelo sopesamento daqueles postulados constitucionais é forçoso realçar que os meios que a parte vencida dispõe para desconstituir coisas julgadas têm que ser submetidos necessariamente ao crivo jurisdicional. Vale dizer, é o Poder Judiciário na sua plenitude e independência o único poder da República que pode desconstituir, por meio da

2 Na redação do Código de 1973, a expressão “*decisão de mérito*” consta como “*sentença*”, artigo 467.

ação rescisória ou por outras decisões de cunho jurisdicional a ele submetidas por via de ação ou defesa, aquilo que foi por ele dito em ocasião anterior. Isso desde que presentes os pressupostos de excepcionalidade que o autorizem o interessado a fazê-lo.

Resumindo, temos que:

a) a definição de coisa julgada é dada pela lei ordinária;

b) a ação rescisória é garantia do vencido;

c) somente o Poder Judiciário, do qual emanou a coisa julgada, pode desconstituí-la mediante normas constitucionais de respeito ao devido processo legal e à ampla defesa, bem como mediante normas legais que são fornecidas pelo próprio sistema processual; e

d) a desconstituição deve ser sempre medida de caráter excepcional, com mais razão se superado o prazo de ajuizamento da ação rescisória.

2. Breves referências à Ação Rescisória no Novo CPC e algumas novidades

A corroborar a afirmação anterior de que o CPC trata a ação rescisória como garantia do vencido, há algumas menções ao instituto em outros artigos, além daqueles constantes do Capítulo específico, que também adiante será brevemente comentado. Assim, temos exemplificativamente:

a) No artigo 425, que trata da força probante dos documentos:

“Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:

(.....)

VI – as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

§ 1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória.

b) No artigo 517, tratando do cumprimento de sentença:

“Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

(.....)

§ 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado”

c) No artigo 701, tratando da ação monitória:

“Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

(.....).

§ 2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

§ 3º É cabível ação rescisória da decisão prevista no caput quando ocorrer a hipótese do § 2º.”

d) No artigo 942, tratando do julgamento da apelação por maioria (sucumbência dos embargos infringentes):

“Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I – ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno.”

Especificamente sobre a ação rescisória, tratada nos artigos 966 e seguintes, convém mencionar algumas novidades. Inicialmente, dispõe o artigo 966 (que equivale ao atual artigo 485), “*verbis*”:

“CAPÍTULO VII
DA AÇÃO RESCISÓRIA

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.

(.....)

Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:

I – cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo;

II – depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

(.....)

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I – não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;

II – tiver sido substituída por decisão posterior.

§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.

Art. 969. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.

(.....)

Art. 971. Na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o órgão competente para o julgamento.

Parágrafo único. A escolha de relator recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo.

(.....)

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.

§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.

Alguns breves comentários sobre as alterações mais relevantes (acima sublinhadas nas respectivas transcrições) são os seguintes.

a) Alteração do inciso V para constar, ao invés da violação de literal disposição de lei, a “violação manifesta de norma jurídica”. Essa mudança deve trazer novas discussões a respeito do enunciado 343 da Súmula do STF, parecendo mais flexível, seja no que tange à violação, seja no que pertine à natureza da norma.

b) Alteração da expressão anterior (documento novo) para prova nova, no inciso VII, também ampliando o espectro para outros meios de prova além da documental.

c) Ampliação das hipóteses de rescisão de sentenças que não sejam de mérito, nos casos referidos no parágrafo 2º do art. 966.

d) Possibilidade de rescisão de apenas um dos capítulos da sentença, novidade introduzida pelo parágrafo 3º do mesmo art. 966.

e) Inserção dos parágrafos 5º e 6º para mitigar a atual aplicação dos enunciados 249 e 515 da Súmula do STF. Atualmente, havendo dúvida de competência, especialmente se aforada a rescisória no Tribunal Su-

perior ou STF, decreta-se a extinção do feito sem julgamento de mérito não se permitindo emenda ou remessa dos autos a corte inferior. A nova redação parece ser mais favorável ao vencido na demanda originária.

f) Explicitação de norma que já constava de regimentos internos, quanto à escolha do relator da ação rescisória.

g) Ampliação do prazo para 5 (cinco) anos nas hipóteses do inciso VII, assim como do termo inicial respectivo.

São essas algumas das novidades do capítulo específico que cuida da ação rescisória no novo CPC. A respeito do tema, recomenda-se enfaticamente a leitura de trabalhos do Professor FLÁVIO LUIZ YARSHELL.

Nada obstante, percebe-se que as alterações, de um modo geral, favorecem o autor da ação rescisória, na linha já referida no capítulo anterior do presente artigo.

3. Outros meios de objeção à coisa julgada, além da ação rescisória

As objeções à coisa julgada além da ação rescisória podem ser divididas em diretas ou indiretas. As diretas são deduzidas por meio de ações judiciais, como por exemplo as ações anulatórias e as declaratórias de nulidade de sentença (“querela nullitatis”). As indiretas, pela via de defesa ao cumprimento das sentenças, em especial por meio de embargos.

No que concerne à primeira espécie de objeções (as diretas) o novo CPC trouxe algumas alterações ao que dispõe o atual art. 486, no parágrafo 4º do art. 966 “verbis”:

§ 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. (G.n.)

Aqui, como nas outras hipóteses referidas, amplia-se a natureza dos atos sujeitos à anulação pela lei (não apenas a civil como na redação anterior), acrescentando-se aqueles atos homologatórios praticados no curso da execução, situações até então não previstas no nosso sistema processual.

Persiste ainda a hipótese de propositura da “querela nullitatis” que, na regra processual vigente, foi reafirmada pelo Colendo STJ no julga-

mento do Recurso Especial 240.712/SP (Relator Ministro JOSÉ DELGADO), nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 240.712/SP (Relatora Ministra DENISE ARRUDA) e, mais recentemente no AgREsp 1.416.333/SP (Relator Ministro HUMBERTO MARTINS). Confira-se a ementa desse último caso, referindo-se ao anterior, “verbis”:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO. AÇÃO VISANDO DESCONSTITUIR A COISA JULGADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois o acórdão recorrido adentrou o mérito recursal para verificar a presença dos requisitos para concessão da tutela antecipada, concluindo, a despeito da pretensão da agravante, como indevida a concessão da tutela requerida, mormente porque a mera propositura de ação para desconstituir a coisa julgada, com base em prova produzida unilateralmente pela autora, não legitimaria tal providência.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. Na ação rescisória ou na “querella nullitatis”, não existe óbice para que se concedam medidas de natureza cautelar ou mesmo antecipatória da tutela, cabendo a análise de seus requisitos caso a caso.

4. No caso dos autos, a questão de fundo da ação aborda a nulidade de ato jurídico vinculado à indenização de terras situadas na unidade de conservação ambiental denominada “Parque Estadual da Serra do Mar”, no qual se questiona a justa indenização, excesso no cálculo do valor de indenizado, ocorrência de prova falsa e inexistência, sobre o bem, dos poderes inerentes ao domínio pelo expropriado, mormente quando a propriedade é do ente expropriante. Tais questões não passam despercebidas por esta Corte, firmando-se jurisprudência ora pela inexistência de dever indenizatório, ora por reconhecer valor rescisório à falsidade da prova, ora pela violação do princípio da justa indenização, legitimando a desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

5. Em atenção ao significativo valor do precatório e à questão de fundo tratada na ação proposta pelo ente estadual, presentes os requi-

sitos para a excepcional concessão de tutela antecipada. Precedente: REsp 240.712/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15.2.2000, DJ 24.4.2000, p. 38.

*Agravo regimental provido em parte. Recurso Especial do ESTADO DE SÃO PAULO provido.”*³

Convém reiterar a observação feita no início desse artigo, no sentido de que tais hipóteses são excepcionalíssimas e dependem das circunstâncias e especificidades de cada caso concreto, não havendo possibilidade de replicação automática para todas as situações adversas encontradas. De qualquer sorte, porém, embora muito raras, as hipóteses autorizadas do manejo desse tipo de ação constituem importante ferramenta auxiliar, como no caso referido, na redução das malsinadas “indenizações ambientais”.

Nem sempre, porém, o Judiciário tem acolhido tais teses para esse tipo de demanda que, como consabido, é fruto de uma distorção originada pela ausência de aquisição de áreas protegidas ao tempo da criação de unidades de proteção ambiental integral. Aquisições amigáveis para criação de valores paradigmas de mercado, utilizando-se recursos oriundos da compensação ambiental prevista em legislação própria e outras hipóteses de transação, tais como redução e parcelamento de precatórios, também foram e devem ser utilizadas nesses casos.

Importante fixar que o fundamento das ações declaratórias de nulidade se prende a impossibilidades jurídicas, lógicas ou cognoscitivas na antiga lição de PONTES DE MIRANDA, tendo sido referidas mais recentemente pela doutrina de TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

“a coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes esses, de duas, uma: (a) ou a decisão

³ STJ, 2ª Turma, votação unânime, julgado em 17 de outubro de 2013. Votaram com o Relator os Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon. Ausente, justificadamente, o Ministro Herman Benjamin.

*não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada.”*⁴

No mesmo diapasão, citando o exemplo eloquente das investigatórias de paternidade, JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Ministro aposentado do Colendo STJ:

“A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

Não é demais lembrar que os fatos originariamente examinados pela sentença nunca transitam em julgado (art. 469, II, do CPC). Podem, conseqüentemente, ser revistos em qualquer época e produzirem novas situações jurídicas, em situações excepcionais.

*A sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza.”*⁵

Já no tocante a objeções de natureza indireta, são elas manejadas pela via da defesa, uma vez que nem sempre a coisa julgada material comporta execução eficaz.

Como resultado dos trabalhos doutrinários a respeito da coisa julgada inconstitucional, o novo Código trouxe importante modificação na sede de oposição de embargos do devedor ou mais amplamente ao cumprimento da sentença. É o que se verifica da leitura dos artigos 525 e 535 do novo CPC, tratando respectivamente da impugnação ao cumprimento de sentença quando o executado for particular ou quando tal

4 O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, página 25.

5 Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, publicado na Revista de Processo, ano 26, v. 103 (julho-setembro), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 9-36. Replicado de conferência proferida no “II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário”, publicada em “Série Eventos – 7, ano de 2000, pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, páginas 193/227.

cumprimento se voltar contra a Fazenda Pública, transcritos abaixo na sua integralidade para melhor situar o leitor, “*verbis*”:

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – penhora incorreta ou avaliação errônea;

V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

(.....)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

(.....)

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II – por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.” (g.n.)

Percebe-se, em ambos os artigos acima transcritos, importantes alterações do novo CPC – cujo início é bem de ver foi introduzido na minirreforma dos anos 2000⁶ – no tocante ao conteúdo da matéria arguível na impugnação do devedor, particular ou público, quando a decisão judicial se fundar em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF ou ato normativo tido como incompatível em sede de controle concentrado ou difuso, envolvendo, por exemplo, recursos julgados sob o regime de repercussão geral.

Aqui, além de dilargadas as hipóteses de objeção, respectivamente nos parágrafos 12 do artigo 525 e 5º do artigo 535, para conferir maior eficácia nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em que se fundou a coisa julgada, também se inserem importantes mudanças quanto ao termo inicial e prazo de tais objeções, todas, porém, jungidas ao manejo de ação rescisória. O entendimento prestigia a hipótese já referida da segurança jurídica, conforme referido nos parágrafos 13 e 14 e 6º e 7º, dos citados artigos, respectivamente.

⁶ Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/2002, 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006 e 11.277/2006.

No tocante ao prazo, a despeito de modificado o termo inicial, não se prescinde do manejo da rescisória. É essa a dicção do parágrafo 15 do artigo 525 e 8º do artigo 535, tendo sido também até o momento o entendimento do STF, ao menos na manifestação preliminar do plenário virtual no RE com Repercussão Geral 730.462, relatado pelo Ministro TEORI ZAVASCKI. Confira-se:

“REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
730.462 SÃO PAULO

RELATOR :MIN. TEORI ZAVASCKI

(...)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NEGADOS COM FUNDAMENTO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. EFICÁCIA TEMPORAL DA SENTENÇA. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a questão relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado.

2. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento no Plenário físico.

(.....)

6. Isso se aplica também às sentenças judiciais transitadas em julgado. Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma que lhes serviu de suporte, nem por isso se opera a automática rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo de-

cadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, tema de que aqui não se cogita.

(.....)

No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.”⁷

Além da objeção indireta da chamada coisa julgada inconstitucional acima mencionada, que pode ser deduzida por impugnação ou pelo manejo de ação rescisória observado o prazo decadencial, a depender do termo inicial, permanecem no novo CPC as demais objeções relativas à arguição de erros materiais mediante embargos de declaração (artigo 1.022) e também as hipóteses de insuscetibilidade ao trânsito em julgado, no artigo 504, que repete, para o que aqui interessa, o disposto no atual artigo 469.

Por fim, o novo CPC aumentou o espectro de objeções arguíveis em sede de embargos à execução. É o que se verifica nas hipóteses de embargos do devedor em caso de execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública (artigo 910) e nos embargos à execução em geral (art. 917), v.g. Em ambos os casos, a novidade é a inserção do parágrafo 2º no art. 910 e do inciso VI do art. 917, “*verbis*”, em destaque:

“Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

⁷ STF, Plenário virtual, maio de 2014. Os sublinhados no voto do relator são nossos.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

(.....)

Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:

I – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

II – penhora incorreta ou avaliação errônea;

III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.” (g.n.)

Os textos acima transcritos e destacados são autoexplicativos no que concerne à maior extensão da matéria arguível em sede de embargos. Ainda acerca de hipótese envolvendo incidente em execução, o Colendo STJ acolheu, por maioria, no Recurso Especial 622.405/SP, a tese da relativização da coisa julgada, tendo sido Relatora a Ministra DENISE ARRUDA. Consta da ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.

2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considera-

da inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.

3. *“A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes esses, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada. “ (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. ‘O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização’, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25)*

4. *“A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas. “ (DINAMARCO, Cândido Rangel. ‘Coisa Julgada Inconstitucional’ – Coordenador Carlos Valder do Nascimento – 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65)*

5. *Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.*

6. *Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à pe-*

ria técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

*7. Recurso especial desprovido.”*⁸

Talvez a maioria apertada que ocorreu no julgamento acima citado fosse mitigada se vigente o novo CPC. Mas essas, como dito, são ainda questões oscilantes na jurisprudência, especialmente em face da excepcionalidade que faz com que poucos processos a respeito tenham sido examinados até então.

Questão ainda pendente de amadurecimento e que por certo trará alguma discussão será aquela relativa à possibilidade de manejo de ação rescisória em face das sentenças que julgarem os embargos com base em defesa arguível no processo de conhecimento.

São esses, em linhas gerais, os meios de desconstituição da coisa julgada, para além da ação rescisória, que também acima foi referida.

4. Considerações finais

O novo Código de Processo Civil, Lei federal 13.105, de 16 de março de 2015, com vigência prevista para 18 de março de 2016, trouxe importantes modificações, seja no tocante à ação rescisória, seja no tocante aos demais meios de objeção à coisa julgada e aos seus efeitos.

O elenco descrito no presente artigo, por certo, está longe de esgotar as hipóteses que os doutrinadores irão desvendar. Particularmente, num tema delicado como a coisa julgada, a tarefa da aplicação da lei por nossos juízes e tribunais, em todos os seus níveis, será de enorme importância para sedimentar entendimentos com alguma margem de segurança jurídica. Basta dizer que até hoje há controvérsias importantes a respeito dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, do prazo

8 STJ, 1ª Turma, julgado em 14 de agosto de 2007. Votação por maioria, vencidos os Ministros José Delgado e Luiz Fux. Votaram com a Relatora os Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki. O Ministro José Delgado ficou vencido porque sustentava que o caminho processual deveria ser a “querela nullitatis”, negando a possibilidade em incidente de execução. “*verbis*”: “No particular, acompanho inteiramente a exposição da Relatora. Concordo com a fundamentação exposta. Verifico, porém, que não é possível desconstituir a coisa julgada em incidente de execução quando se tem oito parcelas pagas, ou em face do precatório expedido”.

para manejo de ações ou incidentes que busquem desconstituí-la, seus tipos e um sem-número de questões sujeitas ao crivo jurisdicional com base na atual legislação.

Reitere-se, por oportuno, aquilo que foi alertado ao longo do presente artigo, no sentido de que há possibilidades fundamentadas em normas constitucionais e no novo Código que dão ao vencido meios hábeis para desconstituir a coisa julgada e os seus efeitos, seja pela via de ação rescisória com hipóteses mais dilargadas, seja por meio das objeções diretas e indiretas.

Todas, porém, debaixo da lei e submetidas necessariamente ao crivo de Poder Judiciário, em hipóteses de excepcionalidade e não replicáveis automaticamente, sob pena de subversão da própria garantia constitucional da segurança jurídica, corolário do sistema republicano e democrático. O interesse público e a cidadania impõem esses limites, particularmente nos dias atuais em que a discussão sobre ingerência das atribuições entre os dos Poderes vem sendo objeto de críticas por parte da sociedade civil em geral e da comunidade jurídica em particular.

Referências bibliográficas

DELGADO, José Augusto Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, publicado na Revista de Processo, ano 26, v. 103 (julho-setembro), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Replicado de conferência proferida no “II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário”, publicada em “Série Eventos – 7, ano de 2000, pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Thereza Arruda Alvim – “O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel “Coisa Julgada Inconstitucional” – Coordenador Carlos Valder do Nascimento – 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

PONTES DE MIRANDA. “A Ação Rescisória contra as sentenças”, Livraria Jacinto Editora, 1934.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – Embargos à Execução contra a Fazenda Pública” em “Regularização Imobiliária de Áreas Protegidas”, Volume II, Coletânea de Doutrina e Jurisprudência, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Organizadores AQUINO, Marcelo de, e AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de, 1999.

YARSHELL, Flavio Luiz. Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório. SP: Saraiva 2005.

Panorama das alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária

Pedro Fabris de Oliveira¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Prerrogativa de prazo; 3 – Honorários advocatícios; 4 – Remessa necessária; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o novo Código de Processo Civil (NCPC ou CPC/2015) em substituição àquele veiculado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973).

Ainda em *vacatio legis* (artigo 1.045, CPC/2015)², o novo Código de Processo Civil já é objeto de estudo e discussão nos meios acadêmicos e jurídicos em geral. As inovações introduzidas pelo CPC/2015 podem ser sistematizadas da seguinte forma: *adaptação da legislação processual codificada à Constituição da República de 1988, sistematização das re-*

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

2 Artigo 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

formas processuais anteriores, novas escolhas políticas sem correspondência na codificação anterior.

Com efeito, o CPC/2015 incorporou a ideia de *constitucionalização do direito*³. Observa-se ao longo do novo texto codificado que o legislador se preocupou amiúde em garantir que o NCPC esteja afinado com o texto constitucional, reproduzindo na lei infraconstitucional os princípios, valores e objetivos constitucionais.

Em resumo, pretendeu o legislador explicitar a ideia já bem desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente de que a lei infraconstitucional deve ser compreendida sob a ótica constitucional.

O artigo 1º do CPC/2015 é enfático ao estipular:

“Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. ”

Já o artigo 10 do CPC/2015 densifica, de forma inegável, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988⁴ (que garante o direito ao contraditório no processo judicial):

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. ”

3 Luís Roberto Barroso assim define a locução “constitucionalização do direito”: “A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. [...] Relativamente ao Legislativo [aspecto relevante para o presente artigo], a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. ”

(BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

4 “Art. 5º, LV – 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. ”

O artigo 489, § 1º, por sua vez, densifica o dever de motivação das decisões judiciais previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988⁵:

“Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

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

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

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

São vários os exemplos que podem ser extraídos do NCPC de concretização da ideia de constitucionalização do direito. Essa é, pois, uma das marcas da nova codificação.

Além dela, a *sistematização das reformas processuais anteriores* é característica marcante do CPC/2015.

O CPC/1973, com o passar do tempo, deixou de ser eficaz para oferecer aos jurisdicionados os meios processuais adequados para a solução das demandas judiciais. Desse modo, ondas de reformas processuais foram necessárias.

5 “Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. ”

Contudo, uma codificação tem como característica ontológica a ideia de sistema. E as reformas pontuais, por mais astuto que seja o legislador, acabam por retirar, aos poucos, a unidade da codificação.

A Lei nº 8.952/1994 – que implementou a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, bem como generalizou a tutela antecipada – alterou mais de cem artigos do CPC/1973.

Se não bastasse, a Lei nº 11.232/2005 consolidou as alterações anteriores e passou a permitir que a sentença que imponha obrigação de pagar quantia pudesse ser efetivada sem a necessidade de um processo autônomo de execução: foi criada a fase de cumprimento de sentença, concluindo as alterações que permitiram a criação do chamado processo sincrético (fases cognitiva e executiva realizadas numa mesma relação processual).

Tais alterações legislativas romperam dogmas e modificaram a estrutura do sistema processual brasileiro. E foram feitas sem que houvesse a criação de um novo código. Houve ainda outras alterações legislativas que, somadas, foram responsáveis por transformar o CPC/1973 numa “colcha de retalhos”. A sistematização dessas reformas é também um marco do CPC/2015, conferindo novamente unidade à codificação processual.⁶

6 Essa unidade já está ameaçada, pois em 15/12/2015 o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei 168/2015, que altera o CPC/2015 antes mesmo de sua entrada em vigor. Dentre outras mudanças estruturais relevantes, o Projeto de Lei restabelece para as cortes locais a análise prévia de recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Sobre a quebra de unidade, vale mencionar a crítica feita por Dierle Nunes, ainda antes da aprovação do referido Projeto de Lei no Senado Federal:

“[...] poderia continuar a pontuar os riscos para o sistema do CPC-2015 que o PLC 168 imporá, ao que parece, sem grande resistência de setores políticos e acadêmicos.

Resta-nos agora propagar estes riscos e esperar que o Senado Federal perceba tais piores, que macularão um sistema normativo pensado para o aprimoramento do direito e sua maior proximidade com nosso modelo constitucional de processo.

E, caso seja aprovado, somente nos restará a leitura do sistema em conformidade com a Constituição e com as normas fundamentais do próprio novo CPC de modo a limitar possíveis desmandos interpretativos e de aplicação. Que a doutrina cumpra seu papel! ”

(NUNES, Dierle. *Proposta de reforma do Novo Código de Processo Civil apresenta riscos*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos>. Acesso em 04/01/2016).

Relevante mencionar também que o CPC/2015 trouxe *inovações sem correspondência na legislação brasileira*. São novas escolhas políticas feitas pelo legislador com o objetivo de tornar a legislação processual civil mais eficaz na tutela dos direitos.⁷

A criação de novos institutos ilustra bem essa característica do NCPC. São exemplos: o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987), a estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente (artigos 303 a 304), a consagração de uma teoria de precedentes com o objetivo de racionalizar as decisões judiciais em prol da isonomia e da segurança jurídica (artigos 926 e 927).

As novas escolhas políticas do legislador foram responsáveis não apenas por criar novos institutos, mas também por reformular outros já existentes. *É sob essa ótica que devem ser vistas as inovações trazidas pelo CPC/2015 nos institutos afetos à atuação da Fazenda Pública em juízo que serão aprofundados no presente estudo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária.*

O CPC/1973 foi criado quando a realidade da representação judicial da Fazenda Pública era bem distinta da existente hoje. Atualmente, a advocacia pública está mais bem consolidada. Tanto a União quanto os Estados possuem corpo de advogados qualificados. Muitos Municípios também já atingiram essa nova realidade. Foi sob essa ótica que o legislador revisitou os institutos específicos do direito processual civil voltados para a atuação da Fazenda Pública em juízo.

As alterações realizadas demonstram que o legislador continua reconhecendo a necessidade de que o ente público – em virtude da peculiaridade de sua atuação em Juízo e do interesse que tutela – goze de

7 Sobre a forma como é vista a função do processo civil atualmente, assim esclarece Daniel Mitidiero: “[...] o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para a promoção da unidade do direito para a sociedade em geral.”

(MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 18).

prerrogativas específicas para a atuação judicial, sem que isso configure ofensa à isonomia. Contudo, tais prerrogativas ganharam novos contornos e foram adequadas à realidade atual da representação judicial dos entes públicos.

2. Prerrogativa de prazo

Não há como tecer qualquer consideração sobre prazos no CPC/2015 sem destacar a alteração promovida pelo artigo 219, que determinou que na contagem dos prazos processuais em dias serão considerados somente os dias úteis:

“Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais. ”

Trata-se de alteração que não se restringe à Fazenda Pública, mas que precisa ser mencionada.

Com relação especificamente ao regime processual dos entes públicos, impende observar que a Fazenda Pública possui prazo maior para postular em juízo do que o particular, tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015.

Contudo, o CPC/1973 restringe tal prerrogativa a duas manifestações: contestação e recurso; e tão somente quando a Fazenda Pública for parte no processo. Eis o dispositivo legal que regula o tema:

“Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. ”

O CPC/2015 passou a tratar da questão da seguinte forma:

“Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. ”

A literalidade do novo dispositivo legal permite, de imediato, algumas conclusões.

Primeiramente, observa-se que houve uma *generalização* e uma *uniformização* da dilatação do prazo concedida para a manifestação da Fazenda Pública no processo. Agora os prazos serão sempre *dobrados* e para *qualquer manifestação processual*.

Ademais, não há mais menção acerca da forma de atuação da Fazenda Pública no processo. Ainda que não seja parte terá a prerrogativa do prazo dilatado.

O termo inicial para manifestação do ente público também foi alterado. Agora a intimação da Fazenda Pública será necessariamente de forma pessoal (carga, remessa ou meio eletrônico). Trata-se de nova prerrogativa que não era concedida pelo CPC/1973.

O legislador tratou expressamente de uma questão que já era objeto de consenso doutrinário. Afastou a dilatação quando o prazo legal concedido for específico para a Fazenda Pública. Trata-se de norma que decorre de imperativo lógico.

Por exemplo, os artigos 535 e 910 do CPC/2015 tratam de prazos específicos para a Fazenda Pública, respectivamente, impugnar o cumprimento de sentença que imponha obrigação de pagar quantia e opor embargos à execução quando fundada em título extrajudicial:

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa do seu representante legal, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...]”

“Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias. ”

Observa-se que os referidos artigos já fixam prazos específicos para a Fazenda Pública. Tais prazos já são superiores que os prazos gerais fixados para os particulares praticarem os mesmos atos processuais – os artigos 525 e 915 do CPC/2015 fixam o prazo de 15 dias para, respec-

tivamente, a impugnação ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa e o oferecimento de embargos à execução.

Desse modo, nos termos do artigo 183, § 2º, do NCPC – e por imperativo lógico –, não incide a norma do *caput* do artigo 183 que concede a dobra do prazo para manifestação da Fazenda Pública.

Além das ilações decorrentes do novo texto codificado, é relevante demonstrar algumas questões práticas decorrentes da alteração da redação do dispositivo legal.

O prazo para o ente público apresentar contrarrazões agora também passou a ser dobrado, em face da generalização e da uniformização da dilatação do prazo concedida para a manifestação da Fazenda Pública, conforme já mencionado. No CPC/1973, o prazo para o ente público apresentar contrarrazões era simples. A dilatação do prazo para contrarrazoar recursos foi especialmente relevante, pois a própria natureza das contrarrazões foi alterada pelo CPC/2015.

Com a limitação da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias a hipóteses taxativas (artigo 1.015), todas as demais decisões interlocutórias não recorríveis de imediato passaram a ser infensas à preclusão. A impugnação delas, de acordo com o NCPC, pode ser feita em preliminar de apelação ou nas contrarrazões (artigo 1.009, § 1º):

“Art. 1009, § 1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

As contrarrazões tiveram, pois, seu objeto ampliado. Agora podem servir como meio de defesa ou como meio de impugnação de decisão judicial (decisão interlocutória não agravável). Tendo em vista a ampliação do seu objeto, a ampliação do prazo para sua apresentação veio em boa hora e demonstra a unidade e coerência da nova codificação.

Outro aspecto relevante refere-se ao prazo para interposição de recurso adesivo. Discutia-se, com base na redação do artigo 500, I, do

CPC/1973⁸, se o prazo para o ente público interpor recurso adesivo era dobrado ou se deveria prevalecer a simultaneidade imposta pelo texto do artigo (interposição das contrarrazões e do recurso adesivo no mesmo prazo, lembrando-se que no regime do CPC/1973 o prazo para o ente público apresentar contrarrazões é simples).

Tal discussão fica superada com o novo regime criado pelo CPC/2015, eis que, como dito, todos os prazos para manifestação da Fazenda Pública são dobrados. Por conseguinte, contrarrazões e recurso adesivo terão o mesmo termo final.

3. Honorários advocatícios

O CPC/2105 trouxe diversas inovações acerca dos honorários advocatícios, tanto no regime processual comum como no da Fazenda Pública. O dispositivo legal relevante com relação ao tema é o artigo 85.

Primeiramente, destaca-se uma alteração promovida no regime processual comum, mas que precisa ser bem assimilada pela advocacia pública, pois trará impactos financeiros relevantes no custo do processo. Trata-se do parágrafo 1º do artigo 85:

“Art. 85, §1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. ”

A maioria das hipóteses previstas de incidência de honorários advocatícios já era admitida pela jurisprudência, de modo que não constitui verdadeira inovação, mas previsão legal de teses jurisprudenciais já consolidadas.

Contudo, a previsão de honorários recursais, cumulativamente, constitui verdadeira inovação no ordenamento jurídico pátrio. A questão foi pormenorizada no CPC/2015:

8 “Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) I – será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) [...]”

“Art. 85, §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o dispostos nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

Certamente, além do aspecto de remuneração do advogado, o dispositivo legal tem o objetivo de inibir a interposição de recursos, tornando o processo mais oneroso.

Essa compreensão é indispensável para que os entes públicos pensem estrategicamente a forma de litigar, eis que o processo está agora mais custoso. Desse modo, a interposição de recursos deve ser feita de forma estratégica, sob pena de o erário arcar com um incremento significativo no custo das condenações judiciais.

Há também alterações específicas para a Fazenda Pública no regime dos honorários advocatícios.

A mais relevante delas consiste na fixação de percentuais distintos para a condenação em honorários advocatícios de acordo com o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa. Esse regime especial será aplicável sempre que a Fazenda Pública for *parte* no processo (independentemente do resultado da demanda)⁹. Eis os dispositivos legais pertinentes:

“Art. 85, § 3º. Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

⁹ No CPC/1973, o regime especial de condenação em honorários advocatícios só se aplica quando a Fazenda Pública é *vencida*, ou seja, é condicionado ao resultado da demanda:

“Art. 20, § 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”.

II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I – os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II – não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III – não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV – será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente e assim sucessivamente. ”

No CPC/1973, para que o regime especial de condenação em honorários seja aplicado é indispensável que a Fazenda Pública seja vencida. Trata-se de verdadeira prerrogativa conferida ao ente público, pois ao delegar a fixação dos honorários à apreciação equitativa do juiz o dispositivo legal teve como escopo não onerar em demasia o erário.¹⁰

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013. P. 137.

No regime do CPC/2015, é clara a nova escolha política do legislador: o regime especial aplica-se tão somente em virtude da presença da Fazenda Pública no processo, independentemente do resultado da demanda. Dessa forma, a prerrogativa restou atenuada.

Merece destaque, ainda, o § 7º do artigo 85:

“Art. 85, § 7º. Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada. ”

Como mencionado acima, agora é texto expresso o cabimento de honorários no cumprimento de sentença. Contudo, caso se trate de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada, não serão devidos honorários.

Tal norma segue a mesma lógica do artigo 1º-D da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001:

“Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).”

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 420.816/PR, reconheceu a constitucionalidade do artigo 1º-D da Lei nº 9.494/97, mas aplicou a técnica de interpretação conforme a Constituição para “reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º). ”

A razão de decidir subjacente à decisão do STF é que quando há condenação em obrigação de pagar quantia com necessidade de expedição de precatório, a Constituição impõe seja seguido o procedimento próprio para a efetivação da decisão judicial (artigo 100, *caput*; artigo 730 do CPC/1973). Desse modo, ainda que a Fazenda Pública queira adimplir o débito reconhecido na decisão judicial, terá que fazê-lo conforme o procedimento constitucional (expedição de precatório). Assim, o ente público não dá causa à execução (princípio da causalidade), que decorre do mandamento constitucional. Por conseguinte, caso não opo-

na embargos à execução, não poderá ser condenada em honorários advocatícios.

Já com relação às obrigações de pequeno valor, o STF entende que é possível o adimplemento voluntário após o trânsito em julgado da sentença, eis que o artigo 100, § 3º, da Constituição Federal excepciona o *caput*. Assim, nessas hipóteses, caso haja execução, caberá condenação do ente público em honorários, ainda que ausentes os embargos do executado (aplicação do princípio da causalidade).

A incursão no julgado do STF foi necessária para demonstrar que a nova codificação já trouxe para seu texto o entendimento consolidado pelo Plenário do STF. Ao prever no CPC/2015 que não são cabíveis honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada, o legislador acolheu a interpretação conforme à Constituição feita pelo STF do artigo 1º-D da Lei 9.494/97.

Ademais, adequou o dispositivo à nova sistemática do CPC/2015 que prevê a fase de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública (artigos 534 e 535 do CPC/2015), em detrimento da antiga sistemática que determinava a necessidade de processo autônomo de execução contra a Fazenda Pública (artigo 730 do CPC/1973).

Por fim, relevante mencionar o teor do parágrafo 19 do artigo 85:

“Art. 85, § 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”

O referido dispositivo legal está de acordo com os artigos 22 e 23 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB)¹¹, que estipulam que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado. Está também em conformidade com o artigo 85,

11 “Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. [...]”

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.”

§ 14, do CPC/2015¹², que prevê que os honorários constituem direito do advogado. O advogado público é também advogado, de modo que se aplicam a ele os referidos dispositivos legais.

Desse modo, a remissão à regulamentação legal contida no parágrafo 19 não autoriza que a lei reguladora altere o destinatário da verba – é sempre o advogado público. Deverá ela tão somente regulamentar a forma de distribuição dos honorários, de modo a compatibilizar a remuneração do advogado público com as demais normas que tratam da remuneração dos agentes públicos.

4. Remessa necessária

A remessa necessária (ou reexame necessário), instituto próprio do direito processual público, também foi bastante alterada na nova codificação. Assim como ocorreu com o regime dos honorários advocatícios para a Fazenda Pública, a prerrogativa foi mantida, porém de forma atenuada¹³.

A remessa necessária é condição para a eficácia da sentença e para a formação da coisa julgada¹⁴. O seu regime está delineado em artigo único no CPC/2015:

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

12 “Art. 85, § 14. § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”

13 Com relação ao direito intertemporal, foi aprovado o Enunciado 311 no Fórum Permanente de Processualista Civil: “A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da publicação em cartório ou disponibilização nos autos eletrônicos da sentença, de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica os reexames estabelecidos no regime do art. 475 do CPC de 1973.”

14 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013. P. 215.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 501.

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I – 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula de tribunal superior;

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

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

IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. ”

Não houve alteração nas hipóteses de cabimento da remessa necessária em relação ao regime previsto no CPC/1973¹⁵. As principais

15 “Art. 475, CPC/1973. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

alterações foram nas exceções ao cabimento do reexame necessário. Tais exceções são previstas *em função do valor da condenação ou do proveito econômico envolvido na demanda e em função da existência de orientações judiciais ou administrativas em conformidade com a decisão judicial desfavorável ao ente público.*

Com relação à *exceção fixada em função do valor da condenação ou proveito econômico* houve significativa ampliação da sua incidência. Ou seja, no regime do CPC/2015 será bem mais rara a ocorrência da remessa necessária.

Isso porque o legislador optou por ampliar significativamente os valores da condenação acima dos quais haverá remessa necessária. Ademais, foram criadas faixas de valores de acordo com o ente público condenado.

Subjacentes às escolhas políticas do legislador estão dois fatos: a advocacia pública está hoje mais consolidada e o valor relativo da condenação varia de ente político para ente político (ou seja, uma condenação maior pode ser mais facilmente absorvida por entes maiores do que por entes menores).

Ora, se a advocacia pública está mais bem-preparada para tutelar judicialmente o ente público, não é necessária a remessa necessária com tanta frequência. Relega-se o seu cabimento às situações que ensejam verdadeira ameaça ao erário. E os valores que configuram ameaça ao erário são distintos para os diferentes entes políticos. Por conseguinte, foram fixadas faixas de valores que dispensam a remessa necessária para

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001). ”

os diferentes entes públicos: *mil salários-mínimos* para a União e respectivas autarquias e fundações de direito público; *quinhentos salários-mínimos* para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; *cem salários-mínimos* para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

Já com relação à *exceção fixada em função da existência de orientações judiciais ou administrativas em conformidade com a decisão judicial desfavorável ao ente público* houve adequação ao novo regime de precedentes e racionalidade vertical das decisões judiciais adotado pelo CPC/2015.

Um dos pilares do CPC/2015 é a adoção de um regime inovador de precedentes¹⁶. O objetivo principal desse modelo de *stare decisis* é conferir racionalidade à prestação jurisdicional, garantindo isonomia e segurança jurídica. Trata-se de evolução necessária ao Poder Judiciário brasileiro, “[...] pois cada cidadão tem o direito de saber o que pode e o que não pode fazer, podendo confiar na segurança jurídica dos precedentes, até como meio de prevenção de conflito de interesses”¹⁷.

A questão é complexa e ultrapassa os limites do presente trabalho. Contudo, indispensável pontuar que a inovação introduzida no cabimento da remessa necessária é reflexo desse modelo racionalizado da prestação jurisdicional.

16 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...]”

17 PANUTTO, Peter. *Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao#author>. Acesso em 04/01/2016.

Já no CPC/1973 observa-se restrição à remessa necessária “quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (art. 475, § 3º).

Contudo, no CPC/2015 as hipóteses de impedimento da remessa necessária foram ampliadas e qualificadas.

A qualificação caracteriza-se, sobretudo, pelo tipo de precedente que obstaculiza a remessa necessária. O CPC/2015 confere essa eficácia de obstar a revisão de decisão judicial apenas a alguns tipos de precedentes, cuja formação, por regra, é precedida de procedimentos especiais caracterizados pela amplificação do contraditório, da publicidade e da motivação. Essa coerência sistêmica acerca das decisões judiciais que terão aptidão para formar precedente não está presente no CPC/1973.

Também caracteriza a qualificação presente na nova codificação a inclusão da hipótese que excepciona a remessa necessária caso a decisão judicial coincida com entendimento vinculante firmado no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidado em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Em última análise, a previsão legal é corolário da autonomia constitucional dos entes políticos. Ora, se o próprio ente já fixou internamente entendimento acerca da questão judicializada, e esse entendimento é idêntico ao adotada na decisão judicial, não há fundamento para manter o processo em andamento, eis que inexistente a lide.¹⁸

Por fim, impende analisar o cabimento da remessa necessária no caso de julgamento antecipado parcial do mérito.

O CPC/2015 previu, em artigo único, a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito:

“Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

18 Com o intuito de conferir efetividade ao dispositivo legal foi aprovado o Enunciado 433 no Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe à Administração Pública dar publicidade às suas orientações vinculantes, preferencialmente pela rede mundial de computadores.”

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento. ”

Trata-se de decisão interlocutória sobre o mérito da demanda, recorrível por agravo de instrumento, com julgamento fundado em cognição exauriente e com aptidão para formar coisa julgada¹⁹.

Observa-se que o *caput* do artigo 496 restringe o cabimento da remessa necessária às sentenças. Uma análise literal da codificação, portanto, afastaria o cabimento da remessa necessária no caso de julgamento antecipado parcial do mérito, eis que tal decisão tem natureza jurídica de decisão interlocutória.

Contudo, a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito da demanda é uma decisão interlocutória especial, eis que pode tornar-se definitiva, acobertada pela coisa julgada. Trata-se de decisão interlocutória tão somente em virtude do momento em que é proferida, mas cujo conteúdo e cuja aptidão para a definitividade são idênticos ao de uma sentença.

Ora, se ontologicamente tais decisões são idênticas (a única diferença entre elas é o momento em que são proferidas), não há porque submetê-

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 380.

-las a regimes jurídicos distintos. Se a remessa necessária visa ao resguardo do erário nas hipóteses previstas na lei, e se a decisão interlocutória tem aptidão para causar lesão ao referido bem jurídico, uma análise sistêmica levará à conclusão de que está sujeita à remessa necessária a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito da demanda.

A questão é polêmica, mas a coerência sistêmica impõe seja adotada a conclusão acima exposta. As objeções ao cabimento da remessa necessária no caso de julgamento antecipado parcial do mérito estão fundadas numa interpretação literal do dispositivo legal, bem como permeadas por um viés ideológico (contrário às prerrogativas da Fazenda Pública).

5. Conclusão

As adaptações promovidas no regime processual da Fazenda Pública demonstram que o legislador continua reconhecendo a necessidade de que o ente público – em virtude da peculiaridade de sua atuação em Juízo e do interesse que tutela – goze de prerrogativas específicas para a atuação judicial, sem que isso configure ofensa à isonomia.

Contudo, entendeu que era necessário revisitá-las e conformá-las à nova realidade da advocacia pública no Brasil, sob pena de a prerrogativa transformar-se em privilégio. É sob essa ótica que devem ser vistas as alterações nos regimes dos prazos processuais, dos honorários advocatícios e do reexame necessário.

Os novos contornos legais da atuação da Fazenda Pública em juízo tornaram as prerrogativas mais adequadas à realidade atual da representação judicial dos entes públicos.

Portanto, com as alterações promovidas pelo CPC/2015, o direito processual brasileiro avançou e encontrou um ajuste fino e equilibrado para a necessidade de tutela especial do erário sem ferir a isonomia entre as partes.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle. *Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos>. Acesso em 04/01/2016.

PANUTTO, Peter. *Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao#author>. Acesso em 04/01/2016.

Prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015

Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Prazos duplicados e intimação pessoal; 3 – Honorários advocatícios; 4 – Reexame necessário; 5 – Execução contra a Fazenda Pública; 6 – Conclusões; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tratamento conferido à Fazenda Pública na seara do processo se exterioriza por um sistema processual diferenciado previsto no Código de Processo Civil e em legislação extravagante.

Os institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, denominados “prerrogativas”, decorrem da necessidade de equilíbrio na relação processual em que o Poder Público é parte, com o escopo de resguardar o interesse público.

Dentre as normas fundamentais do processo destaca-se o equilíbrio processual, estabelecendo o Código de Processo Civil de 1973 que “O juiz dirigirá o processo [...] competindo-lhe: assegurar às partes igualdade de tratamento” (CPC/73, art. 125, I).² Esse princípio é revigorado com intensi-

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Coordenadora e professora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC de São Paulo – PUC/SP.

2 Sobre o princípio da igualdade no processo, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA afirma que: “Dessa maneira, no processo, refletem-se as duas dimensões da igualdade: a igualdade formal de corte liberal que, hoje, funciona como princípio geral limitador da atuação dos poderes públicos, e a igualdade material própria do Estado social que visa a realizar a igualdade pelo tratamento normativo diferenciado a pessoas e situações diferentes.

dade no Código de Processo Civil de 2015, quando estabelece, em norma de abertura do sistema, no artigo 7º, que “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

Luiz Guilherme Marinoni³ afirma que “O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo.” (...) Conclui o autor que para que a participação no processo ocorra em igualdade de condições, o legislador e o juiz devem dispensar tratamento desigual aos desiguais.⁴

Esse o norte do tratamento diferenciado, o qual, como bem destaca José Roberto de Moraes⁵:

Manifestações processuais da igualdade formal são o princípio do acesso à justiça (direito de ação em sentido abstrato), o princípio do devido processo legal, do contraditório, da paridade de armas, etc., todos destinados a garantir um tratamento uniforme às partes, atribuindo-lhes as mesmas situações subjetivas jurídicas diante do órgão jurisdicional. Quanto à igualdade material, sua função, no processo é a mesma desempenhada no campo do direito dito substancial, ou seja, visa a diminuir a existência concreta de diferenças de fato entre as partes. Exemplo de igualdade material no processo, temos na assistência aos pobres, objetivando tornar efetivo o direito abstrato de acesso ao Judiciário; no processo trabalhista, na dispensa aos trabalhadores da prestação de depósitos, quando recorrentes; e, ações coletivas promovidas por consumidores, na não formação da coisa julgada, quando o pedido tenha sido julgado improcedente, etc.” (*O Estado em Juízo e o Princípio da Isonomia*. 3. ed. Fortaleza, Revista Pensar, 1995, p. 76).

3 *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a 8 nº 278. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrinal/texto.asp?id=5281>> 2004. Acesso em: 20.4.2015.

4 *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a 8 nº 278. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrinal/texto.asp?id=5281>> 2004. Acesso em: 20.4.2015.

5 Segundo o autor, “A Fazenda Pública quando está em juízo está defendendo o erário. Na realidade aquele conjunto de receitas públicas que possam fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. Ficando no terreno estadual, todos nós aqui pagamos diariamente uma razoável quantidade, por exemplo, de ICMS, desde o momento que nós acordamos, fomos tomar banho, escovar os dentes e tomamos nosso café da manhã etc. E passamos fazendo isso o dia inteiro e toda a sociedade faz isso, nesse sistema tributário nosso, com toda certeza, até com razoável exagero (As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: BUENO, Cassio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-78).

[...] no momento em que a Fazenda Pública é condenada, no momento em que a Fazenda Pública sofre um revés, no momento em que a Fazenda Pública tenha que contestar uma ação ou recorrer de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recursos que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade a autoridade pública é mera administradora. É lamentável, não há como omitir isso – e essa é uma das deficiências extremamente sérias que nosso sistema apresenta –, que não exista a possibilidade eficaz de punição pela chamada responsabilidade política, ou seja: se um administrador, qualquer que seja, gastar mal o dinheiro público desde que ele faça por meio que a lei permite (licitação, procedimentos administrativos, etc.), ele não pode ser apenado dentro da sua opção. Essa é uma desvantagem nossa, do nosso sistema que dá ao governante um arbítrio completo sobre como ele vai utilizar esses recursos, mas não se pode penalizar o sistema tal qual foi concebido porque eventual governante errou. Na realidade, o procurador da Fazenda Pública, quando está defendendo dada causa, está sempre, obrigatoriamente, necessariamente defendendo o erário.

Desse modo, legítima⁶ a previsão no ordenamento processual de

6 O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, assim tem se pronunciado: “PROCESSO CIVIL – INTIMAÇÃO – PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA – IGUALDADE DAS PARTES – ASSIMETRIA DE RELAÇÕES – LEI 11.033/2004.

“1. Dentre os princípios constitucionais que regem a relação processual está o da igualdade entre as partes, o qual não afasta as prerrogativas de partes em circunstâncias especiais, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública, abrangendo também as autarquias e as fundações públicas.

“2. A intimação pessoal instituída para estas entidades não desequilibra a relação, na medida em que representam elas a coletividade ou o interesse público.

“3. A Corte Especial, em recente decisão, interpretando a regra que ordena a intimação da Fazenda Pública, deixou sedimentado que tal ato processual se realiza por oficial de justiça, contando-se o prazo da juntada do mandado, devidamente cumprido.

“4. [...] (Processo: EDcl no REsp 531308 / PR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2003/0070943-0. Relatora: Ministra ELIANA CALMON. Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 08/03/2005. Data da Publicação/ Fonte: DJ 04.04.2005 p. 262 RDDP vol. 27 p. 122)”

O Supremo Tribunal Federal tem o mesmo entendimento

“Discute-se a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 [...] A Lei nº 9.494, de 1997, [...] disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O núcleo da discussão [...] no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, que dispõe: ‘os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano’. [...] A decisão teve por base no Enunciado nº 32

prerrogativas processuais para a defesa do ente público, as quais, tendo em conta as especificidades do direito material, dão ensejo a uma tutela jurisdicional diferenciada, com previsão, no *iter* processual, de prazos diferenciados, de revisão obrigatória e de modelo de execução adequado à realidade constitucional de pagamento de precatórios. Há ainda previsão de específico critério de arbitramento de honorários advocatícios escalonado quando a Fazenda Pública é vencida, desnecessidade de adiantamento de custas processuais, etc.

O presente trabalho analisa se houve ou não mitigação das regras processuais que favorecem a defesa do interesse público no Código de Processo Civil de 2015 em prol do objetivo que norteia a nova ordem, o de conferir efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

Diante do papel relevante da Advocacia Pública, ela mereceu tratamento especial no Código de Processo Civil, sendo destacada como instituição que tem como função, na forma da lei, “defender e promover os interesses públicos”.⁷ Na verdade, e sem precedente em norma anterior, o objetivo

das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que dispõe: ‘O disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.’ Não penso assim! O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade. É o caso do art. 188 do Código de Processo Civil [...]. Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O Supremo Tribunal Federal admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI-AgR 349477/PR – rel. Min. Celso de Mello, DJ- 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194925-ED-EDV Emb. Div. nos Emb. Decl. no RE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19-4-02). [...] Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa [...]. Se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494, de 1997. [...] A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos (RE 453.740, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-07, DJ de 24-8-07)”.

7 Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

do ordenamento processual foi evidenciar os contornos diferenciados desta instituição⁸, que deve ter atuação distinta da advocacia privada.

Nesse texto será abordada a contagem de prazos, as intimações da Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios em desfavor do ente público, a remessa necessária, a desnecessidade de adiantamento de custas, o cumprimento de sentença e a execução em face da Fazenda Pública.

2. Prazos duplicados e intimação pessoal

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA⁹ afirma que “a regra aplicar-se a qualquer procedimento, seja ordinário, seja sumário, seja especial, aplicando-se igualmente ao processo cautelar e ao de execução (com ressalva dos embargos do devedor, que constituem uma ação, e não um recurso nem uma contestação [...]). Somente não se aplica o art. 188 quando há regra específica fixando prazo próprio, a exemplo do prazo de 20 (vinte) dias para contestar a ação popular (Lei nº 4.717/1965, art. 7º, IV).”

Cuida-se de norma excepcional, razão pela qual deve ser interpretada de forma restritiva, “o que equivale a dizer que a Fazenda Pública só se beneficia do prazo quadruplicado para contestar e dobrado para recorrer, não alcançando os demais atos processuais.”^{10 11}

8 A Advocacia Pública, na Constituição Federal de 1888, é “função essencial à justiça” (CF, artigos 131 e 132).

9 *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 40.

10 Cf. OTHONIEL ALVES DE OLIVEIRA. *As prerrogativas processuais da fazenda pública em face do princípio constitucional da igualdade*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 63, 01/04/2009 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&cartigo_id=6098. Acesso em 22/05/2014.

11 A regra aplica-se também quando a Fazenda Pública atual como assistente simples. A exemplo, julgado do STJ: PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 188 DO CPC – FAZENDA PÚBLICA NA QUALIDADE DE ASSISTENTE SIMPLES DE EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL – PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER – FINALIDADE DA NORMA.

1 – Interpretando literalmente o disposto no art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe: “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, a figura do assistente simples não está contida no termo “parte”. Contudo, a interpretação gramatical, por si só, é insuficiente para a compreensão do “sentido jurídico” da norma, cuja finalidade deve sempre ser buscada pelo intérprete e aplicador, devendo ser considerado, ainda, o sistema jurídico no qual a mesma está inserida. Desta forma, o termo “parte” deve ser entendido como “parte recorrente”, ou seja, sempre que o recorrente for a Fazenda Pública, o prazo para interpor o recurso é dobrado.

O novo ordenamento mantém a prerrogativa de prazo diferenciado. Será, porém, sempre em dobro e vigora para “todas as manifestações processuais” da Fazenda Pública, a não ser quando a lei estabelecer prazo específico.¹²

Se por um lado houve redução do prazo para contestar – a nova ordem não prevê prazo em quádruplo -, a duplicação de prazo, hoje restrita à via recursal, foi estendida para *todas as manifestações do Advogado Público*, o que é mais benéfico do que a regra anterior. O prazo duplicado não se aplica quando houver prazo próprio, como é o caso do prazo para impugnação à execução contra a Fazenda Pública, estabelecido em trinta (30) dias.

Há ainda distinta regra quanto ao termo inicial do prazo, que agora tem fluência a partir da intimação pessoal por carga, remessa ou meio eletrônico. Com isso, os Procuradores Estaduais e Municipais passaram a ser beneficiados com a prerrogativa da *intimação pessoal de seus procuradores*, que hoje favorece apenas os representantes judiciais da União (Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, e Procuradores Federais, que representam as autarquias e fundações públicas federais, assim como Procuradores do Banco Central).¹³

Esta é a finalidade da norma. *In casu*, o Estado de Pernambuco, na qualidade de assistente simples de empresa pública estadual, tem direito ao prazo em dobro para opor Embargos de Declaração, cuja natureza jurídica é de recurso, previsto no art. 496, IV, da Lei Processual Civil.

2 – Precedente (REsp nº 88.839/PI).

3 – Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos à Corte *a quo*, a fim de que esta aprecie os Embargos Declaratórios em questão, porquanto tempestivos.

(REsp 663.267/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 317)

12 Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

13 A prerrogativa de citação pessoal foi conferida aos membros da Advocacia- Geral da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, que dispõe: Art. 35. A União é citada nas causas em que seja interessada, na condição de autora, ré, assistente, oponente, recorrente ou recorrida, na pessoa:

3. Honorários advocatícios

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece nova formulação para o arbitramento de honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública. Se, no sistema atual, a verba é fixada mediante apreciação equitativa do juiz¹⁴, na nova ordem os honorários são tarifados de acordo com o valor da causa.

No texto apresentado ao Senado constava inicialmente que quando vencida a Fazenda pública os honorários deveriam ser arbitrados entre os percentuais de cinco por cento (5%) e dez por cento (10%) sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos.¹⁵

I – do Advogado-Geral da União, privativamente, nas hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal;

II – do Procurador-Geral da União, nas hipóteses de competência dos tribunais superiores;

III – do Procurador-Regional da União, nas hipóteses de competência dos demais tribunais;

IV – do Procurador-Chefe ou do Procurador-Seccional da União, nas hipóteses de competência dos juízos de primeiro grau.

.....

Art. 38. Intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.

Art. 20. As intimações e notificações de que tratam os arts. 36 a 38 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, inclusive aquelas pertinentes a processos administrativos, quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista.

A Lei nº 9.028/95 também dispõe: “Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente”. ROBERTO DE ARAGÃO RIBEIRO RODRIGUES considera que “a modificação revela-se adequada e justa, pois o tratamento diferenciado dispensado aos representantes judiciais dos diversos entes da federação pela sistemática atual não possui qualquer justificativa plausível.” *As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17425>. Acesso: 22/02/2011.

14 Art. 20 ...

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo interior.

15 § 3º Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.

Essa disposição motivou acesa polêmica, uma vez que não raras vezes as ações judiciais propostas contra o Poder Público envolvem discussão de políticas públicas, como concessão de rodovias, construção de grandes obras, com atribuição de milionário valor à causa. Não obstante venha a ser vencida apenas ocasionalmente, suportaria a Fazenda Pública, nessas demandas, o pagamento de elevada verba honorária.

O legislador se sensibilizou com o fato de que a tarifação de honorários em percentual sobre o valor da causa poderia implicar demasiada onerosidade ao erário em prejuízo da coletividade, que irá suportar esse dispêndio. Por isso, o Senado Federal apresentou no substitutivo nova proposta, estipulando percentuais ajustados ao proveito econômico obtido, o que acabou prevalecendo na redação final:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

.....

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

- mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos;
- mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários mínimos até 2.000 (dois mil) salários mínimos;
- mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários mínimos até 20.000 (vinte mil) salários mínimos;
- mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários mínimos até 100.000 (cem mil) salários mínimos;
- mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

- os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;
- não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;
- não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;
- será considerado o salário mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

Determina ainda a regra que o valor da causa servirá como parâmetro apenas quando não houver condenação principal ou não for possível mensurar o parâmetro econômico obtido, e, em todos os casos, se a condenação ou o benefício econômico obtido ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, o valor deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente e assim sucessivamente.

O disposto no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 demonstra a preocupação do legislador em não onerar em demasia os cofres fazendários, o que importaria em prejuízo à comunidade como um todo em benefício de uns poucos privilegiados, bem como em evitar a flagrante ofensa ao princípio de igualdade de tratamento das partes em juízo, que ocorre no tocante à fixação da verba honorária sempre que a Fazenda do Estado é parte na ação.¹⁶

16 O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, decidiu o seguinte:

De qualquer forma, o objetivo da norma, aliada à instituição da sucumbência recursal, é “fazer com que a fazenda incorpore, na sua estrutura de incentivos, tal perspectiva de perda.” Isso, por sua vez, faz com que ela seja estimulada a selecionar mais criteriosamente os casos que demandem litigância e se abstenha de litigar (especialmente no polo passivo), por exemplo, demandas que já estejam pacificadas nos tribunais.

4. Reexame necessário

O reexame necessário é “condição de eficácia da sentença que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo Tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo Tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz.”¹⁷

O instituto teve diverso tratamento no PROJETO 166/2010¹⁸, destacando-se a ampliação do limite de sua dispensa para mil salários mínimos. Hoje, o limite é de sessenta (60) salários mínimos.

“Sendo a parte vencida Fazenda Pública Municipal, fixam-se os honorários consoante apreciação equitativa do juiz, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC. Não está o magistrado, portanto, adstrito à percentagem mínima sobre o valor total da condenação, ao contrário do que sucede normalmente por força do disposto no § 3º do citado dispositivo legal” (Ac. unân. Da 2ª T. do STF, de 12-9-75, no Agr. Reg. Mp Agr, 62.727-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

“Não viola dispositivo do CPD, a decisão que fixa os honorários do advogado devidos pela Fazenda Pública em menos de 10% do valor da condenação, eis que aplicável, no caso, é o § 4º e não, o § 3º do art. 20 do referido Código “(Ac. unân. da 1ª T. do STF, de 24-11-77, no RE 87.648- SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO; DJ de 10-3-78, p.1.175).

“Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão equitativamente fixados pelo juiz – art. 20, § 4º do CPC. Desatenção a esse critério legal enseja o apelo extraordinário.” (Ac. Unân. da 2ª T. do STF, de 15-12-78, no RE 90.273-2-RJ, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, DJ de 23-2-79, p. 1.2240).

17 Cf. NELSON NERY JUNIOR. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.

18 Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

O critério VALOR para a sujeição das causas ao reexame necessário encontra dificuldades e verdadeira inadequação. Acontece que não raro ações relevantes não possuem valor econômico. Exemplificando: em ação visando a anular a alienação do capital social do Banespa, o valor da causa é R\$ 1.000,00 (mil reais), apesar da enorme relevância do tema, como assim também ocorreu em outras ações relativas à privatização de empresas estatais.¹⁹

O Código de Processo Civil²⁰ em sua versão final não resolveu a

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Art. 478

....

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

....

§ 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação.

- 19 Mais importante que limitar ao valor, será possibilitar a não sujeição ao reexame sob autorização administrativa, o que viabilizaria que os advogados públicos pudessem deixar de recorrer em casos que entendem dispensável esse reexame, como de rotineiro ocorre nos casos de recursos especial/extraordinário.
- 20 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I – 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III – 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula de tribunal superior;

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

questão, uma vez que estabelecer percentuais de maior valor de acordo com a entidade da Federação não condiz com a realidade – não é a entidade de direito público que determina o valor e a importância do reexame. Além disso, também não garante a regra o reexame de questões de relevância para os vários entes federativos e com valor da causa inferior aos percentuais estabelecidos pelo dispositivo.

Disso resulta ainda mais evidente que o critério “valor”, além de não atender relevantes questões envolvendo o interesse público, também não leva em conta as dimensões quase continentais do País e suas diferenças particulares.

Dando ênfase na valorização dos precedentes judiciais e na busca pela uniformização das decisões proferidas em ações idênticas, o parágrafo terceiro do artigo 496 estabelece a dispensa quando a sentença estiver fundada em – súmula de tribunal superior; I- acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; II- entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; III- entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Como afirma ROBERTO DE ARAGÃO RIBEIRO RODRIGUES²¹

Tal alteração guarda perfeita sintonia com o objetivo principal do novo Código, qual seja, a busca pela maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Com efeito, não haveria sentido em obstaculizar a via recursal e, em sentido diametralmente oposto, viabilizar a subida dos processos aos tribunais por força de reexame necessário sobre matérias já pacificadas pelo promissor instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

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

IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

21 *As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17425>. Acesso: 22/02/2011.

5. Execução contra a Fazenda Pública

Na seara da execução, não mais subsiste a execução autônoma em face da Fazenda Pública, estabelecendo a nova ordem processual, na linha do sincretismo, o “cumprimento de obrigação de pagar quantia pela Fazenda Pública”.²²

O artigo 535²³ do novo Código de Processo Civil estabelece que na obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará memória de cálculo e a Fazenda será “intimada”, e não mais citada.

22 Os artigos 730 e 731 do CPC/73 regem o tema da execução contra a Fazenda Pública.

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

23 Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexistência do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148. §

2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II – por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

Dentre os principais aspectos, cabe destacar que não sendo autônoma a execução, a defesa da Fazenda Pública é endoprocessual. Ela poderá apresentar impugnação, nas hipóteses especificadas.

O PROJETO, na versão inicial, reduziu os temas de defesa para o excesso de execução, a inexigibilidade da sentença ou a existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à sentença. Sensível a essa redução, o substitutivo apresentado pelo senador VALTER PEREIRA restabeleceu as mesmas hipóteses de defesa que vigoram no ordenamento atual.

Quanto aos efeitos dos embargos opostos em execução contra a Fazenda Pública, possuem os mesmos efeito suspensivo, uma vez que o parágrafo primeiro do artigo 739, que estabelece que os embargos não terão mais esse efeito, não se aplica à Fazenda, em razão do regime especial constitucional. No texto não há qualquer menção à suspensão com o oferecimento da impugnação. Porém, o precatório será expedido após “rejeitadas as alegações da devedora”, pois, antes disso, haverá controvérsia a respeito do objeto da execução, não se tendo ainda um valor certo. Com isso, admite-se a suspensão da execução com o oferecimento dessa espécie de defesa.

Há importante polêmica na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, a qual, no ordenamento constitucional, encontra o óbice do “trânsito em julgado” (CF, artigo 100), assim considerado o esgotamento dos recursos no processo de conhecimento e no processo de execução.

A jurisprudência tem admitido a execução de decisão condenatória provisória contra a Fazenda desde que não haja a expedição de precatório ou, pelo menos, desde que prestada caução idônea. A expedição de precatório é que fica condicionada ao prévio trânsito em julgado da sentença. O novo Código mantém o mesmo sistema, admitindo o texto a expedição de precatório da parte incontroversa²⁴, o não se encarta no conceito de provisoriedade, uma vez que indiscutível a parcela em questão.

24 Art. 535.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

6. Conclusões

Após o exame das principais prerrogativas da Fazenda Pública no novo ordenamento, podemos concluir que não houve, mercê do tratamento do reexame necessário, sua redução.²⁵

Palco de acirradas críticas, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, guardada a razoabilidade, não comprometem a desejada efetividade da prestação jurisdicional. Esse desiderado – alçado a bandeira da nova ordem processual – deve ser buscado não só em novos e céleres desenhos legislativos, mas, como bem conclui Mirna Cianci²⁶:

[...] cabe à administração do Judiciário a árdua tarefa de localizar as causas internas de enredo das demandas judiciais, eliminar as etapas “mortas” do processo, enfim, modernizar o aparelho, pois não há na seara do Legislativo aptidão para, pelo meio normativo, ainda que com autoridade constitucional, reduzir o tempo no processo ou o volume de demandas que hoje atulham os escaninhos.

25 ROBERTO DE ARAGÃO RIBEIRO RODRIGUES conclui no mesmo sentido: “No que concerne às modificações pontuais na Lei Adjetiva quanto às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, pode-se dizer que apenas a limitação das hipóteses de reexame necessário converge, em última análise, para a busca da implementação das ideias centrais acima expostas, as quais norteiam a dinâmica do processo civil contemporâneo, chamado de processo de resultados, o qual preza, acima de tudo, pela efetividade dos direitos processuais e, por via de consequência, dos direitos materiais assegurados pela Constituição da República e pela legislação ordinária. Em razão de tal limitação, que trará como consequência a subida aos tribunais de um número consideravelmente menor de ações nas quais a Fazenda Pública figure no polo passivo, parece ser possível afirmar que haverá uma considerável economia de tempo, recursos e esforços por parte do Poder Judiciário, aliviando, deste modo, sua notória sobrecarga de serviço. O mesmo não se passa com as demais modificações relativas às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública. Como já afirmado, a substituição do prazo processual em quádruplo pelo prazo em dobro para a Fazenda Pública contestar não trará nenhuma contribuição significativa para a maior celeridade do Poder Judiciário. Não se verificará nenhum ganho sistêmico, pois nenhum processo deixará de ingressar nos tribunais. A medida não promoverá nenhuma redução no número de processos, mas apenas um encurtamento daqueles feitos no prazo de quinze dias. Tal prazo revela-se ínfimo se considerado em termos de duração total de um processo, mas precioso para os advogados públicos reunirem informações, documentos e provas imprescindíveis à elaboração de uma defesa eficaz do ente político que representam. Do mesmo modo, a extensão da intimação pessoal aos representantes judiciais dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a despeito de consistir em alteração legítima, que visa a corrigir uma distorção injustificada do atual sistema, não possui o condão de promover a efetivação dos princípios constitucionais aqui ventilados” (*As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17425>. Acesso: 22/02/2011).

26 CIANCI, MIRNA. http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/002_020_Mirna_Cianci_21072009-17h41m.pdf. Acesso 17.06.2015.

Referências bibliográficas

CARNEIRO DA CUNHA, LEONARDO JOSÉ. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

CIANCI, MIRNA. http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/002_020_Mirna_Cianci_21072009-17h41m.pdf. Acesso 17.06.2015.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi*, Teresina, no 278. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>> 2004. Acesso: 22/02/2011.

MORAES, JOSÉ ROBERTO DE. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: BUENO, Cassio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-78..

OLIVEIRA, OTHONIEL ALVES DE. *As prerrogativas processuais da fazenda pública em face do princípio constitucional da igualdade*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6098. Acesso: 22/02/2011.

PARAHYBA, ANA CRISTINA DE PAULA CAVALCANTE; VIANA, JUVÊNCIO VASCONCELOS. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e os Princípios fundamentais do processo. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilgia/03_448.pdf. Acesso: 27/02/2011.

ROCHA, JOSÉ DE ALBUQUERQUE. *O Estado em juízo e o princípio da isonomia*. 3. ed. Fortaleza, Revista Pensar, 1995.

RODRIGUES, ROBERTO DE ARAGÃO RIBEIRO. *As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17425>. Acesso: 22/02/2011.

DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, vol. 1.. 9. ed.. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

MELO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

Revelia, providências preliminares e saneamento no novo CPC

Plínio Back Silva¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Processo: conceito e espécies; 3 – Mecânica processual; 4 – Reações do réu e suas consequências; 4.1 – Réu que não oferece contestação: revelia; 4.2 – O réu oferece defesas contra o processo; 4.3 – O réu oferece defesas contra o mérito; 4.4 – O réu oferece reconvenção; 5 – Providências preliminares; 5.1 – Objetivo; 5.2 – Reconvenção; 5.3 – Revelia: incidência ou não da presunção de veracidade; 5.4 – Defesas ofertadas; 6 – Extinção do processo sem resolução de mérito; 7 – Extinção com resolução de mérito, sem instrução probatória; 8 – Organização e saneamento do processo; 8.1 – Resolução das questões processuais pendentes; 8.2 – Fixar os pontos de fato para guiar a atividade probatória e seleção dos meios de prova. Distribuição do ônus da prova; 8.3 – Fixar as questões jurídicas relevantes para a decisão (isto é, que deverão ser resolvidas obrigatoriamente); 9 – Principais inovações do novo Código no tocante ao saneamento; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prestação jurisdicional no Brasil vem atravessando um período de aumento exponencial da carga de trabalho e aumento do tempo necessário para a sua entrega, evidenciando o sistema como um todo e os operadores do Direito em particular com uma série de críticas, sendo que as principais queixas se voltam contra dois aspectos: a demora na entrega da prestação jurisdicional e a efetividade da prestação.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Civil; Monitor da Escola Superior da PGE. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Em 30 de setembro de 2009, o então Presidente do Senado, Exm^o Sr. José Sarney, instituiu uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de Código de Processo Civil, com vistas a melhorar o desempenho do sistema judiciário no país.² É oportuno lembrar que, na mesma época, o então Presidente do Senado se viu às voltas com representações por práticas não republicanas (os chamados atos secretos), que teriam favorecidos pessoas ligadas à sua esfera de influência, retirando o brilho da iniciativa.³

Malgrado o contexto institucional vivenciado por seu patrono no Senado, a comissão apresentou ao Senado, em 8 de junho de 2010, um projeto de Código, que, submetido ao Congresso, resultou no novo Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105/2015), que entrará em vigor em 18 de março de 2016.⁴

2 Transcrevemos e grifamos os “considerandos” (motivos) do ato de instituição da comissão, cujos componentes são parte da elite de processualistas brasileiros:

“Considerando que o vigente Código de Processo Civil data de 17 de janeiro de 1973, e que desde então já foram editadas sessenta e quatro normas legais alterando-o de alguma forma;

Considerando que, à época da edição do Código de Processo Civil, em 1973, **os instrumentos processuais de proteção dos direitos fundamentais não gozavam do mesmo desenvolvimento teórico que desfrutaram modernamente**, e que desde então se deu uma grande evolução na estrutura e no papel do Poder Judiciário;

Considerando que tanto o acesso à justiça quanto a **razoável duração do processo adquiriram novo verniz ao serem alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente**;

Considerando que a sistematicidade do Código de Processo Civil tem sofrido comprometimento, em razão das inúmeras modificações legislativas aprovadas nos trinta e cinco anos de sua vigência, e que a coerência interna e o **caráter sistêmico são elementos fundamentais para irradiar segurança jurídica à sociedade brasileira**;

Considerando a experiência bem-sucedida na Comissão de Juristas encarregada de elaborar anteprojeto de Código de Processo Penal;

Considerando que as contribuições oriundas da Comissão de Juristas terão, indiscutivelmente, grande valor para os trabalhos legislativos do Senado Federal.

3 Folha de São Paulo, 3/11/2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/asm/2015/11/1701640-renan-severino-e-sarney-relembre-7-presidentes-do-congresso-envolvidos-em-escandalos-antes-de-cunha.shtml>

4 Há, pelo menos, 3 (três) correntes, defendendo 3 (três) datas diferentes para a entrada em vigor. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que a vigência se inicia no dia 16/3/2016 (novo CPC comentado). Cássio Scarpinella Bueno, citado por Misael Montegro Filho, sustenta o dia 17/3/2016. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria B. Nery (Comentários ao CPC), Misael Montenegro Filho (novo CPC comentado) e Humberto Theodoro Jr. (Curso de Direito Processual Civil, vol. III), sustentam que a vigência se inicia em 18/3/2016.

Há grandes expectativas e muitas frustrações pelo que podemos recolher de várias fontes que se debruçaram sobre o novo Estatuto Processual. Porém, uma coisa é certa: somente o futuro (isto é, sua aplicação e utilização pelos operadores do Direito) nos mostrará se o projeto cumprirá as promessas contidas na iniciativa ou se trará mais frustrações sem resolver os problemas que justificaram a sua elaboração.

Buscaremos nesse pequeno ensaio apresentar as principais alterações, manutenções (isto é, a preservação de certos aspectos do CPC de 1973) e as perspectivas do novo modelo processual.

A questão é relevante. Com efeito, sendo a norma processual de eficácia imediata, ela afetará os processos em curso, razão pela qual, ao entrar em vigor, os atos processuais que venham a ser praticados posteriormente serão regidos pelo novo Código. Assim, por exemplo, os requisitos e processamento de recursos será aplicável aos pronunciamentos proferidos na vigência do NCPC, ao passo que se os pronunciamentos forem proferidos (e disponibilizados) antes da vigência, os requisitos recursais serão, ainda, os do CPC de 1973, ainda que o ato venha a ser praticado após o início da vigência do NCPC, cuja publicação oficial deu-se em 17/3/2015. Há, ainda, a notícia que há projeto de lei em tramitação, o qual tem por objetivo prorrogar a “*vacatio legis*” para 2018 (vejam o artigo: <http://www.conjur.com.br/.../vacancia-cpc-nao-ampliada...>).

A resolução do problema não passa apenas pelo simples exame do artigo 1.045 do NCPC, que reza ser o início da vigência um ano após a publicação. Como sempre, a interpretação de uma norma exige o olhar sistêmico. Assim, a interpretação sistemática será nossa guia.

O decurso do lapso de um ano ou um mês possuem definição legal: Lei nº 810/1949. Corresponde ao mesmo dia e mês no ano subsequente. Assim, um ano, contado 1º/1/2015, termina em 1º/1/2015. As dificuldades práticas decorrem das diferenças de contagem entre prazos processuais e de direito material: os termos inicial e final devem ou não ser computados? A partir dessa questão que surgem as divergências, pois a natureza da norma afeta como se computam os prazos. Neste aspecto, a LINDB não esclarece como computar o prazo da *vacatio legis*.

A prática dos negócios definiu uma regra empírica, em que o termo inicial é contado. Daí se explica a primeira corrente. Porém, esta corrente desconsiderou outros diplomas legais, razão pela qual não pode ser aceita, com a devida vênia.

O Código Civil de 2002 estabeleceu uma forma de uniformizar a contagem, em simetria com as normas processuais, apesar das exceções que possam ser criadas: deve ser excluído o dia o início e incluído o do término. Conjugando-se a com a norma que define o ano civil, a aplicação dessa norma levaria o intérprete a concluir que a vigência se inicia em 17/3/2016. Porém, esta interpretação desconsidera o fato de que a inclusão do termo final implica que, neste dia, ainda não há vigência, razão pela qual, s.e.o., entendemos que não deva ser acompanhado o entendimento.

A questão envolve o exame da Lei Complementar nº 95/98, que regula o processo legislativo. Em seu artigo 8º, de forma diversa do Código Civil, determina a inclusão do termo inicial e do termo final, com início da vigência no dia subsequente. Conjugada com a definição do ano civil, temos que o resultado é 18/3/2016. Portanto, o NCPC entrará em vigor no dia 18/3/2016, ressalvada a remota hipótese de ser aprovada a prorrogação de sua *vacatio legis*.

2. Processo: conceito e espécies

O processo pode ser compreendido por diversos ângulos, conforme o estudioso adote um corte epistemológico mais amplo ou mais restrito, para os fins de elaboração e compreensão desse fenômeno da ciência jurídica.

A noção fundamental que se cristalizou na doutrina brasileira sobre processo é a de ser uma relação jurídica que serve de instrumento de atuação do Poder Judiciário para a solução dos conflitos de interesse. Rogério Lauria Tucci assim se manifesta sobre o conceito de processo:

“Este, afinal, se apresenta como *instrumento* mediante o qual toda atividade compreendida na *ação judiciária* se desenvolve – um *instrumento, técnico e público, de distribuição de justiça*.⁵

Dinamarco, Grinover e Cintra sintetizam a evolução da natureza jurídica do processo como uma relação jurídica complexa entre os sujeitos do processo (principais e secundários), geradora de um plexo de posições jurídicas ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus).⁶

Parte da doutrina brasileira tem se insurgido contra a adoção simplificada da relação jurídica processual para definir a natureza jurídica do processo, dando ênfase ao modelo constitucional vigente como decorrente do Estado Democrático de Direito. Segundo esses autores, se o modelo de Estado for ou não democrático, a ideia de processo será plasmada pelo modelo de Estado adotado pela Constituição do país.⁷

Marinoni, Arenhart e Mitidiero apresentam o que denominam como crítica ideológico-cultural da teoria da relação jurídica processual. Sustentam que o importante é o comprometimento com os valores do Estado constitucional, para conferir legitimidade à decisão jurisdicional e a efetiva tutela do direito material:

5 TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*, vol 2. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 5

6 CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 20ª ed., págs. 282-283.

7 BUENO, Cássio Sparpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, volume 2, pág. 369.

Embora sobre a questão controvertam no mínimo três grandes correntes de pensamento, isto é, os textualistas, os procedimentalistas e os substancialistas, cada uma dando sua solução ao problema da legitimidade da decisão, parece certo que a legitimidade da jurisdição, e assim do processo, não pode descartar a necessidade de que a decisão seja legitimada pelos direitos fundamentais.

Seria possível dizer que essa última questão não diz respeito ao processo, mas apenas à decisão, devendo ser considerada tão somente em uma “teoria da decisão”. Acontece que a decisão é o ato máximo de positivação do poder jurisdicional, isto é, a razão do seu acontecimento e desenvolvimento. O processo, ao culminar em decisão que coloca o direito fundamental em confronto com a lei infraconstitucional, requer abertura à participação e observância de desenvolvimento argumentativos peculiares, inclusive do próprio juiz. Um processo que termine em decisão ilegítima, ou que não se estruture de modo a propiciar uma decisão legítima, não constitui instrumento idôneo ao Estado constitucional.

O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.

[...]

Diante de tudo isso fica fácil perceber que o procedimento, ao contrário do que se pensava em outra época, tem fim e conteúdo e que o processo não pode se desligar de um procedimento com essas qualidades. Ou melhor, o processo necessita de um procedimento que seja, além de adequado à tutela dos direitos na sua dupla dimensão, idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. *Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.*⁸

8 MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 1, páginas 435 e 439-440.

Em posição conciliadora, Fredie Didier Jr. considera que é possível adotar em nível teórico o conceito de processo como uma relação jurídica, sem, contudo, definir teoricamente o conteúdo desse liame. O modelo encampado pela Constituição para o exercício da função jurisdicional é que delimitará a natureza jurídica do plexo de situações jurídica que são enfeixadas pela noção de processo. O autor defende que não se deva abandonar a ideia de relação jurídica, ainda que se adote o paradigma do procedimento em contraditório:

“No caso do direito brasileiro, por exemplo, para definir o conteúdo eficaz da relação jurídica processual, será preciso compreender o *devido processo legal* e os seus corolários, o que será feito no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

Assim, não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica, conceito lógico-jurídico que não engloba o respectivo conteúdo dessa relação jurídica. É preciso lembrar que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais que devem observância àquela.

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva) ou, ainda, como um procedimento em contraditório, segundo a visão de Fazzalari, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica.

O termo “processo” serve, então, tanto para designar o *ato processo* como a *relação jurídica* que dele emerge.

O art. 14 do CPC ratifica essa compreensão sobre o processo: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. Observe que o legislador fala em atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas. Exatamente como ora se propõe.”⁹

9 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 17ª ed, p. 33.

O retrospecto sobre as concepções sobre a natureza jurídica do processo demonstra a evolução o pensamento doutrinário a respeito do instituto, para integrá-lo como peça fundamental do Estado Democrático de Direito ou do Estado constitucional.

O exercício do poder não pode ser arbitrário. Daí o conjunto de direitos fundamentais que deverão ser integrados ao modelo de instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para debelar as crises que nascem entre os jurisdicionados. E o instrumento se legitima pela participação dos sujeitos do processo para o desfecho da crise, com o pronunciamento jurisdicional que reconheça o direito e o torne efetivo.

Portanto, acreditamos que possamos sintetizar a noção de processo (seu conceito, natureza jurídica) da seguinte forma:

Processo é a relação jurídica que serve como instrumento modelado pela ordem jurídica, com raiz constitucional, que assegura os direitos fundamentais das partes, na qual o Poder Judiciário (pelos seus diversos órgãos), com a efetiva participação das partes na construção de uma solução eficaz para a lide, por meio da prática de atos que implicarão situações jurídicas ativas e passivas para todos os seus participantes.

Esse protótipo de conceito, segundo nos parece, concilia as posições anteriormente expostas, ligando o passado do direito processual (antes da aurora do constitucionalismo moderno) com as necessidades do presente e do futuro da prestação jurisdicional.

Nosso protótipo reúne a presença de uma relação jurídica em que se assegurem os direitos fundamentais e destaca a necessidade de efetiva participação dos sujeitos processuais para legitimar o exercício do poder pelo Judiciário, bem como seu caráter instrumental: o instrumento tem a finalidade precípua de solucionar a lide.

Como instrumento destinado a dar uma solução eficaz para a lide, terá uma conformação (modelo) de acordo com o tipo de crise que vier a ser submetida ao Poder Judiciário. Assim, como o diagnóstico de uma enfermidade determina qual a terapêutica que deve ser adotada, as crises (lesões ou ameaças de lesão a direito) determinarão qual o tipo de processo deve ser utilizado.

Classicamente, os processos são divididos em 3 (três) categorias principais, derivadas do tipo de crise apresentada ao Judiciário: pro-

cesso de conhecimento, de execução e cautelar. Com o novo Código de Processo Civil, essa divisão se reduz a duas categorias (conhecimento e execução). Para os fins deste breve ensaio, vamos nos ater ao processo de conhecimento.

O processo de cognição tem como pressuposto um conflito de interesses (crise) que demanda a análise de fatos por parte do juiz, para que este possa apresentar uma solução (decisão) diante dos efeitos jurídicos que emanam dos fatos apresentados pelas partes. Entre os litigantes paira incerteza sobre a violação ou não de direitos. José Roberto dos Santos Bedaque ilustra o problema¹⁰:

No exercício da função jurisdicional, o juiz conhece das alegações feitas pelas partes, fundadas em fatos da vida possivelmente aptos a gerar efeitos jurídicos, e formula a regra de direito material para a situação concreta. Ao fazê-lo, soluciona a crise de cooperação verificada no plano substancial, representada pela não observância espontânea das normas pelos próprios destinatários. Tivessem eles, por si mesmos, encontrado a regra abstrata adequada à situação em que se encontram e aceito os efeitos nela previstos, a atividade jurisdicional seria em princípio desnecessária.

Esse resultado implica eliminar incertezas jurídicas, alterar ou manter situações jurídicas e afastar o inadimplemento de obrigações.

Incertezas ocorrem sempre que houver dúvida objetiva sobre a existência ou não de relações jurídicas. Alguém se considera credor e saca uma duplicata, com o que não concorda o suposto devedor. Para afastar essa situação de incerteza, pode ele buscar tutela jurisdicional de natureza declaratória negativa. Outrem entende ser filho, mas o indigitado pai nega-se a reconhecer espontaneamente a paternidade. Só lhe resta a via judicial, visando à obtenção coercitiva dessa declaração.

[...] Na hipótese de crise de cooperação representada pelo inadimplemento de uma obrigação, a atividade cognitiva do juiz destina-se à formulação da regra e à imposição da sanção condenatória. Com a respectiva sentença, está o autor autorizado, ainda pela via judicial, a invadir o patrimônio do réu para satisfação do direito obrigacional.

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. Revista do Advogado, n^o 85, p. 64:

Portanto, para cada tipo de crise, a solução jurídica que emanará da sentença irá variar, ajustando-se à necessidade do caso concreto. Sendo a crise exclusivamente de incerteza (existência ou inexistência de um direito, obrigação ou vício em negócio jurídico), a atividade cognitiva ao longo do processo visará a eliminar a incerteza ou, dito de outro modo, estabelecer a certeza sobre a existência ou não do direito. Por outro lado, se a crise envolver a criação, modificação ou extinção de vínculo jurídico, a sentença proferida determinará a produção desses efeitos jurídicos (e as consequências adjacentes). Finalmente, se a crise é de inadimplemento, além do reconhecimento dessa situação, a sentença estabelecerá a sanção, permitindo ao titular do direito, caso não haja satisfação voluntária, iniciar a fase de satisfação, com a prática de atos invasivos (e nos limites estritamente necessários) do patrimônio do devedor.

Conforme a doutrina, o instrumento conhecido como processo é diretamente plasmado pelo tipo de crise sobre o qual é utilizado. Como instrumento de que se serve a Jurisdição, o processo deverá adaptar-se às situações postas em juízo, a fim que se exerça sobre a controvérsia atividade cognitiva suficiente e adequada para debelar a incerteza.

Para que se faça adequada e suficiente atividade intelectual sobre os fatos da causa, devemos lembrar como funciona a mecânica processual.

3. Mecânica processual

Tradicionalmente, o *iter* do processo pode ser apresentado como o desenvolvimento de algumas fases, para fins didáticos. Isso porque a divisão do processo em fase tem em consideração um critério pragmático: a preponderância de um determinado tipo de atividade e seus respectivos sujeitos. Porém, ao longo das fases é possível identificar atividades que se desenvolveriam em outros momentos. Assim, advirta-se que não existem fases “puras”, isto é, que impliquem exclusivamente determinada atividade. O CPC de 1973, considerando o procedimento ordinário, é apresentado como dotado de quatro fases lógicas: postulatória, de saneamento, instrutória e a decisória.¹¹

11 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume 1, 45ª ed, pp. 370-373. O autor deixa claro o caráter didático da separação, pág. 371: “Estas fases, na prática,

Sinteticamente, as fases possuem as seguintes atividades:

a) *Fase postulatória*: compreende a apresentação pelo autor e pelo réu de suas razões de fato e de direito, isto é, abarca a exposição do caso e do pedido pelo autor e das defesas pelo réu (quer sejam contra o processo, quer sejam contra pretensão do autor), razão pela qual nota-se a atividade preponderante das partes. Essa fase compreende a petição inicial até a fase saneadora (a depender da existência ou não de contestação e o teor desta);

b) *Fase saneadora*: compreende atividades de exame da regularidade do processo, para aferir se o processo tem condições de receber uma decisão de mérito (com ou sem a necessidade de atividade instrutória) ou se apresenta defeitos que inviabilizam a resolução de mérito. Nessa fase, a atividade é principalmente do juiz, que verificará se há vícios de natureza sanável, determinando a sua correção; acaso os vícios sejam incontornáveis, o processo terminará sem resolução de mérito; ou se, embora apto a julgamento de mérito, o juiz deve avaliar se há necessidade de colheita de provas ou se pode decidir com o material existente nos autos. Nessa fase, será delimitado o conjunto de fatos que serão objeto da fase instrutória, bem como as provas adequadas à sua demonstração que serão produzidas;

c) *Fase instrutória*: compreende a produção das provas pericial e oral, posto que as provas documentais já deverão ter sido apresentadas (juntamente com a petição inicial e com a contestação), sendo que a prova pericial é produzida antes da audiência de instrução e julgamento, ao passo que as provas orais são colhidas em audiência (com a ressalva das chamadas provas antecipadas e provas de fora [estas são colhidas por outro magistrado, por meio de carta precatória ou rogatória]);

d) *Fase decisória*: é o momento em que, colhido o material probatório, as partes apresentam suas razões finais e o magistrado, sopesando as alegações de fato e de direito com as provas produzidas, profere a sentença.

nem sempre se mostram nitidamente separadas, e às vezes se interpenetram. O que, todavia, as caracteriza é a predominância de um tipo de atividade processual desenvolvida pelas partes e pelo juiz”.

Já o novo CPC, segundo entendemos, incluiu uma nova fase no processo: a fase de conciliação/mediação, antes que se conclua a fase postulatória. Ou seja, a fase postulatória terá embutida uma fase para conciliação ou mediação do conflito deduzido na inicial.

Mediação e conciliação, embora comunguem da mesma natureza (autocomposição) e do mesmo objetivo (solução da lide pelas partes), constituem técnicas distintas de resolução alternativa de conflitos¹², as quais podem ser manejadas antes mesmo da existência do processo. O novo CPC busca distinguir ambas sob o critério da prévia existência de relação entre as partes.

Segundo a dicção do novo CPC (art. 165, § 2º), o conciliador atuará nos casos em que não houver prévia relação (vínculo) anterior entre as partes. Aqui a lei disse menos do que o necessário. Entenda-se: antes do evento que gerou o conflito não existia relação que gerasse direitos e obrigações e, uma vez solucionada a controvérsia, *não haverá vínculo ou relação posterior entre as partes*. Talvez o melhor exemplo seja o típico conflito decorrente de um acidente de trânsito. Essa é a razão pela qual a atuação do conciliador é incisiva, no sentido de que esse auxiliar do juiz pode propor soluções às partes.

Por outro lado, a mediação é a técnica mais adequada para obter composição entre partes que possuíam uma relação jurídica anterior e, *uma vez resolvida, ainda manterão algum vínculo gerador de direitos e obrigações*. Por essa razão, os melhores exemplos são as demandas envolvendo direito de família, como por exemplo, questões sobre alimentos, guarda, visitas etc., pois os anteriormente cônjuges, quando tiveram filhos durante o casamento, ainda conservarão a necessidade de se relacionar no futuro, ao menos, até a maioridade dos filhos. Por isso, o mediador atuará para reconstruir as pontes necessárias para que a questão presente seja resolvida, além de evitar litígios futuros, abrindo os olhos das partes para que possam regular por si seus interesses, evitando-se novas visitas à clínica judiciária.

12 Em inglês, o instituto é conhecido como *alternative dispute resolution*, com o acrônimo ADR. Em português, poderíamos utilizar RAD ou *solução alternativa de controvérsias*, expressão utilizada por DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 17ª ed., p. 275. Neste caso, o acrônimo seria SAC, com o inconveniente de ser confundido com serviço de atendimento ao consumidor.

Em nossa opinião, a inclusão dessa fase é importante, pois se bem conduzidas as técnicas de resolução alternativa de disputas, a sociedade tende a ganhar: haverá uma desoneração do Poder Judiciário, que poderá dedicar-se às questões jurídicas mais relevantes. Ademais, instaurada essa fase, haverá a suspensão da fase postulatória, pois somente se (a) recusada por ambas as partes ou (b) for inadmissível a autocomposição essa fase intermediária não se instaurará.

Cumprido frisar que o novo CPC não estabelece o período da conciliação/composição como suspensão do processo no artigo 313, porém, é inegável que, nesse período em que se busca a autocomposição, o processo ficará suspenso, até pelo fato de que o prazo para a resposta só começará a fluir após o encerramento da audiência (ainda que ela se tenha desdobrado em mais de uma sessão).

Feitas essas ponderações, a *mecânica processual*¹³ desenvolve-se conforme as interações entre os fatos e pedidos articulados pelo autor e as possíveis reações do réu. O autor deduz fatos dos quais extrai consequências jurídicas (causa de pedir próxima e remota) que fundamentam o pedido. Esquemáticamente temos:

$F + C = P$ (onde F = Fato; C = Consequência jurídica; P = Pedido).

É possível que haja cumulação de causas de pedir e de pedidos, em atendimento ao princípio da economia e da eficiência.

Ao ser citado (arts. 238, 239 e 334 do novo CPC), o réu poderá reagir de diferentes formas, as quais irão influir no desenvolvimento da mecânica processual ou da fluxo processual. Dito de outro modo, a relação processual se desenvolverá conforme as reações apresentadas pelo réu, tendo sempre como norte a prolação da sentença. Agora, os caminhos que serão percorridos para tanto irão variar conforme as atitudes tomadas pelo réu diante da citação.

Esses caminhos poderão exigir atividade do autor ou poderão demandar atividades do juiz, a fim de determinar qual das demais fases será inaugurada: de saneamento, de instrução ou decisória, a depender da reação do réu e da regularidade da petição inicial.

13 Ou dinâmica processual. O desenvolvimento ulterior do processo depende tanto do que é alegado pelo autor, quanto das reações esboçadas pelo réu.

4. Reações do réu e suas consequências

4.1. Réu que não oferece contestação: revelia

Findo o ciclo citatório, instaura-se a fase de providências preliminares, saneamento e organização do processo. A primeira reação possível para o réu é não responder aos termos da demanda, deixando de oferecer contestação. Na tradição do CPC de 1973, a situação implicaria para o juiz verificar a ocorrência ou não dos efeitos da revelia, considerando duas ordens de questões: a) o teor da demanda (causa de pedir e pedido); b) a forma de citação. Esse exame continua no novo CPC.

A primeira ordem de questões tem como fito apurar se o tema de discussão no processo está entre as hipóteses em que se excluem os efeitos da revelia (art. 345 do NCPC) ou se, apesar de admissível a aplicação dos seus efeitos, o juiz ainda assim possa afastá-los, determinando a inauguração da fase instrutória. Por seu turno, a forma pela qual se realizou a citação influenciou na apuração dos efeitos da revelia.

Com efeito, convém relembrar que a citação pode ser realizada de forma real ou ficta. Naquela, o réu efetivamente recebe a ciência da existência do processo. Nesta, a legislação processual presume que o réu tenha conhecimento do processo, pela necessidade prática de desenvolvimento do processo, superando o entrave que se verificava no direito romano que exigia a presença do réu.

O NCPC estabelece que nas hipóteses de citação ficta (por hora certa e por edital), não sendo ofertada contestação, será nomeado curador especial. Aliás, os arts. 253, § 4º, e art. 257, IV, determinam que haja a advertência de que, realizada a citação por hora certa ou por edital, será nomeado curador especial. Igualmente, o réu preso que for revel também terá nomeado curador especial (art. 72, II).

Assim, embora o réu não tenha ofertado defesa voluntariamente (portanto, do ponto de vista estritamente lógico ocorre revelia) a manifestação do curador especial implicará tornar controvertida a matéria veiculada na exordial, ainda que a contestação seja genérica.

A falta de contestação implica a ocorrência do *fato* revelia: ausência de apresentação de contestação. Não podemos confundir o fato (negativo) com os seus efeitos.

Do *fato* revela decorrem efeitos, sendo que um é obrigatório enquanto o outro pode eventualmente ser afastado.

O principal efeito da revelia reside na fixação de uma presunção¹⁴ que favorece o autor: em princípio, os fatos que foram articulados na petição inicial serão presumidos como verdadeiros (*rectius*: os fatos narrados serão considerados como efetivamente ocorridos).¹⁵

As presunções são mecanismos lógicos (portanto, não são provas)¹⁶, estabelecidos pela lei ou pelos homens, que permitem concluir pela ocorrência de um determinado *fato* a partir da demonstração de outro fato por quaisquer meios de prova admitidos em direito.

Fundadas na probabilidade sobre o que normalmente ocorre (isto é, decorrente da observação daquilo que normalmente ocorre no mundo empírico), as presunções atuam como catalisadoras do raciocínio da-

14 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p 312: Em alguns casos admite-se um fato como provado sem ter sobre ele sido produzida prova direta; provado um *fato base* “B” (também denominado *auxiliar*, *indício* ou *fato presumidor*) – por meios de prova conhecidos (documental, testemunhal, pericial) – considera-se demonstrado (por presunção) o fato “P”, denominado de fato *presumido*. Por isso a presunção é considerada

15 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.*, p. 601-602: As presunções legais, em contrapartida, não fornecem elementos de prova, mas dispensam da prova aquele a quem elas aproveitam. Na ausência de prova contrária, as presunções *juris tantum* determinam os efeitos jurídicos de uma dada situação: sempre dirão respeito aos *fatos qualificados*. A presunção de paternidade considera pai *legal* o marido da mãe da criança. O papel das presunções é facilitar a tarefa do juiz ou do administrador público, daquele que se acha na obrigação de julgar, daquele que deve tomar uma decisão, quando a prova do fato é difícil de fornecer. Vê-se que a instituição da presunção legal *juris tantum* se justifica por preocupações de segurança jurídica. Mas, criando uma desigualdade entre as partes, ela favorece necessariamente uma delas em nome de outras considerações e de outros valores diferentes da verdade ou da segurança jurídica [...] A presunção legal *juris tantum*, ao admitir a prova em contrário, permite o surgimento da verdade, mas levando igualmente em conta outros valores que não se podem desprezar. Estando intimamente ligada ao problema do ônus da prova, e à possibilidade de inverter esse ônus, a presunção *juris tantum* diferencia profundamente o raciocínio jurídico do raciocínio do historiador, por exemplo. [...] O papel das presunções *juris et de jure* é muito diferente: elas não se referem ao ônus da prova de um fato passado; elas se esforçam, ao contrário, para exercer uma influência sobre os acontecimentos futuros, de maneira que se amoldem o mais possível à presunção estabelecida. O papel da presunção *juris et de jure* é bem ilustrado pelo exemplo citado pelo professor Rivero em sua comunicação sobre as ficções e as presunções em direito público francês. A ausência de resposta da administração pública, dentro de um prazo de quatro meses, a um requerimento do administrado, é considerada pela legislação francesa como uma presunção *juris et de jure* de rejeição do pedido, o que abre o caminho para uma apelação dessa decisão”.

16 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 312-313.

quele que irá julgar: não dispondo de prova direta do fato, serve-se da demonstração de outros eventos que possam fazer crer que determinado evento sucedeu (sejam esses fatos base antecedentes ou consequentes do fato probando).

No caso da revelia, a presunção tem por função exonerar o autor do ônus probatório de suas alegações, dispensando que sejam produzidas provas sobre os fatos narrados na exordial, atendendo ao princípio da economia e da duração razoável dos processos: não havendo controvérsia sobre os fatos, a produção da prova é desnecessária e sua eventual produção alongaria o arco procedimental de forma a penalizar o autor.

A presunção pode ser afastada nas hipóteses do art. 345:

a) Quando houver litisconsórcio passivo, ao menos um dos réus oferecer contestação. Nessa hipótese, o NCPC mantém a regra do benefício comum aos litisconsortes que não contestaram: a resposta de um favorece aos demais, em que pese o princípio da autonomia entre os colitigantes (art. 117). No caso concreto, cumprirá examinar se os fatos articulados são efetivamente comuns a todos os litisconsortes ou se existem fatos que somente se referem aos réus revéis. Nessa última hipótese, a presunção decorrente da revelia incidirá, não se aplicando a regra de exclusão.

b) Se houver alegação de direito que seja considerado indisponível, afasta-se a presunção. *Direito indisponível* é aquele do qual o titular não tem plena (total) liberdade de disposição, o que impede, por exemplo, a renúncia sobre ele, que é o ato unilateral de abdicação do direito.¹⁷ Assim, para proteger o titular de direitos indisponíveis, o legislador afasta a possibilidade de aplicação da presunção decorrente da ausência de contestação, afastando a possibilidade de que estratégias imbuídas de má-fé possam prevalecer sobre direitos considerados altamente relevantes para a ordem jurídica.

c) O regime do CPC de 1973 e o novo CPC incorpora a regra da concentração da produção da prova documental com a petição inicial.

17 O melhor exemplo é o direito aos alimentos, conforme estatui o Código Civil: *Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.*

E, exigindo a lei que determinado ato seja revestido de uma determinada forma (ou seja, que seja utilizada a forma pública, em que o conteúdo vem determinado pela lei material), a sua comprovação em juízo somente pode se dar com a apresentação do respectivo instrumento público, como ocorre por exemplo a compra e venda de bem imóvel. Nesses casos, o fato que se quer provar somente poderá ser considerado se for apresentado o instrumento público que ateste o referido ato.¹⁸

d) Os fatos que forem *considerados* inverossímeis (isto é, não críveis) ou cuja afirmação seja contrariada pelos elementos de prova que forem trazidos aos autos. Aqui o legislador estabelece que o magistrado fará um juízo de valor sobre os fatos diante da revelia, afastando a presunção por ausência de credibilidade das assertivas fáticas. Deveras, a presunção decorre de uma ponderação de probabilidade do fato alegado ter ocorrido, razão pela qual, se o juiz não se convencer da probabilidade do evento, afastará a incidência da presunção, o que implicará para o autor o ônus de demonstrar a sua ocorrência. Por outro lado, a existência de elementos de prova nos autos que apontem o contrário do alegado também implicará afastar a presunção.

Além das hipóteses apontadas no art. 345, impõe-se consignar que a reconvenção ofertada pelo réu, sem que este tenha também contestado, poderá afastar a incidência da revelia, ainda que não haja oferecimento da contestação: um exemplo dessa situação seria a demanda indenizatória decorrente de acidente automobilístico, na qual o réu, em lugar de contestar, atribui ao autor a responsabilidade pelo evento danoso¹⁹.

Réu revel não é réu derrotado, vencido; logo, a revelia não implica procedência do pedido. Portanto, ainda que os fatos narrados na exordial não precisem ser provados pelo autor, o juiz deverá examinar se deles decorrem as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, não sendo incomum que, apesar da revelia, o pedido possa ser julgado improcedente.

18 Cumpre lembrar que determinados fatos jurídicos e atos relevantes são objeto de registro público, condicionando a sua prova em juízo, conforme se verifica do rol dos artigos 9º e 10 do Código Civil.

19 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 2, p. 192.

A revelia implica outra consequência de ordem processual: os prazos para o réu revel fluirão da data da publicação do ato decisório no órgão oficial, conforme previsto no art. 346 do NCPC.

Em nosso sentir, há uma impropriedade técnica do novo CPC, quem nem sempre é apontada na doutrina corrente, qual seja, a confusão entre os conceitos de publicação e intimação.

Publicação é o ato de tornar público, isto é, acessível a qualquer um o conteúdo de uma decisão ou ato ordinatório. Assim, uma audiência ou sessão do tribunal é pública, sendo que os atos ali praticados são tornados públicos naquele momento. Do mesmo modo, quando o magistrado profere em seu gabinete uma decisão, sentença ou determina alguma providência, esses atos se tornarão públicos no momento em que as partes puderem ter acesso aos autos, *independentemente de qualquer ato de comunicação*. O fato de se tornar pública a decisão implica para o juiz (ou desembargadores, quando pronunciado o resultado do julgamento colegiado durante a sessão da câmara) a preclusão *pro judicato*, impedindo que se altere a decisão (art. 494 e 941 do NCPC), com as exceções legais decorrentes da correção de erros materiais ou decorrente de embargos de declaração.

Por seu turno, a intimação *é ato de comunicação*, cujas modalidades e conteúdos estão disciplinadas no NCPC (arts. 269 a 275). Assim, os diários oficiais são apenas o meio, a forma pela qual a intimação ocorre. Porém, tanto na prática, quanto na legislação, por vezes os conceitos são confundidos.

No regime do CPC de 1973, para o réu revel os prazos fluíam independentemente de intimação (pois não seria praticado tal ato, art. 322 do CPC de 1973), razão pela qual se considerava o termo *a quo* o momento em que a decisão se tornava pública, fato que não se confunde com a intimação veiculada pelo diário oficial.

O artigo 346 do NCPC é passível de críticas, considerando o sistema do processo eletrônico, decorrente da Lei do Processo Eletrônico (Lei Federal nº 11.419/2006), cujo espírito é incorporado pelo novo Estatuto Processual.

Com efeito, a intimação dos atos processuais será realizada, preferencialmente, por meio eletrônico. Ou seja, o ato de comunicação será

realizado via de regra diretamente às partes que possuem representação processual, o que torna desnecessária a sua veiculação pela imprensa (art. 270 do NCPC). Exigir ambas as atividades atenta contra o primado da eficiência e da economia, pois implicaria dupla atividade processual.

Além dessa questão, o artigo 224, incorporando o teor da Lei Federal 11.419/2006, estabelece duas situações distintas: a *disponibilização*, que torna público, disponível, acessível a qualquer pessoa o teor do evento processual, seja ele ato da parte adversa, seja ele despacho, decisão, sentença ou acórdão; e a *publicação*, que é o termo inicial para a contagem de prazos, entre outras hipóteses indicadas pelo artigo 231 do NCPC.

A distinção que se propõe aqui pode parecer um excesso de formalismo. Talvez, mas acreditamos que a boa técnica recomenda sua observação, inclusive por abreviar o curso do processo. Porém, o legislador determinou que os prazos para o revel possam fluir da publicação no diário oficial. Em nosso sentir, os prazos para o revel deveriam fluir sempre do momento em que o ato ou decisão se torna público, independentemente de ato de comunicação.

A intimação do revel somente se justifica para atos que ele tenha de praticar por si mesmo, como o depoimento pessoal, exibição de documento ou coisa ou o cumprimento da sentença. A doutrina corrente entende que mesmo o teor da sentença deve ser comunicado ao réu, para assegurar o contraditório.²⁰

Embora revel, o réu não está banido ou exilado do ambiente processual. Poderá ingressar na relação processual, assumindo o feito no estado em que se encontra. E, ressalvada a hipótese de nulidade da citação, o feito não retrocederá a fases anteriores. Assim, a intervenção posterior do réu revel não terá o condão de fazer o procedimento regredir a fases anteriores.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 2, p. 193.

4.2. O réu oferece defesas contra o processo

Ao optar por oferecer resposta, o réu possui um leque de opções de respostas, quer as defesas se voltem contra o processo, que elas seja direcionadas com o mérito da pretensão²¹.

Isso significa que o réu, ao oferecer defesas contra o processo, busca retardar a marcha processual ou buscar a sua extinção prematura, impedindo ou retardando, em virtude de um vício processual, que haja um pronunciamento sobre a existência ou não do direito.

Por outro lado, a defesa pode voltar-se contra o mérito do pedido, seja negando a ocorrência dos fatos narrados na inicial ou suas consequências, seja pela apresentação de outros fatos que podem neutralizar os efeitos jurídicos que favorecem a pretensão do autor.

Em torno dessas duas categorias, há diversas classificações doutrinárias, baseadas em critérios distintos. O primeiro critério que nos interessa é a sua cognição pelo órgão judiciário, quer ela tenha sido invocada ou não pela parte.

Com efeito, não é raro que o juiz, embora não tenha sido incitado pelas partes, se depare com questões (processuais ou de mérito) que podem influir no desenvolvimento do processo ou na solução da lide. A questão é separar as hipóteses em que ele está autorizado pela ordem jurídica a decidir tais questões sem que elas tenham sido opostas (ou seja, conhecer de ofício) e quando essa cognição lhe é vedada.

Conforme esse primeiro critério, as defesas se dividem em exceções e objeções.

Em princípio, as *exceções* (como sinônimo de defesa) não passíveis de exame de ofício pelo juiz, devendo ser suscitadas pela parte a quem aproveitem (sejam elas processuais ou de mérito). Assim, a existência da cláusula de arbitragem em um contrato, embora o juiz possa lê-la no instrumento, não pode ser examinada por ele para afastar o exercício

21 WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMANI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, págs. 328-329. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol 2. 17ª ed, págs. 123-125.

da jurisdição: somente o réu poderá invocá-la. Igualmente, certas questões relacionadas ao mérito da pretensão dependem de invocação pelo réu, como a existência de dolo, coação, estado de perigo ou lesão na celebração de um negócio jurídico, ainda que a narrativa ou elementos carreados aos autos permitam ao juiz deduzir que ocorreram: impõe-se que parte a quem aproveite invoque essas circunstâncias.

Por outro lado, as *objeções* são as circunstâncias que podem ser examinadas e decididas pelo juiz independentemente de provocação das partes, ou seja, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Tanto podem versar sobre questões processuais (*v.g.*, incompetência absoluta, o valor da causa [art. 292, §3º]) quanto podem referir-se a matérias de mérito (decadência, prescrição, impossibilidade jurídica do pedido).

Sobre a questão de ser ou não cognoscível de ofício, o novo CPC estabelece que o juiz não pode proferir o que se denomina doutrinariamente de “decisão surpresa”: decisão sobre ponto ou questão que não fora suscitado ou debatido pelas partes.

Os artigos 6º, 9º e 10 do novo CPC, na linha da cooperação dos sujeitos processuais, estabelecem que o juiz *deverá* promover o debate da questão, proporcionando um efetivo contraditório, ainda que a questão fosse passível de exame de ofício. Cuida-se da nova visão do contraditório, que impõe deveres ao juiz e assegura direitos às partes: dever de informação, direito de manifestação e o dever de apreciação ou exame.²² Outros autores denominam esse deveres/direitos de dever de diálogo, prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio²³. O novo CPC estabelece um contraditório dinâmico, onde efetivamente todos possam contribuir para a solução da controvérsia, não se limitando mais à audiência bilateral e possibilidade de reação.

22 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed, 102.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 1, págs. 76-78. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015*, págs. 16-17. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*, págs. 65-68.

A postura do magistrado deverá aumentar em transparência, pois esse, ao detectar alguma questão que possa ser examinada de ofício, deverá apresentá-la às partes, para que possam apresentar suas razões para o seu acolhimento ou rejeição.

De fato, figure-se a hipótese de o juiz considerar que exista prescrição, que não foi suscitada pelo réu. Numa visão mais apressada, o juiz não deveria pestanejar, sendo de rigor a declaração da prescrição, pois isso atenderia ao princípio da duração razoável do processo e economia processual.

Porém, como a prescrição depende da qualificação da relação jurídica, bem como pode ser afetada por outros fatos (ignorados pelo juiz e não suscitados pelas partes por razões diversas), é indispensável que seja proporcionado espaço para o debate da questão.

Com efeito, embora possa num momento parecer que exista um retardamento na solução, esse debate reduzirá o âmbito de discussão futura, especialmente pela redução do manejo de recursos, pois uma das principais razões de milhares de recursos é a insuficiência de debate e, conseqüentemente, da fundamentação.²⁴

Sobre outro critério, qual seja, o efeito sobre a marcha do processo ou sua aptidão para provocar a extinção do processo, as defesas processuais são denominadas dilatórias ou peremptórias. Aquelas, implicam apenas o retardamento da marcha processual, para que um determinado vício seja corrigido. Estas, por seu turno, implicam a extinção do processo sem a resolução da lide.

Enquanto o sistema processual de 1973 listava diversos meios para deduzir as mais variadas defesas (exceções de impedimento, suspeição e de incompetência relativa; impugnação ao valor da causa e ao benefício da assistência judiciária), o legislador de 2015 optou por aprimorar o conceito de concentração da defesa, de forma que o réu deverá deduzi-la integralmente numa só manifestação: contestação.

Com isso, algumas questões que surgiam com o oferecimento de determinadas defesas, como a suspensão do processo em razão da argui-

24 No exemplo figurado, qualquer que fosse a decisão do juiz, ela poderia suscitar um recurso com duplo fundamento. Acolhendo, haveria apelação com fundamento na violação do contraditório e no *error in iudicando* na decretação da prescrição. Rejeitando, caberia o agravo de instrumento (art. 1.015, II).

ção de incompetência relativa deixarão de ocorrer, pois o procedimento torna-se mais concentrado, dispensando a multiplicação de manifestações e incidentes.

Assim, questões que antes eram objeto de procedimentos próprios (impugnação ao valor da causa, exceção de incompetência relativa) foram agrupadas todas nas chamadas preliminares de contestação (art. 337), ressalvadas as questões relativas à imparcialidade do juiz (impedimento e suspeição), que continuarão a receber tratamento procedimental apartado (art. 146). Como veremos mais adiante, isso se refletirá na importância das providências preliminares.

4.3. O réu oferece defesas contra o mérito

Além das defesas processuais, o réu pode voltar-se contra o mérito da pretensão, podendo fazê-lo de duas formas: direta ou indiretamente.

As chamadas defesas *diretas* de mérito são aquelas que se voltam contra a existência dos fatos narrados na inicial ou as consequências jurídicas que o autor pretende ver acolhidas²⁵. Assim, a *função processual* da contestação quando ofertadas defesas diretas de mérito é estabelecer a controvérsia sobre as alegações *de fato* e *de direito* apresentadas.

Estabelecida a controvérsia, impõe-se a delimitação do ônus probatório: a quem cabe o ônus da demonstração de juízo das alegações. Por princípio, e por não ser o objeto de investigação deste ensaio, fixaremos a noção essencial que decorre do artigo 373 do NCPC: aquele que formula uma alegação deve prová-la. Assim, as alegações factuais do autor, ao serem impugnadas pelo réu, deverão ser demonstradas pelo autor por todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico.

Ainda no campo das defesas diretas, o réu pode impugnar as consequências jurídicas invocadas pelo autor. Isso significa que o réu pode afirmar que, apesar da ocorrência dos fatos invocados, as consequências jurídicas pretendidas não ocorrem ou são diversas das pretendidas, o que pode decorrer da qualificação jurídica da relação que fundamenta

25 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 636.

a pretensão. Por exemplo, o autor alega que celebrou um mútuo com o réu, ao entregar a ele uma determinada soma em dinheiro. O réu, ao contestar, não nega que tenha recebido a quantia, mas discute o título jurídico dessa entrega, alegando, por exemplo, que houve, em verdade, uma doação.

De outro lado, o réu pode oferecer as chamadas defesas indiretas: alega outros fatos juridicamente capazes de neutralizar (total ou parcialmente) a pretensão do autor, como, por exemplo, invocar a ocorrência de prescrição, decadência, pagamento, novação entre outros fatos que sejam capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito invocado pelo autor.

Nesse aspecto, as defesas indiretas de mérito produzem uma ampliação do objeto de cognição do juiz, promovendo um enriquecimento do leque de questões fáticas e jurídicas que deverão ser objeto de meditação e decisão pelo magistrado. E, nesse caso, em princípio, aplica-se o 373 do NCPC: ao réu caberá demonstrar a ocorrência desses fatos.

4.4. O réu oferece reconvenção

A última reação possível do réu é o oferecimento da reconvenção. Cuida-se agora do que se poderia chamar de contra-ataque do réu (agora chamado reconvinente), pois ele passa a deduzir uma pretensão em face do autor (denominado reconvindo). Então, teremos duas ações no que se convencionou chamar de *simultaneus processus*.

Decalcado esse instituto do princípio da economia processual, visa a reconvenção permitir a concentração de atividade cognitiva e probatória para solução de controvérsias que guardem conexão entre si. Deveras, as vantagens da concentração e economia processual somente existirão se houver compatibilidade, afinidade das questões postas nas respectivas demandas.

No regime do CPC de 1973, a reconvenção deveria ser ofertada, como regra, em peça processual distinta da contestação. Porém, o novo CPC adota solução distinta, determinando ainda maior concentração: a reconvenção será articulada na própria contestação.

Aqui se verifica a absorção pelo novo CPC das experiências decorrentes do rito sumário previsto no CPC de 1973 e do sistema processual

dos juizados especiais (Lei federal 9.099), que não permitiam a reconvenção, mas apenas o chamado pedido contraposto. Esse somente é admissível quando não há enriquecimento factual, pois deve se fundado nos mesmos fatos.

Embora não seja mais ofertada em peça apartada, impõe-se que ela observe, tanto quanto possível, a estrutura da petição inicial, com apresentação de seus fundamentos fáticos, jurídicos e pedidos respectivos. Segundo pensamos, como necessidade de dar efetividade à comunidade de trabalho que o novo sistema processual impõe, as partes deverão colaborar no sentido de formularem suas pretensões com o mínimo de estruturação cognitiva, a fim de facilitar a realização do contraditório e a fase ulterior de ordenamento do processo.

A reconvenção, sendo uma ação autônoma, deverá ser anotada no Distribuidor, competindo ao juiz ordenar tal providência de ofício. Em decorrência dessa autonomia, o NCPC repete a regra de que a desistência ou improcedência da ação não obsta o julgamento da reconvenção, razão pela qual não se estabelece uma relação de prejudicialidade com a sua apresentação. O art. 343, finalmente, põe fim à discussão sobre a possibilidade de ofertar apenas a reconvenção, sem a contestação.

5. Providências preliminares

5.1. Objetivo

Findo o prazo para contestação, com ou sem a sua apresentação (e eventual reconvenção), inicia-se a fase de saneamento do processo, com as providências preliminares que serão adotadas, a depender das reações esboçadas pelo réu, o que, inclusive, pode gerar um certo prolongamento concomitante da fase postulatória.

Visam as providências preliminares a preparar o desenvolvimento do processo, encaminhando-o aos estágios posteriores da relação processual, desde que essa esteja hígida para prosseguir, razão pela qual pode ocorrer o abrupto encerramento do processo.

Essa fase conta com a preponderância da atividade do juiz, que, ao exercer os poderes/deveres de direção do processo (art. 139), deverá examinar o entrechoque de condutas processuais apresentadas, a fim de

conduzir a relação processual para o seu destino adequado: resolução sem exame de mérito, resolução com exame de mérito com ou sem necessidade de instrução processual.

5.2. Reconvenção

A primeira observação que devemos fazer refere-se à oferta de reconvenção.

De fato, o NCPC, tanto quanto o CPC de 1973, referem-se ao início da fase de saneamento como ocorrente após o prazo para a contestação (art. 373). Porém, se houver oferecimento de reconvenção, o autor (agora, reconvindo) terá 15 dias para contestar a reconvenção (embora o art.343 mencione o termo resposta), pois a fase postulatória necessariamente se prolonga nesse momento.

Assim, o novo CPC perdeu uma oportunidade de suprir essa omissão, que seria a de acrescentar ao artigo 347 uma frase que tornaria mais precisa a demarcação dessa fase de transição: findo o prazo de contestação ou de resposta à reconvenção. Com essa redação, a lei abarcaria todas as hipóteses possíveis. Isso, inclusive, abarcaria as situações em que há intervenção de terceiros.

Outra questão que surge é se, ofertada a reconvenção, não seria o caso de designar nova audiência de tentativa de conciliação? Neste caso, o réu/reconvinte teria de deixar expresso que não possui interesse na conciliação? Afinal, não se pode exigir que, durante a fase de mediação ou conciliação o réu revele como irá responder (ou se irá contra-atacar). E, por outro lado, a apresentação de reconvenção pode suscitar uma revisão, por parte do autor, de eventual posição de recusa à conciliação ou mediação.

Com efeito, a reconvenção é uma ação, apenas em sentido contrário, o que, em princípio, exigira simetria de procedimento. Somente a entrada em vigor permitirá encontrar uma solução adequada. Pensamos que a questão implicará a fusão do período de resposta à reconvenção e o início das demais providências preliminares, em atenção à economia processual, razão pela qual o autor, no mesmo prazo, terá de se manifestar tanto sobre a contestação ofertada quanto sobre a reconvenção.

E, a depender da resposta que der à reconvenção (que tem a mesma natureza de contestação), abrir-se-á oportunidade para o réu-reconvinte apresentar réplica, pois o autor-reconvindo poderá opor defesas contra o processo e contra o mérito, quer diretas, quer indiretas.

5.3. Revelia: incidência ou não da presunção de veracidade

Embora o novo CPC estabeleça o que aparentemente seja uma ordem de exame pelo magistrado dos eventos processuais, na prática o raciocínio do juiz se desenvolve de outra maneira. Assim, a topologia do estatuto processual não representa corretamente o *iter* lógico que a mente do magistrado percorrerá ao analisar um determinado caso.

Seguindo a ordem do novo CPC, constando o magistrado a ausência de resposta do réu, ou seja, o fato jurídico processual da revelia, deverá examinar a incidência de seu efeito principal: presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor e a consequente dispensa da produção de outras provas.

Porém, mesmo não havendo contestação, o juiz se depara com uma questão prévia: a regularidade do processo. Essa é uma questão que logicamente tem de ser enfrentada e resolvida antes que se possa cogitar examinar a necessidade de instrução probatória de modo a viabilizar o julgamento do pedido.

O novo CPC, tal qual o modelo de 1973, estabelece que o juiz, ao receber a inicial, fará um exame de sua regularidade (art. 321), podendo, inclusive, indeferi-la (art 321, p. único, e art. 330). O intento do legislador é no sentido de que o processo se desenvolva de forma escorreita, evitando-se o prolongamento do procedimento em razão de questões de natureza formal, atento ao princípio da economia processual e da razoável duração dos processos.

Porém, o que se constata na prática? Em nossa experiência, o que constatamos é que tal exame acaba sendo relegado para a fase de providências preliminares, sendo que o juiz somente se debruça sobre elas após o ciclo de citação e defesa.

Infelizmente, não conhecemos estatísticas sobre esse ponto, se é que existem²⁶, mas não nos surpreenderíamos se a maioria das sentenças proferidas sem resolução de mérito tivessem como fundamento o reconhecimento de defeitos da petição inicial que poderiam ser detectados no primeiro contato do juiz com o processo.

Logo, a dicção do artigo 348 do CPC não deve deixar a ilusão sobre o que normalmente ocorre na prática.

Voltando à questão da revelia, em acréscimo ao que foi dito anteriormente, o juiz se depara com a necessidade de reconhecer ou não a incidência do efeito principal da revelia: a presunção de veracidade. Aqui, o magistrado se defronta com duas opções: a presunção é aplicável ou não é.

Em sendo aplicável a presunção, o juiz passa imediatamente para a fase decisória, conforme o artigo 355, que elenca as hipóteses de julgamento antecipado do mérito. O adjetivo “antecipado” é utilizado para destacar a abreviação do procedimento²⁷, pela dispensa de uma fase para produção de provas. Porém, na dinâmica processual, o julgamento no caso não é antecipado: ocorre no momento oportuno, pois o procedimento probatório é desnecessário.

Afinal, a ideia de antecipar é trazer para o presente algo que somente iria ocorrer em momento posterior (que é a ideia subjacente no instituto da tutela provisória, arts. 294 a 311). No caso de incidir o

26 Justiça em Números 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>, acesso em 30/1/2016. O exame desse relatório, dada a sua magnitude, não tem a capilaridade para o exame do problema proposto, pois sua metodologia comparara a atividade em sede de processo de conhecimento e execução, sem descer ao detalhe sobre a resolução de mérito ou não. No âmbito do TJSP, ao examinarmos um único mês [fevereiro de 2015], verificamos que foram proferidas 2.388 decisões com resolução de mérito e 2.066 sem resolução de mérito. Curiosamente, apenas 8 foram proferidas em sede de juízo monocrático (art. 557 do CPC de 1973). O número chama a atenção, pois o exame de questões processuais pode ser realizado monocraticamente, evitando-se o julgamento colegiado. (<http://www.tjsp.jus.br/Download/Transparencia/PrudSegundaInstancia/ProdSegundaInstFevereiro2015.pdf>). Embora não se possa concluir sobre a ocorrência de índices semelhantes em primeira instância, os hábitos do Tribunal podem nos dar uma pista do que sucede em primeira instância.

27 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 688. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*, pp 618-619.

efeito revelia, não há antecipação: é a solução natural, adotando-se caminho mais rápido para a sentença. Talvez a expressão mais correta do ponto de vista lógico seria “julgamento imediato” ou, como preconizado no CPC inglês, “julgamento sumário”.²⁸ Concluindo pela incidência da presunção decorrente da revelia, o juiz profere sentença, acolhendo ou rejeitando o pedido (art. 355, II).

Não havendo incidência dos efeitos da revelia²⁹, o juiz determinará ao autor que especifique os meios de prova que pretende produzir, para aferição da verdade dos fatos essenciais para a apreciação do pedido, desde que isso não tenha sido feito na petição inicial.

Embora o réu seja revel, nada impede que ingresse no feito posteriormente, sem que sua intervenção implique retrocesso do processo, nem novações por parte do autor (art 329, II e 346, parágrafo único). Ao fazê-lo, a partir desse momento, afastará o segundo efeito da revelia, devendo ser intimado o seu patrono dos demais atos posteriores.

O art. 349 estabelece, por outro lado, que o réu revel poderá produzir provas para contraposição das alegações do autor. Embora não tenha ofertado resposta, o réu revel poderá indicar meios de prova que pretenda produzir para contrapor aos fatos narrados pelo autor, desde que o faça antes do encerramento da fase instrutória.

28 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, pp 189-190: “Esse procedimento permite, ao autor ou ao réu (emenda incluída nas CPR em 1998) obter ganho de causa definitivo se puder provar que a pretensão ou a defesa da parte adversária não tem “chances reais” de sucesso. Trata-se de procedimento ágil. Permite que o autor evite atrasos, despesas e o inconveniente de levar o caso à audiência de instrução e julgamento. Os fatos são avaliados com base nas provas documentais. Esse tipo de prova pode consistir em declarações de verdade prestadas pela parte. [...] Segundo a norma que disciplina a hipótese: “O tribunal pode determinar o julgamento sumário contra o autor ou contra o réu para toda a ação ou para uma questão particular, se (a) considerar que (i) o autor não tem chances reais de êxito na causa ou na questão; ou (ii) o réu não tem chances reais de se defender com êxito na causa ou questão; e b) não há qualquer outro motivo para que o caso ou questão sejam levados a julgamento”. Mais, adiante, o autor esclarece sobre o julgamento à revelia no direito inglês, págs 196-197: “O julgamento à revelia é um importante instrumento para acelerar o processo. Envolve julgamento sem audiência, se o réu (a) deixa de apresentar o reconhecimento de citação; ou (b) deixa de apresentar defesa. O autor pode obter julgamento à revelia, se a ação for ‘por montante específico em dinheiro’; ou ‘valor em dinheiro, a ser determinado pela Justiça’; ou entrega de bens em que a petição inicial dá ao réu a alternativa de pagar o valor deles. [...] Em certos tipos de ações, não há julgamento à revelia.”

29 Comentadas no item 4.1 supra.

Isso quer dizer que a partir do momento em que o juiz afastar a presunção de veracidade decorrente da revelia, o réu poderá indicar e produzir provas, desde que o faça a tempo de praticar os atos necessários.

A questão chave que deve surgir é definir o que seja esse momento, especialmente se ultrapassados momentos previamente definidos para a prática atos necessários à colheita de determinadas provas (prova testemunhal ou perícia, arts 357, §§ 4º, e 5º; 465, §1º).

5.4. Defesas ofertadas

Havendo a apresentação de defesas (contra o processo ou contra o mérito), o juiz intimará o autor para se pronunciar sobre elas em 15 dias (arts 350 e 351). No mesmo prazo, deverá manifestar-se sobre eventual reconvenção, como corolário do contraditório.

Nesse particular, o novo CPC apresenta-se mais genérico sobre a questão da produção de provas. O CPC de 1973 restringia a possibilidade à produção de provas documentais (arts. 326 e 327 do CPC de 1973). O novo sistema processual refere-se, genericamente, a produção de provas.

Pelo teor de algumas questões que podem ser deduzidas em preliminar de contestação (art. 337), pode surgir a necessidade de produção de provas periciais ou orais, como pode ocorrer no deferimento indevido do benefício da gratuidade de justiça ou incorreção do valor da causa, questões essas que no regime de 1973 seriam tratadas em separado da causa.

Embora, na maioria dos casos, esses incidentes sejam resolvidos com base em documentos que sejam apresentados, não podemos excluir que determinadas situações demandem provas que não sejam documentais, especialmente para determinadas relações jurídicas ou situações de fato que não foram ou não são passíveis de documentação. Ou, ainda que documentadas, a realidade suplanta o retratado em documentos.

Assim, para essas duas situações (defesas processuais), o juiz poderá se ver compelido a determinar uma audiência ou perícia para colher as provas relativas a essas matérias, antes mesmo da decisão de saneamento. Outra opção será postergar a decisão sobre esses pontos, deixando para colher elementos durante a instrução de toda a causa.

Quanto às defesas de mérito, a imediata produção de provas ficará restrita às provas documentais, sendo que os demais meios serão examinados na decisão de saneamento.

Havendo irregularidades sanáveis, o juiz determinará sua correção no prazo máximo de 30 dias.

Como se depreende do conjunto de providências preliminares, essas exigem a apreensão do conteúdo das manifestações e eventos processuais. A mecânica processual depende, efetivamente, do confronto entre as atitudes de cada um dos sujeitos do processo, exigindo, assim, que o magistrado avalie o conjunto dos dados que lhe foram apresentados até esse momento, dando aplicação ao princípio da eficiência, evitando-se atividade processual desnecessária.

Atendidas ou dispensadas as providências preliminares, cumprirá ao magistrado deliberar sobre as 3 (três) possibilidades de julgamento conforme o estado do processo: a) proferir sentença sem resolução de mérito; b) proferir sentença com resolução de mérito, independentemente de outras provas; c) diante das insuficiência dos elementos dos autos, determinar a instrução do feito, mediante a decisão de saneamento.

6. Extinção do processo sem resolução de mérito

Do ponto de vista lógico e de eficiência do trabalho, o magistrado se depara primeiramente com a situação de que o processo não tem condições de chegar à resolução de mérito, por faltarem os pressupostos processuais ou condições da ação.

Há discussão doutrinária sobre a sobrevivência no novo CPC das chamadas condições da ação. Parte da doutrina entende que o novo CPC abandonou a divisão entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O órgão jurisdicional, ao examinar uma demanda, somente tem duas ordens de indagação: admissibilidade e mérito.³⁰ Segundo essa visão do fenômeno, o conceito de condições da ação desapareceria, absorvido pelos pressupostos processuais ou de pressupostos de admis-

30 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 304-305. O autor sustenta que esse entendimento também é avalizado por Cândido Rangel Dinamarco.

sibilidade. Além do fato de que o próprio Liebman considerava que a possibilidade jurídica do pedido seria absorvida pelo interesse de agir, o novo CPC não faz mais menção à categoria ou conceito de condições da ação, nas hipóteses de extinção sem resolução de mérito, a impossibilidade jurídica do pedido foi retirada.

Por seu turno, há autores que sustentam a permanência da categoria.³¹ Embora esse espaço seja reduzido para traçar todas as vicissitudes teóricas pelas quais passou a categoria condições da ação, temos para nós que a razão assiste a Alexandre de Freitas Câmara, sem prejuízo de maiores estudos sobre o tema no futuro que permitam nos convencer do contrário.

O argumento da ausência de falta de menção normativa a um determinado instituto não implica que ele não exista ou que o silêncio sobre sua existência decreta o seu funeral. Ainda que se argumente com a existência de hipóteses de improcedência liminar (art. 332), essas não são propriamente hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido, pois são situações em que os Tribunais Superiores deram uma determinada interpretação à normas federais ou constitucionais. O fundamento da improcedência é baseado na economia processual: o resultado da cognição é sabido de antemão, evitando-se assim a tramitação de um processo cujo resultado é certo, diante dos pronunciamentos anteriores das Cortes Brasileiras.

Ao revés, a história do direito brasileiro possui diversos exemplos de reconhecimento (ou denegação) de direitos que não possuíam expressão normativa positivada. Um exemplo está no reconhecimento dos direitos decorrentes da união estável, cuja positivação somente se deu com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º) e pela Lei Federal nº 9.278/1996. Até então, o reconhecimento (ou não) dos direitos decorrentes dessas uniões se fazia por meios de outros instrumentos jurídicos.

Ademais, a legislação brasileira lista algumas hipóteses que implicam a vedação em abstrato de determinados pedidos (que eram tratados

31 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Será o fim da categoria condições da ação? Uma resposta a Fredie Didier Jr.* Revista de Processo, vol. 197, p. 216-269.

como hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido): arts. 183, § 3º, 185 e 191, parágrafo único, da Constituição Federal.

Somente esses exemplos talvez sejam suficientes para continuarmos a trabalhar com o conceito de condições da ação, após 40 anos de sua aplicação entre nós, sem prejuízo de maiores e amplos debates sobre o tema.

Acaso o juiz detecte uma das hipóteses do artigo 485 do novo CPC, proferirá sentença de extinção sem resolução de mérito. Não passaremos em revista a cada uma das hipóteses, mas podemos agrupá-las nas seguintes categorias: a) ausência de requisitos de admissibilidade (art. 485, I, IV, V, VI, VII e IX: pressupostos processuais ou condições da ação); b) desinteresse das partes (art. 485, II, III e VIII).

A observação mais importante nesse caso é que a sentença proferida nessas condições é passível de retratação pelo juiz, quando for interposta apelação (§ 7º). Fundado no princípio da cooperação, da comunidade de trabalho entre partes e juiz, bem como na economia processual, a retratação nos casos em que extinção sem resolução de mérito poderá reduzir a carga de trabalho nos tribunais.

7. Extinção com resolução de mérito, sem instrução probatória

Da forma com está desenhado o sistema processual, o julgamento imediato ou sumário do pedido pode ocorrer em 3 (três) circunstâncias, sendo uma delas sem que se forme o contraditório e as outras duas após a formação do contraditório.

A primeira hipótese (sem necessidade de contraditório) está no chamado instituto da improcedência liminar do pedido (art. 332). Nas causas em que a questão seja exclusivamente de direito ou não demandem fase instrutória (logo, cuidam-se de situações em que a prova é documental, pré-constituída), o juiz poderá desde logo rejeitar o pedido (art. 487, I), desde que a hipótese dos autos contrariar o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores (incisos I e II) ou julgamento estabelecidos em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (arts. 947 e 976 a 987) ou haja enunciado do Tribunal Justiça sobre direito local. Está inclusa, outrossim, a hipótese de reconhecimento de prescrição e decadência.

Cuida-se de salutar instituto para evitar a litigiosidade repetitiva e inútil, ou seja, aquela que veicule pretensão rejeitada *a priori* pelo sistema judiciário, ante o julgamento prévio da mesma questão jurídica. As chances de sucesso da demanda são nulas, por haver entendimento pacificado ou de natureza vinculante em sentido adverso à pretensão.

Aqui, como na extinção sem resolução de mérito, existe a possibilidade de retratação pelo juiz, caso haja apelação (fundada, por exemplo, no errôneo juízo de identidade entre a espécie sob julgamento e aquela prevista nos enunciados dos Tribunais, locais ou superiores), prosseguindo-se a demanda nos seus ulteriores termos. Não se retratando o juiz, o réu será citado para oferecer contrarrazões.

A segunda hipótese de resolução de mérito, independentemente de instrução probatória, está no reconhecimento da prescrição, decadência ou na homologação do reconhecimento da procedência do pedido, da renúncia à pretensão ou transação.

No reconhecimento de prescrição ou de decadência é dispensável a produção de provas, pois a eventual controvérsia factual normalmente se resolverá à luz dos documentos apresentados, ainda que seja necessário examinar questões como suspensão ou interrupção da prescrição.

Por seu turno, as hipóteses do inciso III do artigo 487 implicam, em verdade, não o julgamento da pretensão, mas exame formal da validade dos atos abdicativos (reconhecimento da procedência do pedido ou renúncia) ou dos atos de autocomposição.

A terceira hipótese de resolução do mérito sem instrução probatória decorre da desnecessidade, seja pelo teor da controvérsia, seja pela presunção decorrente da revelia (art. 355).

O inciso I do referido artigo refere “não houver necessidade” de produção de outras provas. Em nosso entendimento, essa situação pode ocorrer em várias situações.

A questão é exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, as provas necessárias são documentais, já fazendo parte dos autos, tanto pela iniciativa do autor, quanto do réu.

Mas essas não são as únicas situações. A falta de necessidade de produção de provas pode decorrer da circunstância de que as provas já foram produzidas.

Nesse aspecto, as provas dos fatos arrolados na exordial podem ter sido antecipadas³² (art. 381 a 383), razão pela qual já serão apresentadas com a petição inicial, o que exclui a abertura de uma fase probatória. Claro que, nesse caso, a prova antecipada deve abranger todos os fatos em que se escora a pretensão.

A vida moderna, especialmente pela disseminação do uso dos meios eletrônicos (internet e redes sociais), fizeram emergir a necessidade de registrar a ocorrência de fatos nos chamados ambientes virtuais, razão pela qual pode ser empregada a *ata notarial* (art 384): são a documentação ou registro de fatos ou modo de existir de fatos, realizada pelo tabelião, o qual registra aquilo que lhe chega pelos órgãos sensoriais, preservando-os como prova pré-constituída. Assim, a produção dessa prova antecede a existência do processo, sendo introduzida com a inicial ou com a contestação, ficando para a etapa do julgamento a sua admissão e valoração.

Por outro lado, a prova dos fatos narrados pode ser trasladada para os autos por meio da prova emprestada, que recebeu reconhecimento expresso do novo CPC (art. 372), ao contrário do CPC de 1973 que silenciava a seu respeito, sendo que o seu tratamento sempre se deu no âmbito da doutrina. Cuida-se da prova de fato produzida em outro processo, ficando sua apreciação condicionada à observância do contraditório, entre outros aspectos³³. Embora os autores tratem da prova emprestada, cujo ingresso se dá no feito como prova documental,³⁴ há autores que advertem que documentação da prova (que, no processo *a*

32 Aqui, o adjetivo *antecipadas* é plenamente justificável, pois há a inversão de fases processuais, sendo que a colheita dessas provas se faz antes do momento adequado no processo ou até mesmo antes de ser deduzida a pretensão em juízo.

33 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 143-144: “A prova, naturalmente presta-se ao processo onde foi produzida, mas é admissível, em alguns casos, o seu encaminhamento para outro processo (aquisição), visando ao seu aproveitamento, além dos limites originais, que podemos denominar de comunhão externa: é, normalmente, a prova emprestada. [...] A prova emprestada é aquela que, tendo sido produzida em determinado processo, ingressa em outro, como prova documental. Na origem a prova já foi produzida, no destino, como prova emprestada, esta deve se submeter ainda às seguintes etapas: produção (ingresso), admissão (aquisição) e valoração (comunhão). A prova emprestada é prova atípica, cujo ingresso se dá conforme tratado no princípio da atipicidade, devendo ser superados os três problemas já tratados e indicados por Barbosa Moreira: (i) *risco de ilegalidade*; (ii) *contraditório*; e (iii) *valoração da prova atípica*”.

34 FERREIRA, William Santos. Obra citada, p. 143.

quo pode ser um depoimento de testemunha ou um laudo pericial) não desfigura a sua natureza.³⁵

Assim, nas situações retro descritas, não há necessidade de prolongamento do procedimento para uma fase destinada a colheita de provas, estando a causa madura para o julgamento.

O artigo 355, II, estabelece a última hipótese de julgamento imediato do mérito: a aplicação da presunção de veracidade dos fatos, decorrente da revelia, com a condição de que não tenha havido, por parte do réu, requerimento tempestivo de provas contrapostas, como permitido no artigo 349 do novo CPC³⁶.

Como alertamos anteriormente, o maior problema que se apresentará na prática é delimitar o momento considerado apto à prática dos

35 CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª edição, Vol. IV, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2008. As referências aos artigos são ao CPC de 1973, mas plenamente válidas para o novo CPC: “Essa peça pode ser a documentação de depoimento pessoal, de testemunho ou de inspeção judicial, bem como de laudo e parecer técnico (inclusive eventuais esclarecimentos de perito e assistente) ou outro documento qualquer. O documento trasladado não envolve problemas especiais, mas seu valor probante estará condicionado à sua válida produção, inclusive com estreita observância do contraditório no processo *a quo*, do qual tenha participado a parte contra a qual se pretende fazer prova no processo subsequente. Naturalmente, na sua introdução neste processo, deve a prova emprestada ser de novo submetida, como tal, ao contraditório constitucional. Observa-se que o juiz do novo processo tem o dever de avaliá-la à luz das demais provas de que dispuser, cumprido, assim, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil. Por outro lado, é claro que as restrições porventura opostas por lei à admissibilidade do tipo de prova veiculado pelo empréstimo terão aplicação à prova empresta, pois sua incorporação em documento não transmuda a sua natureza. Deste modo, por exemplo, quando se tratar de fato que só por documento puder ser provado (Código de Processo Civil, artigo 400, II), não se admite que venha a ser demonstrado por prova emprestada tendo por objeto prova testemunhal”.

36 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 690. Impõe-se destacar uma questão: o juiz não pode, ao aplicar a presunção de veracidade decorrente da revelia ou mesmo na hipótese do art. 355, I, julgar o pedido improcedente pelo fato de que o autor não demonstrou a ocorrência dos fatos. Assim, o julgamento com base no artigo 355 deve fundar-se em qualquer outro motivo, jamais no descumprimento do ônus da prova. Conforme o Prof. Fredie Didier Jr., haveria violação ao dever de lealdade processual e cooperação. Sobre esse tipo de comportamento contraditório que às vezes sucede no foro, um colega da Procuradoria Geral do Estado, Dr. Luis Cláudio Manfio, durante um almoço, cunhou uma paráfrase da litigância de má-fé: a judicatura de má-fé. Afinal, se as partes deve guardar procedimento *probo nos incidentes* do processo, igual dever se impõe ao magistrado. A sobrecarga de trabalho que existe (e reconhecemos), não pode servir de justificativa para certas situações que violam a lealdade processual, que se aplica não só às partes, mas a todos os que interfiram no processo, inclusive o juiz.

atos necessários à produção das provas. Afinal, a dicção do artigo 355, II, parece indicar que basta que haja o requerimento do réu nos termos do art. 349.

Porém, a interpretação sistemática não permite essa singela conclusão. A depender do fluxo de trabalho em determinados órgãos do Poder Judiciário, entre o término do prazo para contestar e o fim das providências preliminares, pode mediar considerável espaço de tempo. Em outros, ao revés, o tempo poderá fluir mais rapidamente, fazendo surgir situações inquietantes para os operadores do direito.

Como o legislador não fixou um momento preclusivo certo, mas utilizou um conceito indeterminado, ficará a cargo do juiz resolver se o ingresso do réu revel é tempestivo para justificar a produção da contra-prova. Somente a experiência futura mostrará se nossas preocupações procedem ou não, de modo que a jurisprudência destile, com sabedoria, uma solução que preserve o contraditório e a rápida solução dos litígios.

Por derradeiro, a ausência de controvérsia sobre os fatos ou a desnecessidade de instrução probatória podem não ser sobre todos os fatos e pedidos, o que permitirá a resolução parcial do mérito (art. 356).

Cuida-se de instituto ligado à garantia constitucional da rápida resolução dos conflitos: havendo possibilidade de decisão imediata de parte da lide, não se justifica aguardar todo o iter procedimental para essa decisão.

Assim, pode ocorrer que o juiz decida sobre parte do mérito, sem prejuízo de iniciar a fase instrutória para a parte não decidida: por exemplo, numa demanda em que são postulados danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, não exista controvérsia sobre a ocorrência e extensão dos danos emergentes, seguindo controvertidos os lucros cessante e danos morais.

Porém, nos estreitos limites deste ensaio, não será possível tratar de todos os desdobramentos que a utilização dessa decomposição do julgamento pode ensejar, razão pela qual deixamos apenas o registro, deixando-a para os mais doutos ou outro artigo.

8. Organização e saneamento do processo

Não ocorrendo nenhuma das situações que impliquem a extinção do processo, com ou sem resolução de mérito, cumprirá ao juiz e às partes proceder à organização e saneamento do processo (art. 357).

Essa é a principal inovação do novo CPC: o chamado saneamento compartilhado. Ao contrário do sistema processual em vias de extinção, o novo regime processual implicará maior e efetiva participação do autor e réu na preparação da demanda para a fase instrutória, como decorrência do dever de cooperação entre os sujeitos do processo, como decorrência da implementação efetiva do princípio do contraditório, dinâmico e participativo, como observam Theodoro Jr. e outros:

Assim, com o novo CPC se constata que o sistema normativo exorciza a incrustada versão que imprime aos princípios constitucionais essência meramente formal, acomodando as partes e seus advogados em um arranjo afetado e ficcional em que o conteúdo legítimo de democrático de uma decisão soçobra diante das pré-compreensões para as quais o decisor obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar. Os princípios constitucionalizados do processo exigirão do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão: ele não pode decidir questões de ofício sem consulta prévia às partes; não pode citar leis/precedentes/súmulas sem mostrar como elas se aplicam ao caso; não pode fazer “ponderações” de princípios sem igualmente mostrar sua pertinência às especificidades dos autos. Tudo isso implica o reconhecimento legal de uma renovada ideia de contraditório que já defendemos há anos. Tais princípios, mais do que nunca, serão compreendidos como normas retoras do processo no dia a dia dos profissionais.

Busca-se, assim, publicizar-se o debate processual entre todos os sujeitos processuais, de forma que o processo deixe de ser formado por atos isolados dos sujeitos processuais e passe a ser o produto da participação deles na formação do provimento jurisdicional. Reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final.³⁷

37 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 101.

Essa nova visão que deve ser utilizada pelos operadores do direito implica reconhecer que o contraditório implica reduzir protagonismo do juiz, ampliando a efetiva participação das partes no processo, com a geração de direitos e deveres entre os sujeitos processuais:

Nessa renovada análise do sistema processual o princípio constitucional do contraditório ganha nítido destaque ao garantir uma busca de simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercer um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura.

Ele se desenvolve nos deveres de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração para as partes:

O dever de informação (*informationspflicht*) ou de orientação (*Rechts auf Orientierung*) de todas as movimentações processuais, induz o juiz à necessidade de advertir as partes acerca de pontos de fato, de direito, processuais ou materiais relevantes para a causa (*terza via*), buscando a efetiva participação ativa das partes. Não se trata de uma tarefa assistencialista do magistrado. Busca-se a prática responsável e técnica pelos sujeitos contrapostos de seus papéis.

O **direito de manifestação**, que induz às partes a assunção de seu efetivo papel ativo durante o processo, se liga à garantia de fundamentação, ao exigir do juiz a análise dos fatos e fundamentos discutidos previamente no processo. A manifestação deve ser dar, em regra, antes da decisão (princípio da anterioridade *Vorheringkeitsgrundsatz*), mas se admite, em hipóteses de urgência, por exemplo, sua efetivação diferida. O recurso viabiliza essa oportunidade diferida de contraditório.

E o **dever do juiz de levar em consideração os argumentos das partes** (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kennntnisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*), está posto no § 1º do art. 489 do NCPC.

Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado, como aludido no item anterior, tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*)

sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção, encampada especialmente no art. 10 do novo CPC, mas que gera projeção em inúmeros outros preceitos (*u.g.* arts. 7^o e 927), significa que não se pode mais acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gera uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.^{38 39}

Vejamos a seguir como ficou delineada a organização e saneamento do processo.

Sendo o processo o instrumento para a resolução de conflitos, é indispensável que esteja apto a realizar sua função social. Daí a necessidade de organização e saneamento do processo, para a qual há necessidade de trabalho conjunto das partes e do magistrado.

Consiste o saneamento na verificação da aptidão do processo para a abertura da fase instrutória, com a delimitação do objeto da atividade probatória, a determinação dos meios probatórios adequados para essa

38 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Obra citada, págs 101-103. Grifos no original.

39 Essa nova compreensão do contraditório, especialmente o dever de consideração do magistrado para com as alegações das partes é fundamental para que se alcance o sucesso na missão do processo, da pacificação com justiça. Afinal, os tribunais vêm adotando com verdade absoluta o mote de que não estão obrigados a responder a todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo, podendo o juiz ater-se ao que considerar mais importante. Veja esta ementa (AgRg No AREsp 750650/RJ, Dje 30/9/2015), com grifos nossos: PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 393/STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. **Está sedimentado nesta Corte o posicionamento de que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas**, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, porquanto cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, ao teor do art. 131 do Código de Processo Civil.

finalidade, a fixação das questões jurídicas que deverão ser apreciadas para, posteriormente, permitir a decisão do conflito.

Na organização e saneamento, objetiva-se direcionar as atividades probatórias para a resolução efetiva da controvérsia sobre a ocorrência dos fatos, suas causas, sua extensão, seus efeitos, sem as quais, não poderá o magistrado decidir efetivamente. E, com base nessas constatações, permitir que o juiz resolva as questões jurídicas, especialmente a questão das *qualificações*, como bem apresentado pelo mestre Vicente Ráo e, dada a sua importância, é de transcrição obrigatória:

O problema das *qualificações* não diz respeito apenas aos conflitos entre leis no espaço; também se manifesta, por modo geral, sempre e quando as normas jurídicas forem invocadas para disciplinar uma situação de fato que ao direito interesse.

Duas operações iniciais se reclamam de todos quantos, juízes, juristas, administradores públicos, forem incumbidos de executar e aplicar as normas obrigatórias de direito:

a) a primeira consiste na análise da situação de fato considerada em si e fora da esfera jurídica; b) a segunda procura indagar se esta situação é, ou não, disciplinada pelo direito e, em caso afirmativo, qual é a norma jurídica que se lhe deve aplicar e até que ponto a mesma situação nela se enquadra.

Por tenderem a um só e mesmo objetivo final, as duas operações são conexas; mas a elas se deve proceder sucessivamente e não concomitantemente.

A primeira, no dizer de autorizado jurista, deve considerar a situação de fato *na sua individualidade concreta, segundo o seu conteúdo de espírito e pensamento e de conformidade com o sentimento que recebe no ambiente social em que se verifica; deve ser considerada, ademais, como se despida fosse de qualquer definição jurídica.*

É operação preliminar, em relação à segunda, que se realiza, essa, sim, no campo do direito.

Com maior evidência se destaca a necessidade dessa precedência lógica, diz o mesmo jurista, nas relações de direito privado, nas quais aos próprios agentes incumbe determinar os objetivos práticos visados e

designá-los por meio de palavras adotadas segundo o significado corrente que a linguagem comum lhes atribui. E, assim, cumpre ao intérprete, preliminarmente, reconstituir o conteúdo dessa relação, os fins por ela visados e o sentido fiel das palavras que exteriorizam a vontade das partes.

Só depois de colhido o resultado dessa operação preliminar é que a segunda operação se inicia, para se indagar se aquela espécie de fato, já examinada em si, incide ou não na disciplina, ou tutela, do direito normativo e, incidindo, qual é a norma que lhe diz respeito.

Nessa segunda fase, portanto, a situação ou relação de fato não é mais examinada isoladamente, mas em confronto com o direito, que a submete ao processo de *qualificação jurídica*.

Quando se apuram e reconstituem os elementos de fato da situação examinada, encerra-se o que se poderia chamar *diagnóstico do fato*; e, a seguir, inicia-se o *diagnóstico jurídico* da mesma situação, *qualificando-se*, isso é, definindo-se o fato perante o direito.⁴⁰

Com efeito, a análise dos fatos e a sua qualificação é feita por todos os operadores do direito. O autor, ao narrar os fatos, procede da forma descrita acima. O réu, ao contestar, também realiza a análise dos fatos e sua qualificação. Por fim, o juiz, à luz do debate travado pelas partes e das provas, procederá o diagnóstico dos fatos provados, bem como a sua respectiva qualificação, o que lhe permitirá localizar a norma aplicável, interpretá-la e aplicá-la ao caso concreto, dando a solução jurídica para a controvérsia: resolução do mérito⁴¹.

40 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed, págs. 487-488.

41 RÁO, Vicente. *Obra citada*, págs. 550-551: "A aplicação dos preceitos normativos consiste na sujeição de um fato da vida a uma regra jurídica correspondente, por modo a produzir determinada consequência de direito. É o ato final, a praticar-se no ciclo que se inicia com o diagnóstico do fato, prossegue com o diagnóstico jurídico e se encerra com a aplicação do direito, que corresponde ao tratamento jurídico do caso concreto. [...] Ciência e técnica aqui se reúnem à procura da certeza, na distribuição da Justiça. Mas, a ciência e a técnica nada representam se o juiz, a um elevado grau de intuição humana e jurídica, não acrescentar as virtudes mais apuradas do saber e da independência. A razão, escudada nos sentidos, disse Dante em um tópico do *Paraíso*, tem asas curtas e Pascal, em lance amargo, escreveu que "homem é um ser repleto de erros: nada lhe mostra a verdade, a razão e os sentidos, além de faltarem, com frequência, de sinceridade, reciprocamente se enganam. Os sentidos enganam a razão com falsas aparências e as próprias ilusões que lhe causam, eles as recebem de volta. As paixões da alma perturbam os sentidos e neles produzem impressões deploráveis. Men-

Porém, o sucesso da empreitada depende da preparação que for realizada antes da colheita dos elementos probatórios e a correta delimitação das questões que deverão ser examinadas pelo juiz. Vejamos como se processa essa importante fase.

No sistema processual de 1973, em princípio haveria uma audiência para a tentativa de conciliação e, frustrada essa, o juiz iria delimitar as questões controvertidas, decidiria sobre as provas e resolveria as questões processuais pendentes.

O novo CPC transfere a tentativa de conciliação para a fase postulatória antes que o réu ofereça contestação. Essa é a primeira alteração do novo regime.

O artigo 357 estabelece o *conteúdo* da decisão de saneamento, razão pela qual o juiz deverá decidir de modo analítico, especificando as conclusões que tenha sobre cada um dos incisos relacionados ao *caput*:

- a) solução de questões processuais pendentes;
- b) fixar as questões de fato controvertidas, especificando e deferindo as provas que forem pertinentes para a sua solução;
- c) indicar, conforme os fatos controvertidos, a quem toca o ônus da demonstração, observando-se o disposto no art. 373;
- d) fixar as questões de direito relevantes para a decisão, isto é, a questões jurídicas necessárias para resolução do conflito;
- e) havendo necessidade, designar audiência de instrução e julgamento.

Examinemos cada uma delas em separado.

8.1. Resolução das questões processuais pendentes

Como é intuitivo, essa resolução de questões processuais implica rejeição das matérias que poderiam levar à extinção do processo sem

tem e se enganam, a mais não poder”. Todos os juízes deveriam ler, ao iniciarem a carreira, a vasta literatura referente aos erros judiciários e meditar profundamente sobre a fraqueza das faculdades humanas. É nobre, entre as mais nobres, a arte de julgar; mas é arte de tremendas responsabilidades, que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a própria vida dos que batem às portas da Justiça, ou perante a Justiça são arrastados.”

resolução de mérito. Acaso fossem acolhidas, estaríamos diante de julgamento imediato (art. 354).

Assim, o juiz deverá resolver, de ofício ou diante do teor da contestação, as questões referentes à admissibilidade do processo, listadas no artigo 337, que são questões preliminares da contestação. O exame pode e deve ser realizado de ofício, com exceção da arguição de convenção de arbitragem (art. 337, § 5º).

São hipóteses que determinam a impossibilidade do exame de mérito ou impedem o desenvolvimento da relação processual, ao menos, até que seja sanado o vício apontado.

Com a adoção do método concentrado de cognição das questões processuais, abolindo-se as exceções rituais em separado, reservadas apenas para o impedimento ou suspeição, a decisão de saneamento obrigatoriamente terá de resolvê-las todas, fundamentadamente.

Com efeito, parte das questões processuais mais relevantes eram resolvidas em incidentes processuais próprios (incompetência relativa, impugnação ao valor da causa e impugnação à concessão do benefício da gratuidade), segregando-se determinados assuntos por exigirem cognição ou instrução especial, cada qual comportava uma decisão autônoma dotada de fundamentação própria, gerando, assim, a possibilidade de recursos específicos para cada uma delas. Logo, as questões processuais poderiam, em tese, gerar 4 recursos distintos, (3 agravos e 1 apelação, prevista na Lei 1.060/1950).

O novo sistema, ao carrear as questões processuais para decisão de saneamento, amplia a carga cognitiva do juiz, que terá de lidar com diversas questões de ordem processual simultaneamente.

Porém, a concentração da atividade processual, corolário do princípio da oralidade, vem acompanhada de outra característica desse princípio: a irrecurribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Dúvida não há sobre a natureza da decisão de saneamento: é interlocutória, pois implica a solução de uma questão incidente no processo, mas sem resolver o mérito da pretensão (ressalvadas algumas exceções, conforme o disposto no art. 203, § 2º). Porém, a recorribilidade dessas decisões é restrita: as hipóteses são taxativamente previstas no art. 1.015 do CPC ou em outros dispositivos do Código.

Assim, a parte que se considerar lesada com a decisão terá de observar se o tema é passível de agravo de instrumento ou se esse poderá ser veiculado na apelação em caso de ser vencida na demanda (art. 1.009, § 1º). Conforme a situação, deverá manejar o agravo de instrumento, sob pena de preclusão, ou então suscitar a questão como preliminar do recurso de apelação (e, não o fazendo, haverá preclusão).

8.2. Fixar os pontos de fato para guiar a atividade probatória e seleção dos meios de prova. Distribuição do ônus da prova

Da colisão entre as alegações do autor e as reações do réu resulta que os fatos estão controvertidos, razão pela qual devem ser provados ao juiz, para que se possa acolher ou rejeitar o pedido.

Assim, o chamado princípio da eventualidade da defesa, bem como o ônus da impugnação específica (arts. 336 e 341), cumpre a função sistêmica na mecânica do processo: de concentrar o foco da cognição judicial sobre as questões de fato essenciais, razão pela qual a atividade probatória deverá ser calibrada no mesmo sentido.

Por essa razão, a delimitação dos fatos controvertidos cumpre a dupla função no sistema processual: a) por em evidência (destaque) o que deve ser provado; b) valorar quais os meios aptos a essa demonstração.

Embora o sistema processual admita um leque de meios de prova (era assim no sistema de 1973 e será assim na vigência do sistema de 2015), existem restrições ao uso de determinados meios de prova para a demonstração de certos fatos. Por essa razão, por exemplo, os negócios jurídicos cuja forma condicione a própria existência da relação jurídica somente admitem determinados meios de prova: a forma pública (art. 108 do Código Civil).

Por outro lado, determinados negócios jurídicos somente admitem prova exclusivamente testemunhal se o valor for inferior a 10 (dez) salários mínimos (art. 227 Código Civil). Acima desse valor, exige-se que exista princípio de prova documental (art. 227, parágrafo único do Código Civil; arts. 444 e 445 do novo CPC).

São normas que guiam a atividade probatória e são de observância estrita pelo juiz, pois a sua inobservância implicaria admitir no processo

uma prova que é vedada pelo ordenamento. As vedações a certas provas ou meios de prova podem decorrer de proibições do direito material (por exemplo, a vedação à tortura), quanto ao direito processual (por exemplo, a exclusão da prova testemunhal para provar a aquisição de um bem imóvel).

Essa distinção é tratada pela doutrina pátria e estrangeira, embora no Brasil, com a proibição das provas ilícitas, explicitamente contemplada na Constituição Federal, alguns autores entendam que a distinção tenha deixado de ser relevante.⁴²

Essa é a parte essencial e mais delicada dessa fase, que determinará o êxito da atividade probatória, para que esta não fique sem rumo definido. Sem a correta definição dos fatos controvertidos e dos meios adequados (e lícitos) de prova, a atividade instrutória pode ficar à deri-

42 GRINOVER, ADA PELEGRINI. *Provas Ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 16, p. 97-108. Não temos aqui espaço para a rica discussão sobre as provas ilícitas. Porém, entendemos que a distinção estabelecida por Pietro Nuvolone tem toda pertinência, conforme citado por Ada Pelegrini Grinover: “Antes de mais nada, parece importante o entendimento terminológico sobre o tema a ser exposto, porquanto a doutrina usa nomenclatura heterogênea, que pode dar margem a confusão: às vezes essas provas são qualificadas como ilícitas, outras vezes são chamadas ilegítimas, outras ainda, proibidas; alguns falam em provas ilegalmente admitidas, outros em provas ilicitamente produzidas, estabelecendo assim distinções mais diversas, a complicar o entendimento da matéria. Como palavras são, antes de mais nada, uma convenção, vamos então convencionar a respeito do significado a ser atribuído, pelo menos nesse momento, ao termos qualificadores dos conceitos que utilizaremos. Para tanto, adotarei a terminologia empregada sobre o tema pelo Professor Pietro Nuvolone, da Universidade de Milão: nessa terminologia, a prova é proibida ou vedada sempre que infringe norma de caráter legal ou constitucional. Nesse mesmo caso, a prova pode também ser denominada ilegal ou ilegalmente produzida.

Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone “prova ilícita”. Quando a prova pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo “prova ilegítima”. Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoque, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada sendo este de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova será ilegítima. No segundo plano, a distinção é estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita, infringindo, portanto, norma material, quando for “colhida” de forma que transgrida regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quando for “produzida” no processo, em violação a norma processual. Repetindo, a “prova ilícita” diz respeito à transgressão de direito material, ocorrendo a violação no momento da colheita da prova; prova ilegítima por sua vez, diz respeito à transgressão de regra de caráter processual, ocorrendo em momento processual posterior à sua colheita, ou seja, no momento da sua produção, de sua introdução no processo”.

va, com a realização de atos inúteis para o esclarecimento da realidade, o que certamente comprometerá a decisão final.

Os leitores devem, ao longo de sua experiência nas lides forenses, lembrar-se de ao menos uma dezena de casos em que foi requerida e deferida produção de provas orais, por exemplo, cuja colheita não resulta em produção de elementos de convicção que permitam ao juiz decidir a causa. Não raro, por exemplo, em ações anulatórias, requer-se a inquirição de testemunhas para desconstituir atos administrativos, sendo a prova impertinente para a resolução da controvérsia.

Por essa razão, a fixação dos fatos a serem provados é imprescindível, devendo o magistrado cotejar as manifestações das partes (inicial, contestação, réplica, tréplica) e os documentos apresentados, para verificar que fatos são efetivamente controversos, bem como se não existe já material probatório suficiente, de modo a evitar atividade processual inútil ou protelatória, liberando a pauta de audiências dos juízes para a realização efetiva das audiências necessárias.

Devemos lembrar que, não obstante a Constituição Federal garanta o exercício da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, a garantia constitucional não é um “salvo conduto” para atividades instrutórias inúteis. Essa garantia é contrabalançada pela garantia constitucional da razoável duração dos processos, razão pela qual a definição real e efetiva do âmbito da controvérsia implicará o imediato balanceamento ou ponderação entre as garantias constitucionais.

Com efeito, o magistrado não deve temer a eventual alegação de cerceamento de defesa. Muitos magistrados, ao olhar para essa verdadeira “espada de Dâmocles”, preferem seguir a via de menor resistência, deferindo a produção da prova requerida pelo litigante, ainda que não haja necessidade da produção da prova (e, posteriormente, se constate a sua ineficácia). Por seu turno, a parte adversa abstêm-se de recorrer de decisões desse jaez, alimentando, assim, um ciclo vicioso, que acaba por comprometer o sistema judiciário como um todo: diligências inúteis, maior sobrecarga para as partes, aumento da taxa de congestionamento dos Tribunais.

Não só as provas orais podem ser objeto de requerimento de provas impertinentes. Não raro, são solicitadas provas periciais e, entre os quesitos, inserem-se perguntas relativas à validade de títulos (sem que o

objeto da perícia seja esse), transferindo, indevidamente, análises jurídicas sobre documentos ou títulos para o perito.

Convém lembrar, novamente, a necessidade da fixação dos pontos controvertidos, bem como o cotejo dos elementos probatórios já constante dos autos, para delimitar o escopo da prova pericial (art. 464), que poderá ser simplificada, o que tornará sua produção mais célere e menos onerosa. Aliás, o juiz poderá dispensar a produção de prova pericial, caso as partes tenham produzido, com a inicial ou contestação, pareceres técnicos que o magistrado considerar suficientes (art. 472). Essa suficiência está atrelada a um exame entre as alegações das partes e o conhecimento técnico que emana desses pareceres, capazes de proporcionar o convencimento do magistrado sobre o tema. Quanto melhores forem esses pareceres (do ponto de vista técnico), maior será a possibilidade de dispensa da prova pericial.

Outra questão que deverá ser resolvida pelo juiz é a necessidade de mais de um perito, quando a controvérsia abranger mais de uma área do conhecimento humano, por exemplo, engenharia e contabilidade; ou engenharia (avaliação) e agronomia. Como o perito deve ser especializado no objeto da perícia (art. 465), não se deve admitir que o perito nomeado invoque a complexidade do objeto controvertido para justificar a contratação de outros especialistas (terceirização da perícia), à revelia do juiz e das partes.

A atribuição de nomear os peritos é do juiz, além de ser uma exigência do devido processo legal: o perito “terceirizado” não pode ser impugnado pelas partes, inclusive sobre a questão do próprio conhecimento técnico. Portanto, sendo complexo o objeto da perícia, a exigir mais de um ramo do conhecimento humano, deverá ser fracionado o objeto da perícia, nomeando-se tantos peritos quantos forem necessários, ensejando às partes igual oportunidade de indicar os assistentes técnicos que entendam necessários.

Por derradeiro, o juiz deverá determinar a quem toca o ônus da prova. Embora se possa afirmar que nesse aspecto o novo CPC mantém o tradicional sistema de interesse na afirmação de fato, isto é, de que aquele que alega um fato constitutivo de seu direito (ou de sua defesa) deve produzir a prova do fato (art. 373) ou de que o ônus pode ser definido

por convenção entre as partes, com algumas restrições, o novo sistema permite ao magistrado distribuir o ônus da prova de maneira diferente, seja por expressa disposição legal ou diante das peculiaridades do caso.

A regra inserida no § 1º do art. 373 exige que essa distribuição seja feita de maneira fundamentada, de modo que aquele que, em princípio, não teria o ônus da demonstração do fato, possa saber dessa atribuição antes da produção da prova.

A regra evita a situação absolutamente desconcertante, invocando-se, por exemplo, a regra do Código de Defesa do Consumidor que permite a inversão do ônus da prova nos casos de hipossuficiência técnica, mas o magistrado somente invoca a regra após a colheita da prova, o que viola o contraditório por permitir uma surpresa para a parte. Para utilizar expressão corrente, não pode haver o chamado julgamento de “emboscada”: a lealdade processual afeta também o magistrado, razão pela qual o processo deve ser desenvolvido dentro da ideia de *fair play*.

8.3. Fixar as questões jurídicas relevantes para a decisão (isto é, que deverão ser resolvidas obrigatoriamente)

Na decisão de saneamento e organização do processo, deverão ser delimitadas as questões relevantes para a decisão do mérito, o que compreende, minimamente, tanto as teses apresentadas na petição inicial quanto aquelas que foram deduzidas na contestação.

Porém, por vezes, a decisão do mérito exige que o juiz tenha de resolver questões jurídicas que não foram suscitadas pelas partes. Por exemplo, ambas as partes suscitam a aplicação de uma determinada norma de direito material. Porém, para aplicá-la, o juiz tem de considerar questões outras como a sua vigência ou até mesmo a sua constitucionalidade.

Por isso, o novo sistema processual enfatiza a cooperação entre as partes e o juiz, no sentido de evitar o fator surpresa no julgamento. A conjunção do artigo 357, IV, com os artigos 6º e 10 do novo CPC, numa interpretação e aplicação sistemática, demanda a prévia e clara definição dos temas jurídicos que serão enfrentados pelo juiz como relevantes para solução do conflito. Pode-se apontar várias consequências benéficas para a tramitação do processo e para o funcionamento

do Poder Judiciário como um todo, caso essa norma seja efetivamente implementada.

O primeiro e mais evidente é assegurar o efetivo contraditório para os litigantes. Tendo sido demarcada a área de cognição sobre os pontos jurídicos apontados tanto pelas partes como pelo juiz, a possibilidade das partes realmente apresentarem argumentos que permitam influir na decisão será aumentada e garantida.

Em segundo lugar, também na linha do sentido moderno de contraditório, está em evitar que as partes, após a colheita das provas e apresentação de suas razões finais, sejam surpreendidas na sentença com fundamentos ou argumentos sobre os quais não puderam previamente se manifestar (por exemplo, o reconhecimento de que dada norma é inconstitucional, ou que houve prescrição ou decadência não alegada pelas partes). Impõe-se a todos os sujeitos do processo transparência na argumentação e exercício do contraditório e, para o juiz em especial, o dever de deixar visível as questões detectadas e que podem não ter sido captadas pelos litigantes, aguerridos que estejam às suas teses.

O terceiro aspecto salutar dessa delimitação dos temas jurídicos está em apresentar ao magistrado um roteiro lógico dos temas que deverão, necessariamente, estar na fundamentação da decisão. Utilizando-se da decisão de saneamento e organização do processo como uma espécie de guia, o magistrado terá a sua carga cognitiva reduzida, pois terá diante de si um roteiro para decisão, reduzindo a necessidade de revisão de todo o feito: o exame do material dos autos será mais concentrado naquilo que realmente importa para a solução da controvérsia.

Aqui vale recordar interessante lição de Barbosa Moreira, ao comentar a fundamentação da sentença no aspecto jurídico⁴³:

O juiz deve ter como lema examinar todas as questões de direito relevantes, e só essas. Há casos em que a parte invoca normas inteiramente estranhas à causa, alude à Declaração Universal dos Direitos do Homem a propósito de simples despejo. Esse tipo de questão o juiz está autorizado a desprezar. Não me refiro a questões infundadas, senão apenas

43 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O que deve e o que não deve figurar na sentença". In *Temas de direito processual*, 8ª série, p. 121.

às impertinentes e, portanto, irrelevantes. Fora daí, o juiz deve resolver todas as questões, ainda que para rejeitar as alegações dos litigantes, desde que a solução possa, em tese, influir na decisão.

Portanto, o saneamento serve para que o juiz e as partes procedam à depuração dos temas jurídicos, podendo eventuais excessos que por vezes entulham as alegações das partes, além de evitar a intromissão de temas até então estranhos à solução da lide.

Esse procedimento, sendo seguido pelos sujeitos do processo, terá outro efeito benéfico: a redução da necessidade de oposição de embargos de declaração. Com efeito, estando o juiz adstrito aos limites da controvérsia jurídica, ao formar a sua convicção e elaborar a sentença, bastará uma vista d'olhos na decisão de saneamento para certificar-se de que não deixou de cotejar os temas havidos como relevantes. E, por outro lado, as partes também serão inibidas na utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de omissão, caso não demonstrem que houve um efetivo hiato entre a proposta cognitiva esboçada na decisão de saneamento e o resultado final constante da sentença.

Convém destacar que essa delimitação implica prévio tratamento dos argumentos deduzidos pelas partes. Não poderá, obviamente, consistir numa mera justaposição de argumentos deduzidos pelas partes, como uma espécie de resumo dos articulados do autor e do réu.

Impõe-se um verdadeiro teste lógico-jurídico, cujo objetivo pode ser assim sintetizado: para acolher o pedido, quais são os aspectos jurídicos imprescindíveis? Para rejeitar a pretensão do autor, quais são os temas suscitados pelo réu que poderão levar à improcedência? Quanto melhor for esse teste prévio, menor serão as chances de surpresa para as partes e mais efetivo será o contraditório.

9. Principais inovações do novo Código no tocante ao saneamento

As inovações do NCPC podem ser assim listadas: a) possibilidade de requerer esclarecimentos ou ajustes ao magistrado; b) apresentação consensual dos pontos controvertidos de fato e de direito; c) possibilidade da realização de audiência para saneamento em cooperação; d) a elaboração do calendário de atividades processuais.

Em princípio, a iniciativa do saneamento está nas mãos do juiz, considerando-se inclusive seu papel como destinatário final de todo material cognoscível que será produzido. Uma vez que se pronuncie sobre os temas que o magistrado considera relevantes para a resolução do litígio, as partes poderão requerer eventuais correções, evitando-se assim o manejo de recursos. Evidentemente, esses ajustes ou esclarecimentos devem ser relacionados com a matéria deduzida, não servindo para adição de temas que não foram anteriormente cogitados nas manifestações principais (petição inicial, contestação, réplica etc.).

Isso se deve ao fato de que o saneamento do feito possui um efeito fixador ou estabilizador do objeto do processo. Serve para que os sujeitos do processo (partes e juiz) focalizem e concentrem suas atenções sobre os temas delimitados, evitando-se dois males que podem assaltar o processo: a dispersão e o retrocesso.

Fixando e focalizando os temas probatórios e os jurídicos, evita-se que a atividade posterior fique comprometida pela ausência de um rumo claro (isto é, de coleta de informes sobre os pontos de fato controvertidos). De outro, evita que ocorra o retrocesso a momentos anteriores, o que ocorreria se fosse permitido introduzir sorrateiramente novos temas probatórios e novas questões jurídicas, com evidente burla ao contraditório, além de comprometer a garantia da razoável duração dos processos.

O efeito estabilizador ou preclusivo da decisão de saneamento tem como principal meta aumentar a eficiência da atividade jurisdicional, que deve centrar-se nos aspectos previamente submetidos ao contraditório e adequadamente especificados. Porém, convém atentar para o fato de que o efeito preclusivo diz respeito àquilo que foi objeto de decisão no momento do saneamento.

Com efeito, como vimos anteriormente, o juiz deverá decidir as eventuais questões processuais pendentes, entre as quais estão as relativas aos pressupostos processuais.

Acolhida ou rejeitada alguma das matérias processuais alegadas, o novo regime recursal exigirá uma de duas atitudes: a) interposição de agravo de instrumento, caso o tema esteja numa das hipóteses do artigo 1.015 do NCPC; b) alegar o tema em sede de preliminar de apelação ou de contrarrazões (art. 1009, §§ 1º e 2º). Logo, não manejado um dos re-

cursos indicados, ocorrerá a preclusão, obstando novas cogitações, quer pelas partes, quer pelo Poder Judiciário⁴⁴.

Coisa diversa é a existência de uma questão de ordem processual (logo, que possa ser conhecida de ofício) que não tenha recebido apreciação expressa por ocasião do saneamento. Como não houve decisão anterior, obviamente não se pode falar em preclusão. Nesse caso, ainda diante do dever de cooperação, as partes deverão ter assegurada a possibilidade de se manifestarem sobre o tema conhecível de ofício e que não fora objeto de decisão no saneamento.

Das inovações introduzidas pelo novo Estatuto Processual, a possibilidade de as partes apresentarem ao magistrado um esboço da decisão de saneamento, por meio de fixação consensual dos pontos de fato e de direito que deverão ser objeto de investigação e decisão, é a que merece mais aplausos.

Cuida-se de real possibilidade de participação no processo e uma radical mudança de paradigma de atuação dos advogados (públicos ou privados). Em lugar do antagonismo clássico, no qual as partes apresentam suas alegações fáticas e jurídicas, deixando ao magistrado o trabalho de pinçar os pontos fundamentais para a resolução do litígio, os advogados serão instados a efetivamente concorrer para o aperfeiçoamento da administração da justiça.

Assim, o novo modelo processual de cooperação entre as partes na elaboração dos necessários ajustes do instrumento técnico, que é o processo, exigirá um comportamento próximo ao que ocorre com os advogados no sistema anglo-saxônico, em que há ativo intercâmbio entre os representantes judiciais dos litigantes e o Poder Judiciário, no que se denomina gestão de casos, gestão de procedimentos ou gestão de processos:⁴⁵

44 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume, págs. 699-670.

45 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª edição, págs. 139-140.

O tribunal deve garantir que os assuntos sejam focados de forma adequada, que a disciplina seja supervisionada, que os custos sejam reduzidos, que o andamento do processo seja acelerado e que resultados justos sejam facilitados e concedidos. A gestão de processos tem três funções principais: encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível [...]; evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; e, finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente conforme exigido pelo “Objetivo Preponderante”, CPR, Seção 1. Esse aspecto da Seção 1 exige que o tribunal e as partes levem em conta haver ações que disputam o mesmo espaço e outros litigantes que também pretendem obter acesso aos juízes, cuja disponibilidade de espaço para julgamento demonstra bem o quanto são escassas as efetivas disponibilidades dos tribunais.

Em nosso sentir, a possibilidade de as partes apresentarem em conjunto a definição dos pontos relevantes para a resolução do conflito é uma forma de cooperação com o Judiciário sem precedentes na história brasileira. Representa um avanço na implementação de um espírito democrático e solidário. É, outrossim, a melhor perspectiva de um contraditório ativo, que permite a efetiva construção da solução do litígio, ao contrário do impulso burocrático que é percebido em milhares de processos que tramitam e chegam a soluções que não pacificam efetivamente os litigantes.

Um dos efeitos que certamente surgirá dessa iniciativa é o aumento da celebração de acordos entre os litigantes. Provavelmente, no intercâmbio entre os advogados das partes para a definição dos pontos de fato e de direito que deverão merecer a cognição judicial, surgirá mais de uma ocasião em que se perceberá a possibilidade de celebração de acordos, evitando-se o desgaste da fase instrutória e posterior julgamento.

A questão, todavia, dependerá que nossos advogados abracem a ideia de injetar essa energia no processo, em prol do interesse de seus clientes e, indiretamente, no interesse da sociedade por um Judiciário mais célere, eficiente e eficaz. Esse, sem dúvida, é o maior desafio que se vislumbra com a entrada em vigor do novo Estatuto Processual.

De fato, o sistema jurídico não é composto apenas de normas. Essas são as instruções para que a máquina judiciária possa absorver os

litígios e resolvê-los. Porém, o sistema “opera” por meio as condutas dos seus agentes, que são as partes (representadas por seus advogados) e pelo juiz (auxiliado por servidores e outros). São esses agentes que darão vida às normas positivadas. Logo, o sucesso da promessa contida com a edição do novo CPC depende, em grande medida, dos seus operadores.

Esse desafio passa, inclusive, por aprimoramento na apresentação das alegações de fato e de direito. A técnica de argumentação exigirá um tratamento mais analítico⁴⁶ dos pontos, de modo que esses sejam concentrados nos aspectos essenciais para a solução do conflito. Assim, as manifestações das partes deverão conter, concretamente, um conjunto lógico de proposições, deduzidas a partir dos fatos supostamente ocorridos, os quais, demonstrados, implicarão dada solução para a controvérsia.

Isso inclui a maneira como se utilizam, por exemplo, citações jurisprudenciais, que deverão necessariamente conter o sumário do que foi decidido no acórdão, para permitir a vinculação do julgado com a causa apresentada. Quanto maior for a proximidade dos temas debatidos (fatos e questões jurídicas), tanto maior será a força persuasiva do julgado ou dos precedentes invocados.

É corriqueiro verificar que, na prática diuturna, muitos operadores do direito citam (transcrevem) ementas de julgados dos mais variados tribunais, sem que tenha sido realizada a análise dos pressupostos da solução dada pelos respectivos julgados, sendo que em muitas situações tais citações são impertinentes para a resolução do caso concreto. Somente a similitude entre as circunstâncias de fato do caso concreto e do caso (s) indicado (s) como paradigma (s) permitem invocar um precedente judiciário.

46 Ou seja, tanto as alegações das partes, quanto os pronunciamentos decisórios deverão empregar a análise, que pode ser assim definida: “Em geral, a descrição ou a interpretação de uma situação ou de um objeto qualquer nos termos dos elementos mais simples pertencentes à situação ou ao objeto em questão. A finalidade desse processo é *resolver* a situação ou o objeto nos seus *elementos*, de modo que um processo analítico é considerado bem-sucedido quando tal resolução é realizada”. Veja: ABBGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 51-54. De fato, a apresentação dos fatos e dos argumentos numa petição inicial, na contestação e na sentença, deverão convergir para a resolução do problema (crise) que está posta para resolução por meio do processo, com efetivo contraditório entre as partes.

De fato, com o novo sistema de cooperação entre os sujeitos do processo, o que é vedado a um deles é igualmente vedado aos demais. Assim, se o NCPC prescreve a falta de fundamentação de uma sentença que contém razões que podem servir da para embasar qualquer outra decisão ou que se limita a afirmar a existência de precedentes, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto, impondo um dever analítico de fundamentação (isto é, de resolução da controvérsia, art. 489, § 1º, V), igualmente deverão as partes, caso invoquem precedentes para sustentar suas teses, demonstrar a correlação entre o caso que sustentam e aquelas soluções adotadas pelos acórdãos tidos como paradigma.

Igual dever se impõe àquele que vier a sustentar que determinada súmula não se aplica ao caso concreto (art. 489, § 1º, VI), pois impõe-se adotar a técnica da distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) em suas razões, quer na petição inicial, quer na contestação. Aliás, visto o contraditório como meio efetivo de obter a resolução do conflito, de forma participativa, o princípio ganharia novos contornos, como sustentam Humberto Theodoro Júnior e outros:

Nessa ótica, o contraditório (na perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito) permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujo efeitos sofrerá. A decisão não pode ser mais vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que se possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.

A garantia de fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, CF/1988), agora fortalecida pelo art. 489 do novo CPC, pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional.

É, na verdade, nos espaços públicos que os fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento, não a fins estratégicos.

O ambiente propício para tal espaço público é o processo constitucionalmente entendido, que impedirá decisões solitárias, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a esses a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente.

Desse modo, como explica Picardi:

O processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma **ordem assimétrica**. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existem entre as partes (por ex.: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado de **ordem isonômica** (tradução livre).

A assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de sua atuação processual.

Esta não buscaria uma identidade entre as funções desempenhadas por todos os sujeitos processuais, mas sim o estabelecimento **da ótica da consideração e interdependência** entre eles, uma vez que, na hipótese da assunção dessa concepção do contraditório como garantia de influência, assegura-se uma correção normativa das decisões, que mitigará o uso de argumentos estratégicos de viés autoritário, persuasivo; e se permitirá que, na imensa maioria das situações, somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam utilizados no momento da fundamentação.

A percepção da interdependência dos sujeitos processuais, albergada pelo novo CPC, caso seja levada a sério, permitirá novos horizontes para o sistema de aplicação, que garantiriam que a estrutura normativa processual e a sua cognição, imperfeita por essência, impusessem um fluxo discursivo

predominantemente performativo (vocado ao entendimento), o que garantiria provimentos legítimos, e não meramente funcionais⁴⁷.

Essa é a chave para o sucesso no uso da faculdade prevista pelo novo CPC no tocante à fixação consensual dos pontos controvertidos: a apreensão pelos operadores do direito da necessária dinâmica de interdependência entre todos os sujeitos do processo. Sem que os sujeitos processuais apreendam e exercitem essa interdependência, o novo mecanismo tenderá a dormir no texto legal, sem alcançar a eficácia social que dele se espera: aperfeiçoar qualitativa e quantitativamente as soluções no foro.

A terceira inovação no tocante ao saneamento é a audiência para esclarecimentos.

Embora não possa ser taxada efetivamente de novidade,⁴⁸ a experiência no CPC de 1973 demonstrou que o legislador deixou de considerar diversos aspectos quando alterou, em 1994, o regime original, impondo a realização de audiência preliminar e de saneamento.

Em primeiro lugar, os magistrados acabam se demonstrando refratários à realização de audiências que não sejam destinadas à colheita de provas. Nada obstante um dos deveres do juiz seja tentar obter a autocomposição partes (Art. 125, IV, do CPC de 1973; art. 139, V, do novo CPC), nem todos se empenhavam efetivamente nessa tarefa ou não dominavam as técnicas de mediação ou conciliação.

Porém, o que parece mais grave, é a visão dos magistrados de que o único objetivo daquela audiência prevista pelo art. 331 do CPC de 1973 fosse a tentativa de conciliação. Por isso, acabou-se colhendo o alvitre de parte da doutrina e setores da magistratura, para afastar a obrigato-

47 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, págs. 123-125.

48 Afinal, reza o artigo 331 do CPC de 1973: Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir [...]§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

riedade dessa audiência, conforme ocorreu com a introdução do § 3º ao artigo 331 do CPC 1973.

De fato, aparentemente a audiência seria um desperdício de tempo e atividade processual, quando o direito fosse indisponível ou ocorresse a citação ficta: com efeito, uma pequena experiência no foro permite concluir que nas situações de citação ficta (por hora certa ou por edital), a possibilidade de comparecimento do réu para tentativa de autocomposição eram praticamente nulas.

Porém, ainda que não fosse possível a composição, os demais objetivos da audiência poderiam, já no sistema anterior, ser melhor direcionados, como a especificação dos pontos controvertidos com a presença das partes, que poderiam contribuir nesse delicado e importante trabalho preparatório da fase instrutória.

A opção do legislador foi separar as atividades, evitando que uma acabasse contaminada pelo insucesso da outra. Na fase postulatória, permitir que ocorra a tentativa de composição, com auxílio de mediadores e conciliadores (art. 334). Fracassada esta, o processo se desenvolve, sendo de regra o saneamento escrito, precedido ou não de apresentação consensual pelas partes dos pontos controvertidos de fato e de direito.

Porém, deixou-se a possibilidade de designação, pelo juiz, de uma audiência para saneamento em conjunto, o que ressalta o novo vetor do processo civil: a cooperação entre todos os agentes do processo.

O saneamento conjunto em audiência também pode ser entendido como uma concessão ao princípio da oralidade no processo, na sua manifestação viva: o contato direto entre o julgador e os sujeitos parciais do processo. Nas causas complexas, o uso hermético de códigos linguísticos (vocabulário técnico, científico, de uso pouco corrente ou que envolvam fatos pouco comuns na praxe forense) pode obscurecer o que realmente precisa ser provado em juízo ou as questões que devem ser resolvidas.

Essa audiência é uma exceção: deverá ser utilizada quando as questões de fato e de direito assumirem complexidade que recomende a delimitação mais próxima das questões, dentro do contexto da demanda posta e respondida, ocasião em que as partes poderão esclarecer suas posições quanto aos fatos e teses jurídicas. Embora não se possa dizer

que o juiz esteja proibido de marcar esse tipo de audiência para causas de menor complexidade, o fato de que o art. 357, § 9º, estabelece um tempo mínimo de 1 (uma) hora entre audiências desse tipo na pauta judicial deverá inibir esse tipo de iniciativa.

Convém frisar algo que merece atenção: designada a audiência para saneamento conjunto, as partes deverão trazer para a audiência o rol de testemunhas, cujo limite é 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para cada fato a ser demonstrado.

Nessa audiência, pode ser celebrado o negócio jurídico processual denominado calendário, com previsão no artigo 191 do NCPC:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

A principal virtude do calendário é a economia processual, especificamente na economia de atividade processual. Com efeito, em lugar do processo se desenvolver no típico ação e reação entre partes e juiz (ou seja, a provocação de um leva a reação em sentido contrário do outro), exigindo, por força do contraditório, a necessidade de intimação das partes para que se manifestassem ou agissem no processo, o calendário coloca o fluxo processual sob o controle das partes, dispensando a máquina judiciária de intimar as partes sobre os eventos do processo.

Constitui-se de verdadeira forma de planejar o desenvolvimento do processo, aumentando a previsibilidade sobre o desfecho do processo, ao menos sobre a perspectiva temporal.

O objeto do calendário abrange tanto as atividades das partes quanto do juiz e seus auxiliares: realização de audiência, apresentação

de quesitos, assistentes técnicos, apresentação de laudo pericial⁴⁹, formulação de razões finais e prolação da sentença.

Sendo um negócio jurídico plurilateral, não poderá ser imposto pelo magistrado, mas nada impede que esse tome a iniciativa de propor o calendário.

A doutrina elaborada logo após a edição do novo CPC levantou a questão da possível colisão do calendário com a ordem cronológica dos julgamentos (art. 12), apontando duas soluções: a) necessidade de uma audiência para prolação de sentença, o que estaria de acordo com o artigo 12, § 2º, I, que excluía a observância da ordem cronológica de conclusão para ser proferida a sentença; b) não se admitir no calendário a designação de data limite para ser proferida sentença, para evitar que o pacto multilateral prejudicasse terceiros.⁵⁰

Porém, antes mesmo que o novo CPC viesse a ter aplicação prática, em razão de fortes pressões da magistratura, preocupada com o novo sistema de processamento de recursos extremos, o texto legal recebeu alteração, por força da Lei federal nº 13.256/2016:

Art. 2º A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: (Vigência)

“Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

“Art. 153. O escrivão ou o chefe de secretaria atenderá, preferencialmente, à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais.

49 De fato, uma inovação do novo CPC é a possibilidade das partes, de comum acordo, escolherem o perito, conforme o previsto no artigo 471 do novo Estatuto Processual, com indicação simultânea dos assistente técnicos. Porém, a indicação conjunta do perito exige que as partes sejam plenamente capazes e a disputa seja solucionável por autocomposição.

50 Nesse sentido, de que o calendário não poderia implicar em desrespeito à ordem cronológica: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, p. 696. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 234. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*, p. 354.

Assim, a edição da norma pouco mais de um mês antes da vigência do novo CPC, de forma pouco elogiável, sepultou as preocupações dos autores que vislumbraram a possibilidade de burla à ordem cronológica de julgamento com a adoção do calendário processual.

Em lugar de adaptar-se a máquina judiciária ao novo *software*, preferiu-se reescrever as instruções, para manter tudo como está. Assim, embora o novo sistema estivesse com suas vigas mestras desenhadas desde 2009, os Tribunais não se adaptaram.

Essa iniciativa não é nada auspiciosa. Acaso durante a implementação do novo CPC prevaleça esse tipo de entendimento, boa parte das inovações serão destruídas pelas mãos dos principais operadores do direito.

Portanto, as perspectivas que se anunciam com o novo CPC são principalmente positivas.

Acaso as atividades de preparação do processo sejam levadas a sério, é possível que muitas demandas acabem por meio de autocomposição, diante dos cenários probatórios disponíveis.

De outro lado, a instrução probatória ganha contornos mais precisos, com a delimitação analítica dos pontos controvertidos e participação real e efetiva das partes nessa delicada e importante tarefa, ante a adoção de uma nova leitura do contraditório.

Resta saber se a máquina judiciária não manterá sua tradicional inércia, especialmente no tocante à fundamentação das decisões frente aos pontos controvertidos de fato e de direito. Isso, porém, é outra história... cuja narrativa, esperamos, tenha final feliz.

Referências bibliográficas

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª edição. Tradução do autor [orientação e revisão da tradução Tereza Arruda Alvim Wambier] São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. In *Temas de direito processual*, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. Revista do Advogado, nº 85. São Paulo, 2006

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cássio Sparpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Será o fim da categoria condições da ação? Uma resposta a Freddie Didier Jr.* Revista de Processo, vol. 197. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª edição, Vol IV arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, ADA PELEGRINI. *Provas Ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos da PGE-SP, nº 16, p. 97-108, jun/1980

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed., anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume 1, 45ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALLAMANI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Substituição processual ou legitimação extraordinária negocial

Nelson Finotti Silva¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Substituição processual ou legitimação extraordinária; 3 – Substituição processual ou legitimação extraordinária negocial; 4 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 1973, a partir da década de 1990, sofreu sucessivas reformas com a finalidade de adequar o processo à sociedade com uma nova ordem constitucional, e, no final do mês de setembro de 2009, o Senador José Sarney, então presidente do Senado, nomeou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Min. Luiz Fux², com a finalidade de elaborar um anteprojeto do NCPC.

Em 08 de junho de 2010, o anteprojeto da Comissão foi apresentado ao Senado Federal e se transformou no PLS – 166/2010, que tramitou até

1 Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Consultoria Jurídica da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto. Professor do curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem. Professor do curso de Direito Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva – Fafica. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca/SP.

2 A comissão foi composta pelos seguintes juristas: Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier (relatora), Dr. Adroaldo Furtado Fabrício, Dr. Humberto Theodoro Júnior, Dr. Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Dr. José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, Dr. José Miguel Garcia Medina, Dr. Bruno Dantas, Dr. Jansen Fialho de Almeida, Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho e Dr. Elpídio Donizetti.

20.12.10 quando foi enviado à Câmara dos Deputados – PLC – 8.046/10. Em 26.03.2014, após várias alterações foi aprovada a redação final do NCPC pela Câmara dos Deputados e devolvido em 09.04.2014 ao Senado Federal, que promoveu algumas mudanças, aprovando no dia 17.12.14 o texto final do NCPC, tendo sido encaminhado à Presidência da República que o sancionou³, e publicado no dia 16 de março de 2015. Assim surgiu a Lei nº 13.105, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência para o dia 18 de março de 2016⁴.

O NCPC em relação ao tema legitimação extraordinária ou substituição processual, a meu ver, trouxe uma grande novidade, sem deixar de registrar que o legislador poderia ter avançado como inicialmente fez o Senado Federal no PLS – 166/2010.

No anteprojeto do NCPC, a Comissão, ao tratar da legitimação extraordinária, não chegou a fazer nenhuma alteração relevante em relação ao previsto no CPC/73, já que constou no artigo 17 que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quanto autorizado por lei” e no artigo 6º do CPC/73 está expresso que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Entretanto, no texto aprovado a princípio no Senado – PLS nº 166/2010, além da alteração do artigo 17 para o artigo 18, tiveram duas alterações relevantes.

A primeira alteração foi no *caput* do artigo 18, substituindo a expressão “lei” por “ordenamento jurídico”, ficando assim o dispositivo:

3 Foram vetados os seguintes dispositivos por “contrariedade ao interesse público”: artigo 35, artigo 333, o inciso X do artigo 515, o § 3º do artigo 895, o inciso VII do artigo 937, o inciso XII do artigo 1.015 e o artigo 1.055.

4 “Art. 1045. Este Código entre em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”. Sobre o tema, a entrada em vigor do NCPC, existem três correntes distintas; para alguns, a entrada do NCPC seria o dia 16.03.16, para outros dia 17.03.2016 e por fim, prevaleceu o entendimento de que o NCPC entraria em vigor no dia 18.03.16, até porque o legislador não deixou nenhuma dúvida quanto ao prazo da *vacatio legis*, qual seja, 01 (um) ano e não 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias como poderia ter feito e não fez. O § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, não impõe que o período de vacância seja somente em dias, o que consta no dispositivo é uma regra de como a cláusula da vacância deva ser escrita na lei e os dias foram citados como exemplo e não no sentido de que a vacância só poderá ser em dias.

“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

A segunda foi a inclusão do parágrafo único que previa a obrigatoriedade de o juiz determinar fosse dada ciência ao substituído que, intervindo no processo, cessaria a substituição, assim era a redação: “havendo substituição processual, o juiz determinará que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo; nele intervindo, cessará a substituição”.

O parágrafo único disciplinou a intervenção *iussu iudicis*, ou seja, a intervenção de terceiro por determinação de ofício do juiz, regra que concretizava a aplicação do devido processo legal e do contraditório, porquanto o substituído é alcançado pela autoridade da coisa julgada, independentemente se lhe é ou não favorável o desfecho, salvo disposição legal em sentido contrário como, por exemplo, o artigo 274 do Código Civil⁵.

No substitutivo da Câmara dos Deputados – PLC nº 8.046/2010 o tema não sofreu nenhuma alteração quanto ao cabimento, mantida a autorização pelo ordenamento jurídico, mas o parágrafo único não teve a mesma sorte, tendo sido alterado para excluir a intervenção determinada pelo juiz e autorizar que o substituído intervenha na qualidade de assistente litisconsorcial.

Na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o NCPC, prevaleceu a redação da Câmara dos Deputados:

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

A redação final atribuída ao artigo 18 do NCPC é uma demonstração de parcial avanço.

Lamentamos não ter vingado a redação originária do Projeto de Lei do Senado que previa a obrigatoriedade de o juiz determinar fosse

5 “Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.”

dada ciência ao substituído, com o que, estar-se-ia garantindo o pleno contraditório, oportunizando ao titular do direito posto a possibilidade de se manifestar, aliás, a alteração em questão é no mínimo questionável, levando-se em consideração o disposto no artigo 1º do NCPC que positivou que as regras de processo devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal⁶.

2. Substituição processual ou legitimação extraordinária

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, garante a todo e qualquer sujeito/jurisdicionado o poder de exigir a tutela jurisdicional junto ao Poder Judiciário; nenhuma lei poderá afastar o direito/poder de postular a tutela a lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, o exercício do direito de ação ou a concretização da demanda decorre exclusivamente do interesse do jurisdicionado em exigir a tutela jurisdicional. Trata-se de aplicar outro princípio constitucional, qual seja, o da liberdade, consagrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse sentido, a garantia processual constante no artigo 2º do CPC/73, que dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado **a requerer**, nos casos e forma legais” (g.n).

6 Ao tratar da participação ou não do substituído no processo, Gregório Assagra de Almeida sustenta que ele só poderia ser alcançado pela coisa julgada se a sentença lhe fosse favorável, justamente porque não teria participado do contraditório: “[...] comparecendo somente o substituto processual, entendemos, [...] que a coisa julgada, por força de imposição constitucional decorrente do devido processo legal e contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), deverá sempre operar *secundum eventum litis*. Em caso de decisão contrária aos interesses do substituído (titular do direito deduzido), este não poderá, com respeito aos entendimentos em sentido contrário, ser atingido pela coisa julgada se participou do contraditório” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório”. In Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Junior; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Coordenadores) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1040-1067.

Portanto, o poder de exigir a tutela jurisdicional previsto constitucionalmente necessita, em regra, da manifestação de vontade do titular do direito, ou ao menos daquele que alega ser.

O artigo 6º do CPC/73 e o artigo 18, *caput*, do NCPC, não autorizam que qualquer pessoa venha a juízo postular em nome próprio direito alheio; ao contrário, a regra é que somente aquele que é titular do direito ou ao menos alega ser pode exigir a tutela do direito, em respeito ao princípio da liberdade, “[...] o valor jurídico tutelado pelo art. 6º do CPC é a liberdade do titular de um direito de, livremente e segundo suas próprias conveniências, decidir se pede, ou não, a tutela desse direito de que ele alega ser titular. Salvo em casos excepcionais previstos em lei, é a sua livre vontade que deve prevalecer, não sendo permitido a ninguém pedir, em nome próprio, essa tutela, senão seu próprio e suposto titular”⁷

Se há regra, é porque existe exceção, que está prevista no próprio artigo 6º do CPC/73 e artigo 18, *caput*, do NCPC, parte final, em ambos os dispositivos, com a diferença de que, no primeiro, o legislador usou a expressão “lei” e, no segundo, “ordenamento jurídico”. A regra, legitimação ordinária; a exceção, legitimação extraordinária ou substituição processual.

Legitimação extraordinária ou substituição processual, em que pese parte da doutrina discutir sobre se as expressões são ou não sinônimas, temos que o são e assim será tratado, apesar de o NCPC falar em substituição processual.

No CPC/39 não havia um dispositivo expresso disciplinando o instituto da substituição processual, mas a doutrina identificava alguns dispositivos como exemplos típicos de legitimação extraordinária, como o artigo 95, § 1º, que era hipótese de chamamento à autoria ou *litisdenuntiatio*, espécie de intervenção de terceiro em que a parte chamava para o processo, assumindo a posição de autor da demanda o alienante⁸, havendo uma troca de sujeitos do processo.

7 BENEDUZI, Renato Resende. *Legitimidade extraordinária convencional*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 127-142, abr./jun. 2014. p. 130.

8 “Art. 95....

§ 1º. Se for o autor, notificará o alienante, na instauração do juízo, para assumir a direção da causa e modificar a petição inicial.”

Diferente é o caso do CPC/73 e do NCPC. Em ambos existem regras expressas sobre a substituição processual, artigo 6º e artigo 18, respectivamente.

Depreende-se da leitura do artigo 6º do CPC/73 e do *caput* do artigo 18 do NCPC, como já afirmado, duas situações bem distintas, uma a regra, a outra, a exceção. A regra, legitimação ordinária conferida ao que se diz titular do direito subjetivo, assim, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”. Em outras palavras, somente o titular do direito subjetivo poderá em nome próprio defender o seu direito. A exceção, a legitimação extraordinária ou substituição processual, em que a parte material, titular do direito subjetivo é diferente da parte processual, da que está postulando, ou seja, quando não coincidir o titular do direito material e a parte processual, quando o direito subjetivo é defendido por terceiro. Nessas hipóteses, será possível postular em nome próprio o direito alheio, sempre que houver autorização, “[...] salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Outra não é a lição de Arruda Alvim: “Na verdade, o fenômeno da substituição processual, nome latino devido a Chiovenda, consiste, precisamente, na circunstância de que, quem é parte no processo, por definição, não se afirma ser titular do direito material. Há, pois, uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação. Materialmente, é um titular, ou seja, no campo do Direito Privado; no campo do processo, é outro o titular do direito de ação”⁹.

São requisitos do instituto da substituição processual: ausência do titular do direito material na posição de parte principal no processo, no polo ativo ou passivo; e que o substituto atue como parte principal, isto é, como autor ou como réu¹⁰.

Não se pode confundir a substituição processual ou legitimação extraordinária com representação processual, porque o representante estará em juízo em nome alheio defendendo direito alheio.

9 ALVIM, Arruda. Código de processo civil comentado- vol. I – arts. 1º a 6º. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975. p. 427.

10 CAMPOS JÚNIOR, Epharim de. Substituição processual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. p. 20.

Igualmente não se confunde substituição processual ou legitimação extraordinária com sucessão processual, que poderá se dar pelo evento morte ou ato entre vivos e, na hipótese, o sujeito sucede outro no processo e passa a atuar em nome próprio por um direito que lhe é próprio.

3. Substituição processual ou legitimação extraordinária negocial

Tendo em vista que o artigo 6º do CPC/73 usa a expressão “lei”, firmou-se entendimento de que não é possível a legitimação extraordinária que tenha outra origem, ou seja, só haverá substituição processual quando a lei autorizar, não se aceitando a legitimação extraordinária negocial, ou seja, um negócio jurídico, por exemplo, uma cláusula contratual atribuindo a alguém a legitimidade ativa ou passiva para defender os interesses do contratante. No caso, não se está a tratar do representante legal e muito menos do sucessor processual.

Arruda Alvim já sustentou que a legitimação extraordinária ou substituição processual pode existir mesmo que não decorra exclusivamente da lei, mas do sistema: *Entretanto pode-se admitir a substituição processual mesmo que não venha prevista expressamente no texto legal, mas quando deflua do sistema*¹¹.

O NCPC mantém a substituição processual como exceção e, como tal, deve ser autorizada não mais pela lei, mas pelo ordenamento jurídico.

Na lição do professor Miguel Reale não se deve restringir a noção de ordenamento jurídico “[...] cumpre desde logo desfazer é o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples ‘proposições lógicas’” e completa o professor afirmando que o mais certo “será dizer que o ordenamento jurídico é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir

11 ALVIM, Arruda. Código de processo civil comentado – vol. I – arts. 1º a 6º. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975. p. 426.

as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionários dos indivíduos (*normas negociais*)”¹².

O negócio jurídico¹³ é um fato criador do direito, sendo que a sua forma mais comum é o contrato¹⁴; trata-se de fonte da norma jurídica, compondo, assim, o ordenamento jurídico. Por via de consequência, o negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária ou substituição processual¹⁵.

O NCPC não inova ao tratar do negócio processual, como por exemplo, a eleição de foro, a possibilidade de as partes suspenderem, de comum acordo, o processo, desistência de recurso, o reconhecimento jurídico do pedido, todos previstos no CPC/73 e denominados negócios processuais típicos.

A inovação no NCPC está no artigo 190 do NCPC que, mediante cláusula geral, possibilita os negócios processuais atípicos e, como afirmam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, “diante de todo o cenário de grandes mudanças que o novo CPC pretende instituir, ao lado da ideia do gerenciamento processual (*case management*) pelo juiz, aparece para as partes uma modalidade de flexibilização do *procedimento* permitindo às mesmas escolher entre “circuitos processuais” [...] Aqui, na verdade, acompanha-se uma tendência teórica, que já se apresentava na cultura jurídica processual mundial a partir do final do século XX, começando na Inglaterra e nos Estados Unidos, para depois chegar à França e à Itália”¹⁶.

12 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 189.

13 Na lição de Flávio Tartuce, podemos definir o negócio jurídico como “...um ato jurídico em que há uma composição de interesse das partes com uma finalidade específica”, TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Gen/ Método. 2015. p. 87.

14 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991. p. 273.

15 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: JusPodivm. 1.v. 2015. p. 351.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Gen/ Forense. 2015. p. 226.

Fredie Didier Júnior afirma que “o negócio processual *atípico* tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes (“poderes”, nesse caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encaideamento dos atos, por exemplo”¹⁷.

O negócio jurídico processual não alcança ou não tem como objeto direto o direito em litígio, que poderá ser afetado.

No caso da substituição processual ou legitimação extraordinária, o negócio jurídico processual tem por objeto, mediante cláusula contratual, por exemplo, atribuir a um terceiro o poder de pleitear/defender direito alheio em nome próprio; não há transferência ou cessão da situação jurídica material, há transferência tão somente da legitimação *ad causam*, que poderá ser ativa ou passiva.

Entretanto, mesmo com a redação do artigo 18 do NCPC, que usa a expressão “ordenamento jurídico”, há alguns doutrinadores que negam a possibilidade da legitimação extraordinária negocial.

Leonardo Faria Schenk, ao comentar o artigo 18 do NCPC, pondera que a noção de ordenamento jurídico constante no artigo 18 está vinculada ao disposto no artigo 22, I, da Constituição Federal, que atribui à lei a disciplina da matéria processual, “[...] de modo que ou bem a fonte da substituição processual será a própria Constituição ou bem será a lei, admitindo-se, excepcionalmente, a sua atribuição por meio de atos cuja validade decorra diretamente da lei, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais” e arremata, “assim, não parece haver espaço ou mesmo utilidade, à primeira vista, para o acolhimento de uma legitimidade extraordinária negocial, por meio da qual o titular do direito material transferiria a legitimidade para postulá-lo em juízo a um terceiro, valendo-se, para tanto, de instrumentos contratuais”¹⁸.

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: JusPodivm. 1.v. 2015. p. 380.

18 SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao artigo 18 do NCPC. In Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Júnior; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (Coordenadores) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 102.

Também pela impossibilidade da legitimação extraordinária negocial no NCPC, Zulmar Duarte afirma, ao comentar o artigo 18 do NCPC, que só se admite a substituição processual legal, em sentido amplo “[...] o substituto processual deverá demonstrar estar autorizado pelo ordenamento jurídico a tutelar o direito afirmado, ainda que autorizado por terceiro. O Código só permite a substituição processual legal, em sentido amplo, decorrente do ordenamento jurídico, ficando afastada a possibilidade de estabelecimento contratual ou voluntário de uma hipótese de substituição processual”¹⁹.

Com todo o respeito àqueles que sustentam não ter cabimento a possibilidade da substituição processual ou legitimação extraordinária negocial, não podemos concordar com tal posicionamento porque, partindo-se do pressuposto de que o negócio jurídico é um fato criador do direito, portanto, fonte de norma jurídica e que compõe o ordenamento jurídico, tem-se, assim, que o negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária ou substituição processual, não havendo portanto, “..qualquer obstáculo normativo *a priori* para a *legitimação extraordinária de origem negocial*. E, assim, o direito processual civil brasileiro passa a permitir a *legitimação extraordinária atípica*, de origem negocial”²⁰.

Outro argumento para se admitir a substituição processual ou legitimação extraordinária negocial, ainda que se interprete de forma restritiva a expressão “ordenamento jurídico”, está na própria lei, seja no artigo 6º do CPC/73 ou no artigo 18 do NCPC. Estes dispositivos proíbem a legitimação extraordinária “contra a vontade do legitimado ordinário ou independentemente dela, quando a lei não autorizar a substituição, nada há, em princípio, que proíba a cessão, voluntária, da legitimidade processual”²¹.

19 OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Durte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015 – Parte Geral**. São Paulo: Gen/Método. 2015. p. 122.

20 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17.ed. Salvador: JusPodivm. 1.v. 2015. p. 351.

21 BENEDUZI, Renato Resende. **Legitimidade extraordinária convencional**. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 127-142, abr./jun. 2014. p. 130.

Mediante o negócio jurídico, a substituição processual ou legitimação extraordinária ativa permite que a legitimação *ad causam* ativa ou passiva possa ser transferida ao terceiro ou tão somente a ele estender. Na primeira hipótese temos a legitimação extraordinária exclusiva, na segunda, legitimação extraordinária concorrente.

Entretanto, em relação à legitimação extraordinária exclusiva, devemos ressaltar que está eliminada, levando-se em consideração o disposto no parágrafo único do artigo 18, que prevê que o substituído poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial.

Haverá assistente litisconsorcial sempre que a sentença influir na relação jurídica entre o litisconsorte da parte e o adversário do assistido, conforme artigo 124 do NCPC, com redação semelhante ao artigo 54 do CPC/73.

O assistente litisconsorcial é o terceiro que intervém em processo alheio para fazer a defesa de direito próprio, em nome próprio, já que ele tem relação jurídica direta e própria com o adversário do assistido.

A intervenção do terceiro nessa hipótese, assistente litisconsorcial, não é uma novidade do NCPC. Assim, para justificar a existência do parágrafo único do artigo 18 temos que assiste razão a Leonardo Faria Schenk quando afirma que o NCPC inova no parágrafo único do artigo 18 ao admitir que o substituído poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial e, assim o fazendo, acaba por eliminar a chamada legitimação extraordinária exclusiva: “[...] o dispositivo tem o mérito de eliminar a chamada legitimidade extraordinária exclusiva, hipótese em que a atuação, em juízo, se dava apenas pelo substituto processual, ficando o substituído, real titular do direito material reclamado, impedido de ingressar no feito [...]”²².

Na substituição processual negocial, a transferência é tão somente da legitimação *ad causam* ativa/passiva; não se trata de transferência do direito, não há qualquer transferência da situação jurídica material, o

22 SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao artigo 18 do NCPC. In Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Júnior; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (Coordenadores) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 102.

substituído continua a ser o titular do direito litigioso, o devedor continua a ser devedor. Na legitimação extraordinária convencional passiva não se estabelece uma solidariedade passiva na obrigação. O substituído só não será parte processual, mantendo a qualidade de parte material, ressaltando que, na hipótese de substituição processual passiva, seria necessária prévia comunicação à parte contrária.

4. Considerações finais

O presente texto não teve a intenção de exaurir tema tão complexo e rico como o da substituição processual ou legitimação extraordinária negocial. A pretensão foi trazer para discussão a possibilidade ou não de, mediante cláusula contratual, eleger alguém para ter legitimidade *ad causam*, partindo do pressuposto de que a expressão “ordenamento jurídico” constante na parte final do artigo 18, *caput*, não pode ser interpretada como lei.

Evidente que o NCPC, com suas novidades, não está imune a críticas e mesmo à constatação de sua insuficiência diante do direito material ou mesmo da própria relação jurídica processual.

A discussão é saudável e importante para o aprimoramento da aplicação do NCPC democrático e efetivo, não perfeito.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório”. In Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Junior; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Coordenadores) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1040-1067.

ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado – vol. I – arts. 1º a 6º**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975. p. 427.

BENEDUZI, Renato Resende. **Legitimidade extraordinária convencional**. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, nº 86, p. 127-142, abr./jun. 2014.

CAMPOS JÚNIOR, Epharim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. p. 20.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17.ed. Salvador: *JusPodivm*. 1.v. 2015. p. 351.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991. p. 273.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Durte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015 – Parte Geral**. São Paulo: Gen/Método. 2015. p. 122.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 189.

SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao artigo 18 do NCPC. *In* Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Júnior; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (Coordenadores) **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 102.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Gen/Método. 2015. p. 87.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015. p. 226.

Uma visão geral da tutela provisória no NCPC

Anselmo Prieto Alvarez¹

Sumário: 1 – Considerações iniciais; 2 – Conceito; 3 – A tutela provisória no CPC de 1973 e no NCPC; 4 – Espécies; 4.1 – Tutelas provisórias de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar); 4.2 – Tutelas provisórias de evidência; 4.3 – Tutelas diferenciadas; 4.4 – Tutelas provisórias contra o Poder Público; 5 – Regime jurídico; 6 – Procedimentos para a concessão das tutelas provisórias; 6.1 – Caráter incidente; 6.2 – Caráter antecedente; 6.2.1 – Tutela antecipada e sua estabilização; 6.2.2 – Tutela cautelar; 7 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Um dos principais instrumentos existentes no Estado Social Democrático de Direito que visa garantir a razoável duração do processo na busca da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, de modo a torná-la adequada, é o das tutelas provisórias.

A tutela provisória deve ser considerada como toda espécie de manifestação judicial proferida antes da resolução definitiva do conflito de interesses, que tenha como objetivo conceder prestação jurisdicional ao litigante, suscetível de gerar efeitos imediatos, ou de ser, de plano, executada ou cumprida. Visa a preservação do resultado útil do processo ou a fruição total ou parcial da pretensão meritória buscada pela parte, com vistas a contemplar situação jurídica conflituosa, aparentemente, favo-

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de Processo Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra-PT.

rável àquele que se apresenta como lesado, afastando, assim, a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação que possa, eventualmente, acometê-lo.

A terminologia a ser utilizada para descrever o fenômeno em análise sofre variações dependendo do sistema jurídico que a adota – por exemplo, no Brasil, com o NCPC de 2015, assim como no âmbito da EU (União Européia), a expressão usada é “tutela provisória”; por outro lado, o NCPC português de 2013 faz uso da terminologia “cautelares”. A doutrina, também, traz expressões variadas para designar a hipótese em comento, a saber: tutela de urgência; tutela de evidência; providência cautelar; medida de segurança; medida de precaução; medida de garantia; ações preventivas; medidas cautelares etc.²

As tutelas provisórias desempenham papel importantíssimo para o afastamento dos nefastos efeitos causados pela morosidade temporal no desfecho da prestação jurisdicional por meio do processo, pois elas têm como objetivo conceder de imediato em situações específicas, e não somente após a finalização do devido processo legal, alguma providência, como, por exemplo, a realização de atos de constrição de bens (arresto); a própria tutela meritória pretendida por quem promoveu o acesso à Justiça, ou, ainda, quaisquer dos seus efeitos; evitando assim que as delongas processuais gerem aos lesados danos irreparáveis ou de difícil ou incerta reparação³.

As tutelas provisórias são espécie de concessão de jurisdição que visa dar efetividade à tutela definitiva. Ora, a preocupação da tutela provisória, portanto, é de assegurar que a tutela principal que se persegue durante o transcorrer do processo não caia no vazio, antes de se culminar na prolação da sentença definitiva. Dessa forma, é possível afirmar que a tutela provisória é tão ou mais importante do que a tutela

2 Eduardo J. Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 262.

3 J.J. Gomes Canotilho pondera que: “[...] As delongas processuais justificarão algumas vezes a imperatividade de medidas provisórias ou cautelares não só para garantir o direito à tutela judicial (cfr. art. 381º do Cód. Proc. Civil, onde se consagra expressis verbis uma cláusula geral de tutela cautelar e os arts. 112ª e ss. do Cód. Proc. Trib. Adm. Referentes aos processos cautelares), mas também para impedir que a duração do processo origine prejuízos irreparáveis que não poderiam ser evitados ou corrigidos pela decisão judicial ulterior.” *Constituição da República Portuguesa Anotada-vol. I*, p. 417

definitiva, pois, sem ela, o direito à prestação jurisdicional seria totalmente ilusório e irreal, que sequer valeria a pena dar início ao processo de conhecimento ou de execução, já que não seria efetivo para dar uma resposta ao direito violado, objeto do acesso à Justiça por parte do lesado ou ameaçado⁴.

Adiante serão estudadas as tutelas provisórias como mecanismos para se atingir a efetividade da prestação jurisdicional, do ponto de vista temporal.

2. Conceito

No Brasil, a tutela provisória pode ser conceituada como a categoria de prestação jurisdicional concedida pelo Estado-Juiz ao lesado, por urgência ou evidência, antes da conclusão do devido processo legal, de caráter conservatório ou antecipativo, dada a situação de verossimilhança da controvérsia em favor do prejudicado. Caso se aguarde a concessão definitiva da tutela jurisdicional, corre-se o risco de inviabilizar a obtenção do bem da vida determinado na coisa julgada em favor do ganhador, ou ocorrer prejuízo para o desfecho do processo propriamente dito, afetando, em quaisquer das hipóteses, o resultado útil da tutela definitiva.

3. A tutela provisória no CPC de 1973 e no NCPC

Doravante, serão analisadas as várias espécies de tutelas provisórias existentes no CPC de 1973 e no NCPC de 2015.

As tutelas provisórias existentes no CPC de 1973 encontram-se espalhadas no seu corpo e na legislação processual civil extravagante e podem ser divididas em três espécies, a saber: a) tutelas cautelares; b) tutelas antecipadas; e c) tutelas diferenciadas.

O grande problema de efetivação das tutelas provisórias no CPC de 1973 é a forma confusa com que elas são tratadas, o que acaba dificultando o seu manejo por parte daquele que pretende exercer seu direito de acesso à Justiça, além de confundir aquele que dela necessita quanto à correta opção por determinada espécie.

4 Guillermo Ormazabal Sánchez. *Introducción al Derecho procesal*, p. 134.

A tutela cautelar exige processo e procedimento próprio, ambos complexos, distintos do processo principal em que será debatida a ação de conhecimento ou executiva ao qual estaria aquela vinculada, e encontram-se tratados no Livro III, do CPC de 1973, em seus arts. 796 a 889. Já a tutela antecipada está regulada no art. 273, do CPC de 1973, e, do ponto de vista procedimental, é bem mais simples de ser requerida, pois não exige processo próprio, podendo ser pleiteada no próprio bojo do processo referente à ação principal. Por fim, as tutelas diferenciadas surgem entre os arts. 890 a 1.102-C, do Livro IV (procedimentos especiais) do CPC de 1973, assim como na legislação extravagante (por exemplo, LF do Mandado de Segurança de nº 12.016/2009), e fazem parte do próprio procedimento relativo ao processo principal ao qual está aquela vinculada.

Já o NCPC de 2015, que entrará em vigor em um ambiente de bastante expectativa, porém de muitos embates doutrinários, quanto à real capacidade do novo diploma legal em modificar o estado de coisas que envolve a prestação jurisdicional no Brasil, em especial no que concerne à busca de sua efetividade frente aos efeitos da morosidade temporal no fornecimento da tutela definitiva, trará um novo regime jurídico para o tratamento do tutela provisória.

O NCPC de 2015 adotou as seguintes espécies de tutela provisória: a) tutelas de urgência, que são subdivididas em tutela antecipada e cautelar; b) tutelas de evidência; e c) tutelas diferenciadas. As tutelas de urgência e evidência encontram-se reguladas no Livro V, da parte geral do NCPC de 2015, em seus arts. 294 a 311. Já as tutelas diferenciadas aparecem entre os arts. 539 a 770 do título III (procedimentos especiais), do Livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), da parte especial do NCPC de 2015, assim como na legislação processual extravagante.

Várias críticas estão sendo lançadas em relação ao NCPC de 2015, em especial no que diz respeito ao regime jurídico das tutelas provisórias. Algumas delas afirmam que a nova Codificação traz “mais do mesmo”, ou seja, que não houve alteração substancial do sistema processu-

al civil hoje vigente no Brasil⁵. Doravante, verificar-se-á se realmente o NCPC de 2015 alcançou seu objetivo de reger a contento o manejo das tutelas provisórias.

4. Espécies

4.1. Tutelas provisórias de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar)

O NCPC de 2015, em seus arts. 300 a 310, apresenta primeiramente, como tutela provisória, a chamada tutela de urgência.

A tutela de urgência, por sua vez, é dividida pelo NCPC de 2015 em tutela antecipada, com o intuito de propiciar no todo ou em parte a prestação jurisdicional definitiva meritória a ser fornecida, e em tutela cautelar, de caráter conservatório.

Ocorre que, não obstante o NCPC de 2015 mencione a tutela antecipada e a tutela cautelar como espécies de tutela provisória, em nenhum momento o novo Codex preocupa-se em conceituar e distinguir uma da outra, muito embora tal distinção seja essencial, pois o jurisdicionado, ao fazer uso da tutela de urgência antecedente, deve utilizar um determinado instrumento quando for buscar tutela antecipada (arts.303 e 304) ou manejar outro, totalmente distinto, caso seja cautelar (arts. 305 a 310).

5 Cândido Rangel Dinamarco esclarece: “O resultado dessa inoportunidade e desse açodamento em legislar foi, em primeiro lugar, esse consistente na impossibilidade de realmente inovar, pondo em crítica o sistema sincrético vigente. A leitura do Projeto mostra com clareza que, não obstante as propostas sadias e inovadoras que contém, o modelo processual civil brasileiro permanece o mesmo que ainda temos – um processo individualista, eminentemente escrito e ainda muito formalista apesar do empenho da Comissão em deformalizá-lo, recursos em demasia etc. Outro inconveniente foi a impossibilidade material de amadurecer as ideias, não sendo possível a efetiva discussão do Projeto, envolvendo o universo dos muitos e talentosos processualistas brasileiros, como se deu na preparação do Código atualmente em vigor. Manifestação disso é o grande número de alterações do Projeto, trazido no substitutivo elaborado no Senado Federal. Não sejamos pessimistas, porém. Esperemos que, com muito talento interpretativo e sensibilidade aos verdadeiros anseios dos jurisdicionados, que são os destinatários finais do esperado novo Código de Processo Civil, saiba a doutrina harmonizar adequadamente as disposições que ele contém e também saibam os juízes extrair dessa fonte soluções capazes de permitir um processo justo, ágil, efetivo e sobretudo menos demorado.”. *Novo CPC: uma iniciativa inoportuna*, em *Jornal Carta Forense*, edição de novembro de 2011, p. B25.

Ante a lacuna legal de conceituação, caberá à doutrina distinguir o que vem a ser tutela antecipada e tutela cautelar; é o que se tentará realizar em seguida.

A tutela antecipada de urgência tem cabimento quando houver necessidade de pronta resposta do Poder Judiciário relativamente ao pedido de mérito formulado, face à situação de lesão ou ameaça sofrida pelo prejudicado que promoveu o acesso à Justiça. Nesse caso, não se pode aguardar o transcurso normal do processo até que ocorra o fornecimento da prestação jurisdicional definitiva, sob pena de perecimento do direito litigioso.

É a tutela antecipada que permite ao Magistrado a concessão, de imediato, do pedido ou de seus efeitos, no todo ou em parte, constante da petição inicial da ação de conhecimento ou execução, de forma precária, antes da prolação de sentença definitiva, como espécie de tutela provisória.

O Juiz, quando concede a antecipação de tutela, nada mais faz do que se debruçar no todo ou em parte sobre a mesma pretensão que seria objeto da sentença definitiva, de modo que a concessão da tutela antecipada não passa de uma forma de minimizar os efeitos do tempo na demanda, invertendo os ônus temporais do processo, que, como regra, seriam do Autor⁶. Isso ocorre, por exemplo, quando o autor, na condição de consumidor, pretende ver reconhecida nula cláusula inserida em contrato de seguro-saúde, que limita cobertura em relação a determinadas doenças infectocontagiosas, e o demandante, já tendo manifestado a doença, precisa de tratamento com urgência.

Por outro lado, a tutela provisória cautelar é instrumento de obtenção de jurisdição de urgência e precária, prestada com a finalidade de determinar providências ou a prática imediata de atos processuais que seriam realizados num desenrolar futuro de um processo principal de conhecimento ou execução, assegurando, assim, o resultado prático desses últimos.

6 Abraham Luis Vargas. “Teoria general de los procesos urgentes”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 90.

O que pretende o autor da ação que busca prestação jurisdicional cautelar não é que o Poder Judiciário apresente resolução (conhecimento) ou coerção (execução) específica para seu conflito de interesses, mas que adiante a realização de determinado ato processual ou providência que seriam praticados somente no futuro, quando do trâmite normal do processo principal de conhecimento ou execução, mas que, dada a situação fática presente, não pode aguardar o desenrolar normal da demanda principal, sob pena de ocorrência de dano em desfavor do litigante.

É certo, repita-se, que a tutela cautelar é atividade jurisdicional que tem como objetivo conferir segurança às partes contra os danos que possam sofrer em decorrência da demora na prática de um determinado ato processual, que seria realizado no transcorrer de um processo principal de conhecimento ou execução, garantindo um resultado útil a esses últimos, o que não ocorreria se não fosse adiantada a prática do ato processual em questão por intermédio da prestação jurisdicional provisória⁷.

Por exemplo, caso se ajuíze um processo buscando o pagamento de um crédito e, durante a pendência dessa demanda, o devedor vende ou transfere seus bens e direitos a terceiros, do que servirá a eventual sentença que o credor possa obter a seu favor? Seria totalmente impensável para execução, pois o devedor estaria sem bens que pudessem ser transformados em dinheiro. Por outro lado, se iniciado o processo ou, antes de iniciá-lo, o credor requer como medida cautelar um arresto de bens do devedor, tais bens arrestados quando da execução poderão ser convertidos em dinheiro, por meio de alienação judicial⁸.

Concluindo, a tutela cautelar de urgência será aquela que determina de imediato a realização de uma providência ou ato de um processo de conhecimento ou execução, quando a demora na sua prática puder levar à inviabilização da manifestação judicial definitiva.

As tutelas provisórias de urgência têm justificativa, pois a satisfação imediata de uma pretensão de conhecimento ou execução por parte do

7 Abraham Luis Vargas. "Teoría general de los procesos urgentes", em *Medidas autosatisfactivas*, p. 91.

8 Guillermo Ormazabal Sánchez. *Introducción al Derecho procesal*, p. 134.

Poder Judiciário é materialmente impossível, face a necessidade de observância do devido processo legal, com os atributos do contraditório e ampla defesa. Assim, o ordenamento jurídico, prevendo que haverá situações concretas de litígio que não poderão aguardar o lapso temporal entre a propositura da ação e a edição da tutela definitiva de mérito, o que ocorre, por exemplo, com a dilapidação do patrimônio por parte do devedor, em contrapartida com o direito do credor de receber seu crédito, idealizou as tutelas provisórias de urgência para contornar o impasse em questão⁹.

A tutela provisória de urgência tem como escopo obstar, em última análise, que o direito litigioso, cujo reconhecimento ou aplicação se busca obter com um processo de conhecimento ou de execução, perca sua potencial eficácia por conta do tempo de trâmite do procedimento entre o seu início e a prolação da sentença que, de forma definitiva, resolva o mérito do litígio. Assim, a tutela provisória de urgência, em princípio, não tem vida autônoma, pois a sua finalidade se reduz a garantir o resultado prático e útil da tutela jurisdicional definitiva de conhecimento ou executiva¹⁰.

Dessa maneira, será hipótese de tutela provisória de caráter antecipatório, por exemplo, quando uma pessoa procede ao acesso à Justiça contra o seu seguro-saúde, buscando a realização de uma cirurgia de urgência, alcançando, assim, parte ou a íntegra de seu pedido de mérito, ou seus respectivos efeitos. Por outro lado, será cautelar a tutela provisória de caráter conservatório quando o lesado busca o acesso à Justiça para que se efetive o arresto de bens de pessoa que se coloca a dilapidar seu patrimônio, mesmo sendo devedor de título executivo, medida provisória essa que, se não concedida, poderá frustrar eventual execução a ser proposta, pois não haverá mais bens do executado a serem penhorados.

Por fim, há que se observar que, enquanto o CPC de 1973 exigia requisitos distintos para a concessão de tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente, aliado à hipótese de urgência calcada na consolidação de dano) e de cautelar (perigo da

9 Lino Enrique Palacio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 771.

10 Lino Enrique Palacio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 77.

demora e fumaça do bom direito), o NCPC de 2015 unificou os requisitos para o deferimento das tutelas provisórias de urgência, estabelecendo que serão concedidas quando houver elementos que demonstrem a probabilidade de que o direito litigioso favoreça o prejudicado, além da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, caso presentes a “fumaça do bom direito” e o “perigo da demora”.

4.2. Tutelas provisórias de evidência

Aparece, ainda, como tutela provisória no NCPC de 2015, aquela escudada na evidência da pertinência da pretensão posta em juízo, e não na sua urgência.

É certo que o litigante poderá buscar a concessão da tutela de evidência perante o Poder Judiciário, no bojo de uma ação de conhecimento ou de execução, quando ocorrer uma das seguintes hipóteses:

a) indevida utilização do processo pelo litigante adverso, consubstanciada pelo abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, por exemplo, quando o réu pede para purgar a mor, em juízo, para evitar o despejo por falta de pagamento, e assim não procede;

b) quando as questões de fato objeto da demanda forem suscetíveis de serem demonstradas por prova exclusivamente documental e o debate que ampara o direito litigioso posto em juízo estiver escudado em julgamento de casos repetitivos (recurso especial ou extraordinário repetitivo e incidente de resolução de demandas repetitivas) ou em súmula vinculante do STF. Por exemplo, uma pessoa que efetivou acesso à Justiça para tomar posse em cargo público, recusada pelo ente político por falta de sujeição do candidato à realização de exame psicotécnico, mesmo não havendo lei impondo tal exigência, poderá se beneficiar da tutela de evidência, por se tratar de conduta em descompasso com a súmula vinculante nº 44, de lavra do STF;

c) em demanda que envolva pedido reipersecutório relativo a contrato de depósito, fundado em prova documental clara, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, por exemplo, quando no contrato de alienação fiduciária de automóvel, o devedor deixa de efetuar o pagamento das parcelas mensais,

viabilizando que o proprietário fiduciário ajuíze ação de rescisão contratual, obtendo a imediata busca e apreensão do bem; ou

d) quando o acesso à Justiça for realizado pelo interessado, mediante petição inicial, instruída com prova documental exauriente e contundente sobre a veracidade dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu, em contestação, não oponha prova capaz de quebrar a contundência referida, por exemplo, quando o lesado ajuíza ação indenizatória buscando o recebimento de danos materiais e morais e o réu não impugna a ocorrência dos mencionados danos materiais.

Na tutela de evidência, a pessoa que promoveu o acesso à Justiça obterá parte ou a íntegra do pedido meritório ou, ainda, seus respectivos efeitos. Como se lastreia na manifesta pertinência da pretensão posta em juízo, dispensa para sua concessão a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois este fica presumido pela irrefutabilidade do pleito trazido à apreciação do Poder Judiciário, na medida em que, nessa hipótese, quanto mais tempo demorar para o desfecho da prestação jurisdicional definitiva, maior será o ônus temporal para o prejudicado, mesmo sendo titular de direito evidente.

4.3. Tutelas diferenciadas

No Processo Civil brasileiro dentro do rol de tutelas provisórias encontra-se, ainda, a denominada tutela diferenciada. As chamadas tutelas diferenciadas são providências de caráter provisório criadas pelo legislador para atender a situações específicas em lide. Assim, a partir de um conflito de interesses que exija um tratamento específico, o legislador cria uma tutela provisória com requisitos e características distintos, no bojo de um procedimento especial de conhecimento ou executório, mas que: ou terá natureza de tutela antecipada, ou terá característica de tutela cautelar.

Há uma série de situações concretas de conflito de interesses com características diferenciadas que acabam demandando tutela provisória diversa daquela que consta das fórmulas gerais vistas anteriormente. Com o mundo globalizado, cada vez mais as pessoas acabam estabelecendo relações humanas das mais variadas formas e com os mais variados sujeitos, de modo que não se deve estranhar o surgimento de uma

série de novas tutelas diferenciadas na legislação extravagante, com o intuito de atender e conferir prestação jurisdicional efetiva, portanto, adequada às pessoas, com pretensões de características impensáveis até poucos anos atrás. Dessa forma, o fundamento da existência de tutelas diferenciadas, além daquelas em conformidade às situações genéricas de tutelas provisórias, reside na exigência da sociedade moderna de ter instrumentos processuais específicos que possam dar uma resposta jurisdicional adequada às novas relações humanas que se colocam em lide, dentro da chamada “aldeia global”¹¹.

Assim, se a tutela diferenciada tiver natureza de tutela cautelar, a esta será aplicado, na eventual omissão de regramento próprio do procedimento especial de natureza de conhecimento ou execução, o regime jurídico das cautelares. Por outro lado, se a tutela diferenciada possuir características de tutela antecipada, na falta de disciplina específica, será regida pelos ditames que regem esta última.

As tutelas diferenciadas encontram-se previstas nos arts. 539 a 770 do NCPC de 2015 ou em legislação extravagante e têm natureza de tutela antecipada ou cautelar.

Dito isso, por exemplo, se a tutela provisória que se busca é a de recuperar a posse sobre coisa imóvel que foi objeto de recente esbulho, o NCPC de 2015, em seus arts. 560 a 566, criou uma tutela diferenciada de caráter antecipatório, dentro de um procedimento especial relativo a um processo de conhecimento, denominado de ação de reintegração de posse nova, que permite, uma vez cumpridos os requisitos legais para tanto, sem que ocorra a oitiva do réu, que o Magistrado determine a expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse.

Por outro lado, se a pessoa busca providência consubstanciada na exibição de documentos para fins de tramitação de ação de conhecimento que vise à discussão de improbidade administrativa, a Lei federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, idealizou uma tutela diferenciada para

11 Jorge W. Peyrano. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 20 e 21.

tanto, de natureza cautelar, no dorso de um procedimento especial denominado de ação popular, previsto em seu art. 1º, §7º, permitindo que o Juiz requisite certidões e informações negadas pelo órgão público em favor do cidadão para instruir a ação em pauta.

4.4. Tutelas provisórias contra o Poder Público

Por fim, deve ser destacado que o NCPC de 2015 não proíbe a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, somente veda o seu deferimento nas mesmas situações excepcionais e pelas mesmas motivações, que já existiam no CPC de 1973.

As regras vistas acima, portanto, servem para as tutelas provisórias voltadas contra todas as pessoas, inclusive contra o Poder Público. A legislação processual civil em vigor, como regra, não proíbe a concessão de tutela de provisória contra as pessoas jurídicas de direito público (Fazenda Pública), vedando-a, porém, em situações excepcionais.

O NCPC de 2015, em seu art. 1.059, determina que à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei federal nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que impedem a concessão de tutelas provisórias contra o Poder Público, seja de que natureza for, sempre que tiverem como objeto: a) a compensação de créditos tributários; b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; e c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O objetivo do ordenamento jurídico é salvaguardar o interesse público em detrimento do interesse do particular. Fora as situações expressamente proibidas, é possível a concessão de tutela provisória de qualquer espécie contra o Poder Público, seguindo o regime jurídico específico, se tutela cautelar, antecipada, de evidência ou diferenciada, seja qual for a natureza da obrigação determinada pelo Magistrado, ou seja, ainda que envolva o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer, dar ou pagar.

É sabido que na execução de obrigação de fazer, não fazer ou dar, a multa diária é o meio coercitivo direto à disposição do Poder Judiciário

para forçar o devedor ao cumprimento da prestação, sendo certo que doutrina e jurisprudência brasileiras são majoritariamente favoráveis à possibilidade de aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública pelo descumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou dar.

Destarte, em se tratando de tutela provisória contra as pessoas jurídicas de direito público que envolva obrigação de dar, fazer ou não fazer, o procedimento de execução seguirá os trâmites relativos ao adimplemento da respetiva prestação em pauta, em especial, a aplicação de multa diária. No caso de ineficácia desta coerção, poderá o Magistrado, de ofício ou a requerimento do credor, determinar todas as medidas necessárias que levem a prestação determinada, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, dentre outras.

A coerção por multa diária é denominada execução indireta, pois tem por escopo forçar o executado a, por ato próprio, obedecer à obrigação de fazer, não fazer ou dar, imposta como prestação para execução da tutela provisória. Nesse caso, a multa é fator de pressão para que a devedor efetive a tutela provisória por vontade própria, não obstante encurralado pela providência coercitiva da punição diária. Além disso, ressalte-se que a multa diária não tem caráter moratório ou indenizatório, pois ainda que o devedor pague a multa, não se livra do cumprimento do quanto determinado em tutela provisória¹².

O problema quanto à efetividade das tutelas provisórias contra o Poder Público surge quando este não cumpre voluntariamente o fazer, o não fazer ou o dar, que lhe foi imposto. Isso porque, nesse caso, com a inércia do devedor quanto à implementação do fazer, não fazer ou dar, aparece a necessidade de execução da multa diária por parte do credor¹³, que irá, contudo, se submeter ao procedimento especial executório contra a Fazenda Pública que se dá mediante o regime de requisições de pequeno valor ou precatório, nesse último caso, um procedimento moroso.

12 Sérgio Seiji Shimura. Título executivo, p. 178.

13 Sérgio Seiji Shimura. Título executivo, p. 178.

Idêntico problema surge quando a obrigação de pagar é o próprio objeto da tutela provisória, a qual deverá ser buscada, da mesma forma, por intermédio do regime de pagamento por precatórios ao qual está submetido o Poder Público¹⁴.

A Constituição Federal, em seu art. 100, prevê a figura do pagamento por precatório, ou seja, por requisição judicial direcionada à pessoa jurídica de direito público. Foi estabelecido, portanto, tratamento diferenciado da Fazenda Pública em relação ao particular no trâmite processual nos casos em que o Poder Judiciário tenha que exercer coerção, visando à execução de quantia certa, já que inalienável e consequentemente impenhorável o bem público, o que torna inviável a utilização do rito comum executivo lastreado na penhora de bens¹⁵.

Além disso, as dívidas judiciais da Fazenda Pública devem ser honradas, identicamente, por conta do interesse público, a partir da existência de orçamento específico para tanto¹⁶ e aprovado previamente pelo legislativo, segundo impõe a CF. Daí nova razão para o tratamento diferenciado dado pelo art. 100, da CF, às pessoas jurídicas de direito público, criando o regime de precatórios que estabelece que o pagamento do passivo judicial do Poder Público deve ser feito mediante requisição do Poder Judiciário, encaminhada ao Poder Executivo, o qual deve inserir dito passivo na proposta de lei orçamentária a ser aprovada pelo Poder Legislativo, viabilizando a quitação do débito até 31 de dezembro do

14 Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, p. 151-152.

15 ver Elpídio Donizetti: “[...] fato de serem os bens públicos inalienáveis, o que implica impenhorabilidade, torna a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública completamente distinta da execução comum, na qual se penhoram e se expropriam bens do devedor (por adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto de bem móvel ou imóvel), com vistas à satisfação do crédito.” *Curso didático de direito processual civil*, p. 1.003-1.004; e Araken de Assis: “A causa do procedimento especial repousa no regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo. É disciplina usual em vários ordenamentos jurídicos. Em razão desse regime, a constrição imediata e incondicionada dos bens públicos se revela inadmissível, em princípio, e inoperante, por decorrência, a técnica expropriatória genérica prevista nos arts. 646 e 647 do CPC e aplicável aos particulares. E, de fato, conforme o art. 100 do CC-02, os bens de uso comum do povo e os de uso especial – definidos nos incs. I e II do precedente art. 99 – são inalienáveis, ‘enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar’. Ora, da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade (arts. 648 e 649, I, do CPC).”, *Manual da execução*, p. 1.087.

16 Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, p. 151-152.

exercício seguinte ao da referida requisição, isto é, todo o trâmite de pagamento pode levar até 18 (dezoito) meses¹⁷.

Dessa forma, sendo hipótese de execução de multa diária, seja por descumprimento da tutela provisória que determina ao Poder Público uma obrigação de fazer, não fazer ou dar, seja quando a execução da tutela provisória implicar pagamento de quantia em dinheiro, uma coisa é clara e cristalina: a CF, por meio de seu art. 100, não permite que o Estado pague qualquer valor em dinheiro decorrente de determinação judicial provisória ou definitiva que não seja por meio de precatório no bojo do procedimento especial executório contra a Fazenda Pública.

Contudo, como se viu acima, o pagamento de quantia em dinheiro pelo Poder Público mediante o sistema de precatórios pode levar até 18 meses, o que torna sem efeito a multa diária, como meio de coerção para garantir o cumprimento de tutela provisória que determine obrigação de fazer, não fazer ou dar, ou até inviabiliza a execução da própria tutela provisória que determina a entrega de quantia em dinheiro. Ocorre que, se por um lado não há que se falar em pagamento de quantia em dinheiro decorrente de execução de tutela provisória por parte da Fazenda

17 Neste sentido temos Mauro Spalding: “Sendo devedora a Fazenda Pública, entretanto, os procedimentos descritos de maneira simplista acima não podem ser utilizados, dadas algumas peculiaridades que impõem a necessidade de um procedimento próprio e especial que assegure a preservação do interesse público por ela representado em juízo. Diversamente do particular, os bens que integram o patrimônio público são impenhoráveis, não sendo possível valer-se de um procedimento que tem na penhora o verdadeiro alicerce e a garantia da efetivação da tutela executiva. Além disso, o erário não pode ser surpreendido com a existência de uma dívida não prevista previamente em lei orçamentária, sob pena de colocar em risco toda a estrutura econômica pública, afetando as finanças públicas com despesa sem o respectivo aporte de receitas. Portanto, torna-se imperioso, também, por esse motivo, criar-se um procedimento próprio que assegure a possibilidade de prévia inclusão em orçamento dos valores exequendos, de modo a preservar a segurança e estabilidade orçamentária do erário. Por fim, diversamente dos particulares, a Fazenda Pública é devedora de um sem-número de pessoas, sendo imperioso criar-se um sistema que fixe um critério, válido à luz da isonomia entre todos esses credores, que possibilite o recebimento dos créditos sem afronta ao princípio da igualdade.”, *Execução contra a Fazenda Pública federal*, p. 135; e Sérgio Shimura: “Sendo devedora a Fazenda Pública de obrigação de pagar quantia certa, a execução obedece ao procedimento previsto nos arts. 730 e 731, CPC, e art. 100, CF (com as alterações trazidas pelas Emendas 20, 30 e 37), ante a impossibilidade de expropriação forçada dos bens públicos, continuidade do serviço público, obediência à lei orçamentária etc., tudo desembocando numa única forma de pagamento (precatório). Se o modelo do precatório funciona, é outra questão a ser analisada em outro espaço, sob outras vertentes.”, *Título executivo*, p. 252.

Pública devedora, sem que ele se submeta à execução especial redundando na expedição de precatório, por outro lado, o ordenamento jurídico pátrio permite a concessão de tutela provisória contra o Poder Público, que restará inviabilizada, o que não é razoável.

Uma solução para o impasse supra-apontado está no texto do art. 139, inc. IV, do NCPC de 2015. Assim, poderia o Poder Judiciário, deferida a tutela provisória contra o Poder Público, logicamente quando permitida a sua concessão, dada a inércia da entidade pública no seu cumprimento, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, desde que compatíveis com o art. 100, da CF, ou seja, confere ao Poder Judiciário a possibilidade de utilização de medidas de apoio assecuratórias para garantir a efetividade de eventual tutela provisória determinada, fazendo-o de maneira exemplificativa¹⁸.

5. Regime jurídico

O NCPC de 2015 tenta acabar com a complexidade no manejo das tutelas provisórias, realizando uma simplificação do seu regime jurídico.

A tutela provisória de urgência, seja na modalidade cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental em relação à ação de conhecimento ou de execução ao qual está vinculada. A tutela de evidência, por sua vez, será sempre incidental. A tutela provisória quando incidente será requerida ao juízo da causa, independentemente do pagamento de custas, no corpo do processo referente à ação de conhecimento ou execução, onde será prestada a tutela definitiva; e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Nas ações de competência originária de tribunal, nos recursos e na remessa necessária, a tutela provisória será requerida à câmara ou à turma do Tribunal competente para apreciar o mérito da respectiva ação, recurso ou remessa necessária retrorreferidas.

18 Nesse sentido, com raciocínio muito semelhante, temos os seguintes precedentes no Brasil: STJ – AgR REsp nº 935.083/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 02.08.2007, DJ, de 15.08.2007; e STJ – AgR REsp nº 1.002.335/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.08.2008, DJe, de 22.09.2008.

As tutelas de urgência, em regra, face à possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação, deverão ser concedidas liminarmente, sem a cientificação da parte contrária, com o diferimento do contraditório para momento posterior, sempre que a sua oitiva prévia puder inviabilizar a efetivação da prestação jurisdicional provisória; ou após a comunicação da parte adversa, acerca dos termos do processo, realizando, se for o caso, audiência de justificação prévia que terá como finalidade demonstrar claramente ao Magistrado a pertinência da tutela provisória perseguida pelo litigante. Já a tutela de evidência deverá ser concedida, liminarmente, quando fundada em precedente ou contrato de depósito e, nos demais casos, após a oferta de contestação, durante o trâmite da ação de conhecimento ou execução.

A tutela provisória de qualquer espécie deve ser deferida pelo Juiz, uma vez presentes os requisitos legais para tanto, mediante fundamentação da formação do seu convencimento de modo claro e preciso, conservando sua eficácia durante todo o trâmite do processo de natureza cognitiva ou executiva, inclusive se suspenso, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada, desde que alterada a situação fática ou jurídica em que foi formada a convicção do Magistrado no momento de sua concessão.

Anote-se que a tutela de urgência, de natureza antecipada, não deverá ser concedida pelo Magistrado quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a exemplo do que ocorria no CPC de 1973. Ressalte-se, porém, que a doutrina e jurisprudência brasileiras entendem que essa disposição comporta exceções nos casos em que, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, a preservação do patrimônio do devedor possa ser considerada como de menor importância em relação à preservação de outro bem da vida, como, por exemplo, a saúde do consumidor que justificaria a possibilidade de deferimento da tutela provisória para obtenção de tratamento de saúde de natureza tipicamente irreversível. É certo que, mesmo reversível a tutela antecipada, o Juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, sendo certo que a garantia poderá ser dispensada se a parte for pobre na acepção jurídica do termo, e não puder ofertá-la.

É certo que deverá haver, também, proporcionalidade entre a tutela provisória urgente que se busca e o bem da vida cuja tutela judicial definitiva se demanda. Por exemplo, caso em que se pretenda como tutela definitiva a entrega de dois apartamentos de um determinado prédio em construção e respectiva outorga de escritura, cujo contrato de compra e venda tenha sido quitado, mas o vendedor não o reconheça como válido. Nessa hipótese, não pode o consumidor pleitear como tutela provisória a vedação de alienação para terceiros de todo o prédio, mas somente daquelas unidades que supostamente seriam suas¹⁹.

A execução da tutela provisória de urgência antecipada ou de evidência poderá ser efetivada por todas as maneiras de coerção aplicáveis para busca da tutela definitiva, ou seja, tanto por intermédio das medidas primárias de execução: penhora de bens (obrigação de pagar) e multa diária (obrigação de fazer, não fazer ou dar); quanto pelas medidas de apoio secundárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive, se necessário, com requisição de força policial, dentre outra, suscetíveis de serem utilizadas caso frustrada a aplicação da referida multa diária.

Por outro lado, a tutela de urgência de natureza cautelar poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens ou qualquer outra medida idônea e proporcional que assegure o resultado útil do processo, como mecanismo de busca da efetividade da prestação jurisdicional, de modo a torná-la adequada. Interessante que o NCPC de 2015 não considera mais a produção antecipada de provas como uma medida cautelar típica, mas a classifica, agora, como um incidente probatório de procedimento próprio, conforme determinam os arts. 381 a 383 do NCPC de 2015, embora persista o seu caráter nitidamente cautelar.

Entre as medidas provisórias de urgência é aplicável a fungibilidade; isto é, se o interessado requerer uma tutela antecipada, poderá o Poder Judiciário conceder medida cautelar caso entenda que é hipótese de adoção desta em vez daquela e vice-versa, pois o objetivo é não deixar consolidar a situação de “perigo da demora”. Anote-se que, muito em-

19 Cristina Fernández Gil. *La ley de enjuiciamiento civil comentada*, p. 1421.

bora não conste de forma clara no NCPC de 2015, mas mera referência em seu art. 305, dispositivo legal aplicável às tutelas de urgência antecedentes, o Magistrado pode valer-se da fungibilidade entre as várias espécies de tutelas provisórias a fim de deferir outra que não aquela pleiteada pela parte, se entender ser este o caminho correto. Por exemplo, caso o Juiz entenda que a hipótese trazida ao Poder Judiciário para análise é de tutela antecipada e não de tutela de evidência como pleiteado pelo prejudicado, deve o Magistrado conceder aquela em vez desta, determinando que a parte faça eventuais correções procedimentais necessárias.

Além disso, a fungibilidade alcança também as formas de efetivação da tutela antecipada ou cautelar, ou seja, caso o interessado pleiteie uma determinada providência para executar a tutela provisória, pode o Juiz conceder outra, caso entenda menos gravosa ou adequada para levar ao resultado útil do processo, seja ela de natureza conservatória (cautelar) ou antecipatória (tutela antecipada)²⁰.

Cabe realçar que a efetivação da tutela provisória corre por conta e risco de seu favorecido, e este responde, na hipótese da referida tutela restar prejudicada, nos próprios autos em que ela foi concedida, pelos prejuízos causados à parte adversa. Considera-se prejudicada a tutela provisória quando: a) a tutela definitiva lhe for desfavorável; b) obtida por liminar, em caráter antecedente, o favorecido não fornecer os meios necessários para a citação da parte contrária no prazo de cinco dias; c) ocorrer a cessação da eficácia da medida por qualquer constante em norma; ou d) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Além disso, caso o exequente da tutela provisória tenha agido de má-fé, responderá, também, por dano processual(arts. 79 a 81 do NCPC de 2015).

6. Procedimentos para a concessão das tutelas provisórias

6.1. Caráter incidente

As tutelas provisórias, como dito anteriormente, podem ser concedidas mediante observância de duas formas: pleito incidente ou pleito ante-

20 Cristina Fernández Gil. *La ley de enjuiciamiento civil comentada*, p. 1413.

cedente. O pleito antecedente ocorre por meio do exercício do direito de acesso à Justiça. Já o incidente ocorre na própria ação de conhecimento ou de execução a ser ajuizada ou que já esteja em curso.

Em caráter incidental, a tutela provisória pode ser formulada a qualquer momento pela parte prejudicada, desde que não tenha ocorrido, ainda, a concessão de prestação jurisdicional definitiva. Na grande maioria das vezes, o cenário caracterizador de tutela de urgência ou evidência já está consolidado no momento de acesso à Justiça por parte do prejudicado para ajuizamento da ação de conhecimento ou executiva, o que, como regra, leva a formulação do pleito provisório, no corpo da petição inicial, dando margem a concessão liminar da tutela em debate.

Por outro lado, nada impede que a situação autorizadora do pleito de tutela provisória apareça durante o trâmite da ação de conhecimento ou execução. Dessa forma, surgindo hipótese de busca de tutela de urgência (antecipada ou cautelar) ou de evidência, a parte prejudicada pode formular seu pedido por intermédio de simples petição no trâmite da ação de conhecimento ou execução. Imagine-se uma hipótese em que o consumidor procura o Judiciário para discutir a nulidade de uma cláusula contratual que restringe internação em Unidade de Terapia Intensiva, inserida em um pacto de seguro-saúde. Porém, durante o trâmite do processo, o interessado acaba tendo de ser hospitalizado e o lapso temporal contratual autorizador de internação em Unidade de Terapia Intensiva está por se esvaír. Nessa situação, pode o consumidor, mesmo estando o processo em sede de apelação em trâmite perante o Tribunal recursal, formular por petição simples, obviamente de maneira fundamentada, a necessidade de concessão da tutela provisória.

6.2. Caráter antecedente

6.2.1. Tutela antecipada e sua estabilização

Na hipótese de situação autorizadora do deferimento de tutela antecipada, consolidada antes da propositura da ação de conhecimento ou execução, a pessoa prejudicada poderá, em vez de pleiteá-la incidentalmente, proceder ao acesso à Justiça, restringindo expressamente o seu pedido à tutela provisória, indicando, porém, na petição inicial, qual seria a tutela definitiva cabível na hipótese, com a apresentação

da lide, do direito material aplicável à espécie e da situação de urgência que justifique a concessão da prestação jurisdicional de urgência, assim como indicando valor da causa condizente com o pedido de mérito sobre o conflito de interesse, e recolhendo as respectivas custas processuais sobre ele.

Dessa maneira, realizado e deferido o pedido de tutela antecipada antecedente, o prejudicado deverá aditar a petição inicial em 15 (quinze dias), de modo a delinear precisamente os termos da tutela definitiva perseguida, juntando novos documentos aos autos, se for o caso, sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais, sob pena de extinção do feito sem análise de mérito, prejudicando a prestação jurisdicional provisória concedida. Esse prazo de 15 (quinze) dias para aditamento é dilatatório, de modo que pode o interessado pleitear a sua prorrogação desde que justificado o seu pedido.

Paralelamente ao ato de intimação do Autor para aditamento da petição inicial, o réu será citado acerca dos termos da demanda e intimado acerca da liminar deferida, assim como para comparecimento em audiência de conciliação ou de mediação, que, caso reste frustrada, abrirá o prazo de 15 (quinze) para apresentação de contestação.

Contudo, se o Magistrado entender que não é hipótese de deferimento de tutela antecipada antecedente, deve determinar o aditamento da petição inicial, para que o prejudicado, em 5 (cinco) dias, formule precisamente os termos da tutela definitiva perseguida, juntando novos documentos aos autos, se for o caso, seguindo o processo, posteriormente, pelo procedimento comum, sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais, sob pena de extinção do feito sem análise de mérito.

A grande novidade trazida pelo NCPC de 2015 reside no fenômeno da estabilização da tutela antecipada antecedente, que ocorrerá na hipótese de o réu não interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar que concedeu a prestação jurisdicional provisória. Nesse caso, não importa se a parte adversa contestou ou não o feito, ela deve obrigatoriamente ter recorrido da decisão concessiva da tutela provisória, sob pena de estabilização. A estabilização da tutela antecipada concede-lhe caráter satisfativo.

Isso ocorre quando a medida antecipatória coincide com o conteúdo executivo da sentença definitiva que, por ventura, seria editado em um determinado processo de conhecimento ou executivo, dispensando-se, portanto, o desenvolvimento destes últimos, até porque o bem da vida pretendido pelo prejudicado já foi alcançado com a tutela provisória antecipada, agora estabilizada face a inércia recursal do réu²¹.

A estabilização, como dito, consolida os efeitos da tutela antecipada e leva à extinção do processo, mas não gera coisa julgada. Assim, a tutela de urgência poderá ser revista, reformada ou invalidada, em ação própria ajuizada para tanto, por qualquer das partes, extinguindo-se tal direito após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que pôs fim ao processo em que a tutela provisória foi estabilizada. A parte que pretenda o ajuizamento de demanda para debater a estabilização da tutela antecipada pode desarquivar o processo em que ela foi deferida, com o intuito de extrair elementos e documentos para confeccionar ou instruir a petição inicial da ação impugnativa.

Durante o trâmite do processo que discute a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, seus efeitos serão conservados até a prolação de sentença de mérito na ação impugnativa. É certo, no mesmo sentido, que, caso não proposta ação impugnativa referida, ou se esta for julgada improcedente, os efeitos da estabilização da tutela antecipada restarão perenes.

A grande crítica que se faz ao procedimento de estabilização da tutela antecipada utilizado pelo NCPC de 2015 é que ele gera mais incertezas do que soluções. Tal afirmação é feita, pois, ao se retirar a condição de coisa julgada da decisão que extingue o processo por estabilização da tutela antecipada, permitindo-se a sua discussão num prazo de 2 (dois) anos, acaba-se criando um ambiente de instabilidade severo, já que a qualquer momento, aquele que se beneficiou da prestação jurisdicional de urgência pode acabar envolto no seu debate, mesmo tendo passado meses de sua concessão.

21 Abraham Luis Vargas. “Teoría general de los procesos urgentes”, em *Medidas autosatisfactivas*, p. 92.

No mesmo sentido, novamente o beneficiário da tutela antecipada, em certas situações, poderá se deparar com uma verdadeira armadilha jurídica, pois, caso tenha de pleitear eventual modificação (reforma) urgente dos termos da tutela provisória concedida e estabilizada, como visto, terá que fazê-lo, por intermédio de ação própria ajuizada para tanto, mas, enquanto isso, os efeitos da prestação jurisdicional estabilizada serão conservados até prolação de sentença de mérito da demanda impugnativa.

Imagine-se a situação em que o indivíduo pleiteia contra o Estado, como tutela antecipada, o fornecimento de um determinado medicamento. Se deferida e estabilizada a tutela provisória e, posteriormente, verificado que o remédio não foi eficaz para combater o mal que acomete o prejudicado, havendo necessidade de judicialmente buscar-se outro medicamento, o lesado só obterá o novo remédio com a prolação da sentença de mérito da ação revisional em debate. Tal situação causará a imprestabilidade da jurisdição a ser concedida, pois, por certo, o litigante terá sua doença agravada por não poder dispor imediatamente da nova medicação.

Dessa forma, conclui-se, por fim, que há grandes chances de que a utilização da tutela antecipada antecedente acabe caindo por terra, face ao seu desuso, prevalecendo a preferência da opção de sua formulação de forma incidental no próprio corpo da petição inicial da ação de conhecimento ou execução que discuta o pedido de mérito propriamente dito em relação à violação ou ameaça ao direito litigioso.

6.2.2. Tutela cautelar

A tutela cautelar pode ser também pleiteada de forma antecedente, sempre que seus requisitos autorizadores estejam presentes antes do ajuizamento da ação principal à qual deve vincular-se. Mas nunca dará margem à sua estabilização, pois a providência cautelar não vive sem a demanda principal. Não custa lembrar que, enquanto a tutela antecipada busca parte ou o todo do pedido de mérito de conhecimento ou executivo, ou ainda eventuais efeitos desses últimos, a tutela cautelar não se importa com o pleito meritório propriamente dito, mas com a prática de uma providência ou de um ato processual que viabilize a concessão

da prestação jurisdicional definitiva. Assim, por exemplo, busca-se o arresto cautelar antecedente dos bens do devedor, para que, quando da propositura da ação principal executiva, possa ser viabilizada a realização de penhora, com a alienação dos bens do devedor e o pagamento da dívida perante o credor.

Desta forma, o prejudicado deve ajuizar o pleito de tutela cautelar antecedente na petição inicial com a indicação da lide principal, seu fundamento fático e jurídico, indicando a providência assecuratória perseguida para o resultado útil do processo, além de esclarecer qual o perigo na demora, se não viabilizada a medida cautelar buscada.

Lembre-se que, da mesma forma que no pleito antecedente de tutela antecipada, o autor deve indicar valor da causa condizente com o pedido de tutela definitiva, recolhendo as respectivas custas processuais.

Na decisão inicial, o Magistrado apreciará a tutela cautelar, sendo que, concedida ou não, o réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestá-la, indicando eventuais provas que pretenda produzir. Após, será observado o procedimento comum para tramitação do pleito principal. Na contumácia do Requerido, ocorrerão os efeitos da revelia, restritos à discussão da tutela cautelar, ou seja, presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor na exordial cautelar, devendo o Magistrado sentenciar em seguida.

Caso concedida a liminar cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor, no prazo de 30 (trinta) dias, com o respectivo delineamento fático e jurídico pertinente, nos próprios autos da medida cautelar antecedente, sem adiantamento de novas custas processuais.

Feito isso, as partes serão intimadas para comparecer em audiência de tentativa de conciliação e mediação, relativamente ao mérito da demanda, que, se restar frustrada, abrirá o prazo de 15 (quinze) dias para oferta de contestação, desta vez sobre o mérito da demanda.

É de se ressaltar novamente, que a tutela cautelar antecedente não se estabiliza e guardará eficácia até a prolação da prestação jurisdicional definitiva. Cessa, porém, a eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente se: a) o autor não deduzir o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias; ou b) não for efetivada pelo autor dentro de 30 (trinta) dias, contados da sua intimação acerca da decisão judicial concessiva.

Se por qualquer motivo restar ineficaz a tutela cautelar, a parte ficará proibida de reiterar o pedido, a não ser que haja novo fundamento fático ou jurídico para tanto.

Saliente-se que o indeferimento da liminar cautelar por parte do Magistrado não gerará impacto no julgamento da tutela definitiva, nem tampouco o autor ficará impedido de formular o seu pleito principal meritório, a menos que a motivação para o indeferimento da liminar resida no reconhecimento da decadência ou prescrição do pedido de mérito.

Por oportuno, registrem-se as respectivas críticas à via antecedente como opção de pleito da tutela cautelar. Isso porque, como mencionado acima, o procedimento de pleito incidental da cautelar é bem mais simples se comparado ao procedimento antecedente.

No procedimento incidente, na confecção da ação de conhecimento ou executiva principal propriamente dita, procede-se à inclusão do pedido cautelar, o que dará margem a uma única citação do Réu, com a apresentação de apenas uma contestação para impugnar a pretensão de urgência e a definitiva. Diferentemente do que ocorre com a medida cautelar antecedente, em que primeiro o Requerido é citado para contestar a tutela de urgência em 5 (cinco) dias e depois intimado a comparecer em audiência de conciliação e mediação, quando, se frustrado o acordo, deverá apresentar resposta em 15 (quinze) dias. No mesmo sentido, na cautelar antecedente há necessidade de aditamento da petição inicial para delinear as nuances fáticas e jurídicas do pedido principal, mas, na cautelar incidental, a petição inicial da ação de conhecimento e execução, já fornece os limites referidos.

7. Considerações finais

Realizada a análise de todo o regramento que envolve as tutelas provisórias no NCPC de 2015, é possível concluir que a nova legislação está distante de ser a salvação do Poder Judiciário e do jurisdicionado para se obter em tempo razoável a solução das demandas que lhes serão submetidas pelo exercício da garantia de acesso à Justiça, como o intuito de realizar a reparação do direito violado, face às existências de disposições normativas controvertidas e que gerarão infundável debate

jurisprudencial e doutrinário, tal como ocorrerá com a discussão sobre o regime jurídico da estabilização da tutela antecipada.

É certo que, ainda que fosse impecavelmente regrada a tutela provisória na nova Codificação, a mudança legislativa traz sempre, em um primeiro momento, uma turbulência interpretativa que acaba por prejudicar a boa técnica processual, levando à morosidade do trâmite procedimental, além dos graves e conhecidos problemas estruturais que envolvem a Justiça brasileira, que não consegue dar vazão à quantidade de lides levadas todos os anos a seu julgamento²².

De qualquer forma, ressalvadas eventuais críticas pertinentes, o NCPC de 2015 andou bem, quando reformulou o regime jurídico das tutelas provisórias, em especial, com a criação da tutela de evidência; unificação dos requisitos para concessão de tutela antecipada e cautelar; e com a extinção da necessidade de ajuizamento de processo próprio em apartado para a instrumentalização das cautelares, o que facilitou o manejo das tutelas provisórias, comparativamente com o CPC de 1973, sistematizando-as de maneira mais clara e menos complexa.

Referências bibliográficas

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – vol. I – artigos 1º a 107*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 1ª edição brasileira e 4ª edição portuguesa revista, 2007.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 4ª edição, 2002.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Novo CPC: uma iniciativa inoportuna*, em *Jornal Carta Forense*, versão impressa. São Paulo: Brasil, edição de novembro de 2011, p. B25.

Donizeti, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 14. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.153. São Paulo: Atlas, 2010.

Fornaciari Júnior, Clito. *Já seria hora de respeitar o texto da lei*, em

²² Clito Fornaciari Júnior. *Já seria hora de respeitar o texto da lei*, em *Jornal “Tribuna do Direito”*, ano 16 – novembro de 2011 – n. 199, p. 793.

Jornal “Tribuna do Direito”, São Paulo: Brasil, ano 16 – novembro de 2011 – n. 199.

Gil, Cristina Fernández. *La ley de enjuiciamiento civil comentada*, Madrid: Tecnos, 2010.

Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 19ª edição, 2009, p. 77.

Peyrano, Jorge W. Peyrano. *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, em Medidas autosatisfactivas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

Sánchez, Guillermo Ormazabal. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons, 4ª edição, 2010.

Shimura, Sérgio Seiji. *Título executivo*. São Paulo: Método, 2. ed. atual. e ampl., 2005.

Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros. 1999.

Spalding, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008.

Vargas, Abraham Luis. “*Teoría general de los procesos urgentes*”, em Medidas autosatisfactivas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

