

Cadernos Jurídicos

Ano 16 - Número 41 - Julho-Setembro/2015

Novo Código de Processo Civil



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2015



ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor

DESEMBARGADOR FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA

Vice-Diretor

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

Conselho Consultivo e de Programas

DESEMBARGADOR ITAMAR GAINO

DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS VILLEN

DESEMBARGADOR ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ

DESEMBARGADOR LUIZ AUGUSTO DE SIQUEIRA

DESEMBARGADOR FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

DESEMBARGADORA MARIA DE LOURDES RACHID VAZ DE ALMEIDA

DESEMBARGADOR CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

Coordenador da Biblioteca e Revistas

DESEMBARGADOR WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Cadernos Jurídicos

Novo Código de Processo Civil

Quadrimestral

2000, v. 1 (1 - 2)

2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)

2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)

2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)

2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)

2005, v. 6 (25)

2006, v. 7 (26 - 27 - 28)

2007, v. 8 (29 - 30)

2008, v. 9 (31)

2009, v. 10 (32)

2011, v. 12 (33)

2012, v. 13 (34 - 35)

2013, v. 14 (36 - 37)

2014, v. 15 (38)

2015, v. 16 (39 - 40 - 41)

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar
01301-100 - São Paulo - SP
(11) 3256-6781/3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

1. Tutela antecipada e cautelares no CPC e no projeto de CPC <i>Décio Luiz José Rodrigues</i>	9
2. Desistência recursal e recursos repetitivos <i>Eduardo Arruda Alvim e Daniel Willian Granado</i>	13
3. Brevíssimas reflexões sobre o sistema recursal no novo Código de Processo Civil <i>Flávio Luiz Yarshell</i>	27
4. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC <i>João Batista Lopes</i>	33
5. Tutela provisória <i>José Roberto dos Santos Bedaque</i>	43
6. De algumas regras novas no Processo Civil brasileiro <i>Milton Paulo de Carvalho</i>	53
7. A garantia da duração razoável sob a perspectiva da efetividade do processo civil. O contexto da Itália em face da Corte Europeia de Direitos Humanos <i>Paulo Issamu Nagao</i>	67
8. A Conciliação e a Mediação no novo Código de Processo Civil e nas Leis n. 13.129/2015 e 13.140/2015 <i>Ricardo Cunha Chimentí</i>	89
9. Primeiras reflexões sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica <i>Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo</i>	109
10. Considerações sobre a teoria geral dos recursos no Código de Processo Civil de 2015 <i>Sérgio Seiji Shimura</i>	117
11. Verba honorária sucumbencial, em especial a instituição de “honorários recursais” <i>Walter Piva Rodrigues</i>	133
12. Notas sobre o Projeto do Novo CPC: solução ou mais problemas? <i>Wanderley José Federighi</i>	141

Apresentação

“A aplicação das leis é mais importante do que a sua elaboração.”

Thomas Jefferson

As mudanças nunca se operam sem algum trauma, ainda que pequeno.

No campo do Direito não haveria de ser diferente. É só observar o que ocorreu no Brasil nos últimos vinte e sete anos. Depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, muitas mudanças foram impostas à comunidade dos aplicadores do Direito; algumas boas, outras nem tanto.

Observe-se, por exemplo, que a referida comunidade ainda luta para se adaptar às mudanças introduzidas no Direito Civil, com o Código Civil de 2002. Digere-se (às vezes com dificuldade) o Estatuto da Criança e do Adolescente, alvo de um sem-número de críticas, desaguando na polêmica recente da redução – ou não – da maioria penal. Outrossim, muitas outras leis esparsas trazem sério receio quanto ao futuro, no que diz respeito às áreas penal, tributária, previdenciária e tantas outras.

A questão mais candente nos dias atuais é a referente à aprovação, também recente, do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), com previsão de entrada em vigor no início do ano de 2016. Com um vasto número de pontos extremamente polêmicos (muitos dos quais objeto dos estudos aqui trazidos ao leitor), o novo Código ganha aplausos enfáticos de alguns, severas críticas por parte de outros e imensa apreensão por parte de um número expressivo de membros da comunidade jurídica. Muito se fala, por exemplo, na burocratização do processo, ampliada com as novidades trazidas na nova lei, que estaria a andar na contramão da tão almejada celeridade processual...

Como o referido Código já está aprovado, contudo, resta aos advogados, membros do Ministério Público e às várias Cortes do País a tarefa de interpretá-lo e bem aplicá-lo, tarefa esta que pode não se revelar como muito fácil.

Buscando contribuir para o debate e para a concretização da missão sobredita, a Escola Paulista da Magistratura propôs-se a publicar número de seus *Cadernos Jurídicos* voltado inteiramente ao estudo do novo Código, contando, para tanto, com juristas do nível de João Batista Lopes, Flávio Luiz Yarshell, Sérgio Shimura, José Roberto Bedaque, Milton Paulo de Carvalho e outros, que trouxeram à baila temas como o novo sistema recursal, a tutela provisória, a conciliação, a desconsideração da personalidade jurídica e outros de igual importância.

No mais, é aguardar o início da efetiva entrada em vigor do novo CPC e torcer (com o otimismo possível) pelo seu bom êxito, o que virá para o bem de todos aqueles que esperam a solução de seus litígios.

E, como dito no início deste texto, que o trauma da mudança seja efetivamente pequeno.

Wanderley José Federighi

Desembargador coordenador da Biblioteca e Revistas da EPM

Tutela antecipada e cautelares no CPC e no projeto de CPC

Décio Luiz José Rodrigues¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A tutela antecipada foi introduzida na ordem jurídica tendo como escopo a busca da solução mais justa e em prazo adequado e razoável para satisfazer a pretensão de quem vai a juízo litigar, sendo, o acesso à Justiça, norma inserta no rol do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Celeridade, eficácia e utilidade do processo, mesmo que temporária e provisoriamente, são os objetivos que foram levados em consideração na criação da tutela antecipada, sem os quais o acesso à Justiça seria inútil e, em última “ratio”, injusto.

Assim, a satisfação da pretensão da parte que somente ocorreria com a sentença final no processo passou a poder ocorrer desde o início do processo e/ou em qualquer fase dele e antes da sentença final, tornando a sua pretensão rápida, útil e eficaz e cada vez mais confirmando a instrumentalidade do processo a favor de quem se vale da Justiça.

Portanto, a tutela antecipada, na verdade, antecipa os efeitos da pretensão da parte e que seria somente concedida na sentença final transitada em julgado e, como toda decisão judicial, deve ser fundamentada, “*ex vi*” do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do § 1º do artigo 273 do CPC.

Os requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela são bem descritos no CPC, artigo 273, incisos e parágrafos, “*id est*”, a prova inequívoca do alegado e a verossimilhança (resumindo-se: probabilidade quase verdadeira, sem apresentar dúvidas, não bastando o mero “*fumus boni iuris*”, não precisando ser, a prova, só documental), ambas imbuídas em urgência (evitando-se o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, dano concreto, tudo a evitar o justificado receio de ineficácia do provimento final) ou evidência (esta com abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ou pela existência de parte incontroversa da ação).

Neste último caso, “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, o direito invocado no pedido é de ser evidente, sem vacilos, sem discussão em termos de matéria de direito, com prova “*prima facie*”, sem necessitar de produção de provas a respeito, não havendo a mera probabilidade de sua existência, e sim certeza.

E, em todos os casos, a irreversibilidade no provimento jurisdicional antecipado não pode existir, ou seja, tem que haver a possibilidade fática e material do juízo voltar atrás na sua decisão, com retorno da situação ao “*statu quo ante*” e sem prejuízo em desfavor da parte contrária, o que se afigura muito difícil de acontecer, “*ad exemplum*”, quando a tutela antecipada se referir a direitos da personalidade ou a direitos

¹ Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor Substituto da EPM. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

materiais/patrimoniais envolvendo parte contrária sem condições financeiras de repor numerário que tenha sido utilizado/gasto.

Aliás, se reversibilidade do provimento jurisdicional não houvesse, não se estaria tratando mais de tutela antecipada, e sim de tutela definitiva.

Daí serem aplicáveis, na tutela antecipada, as normas da execução provisória previstas nos artigos 475-I, § 1º e 475-O, ambos do CPC e do processo de ação de obrigação de fazer, não fazer e de dar coisa diversa de dinheiro, previsto nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, inclusive acarretando ao exequente a obrigação de reparação de danos causados a outra parte na hipótese de revogação da tutela antecipada concedida a seu favor.

Em qualquer caso, deverá o juiz ponderar, presentes os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e levando em conta os bens e valores jurídicos inerentes ao caso, no momento de decidir se concederá ou não a tutela antecipada “**versus**” a irreversibilidade, sob pena de injustiças a favor de quem a antecipação da tutela, se não deferida, não mais será útil.

Já na tutela cautelar “**stricto sensu**”, o “**fumus boni iuris**”, aliado ao “**periculum in mora**”, não exige prova inequívoca, e sim plausibilidade da situação objeto da demanda cautelar.

Ainda, no CPC vigente, o processo cautelar está regulamentado em livro próprio, com um procedimento, digamos, geral (cautelares inominadas) e com cautelares específicas e com procedimentos próprios, podendo ser, a medida cautelar, incidental (proposta nos autos de um processo já em andamento) ou preparatória (ajuizada antes da existência de um processo principal e que assegura o resultado útil do processo principal que existirá no futuro obrigatoriamente).

Todavia, sempre a acessoriedade do processo cautelar mostra-se evidente, pois, na tutela antecipada, antecipa-se o próprio “**meritum causae**”, o mérito da própria demanda ajuizada, sem acessoriedade alguma a ser considerada.

Alcança-se, pois, na tutela antecipada, antes da sentença, o que somente se obteria com a prolação da sentença.

Outrossim, na dúvida entre pedido de natureza cautelar ou de tutela antecipada, o artigo 273, § 7º, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, veio consagrar a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada à medida que permitiu o deferimento de tutela cautelar em processo não cautelar, “**id est**”, em havendo erro no pedido, o Juiz poderá aceitar a cautelar no bojo de ação que envolva processo não cautelar, caso em que seria correto o pedido de tutela antecipada.

E a mudança veio a beneficiar a própria instrumentalidade e eficácia do processo, presente também o princípio da economia processual.

A tutela antecipada e o processo cautelar no Projeto do novo CPC

O Projeto de Lei do novo CPC regulamenta a matéria no Livro V – Da Tutela Provisória – nos artigos 292 e seguintes do Texto Consolidado aprovado, deixando de existir o livro sobre processo cautelar especificamente e sem previsão de procedimentos cautelares nominados, mantido o Poder Geral de Cautela do Juiz e a execução das tutelas provisórias obedece às normas de cumprimento provisório (execução provisória) da sentença.

O Texto Consolidado trata, conjuntamente, a tutela cautelar e a antecipada como tutelas de urgência juntamente com a tutela de evidência, ambas (tutelas de urgência e de evidência) como espécies do gênero “tutelas provisórias”, podendo ser a tutela provisória revogada ou modificada a qualquer tempo e manterá sua eficácia durante a suspensão do processo, exceto ordem em contrário do Juiz do feito.

Há dois tipos de procedimentos para as **tutelas provisórias**, a saber: **o das medidas requeridas em caráter antecedente** (parecidas com as cautelares preparatórias, com citação do réu para contestar em cinco dias e com efeitos da revelia, seguindo-se o procedimento comum do novo CPC no caso de ter havido apresentação de contestação, com necessidade de ajuizamento da demanda principal em trinta dias, podendo o pedido principal ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar, com realização obrigatória de audiência de conciliação ou de mediação (autocomposição) com a presença dos advogados das partes ou destas pessoalmente e com cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente nas hipóteses de o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal referido; não for efetivada dentro de trinta dias e se o Juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito) e **o das medidas requeridas em caráter incidental**.

Como requisitos à concessão da tutela de urgência temos: elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo haver exigência de caução real ou fidejussória e dispensa desta, se a parte não tiver condições de a oferecer.

A tutela de urgência (cautelar) continua podendo ser concedida liminarmente ou após justificação prévia e não pode ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, “*id est*”, sempre tem que haver a possibilidade de se voltar ao “*statu quo ante*” na hipótese de revogação da medida concedida como tutela de urgência.

Embora abolidas as cautelares nominadas, a tutela de urgência pode ser efetivada, “*ad exemplum*” e desde que preenchidos os requisitos legais, mediante as antigas cautelares nominadas de arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Passou a ser possível o pedido tão somente de tutela antecipada (esta quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso se espere o resultado final do processo) imbuída em autonomia, maior força e estabilidade, pois, se requerida tão somente e concedida a tutela antecipada, o autor deverá aditar a petição inicial em quinze dias ou em outro prazo concedido pelo Juiz, complementando o seu pedido e, se o autor não aditar a inicial, o feito será extinto sem resolução do mérito e, ainda, quando o requerido, após a efetivação integral da tutela antecipada, não recorrer da concessão dela, também o processo será extinto, mantendo-se a eficácia da tutela antecipada.

Portanto, são casos de autonomia e estabilidade da tutela antecipada e que terá força de coisa julgada material na hipótese de a parte contrária não pretender a revisão, reforma ou invalidação dela, por ação própria e no prazo de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo porque a parte contrária não recorreu da concessão da tutela antecipada requerida em caráter autônomo.

Como **tutela da evidência** podemos entender que se trata de uma tutela antecipada sem se basear em urgência, mas sim na evidência do direito invocado pelas partes, não havendo a necessidade de demonstrar perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Deve-se demonstrar, sim, para o seu deferimento a caracterização: **1** – do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; **2** – que as alegações de fato podem ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (caso em que o Juiz poderá decidir liminarmente); **3** – que se trata de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (caso em que o Juiz poderá decidir liminarmente); **4** – que a petição inicial foi instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável.

Como somente nas hipóteses dos números 2 e 3 o Juiz poderá decidir liminarmente quanto à tutela antecipada (tutela da evidência), entendemos que, **“a contrario sensu”**, para o Juiz conceder a tutela antecipada nos casos dos números 1 e 4 deverá, antes, ouvir a parte contrária.

Assim, a tutela da evidência do novo CPC pode ser considerada a tutela antecipada do atual CPC mais detalhada e especificada, sem necessidade de se fundar na urgência.

Conclusão

O Texto Consolidado do novo CPC, então, extinguiu o processo cautelar, mantendo a tutela antecipada de outra maneira, tratando a matéria **“in totum”** como tutelas provisórias, entre estas as tutelas de urgência (satisfativas ou assecuratórias, antecedentes ou incidentais) e as da evidência (espécie de tutela antecipada).

Em qualquer caso, já que mantido o Poder Geral de Cautela do Juiz, entendemos possível a concessão de medida de urgência pelo Juiz, mesmo que **“ex officio”**, desde que presentes os requisitos do **“fumus boni iuris”** e do **“periculum in mora”**.

Desistência recursal e recursos repetitivos

*Eduardo Arruda Alvim*¹
Advogado

*Daniel Willian Granado*²
Advogado

Sumário: 1. Introdução. 2. Os requisitos de admissibilidade dos recursos. 3. Requisitos intrínsecos de admissibilidade. 4. Requisitos extrínsecos de admissibilidade. 5. Desistência do recurso e sistemática dos repetitivos. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Buscaremos, por intermédio deste pequeno estudo, tentar mostrar algumas inovações atinentes à desistência do recurso e seu tratamento em relação aos recursos repetitivos. Antes de mais nada, contudo, analisaremos brevemente os requisitos de admissibilidade dos recursos, de modo a constatar que a desistência configura um dos denominados fatos impeditivos ao conhecimento do recurso. Em seguida, veremos como os tribunais vêm se orientando quanto a esse requisito de admissibilidade em matéria de recursos repetitivos.

2. Os requisitos de admissibilidade dos recursos

Os requisitos de admissibilidade, assim como os princípios, dizem respeito à teoria geral dos recursos e, por isso, informam todo o sistema recursal vigente, inclusive sendo aplicáveis aos recursos repetitivos. Antes de adentrarmos propriamente na investigação dos requisitos de admissibilidade dos recursos, cabe-nos defini-los.

Para que se possa analisar o mérito de uma ação, é necessário que estejam presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais de existência e validade. Trata-se das questões preliminares, que devem ser analisadas e superadas para que se tenha direito a uma decisão de mérito.

Assim como nas ações, para que se tenha direito à análise do mérito do recurso, imperioso estarem presentes os requisitos de admissibilidade, que também configuram questões preliminares, porém, em âmbito recursal.

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor dos cursos de doutorado, mestrado, especialização e bacharelado da PUC/SP e da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Acadêmico titular da Cadeira nº 20 da Academia Paulista de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal, incumbida da elaboração de Anteprojeto de Nova Lei de Arbitragem e Mediação. Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Processo Constitucional do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Diretor da Revista Forense. Advogado.

² Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Graduado pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Conselho Editorial da Revista Forense. Membro da Comissão Permanente de Estudos de Processo Constitucional do IASP. Coordenador Editorial e Membro Fundador da Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos (APEJUR). Advogado.

Assim, para que o órgão *ad quem* aprecie o mérito do recurso, deve primeiro verificar se estão presentes todos os requisitos de admissibilidade, sob pena de não conhecimento do recurso. Não conhecer de um recurso significa dizer que nem todos os requisitos de admissibilidade estão presentes e que, portanto, o recorrente não tem direito à análise do pedido formulado em seu recurso.

A esse respeito, um dos autores do presente trabalho já sustentou que é possível estabelecer um paralelo, de um lado, entre as condições da ação e o seu mérito, e, de outro, entre os requisitos necessários a que um recurso comporte um juízo de admissibilidade positivo e o mérito recursal, propriamente dito. Assim como, faltantes as condições da ação, isso deve conduzir à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC/73 e art. 482, VI do Projeto do NCPC, aprovado no Congresso Nacional³), faltantes os requisitos de admissibilidade de um recurso, o mérito recursal não deverá ser sequer apreciado. Diz-se, nesse caso, que o recurso não será conhecido, porque é inadmissível.⁴

Os requisitos de admissibilidade são classificados pela doutrina em intrínsecos e extrínsecos. Embora haja divergências a respeito de aludida classificação, adotaremos neste trabalho a classificação proposta por Nelson Nery Junior.

Com efeito, de um lado, entende Barbosa Moreira que os requisitos intrínsecos estão relacionados com a existência do poder de recorrer. De outro lado, segundo esse mesmo jurista, os requisitos extrínsecos relacionam-se ao modo de exercer o poder de recorrer.⁵ De seu turno, Nelson Nery Junior observa que os requisitos intrínsecos dizem respeito à decisão recorrida, ao passo que os extrínsecos se coadunam com fatores externos à decisão contra a qual se pretenda recorrer.⁶

Assim, para Nelson Nery Junior, são requisitos intrínsecos dos recursos o interesse recursal, a legitimidade recursal e o cabimento. De outro lado, são requisitos extrínsecos a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer. Vejamos, pois, ainda que de forma sucinta, cada um desses requisitos.

3. Requisitos intrínsecos de admissibilidade

Os requisitos intrínsecos de admissibilidade, segundo a classificação aqui adotada, dizem respeito à decisão recorrida. Trata-se do interesse recursal, da legitimidade recursal e do cabimento.

Pode-se fazer um paralelo entre o interesse recursal e o interesse processual (condição da ação). Com efeito, assim como o interesse processual pressupõe o binômio necessidade e utilidade da prestação jurisdicional, é indispensável que haja este mesmo binômio (necessidade e utilidade) para recorrer.

Com efeito, conforme já dissemos, o interesse em recorrer conjuga estes dois fatores: o provimento do recurso deve propiciar uma situação mais vantajosa ao recorrente (utilidade) e, para isto, o recurso deve ser o único meio possível (necessidade).⁷

Veja-se que a necessidade se configura quando o recurso for o único meio que o recorrente dispõe para impugnar a decisão ou quando ele seja o único meio que dispõe

³ Utilizaremos, neste breve trabalho, a abreviatura NCPC para se referir ao Novo Código de Processo Civil, recentemente aprovado no Congresso Nacional, que se encontra pendente de sanção da Presidente da República.

⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 3. ed. p. 763.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. p. 263.

⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. p. 273-274.

⁷ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 3. ed. p. 783.

o recorrente para melhorar sua situação diante da decisão. De outro lado, deve haver utilidade, consubstanciada na possibilidade de melhora em relação ao prejuízo causado pela decisão contra a qual se pretenda recorrer.

Sobressai, a respeito do interesse recursal, a literalidade do art. 499 do CPC (art. 993, do NCPD), que dispõe que o recurso pode ser interposto pela parte vencida. Barbosa Moreira observa, em relação a aludido dispositivo legal que

*é vencida a parte, sem dúvida, quando a decisão lhe tenha causado prejuízo, ou a tenha posto em situação menos favorável do que a de que ela gozava antes do processo, ou lhe haja repellido alguma pretensão, ou acolhido a pretensão do adversário. Mas também se considerará vencida a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, tudo o que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito.*⁸

Além do interesse recursal, imperioso que se faça presente a legitimidade recursal, vale dizer, “para que o recurso seja admissível, não basta que o comporte a decisão: é mister que o interponha quem esteja qualificado para tal”.⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma com propriedade que “a legitimidade que têm as partes para propor e contestar a ação se prolonga ao âmbito dos recursos, do mesmo modo que se pode dizer que o direito de recorrer é uma extensão do direito de ação e do direito de defesa”.¹⁰

O art. 499 dispõe que estão legitimados a recorrer as partes, o Ministério Público, bem como o terceiro prejudicado. Essa mesma diretriz veio a ser seguida pelo art. 993, do NCPD.

Parte é aquele que figura no processo na qualidade de autor ou réu, inclusive nas ações incidentais (denúnciação da lide, oposição etc.). Segundo Thereza Alvim,

*parte, comumente se afirma, é aquela que pede ou contra quem se pede a tutela jurisdicional. Entretanto, nem sempre pedida esta tutela contra o réu, como ocorre nas hipóteses de haver legitimação extraordinária ou integração, em grau máximo, da capacidade daquele que deveria ser réu, eis que deste, a despeito de ser ele parte nada deseja o autor. O mesmo se pode dizer em relação àquela que pede, eis que, nas mesmas hipóteses, nada pede ela para si.*¹¹

De seu turno, o terceiro prejudicado é aquele que poderia ter sido assistente simples ou litisconsorcial, bem como o litisconsorte necessário que não tenha adentrado ao processo. Quanto ao Ministério Público, terá esta legitimidade para recorrer seja quando atua como parte, seja quando for fiscal da lei, nos termos do § 2.º, do art. 499 (art. 993, caput, do NCPD). A respeito, cumpre mencionar o teor da Súmula 99, do STJ: “O Minis-

⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. p. 300.

⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1968. p. 52.

¹⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 200.

¹¹ Cf. ALVIM, Thereza Arruda. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996. p. 9. Nas palavras de Arruda Alvim, “parte é aquele que pede tutela jurídica no processo, bem como aquele contra quem essa tutela é pedida. É um conceito estritamente formal ou processual” (Cf. ALVIM, Eduardo Alvim. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: 1971. v. 1, p. 493).

tério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

Por fim, quanto aos requisitos intrínsecos de admissibilidade, há o cabimento. Para que esteja presente o cabimento, é imprescindível que a decisão contra a qual se pretenda insurgir seja recorrível, bem como que o recurso a ser interposto seja adequado.

O sistema processual civil brasileiro prevê decisões irrecorríveis. Assim, os despachos e os atos ordinatórios (art. 162, §§ 3º e 4º, do CPC e art. 201, §§ 3º e 4º, do NCCPC). Além disso, segundo o princípio da correspondência, contra um tipo de decisão cabe uma única modalidade de recurso.

Com efeito, os diferentes tipos cabíveis de recurso encontram-se elencados no art. 496 do CPC (art. 991, do NCCPC), bem como na legislação extravagante. De outro lado, deve-se confrontar o rol de recursos cabíveis com a decisão que se deseja impugnar para que se faça presente o requisito do cabimento. Esse requisito de admissibilidade corresponde, em última análise à possibilidade jurídica do pedido em âmbito recursal.¹²

4. Requisitos extrínsecos de admissibilidade

Ao lado dos requisitos intrínsecos de admissibilidade, há também os requisitos extrínsecos de admissibilidade, que dizem respeito a fatores externos à decisão contra a qual se pretenda recorrer. São requisitos extrínsecos de admissibilidade a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a inexistência de fatos impeditivos e modificativos do poder de recorrer.

A tempestividade significa que o recurso deve ser interposto dentro do prazo legal. A regra é que os recursos devem ser interpostos no prazo de 15 dias, de acordo com o art. 508 do CPC. É o caso, por exemplo, do recurso especial. Tal regra veio a ser fortalecida pelo NCCPC, em cujo art. 1.000, § 5º, lê-se que o prazo para interposição de todos os recursos será de 15 dias, com exceção dos embargos de declaração, com prazo de oposição de 5 dias.

Caso o recurso seja interposto mediante a utilização de fax, a entrega dos originais deve ser feita até 5 dias após a data do término do prazo, conforme o art. 2º, caput, da Lei 9.800/99. Observe-se, a esse respeito, que o STJ segue orientação no sentido de que os originais devem ser entregues no prazo de 5 dias após o término do prazo, ainda que o recurso tenha sido interposto antes do último dia do prazo.¹³ O NCCPC veio, a esse respeito, a introduzir importante regra de cunho formal atinente ao

¹² Muito embora essa correspondência entre o requisito do cabimento e a possibilidade jurídica do pedido seja possível de ser feita no regime do CPC/73, é preciso mencionar que o NCCPC deixou de contemplar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, eis que ela se confunde com o próprio mérito. A esse respeito, o art. 482, VI, do NCCPC veio a excluir a possibilidade jurídica do pedido como causa de carência da ação.

¹³ “1. Interposto o recurso via fac-símile, compete à parte recorrente promover a protocolização da peça original dentro do prazo contínuo de cinco dias, a teor do disposto art. 2º da Lei n. 9.800/99, inadmitida a contagem em dobro prevista no art. 188 do CPC. 2. O termo inicial desse quinquídio é o dia imediatamente subsequente ao termo final do prazo recursal, ainda que não haja expediente forense ou a interposição por fax tenha ocorrido anteriormente. 3. O termo final, todavia, sujeita-se ao ditame do art. 184 do CPC, segundo o qual ele será postergado para o primeiro dia útil seguinte ao seu vencimento quando este recair em data em que não haja expediente forense regular. 4. Embargos de declaração não conhecidos” (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1175952/PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 11/11/2010); “Esta Corte consolidou o entendimento de que, interposto o recurso via fac-símile, compete à parte recorrente promover a protocolização da peça original dentro do prazo contínuo de cinco dias, a teor do disposto no art. 2º da Lei n. 9.800/99, inadmitida a contagem em dobro prevista no art. 188 do CPC. 2. Assentou-se, também, que o termo inicial desse quinquídio

agravo de instrumento. Diz o art. 1.014, § 4º, do NCPC, que se o recurso for interposto via fax, as peças do instrumento deverão ser juntadas no momento do protocolo da petição original.

O recurso pode ainda ser interposto por meio eletrônico, sendo tempestivo aquele que for transmitido até as 24 horas do último dia de prazo, a teor do parágrafo único do art. 3º, da Lei 11.419/06. O art. 211, *caput*, do NCPC prescreve, a respeito, que a prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as vinte e quatro horas do último dia do prazo.

Se houver litisconsortes com procuradores distintos, aplica-se o art. 191, do CPC/73 devendo o prazo ser contado em dobro nesta hipótese. Calha mencionar, contudo, que há orientação sumulada no STJ na linha de que se houver sucumbência somente em relação a um dos litisconsortes, o litisconsorte recorrente não terá o benefício do prazo em dobro. Trata-se da Súmula 641, cuja redação é a seguinte: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”. Se o recorrente for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, o prazo recursal também deve ser contado em dobro, por força do art. 188 do CPC, ainda que o Ministério Público atue na qualidade de fiscal da lei.^{14,15}

Quanto a esse ponto, o art. 227 do NCPC impõe mais um requisito para que os litisconsortes que tenham procuradores distintos possam se beneficiar do prazo em dobro, qual seja, que os referidos procuradores pertençam a escritórios de advocacia distintos. Ademais disso, as partes não farão jus a tal benefício nas hipóteses em que os autos forem eletrônicos (NCPC, art. 227, § 2º). Quanto ao Ministério Público e Fazenda Pública, terão prazo em dobro nos termos dos arts. 180, *caput*, e 183, *caput*, do NCPC.

Outro ponto a ser referido relativamente à tempestividade recursal diz respeito ao recurso interposto antes do início do prazo. Os tribunais superiores (STF e STJ) seguem diferentes orientações. De um lado, o STF tem como intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão.¹⁶ Diferentemente, o STJ vem decidindo que o recurso

é o dia imediatamente subsequente ao termo final do prazo recursal, ainda que não haja expediente forense ou a interposição por fax tenha ocorrido anteriormente, bem como que o termo final, todavia, sujeita-se ao ditame do art. 184 do CPC, segundo o qual ele será postergado para o primeiro dia útil seguinte ao seu vencimento quando este recair em data em que não haja expediente forense regular. 3. Sob esse enfoque, no caso dos autos, tem-se que a decisão agravada foi disponibilizada no DJe em 25/11/2009, considerando-se publicada em 26/11/2009 (quinta-feira – certidão de fl. 458). O agravo regimental em tela foi interposto, via fax, em 30/11/2009 (segunda-feira – fl. 460). A contagem do prazo de cinco dias para apresentação dos originais iniciou-se em 2/12/2009, ou seja, no primeiro dia subsequente ao termo final para a interposição do recurso enviado via fax, exaurindo-se em 7/12/2009, já que dia 6/12/2009 era domingo. Entretanto, o original somente foi protocolizado em 9/12/2009 (fl. 263), portanto, extemporaneamente. 4. Agravo regimental não conhecido” (AgRg no REsp 1059613/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010).

¹⁴ Segundo Barbosa Moreira, o benefício do prazo de que trata o art. 188 do CPC aplica-se à Fazenda Pública seja quando recorre na qualidade de parte, seja quando recorre na qualidade de terceiro prejudicado (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O benefício da dilatação de prazo para a Fazenda Pública. In: _____. *Temas de direito processual* – primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 54).

¹⁵ “MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER. PRERROGATIVA. ARTS. 188, CPC, E 198, II, DO ECA. Na linha da jurisprudência desta Corte, o Ministério Público tem prazo em dobro para recorrer, seja nos casos em que atua como parte, seja naqueles em que oficia como fiscal da lei. O art. 198, do ECA, aplica-se somente na parte expressamente diversa do Código de Processo Civil, que continua a ser adotado no atinente à sistemática recursal, na qual inclui a prerrogativa prevista no art. 188, do CPC. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 706.704/SC, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005).

¹⁶ “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PROCESSUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA O ARESTO QUE JULGOU A APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DAS RESPECTIVAS RAZÕES NO PRAZO PARA RECORRER. 1. Conforme entendimento predominante nesta nossa Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que

interposto prematuramente deve ser conhecido.¹⁷ Deve-se ter presente, todavia, que no caso do recurso especial, se este vier a ser interposto enquanto ainda estiver pendente o julgamento de embargos de declaração, deve ser ratificado após o julgamento dos embargos, sob pena de não conhecimento, consoante a orientação cristalizada na Súmula 418 do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.¹⁸

O NCPC trouxe algumas soluções para essas intrincadas questões. De um lado, o art. 216, § 4º, do NCPC estatui que será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo, consagrando a orientação na linha de que o recurso interposto antes do prazo deve ser conhecido. De outro, traz dispositivo que superará em parte a citada Súmula 418 do STJ. Deveras, segundo o NCPC, se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação. Pode-se dizer, portanto, que a Súmula 418 do STJ ficará restrita às hipóteses em que os embargos forem acolhidos para alterar a decisão embargada.

Outro requisito extrínseco de admissibilidade que será por nós abordado é a regularidade formal. Trata-se de requisito que consagra a ideia de que o recurso possui formalidades previstas em lei que devem ser preenchidas para que o recurso seja admitido.

O Código de Processo Civil possui diversos dispositivos que tratam das formalidades que os recursos devem preencher. O art. 541, por exemplo, trata da regularidade formal dos recursos especial e extraordinário, ao dispor que aludidos recursos deverão ser interpostos em petições distintas, que conterão a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Semelhante providência vem prevista no art. 1.026 do NCPC.

O art. 546, que disciplina os embargos de divergência no recurso especial não trata da regularidade formal. Todavia, a demonstração da divergência, por exemplo, deverá ser feita mediante o parágrafo único do art. 541, do CPC, c/c §§ 1º e 2º do art. 255 do Regimento Interno do STJ. Já o NCPC veio disciplinar com maior rigor

a antecede. (...) Agravo regimental desprovido” (AI 730073 AgR, Rel. Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 16/09/2010, DJ 17/09/2010).

¹⁷ “Processual Civil. Agravo nos embargos de declaração no agravo de instrumento. Recurso interposto antes da publicação do acórdão impugnado. Tempestividade. A interposição de recurso anteriormente à publicação do julgado impugnado, em órgão oficial, não acarreta sua intempestividade, em razão da atual tendência de publicidade dos atos decisórios por meio eletrônico, previamente à publicação oficial. Agravo nos embargos de declaração no agravo de instrumento não provido” (AgRg nos EDcl no Ag 1067981/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010);

“1. Esta Corte tem se posicionado no sentido de que a interposição de recurso anteriormente à publicação do julgado recorrido, em órgão oficial, não acarreta sua intempestividade, em razão da atual tendência de publicidade dos atos decisórios por meio eletrônico, previamente à publicação oficial. 2. Recurso especial provido” (REsp 1223357/AM, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011).

¹⁸ “1. Interposto o recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, deve a parte ratificar sua intenção de recorrer, pois o prazo inicia-se com a publicação do acórdão integrativo. 2. A petição que ratifica as razões de recurso especial é peça de traslado essencial para a compreensão da controvérsia, pois possibilita aferir a tempestividade do apelo. 3. De outro lado, mostra-se de todo descabida a juntada posterior de peça essencial que deveria instruir o agravo de instrumento, em face da preclusão consumativa. 4. Agravo regimental improvido” (AgRg no AgRg no Ag 1218881/RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 08/04/2011);

“I. Considera-se extemporâneo (premature) o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, quando não reiterado ou ratificado. Súmula 418 desta Corte. II. Assim, se apresentada petição de correção de erro material recebida e julgada como embargos de declaração, o recurso especial anteriormente interposto deveria ter sido ratificado após a publicação desse decisum. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1361540/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011).

o recurso de embargos de divergência. No art. 1.040, § 4º, do NCPC, por exemplo, cuidou de tratar da comprovação da divergência, que poderá ser feita mediante a juntada de certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, em que foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionando as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Um dos autores deste breve estudo já teve oportunidade de sustentar que verifica-se uma constante entre os requisitos de regularidade formal das várias modalidades recursais é a de que todo recurso seja fundamentado, seguindo orientação do princípio da dialeticidade, deduzindo-se os fundamentos de fato e de direito pelos quais se impugna a decisão recorrida.¹⁹

Outro requisito intrínseco de admissibilidade a ser estudado é o preparo. O preparo são as custas que o recorrente deve recolher quando interpõe recurso. De acordo com o art. 511 do CPC, “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

Segundo a literalidade do dispositivo legal acima mencionado, a comprovação do preparo deve ser feita no momento da interposição do recurso, de modo que se houver aludida interposição sem o recolhimento do preparo, não poderá o recorrente recolhê-lo posteriormente por conta da preclusão consumativa.²⁰

Observe-se, todavia, que o art. 511, § 2º, veio mitigar essa regra ao estabelecer que a insuficiência no valor do preparo implicará deserção se o recorrente vier a ser intimado e não supri-lo no prazo de cinco dias.²¹

Isso não quer dizer, todavia, que o preparo possa ser efetivado posteriormente à interposição do recurso. Conforme já alertamos, a regra continua sendo a do preparo

¹⁹ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 3. ed. p. 797.

²⁰ “1. A comprovação do devido preparo do recurso especial deve ser feita quando de sua interposição, sob pena de preclusão consumativa e deserção. 2. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag 1325460/BA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 03/11/2010);

“1. Muito embora não conste do rol do art. 544, § 1º, do CPC, como peça de traslado obrigatório, o comprovante de recolhimento do preparo do próprio recurso especial, tem-se entendido que se trata de peça essencial à exata compreensão da controvérsia, nos termos da Súmula n.º 288/STF. Isso porque se é dado ao relator julgar diretamente o recurso especial mediante o agravo de instrumento, nos termos do art. 544, § 3º, do CPC, é consequência lógica a necessidade de comprovação, nos autos do agravo, de todos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, entre os quais a regularidade do preparo. 2. A juntada extemporânea - em sede de embargos declaratórios ou agravo regimental (como é o presente caso) - de documento essencial à comprovação dos requisitos de admissibilidade não tem o condão de sanar vícios existentes quando da interposição do recurso, porquanto já operada a preclusão consumativa. 3. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 1118411/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011);

“1. O STJ já pacificou que é dever do recorrente comprovar no instante da interposição do recurso que os pressupostos de admissibilidade foram atendidos, sob pena de preclusão consumativa. 2. No caso, a agravante juntou aos autos comprovantes ilegíveis do pagamento do preparo do apelo extremo, inviabilizando, assim, sua aferição. Incidência, por analogia, da Súmula 288 do STF: ‘nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia’. 3. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag 1311840/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010).

²¹ “1. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a pena de deserção no preparo de apelação não poderá ser decretada antes da intimação do recorrente para o pagamento. 2. Não há que se falar em violação ao art. 511, § 2º, do CPC. É que o acórdão recorrido asseverou que o recorrente, após o pagamento do preparo em valor insuficiente, foi intimado novamente com a indicação da quantia certa a complementar e, mesmo assim, recolheu valor a menor. 3. Recurso especial não provido” (REsp 1227847/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011);

imediatamente, mesmo após o advento da Lei 9.756/98, porque intocado o caput do art. 511, que permanece com a redação que lhe foi atribuída pela Lei 8.950/94. Porém, tendo sido efetuado o preparo tempestivamente, mas em valor inferior àquele efetivamente devido, terá aplicabilidade a regra do § 2º do art. 511, (...) ensejando-se ao recorrente a possibilidade de complementar o preparo, uma vez intimado a fazê-lo, no prazo de cinco dias.²²

Se o recorrente for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, não há que se falar em preparo (§ 1º, do art. 511). Também fica dispensado o preparo, de acordo com o CPC, se se tratar de recurso de agravo retido (art. 522) e embargos de declaração (art. 536).

Dissemos linhas atrás que o preparo deve ser demonstrado no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção. Observe-se, todavia, que a deserção poderá ser relevada se o recorrente demonstrar justo impedimento, nos termos do art. 519, sendo que a decisão que releva a deserção é irrecorrível (art. 519, parágrafo único).²³ Tenha-se presente que o art. 183, § 1º, do CPC, estabelece um parâmetro para aferição da existência ou não de justo impedimento. Dispõe referido dispositivo legal que “reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário”.²⁴

“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o porte de remessa e retorno deve acompanhar o recurso especial no ato da sua interposição (Súmula 187 desta Corte). 2. É cediço que a insuficiência do valor do preparo, por si só, não acarreta a deserção do recurso, sendo de rigor a concessão de prazo para a sua complementação, nos termos do que dispõe o art. 511, § 2º, do CPC. 3. Intimados por duas vezes a complementar, os agravantes não se manifestaram em tempo hábil, apenas juntaram tardiamente o comprovante de pagamento, ou seja, o fizeram na interposição do agravo de instrumento. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 1173483/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 07/12/2009).

²² Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 3. ed. p. 803.

²³ “I. À escorreita comprovação do preparo, deve o recorrente observar as instruções contidas nas resoluções editadas por esta Corte, utilizando-se da guia de recolhimento adequada e procedendo à anotação do código de receita previsto, sob pena de deserção (REsp 820.539/ES, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe 23/08/2010). II. Exigência da corte local de recolhimento das despesas recursais em guia própria, sob pena de inadmissão, não caracteriza o justo impedimento (art. 519 do Código de Processo Civil) apto a releva a deserção, ante a possibilidade de manejo de agravo de instrumento em recurso especial. III. Compete ao Superior Tribunal de Justiça realizar o juízo definitivo de admissibilidade do recurso especial, inexistindo vinculação às conclusões do Tribunal de origem. Precedentes. IV. In casu, cuidando-se de ausência de comprovação de escorreito recolhimento das despesas recursais, e não de insuficiência do valor pago, não há que se falar na aplicabilidade do art. 511, § 2º do CPC. Precedentes. V. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 908.252/BA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010);

“1. Constata-se nos autos que o recurso especial foi protocolizado no dia 3.11.2009 (fl. 550) e seu preparo só foi realizado no dia 4.11.2009 (fl. 583). 2. É entendimento desta Corte Superior ser ônus do recorrente zelar pela entrega, ao setor de protocolo do Tribunal, da petição do recurso acompanhada do pagamento da guia de recolhimento do preparo, esta devidamente autenticada ou com o respectivo comprovante de quitação, diligenciando, assim, pelo escorreito cumprimento da exigência prevista no art. 511 do CPC. 3. Tal exigência admite mitigação apenas quando comprovada a ocorrência de justo impedimento, nos termos do art. 519 do CPC. Em não havendo a citada comprovação, deve o recurso ser considerado deserto. 4. Na presente hipótese, no entanto, o recurso foi protocolado aproximadamente às 9h do dia final do prazo legal, razão pela qual era plenamente possível a realização do preparo no mesmo dia. 5. Situação dos autos não se compara à do REsp 1.122.064/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 1º.9.2010 (acórdão submetido à sistemática dos recursos repetitivos), pois, neste precedente, considerou-se como justa causa a atrair a aplicação do art. 519 do CPC o fato de o expediente bancário ter encerrado antes do expediente forense. 6. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag 1313516/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 05/11/2010);

“1. O encerramento do expediente bancário antes do encerramento do expediente forense constitui causa de justo impedimento, a afastar a deserção, nos termos do artigo 519 do Código de Processo Civil, desde que, comprovadamente, o recurso seja protocolizado durante o expediente forense, mas após cessado o expediente bancário, e que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente de atividade bancária. 2. Recurso provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil” (REsp 1122064/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010).

²⁴ “Deserção. Erro do banco. Boa-fé reconhecida. Justa causa. 1. Reconhecendo o Acórdão recorrido que são legítimas as alegações apresentadas, constatando o erro do banco e a boa-fé do então apelante, não há razão suficiente para reformar a decisão que validou o preparo com o reconhecimento da justa causa, tal e qual prevista no art. 183, § 1º, do Código de

O requisito do preparo, é importante que se diga, veio a sofrer relevantes modificações no Novo Código de Processo Civil. A regra vem prevista no art. 1.004 do NCPC. De um lado, manteve a orientação no sentido de que o recolhimento do preparo e do porte de remessa e de retorno deverá ser comprovado no ato de interposição do recurso (NCPC, art. 1.004, *caput*). Também manteve a isenção do preparo para o Ministério Público e para a Fazenda Pública (art. 1.004, § 1.º, do NCPC).

De outro lado, veio a prescrever que o recolhimento do porte de remessa e retorno será dispensado se os autos forem eletrônicos (art. 1.004, § 3º), até porque não há movimentação física dessa modalidade processual, o que justifica a regra.

A grande inovação, contudo, diz respeito à falta de recolhimento ou falta de sua comprovação. Se o preparo for recolhido insuficientemente – o que não se confunde com falta de recolhimento, mas sim recolhimento a menor – a regra continua a mesma do CPC/73, vale dizer, intima-se o recorrente para suprir a insuficiência no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção (NCPC, art. 1.004, § 2º).

Todavia, se houver falta de recolhimento de preparo, bem como de porte de remessa e retorno, segundo o regime do NCPC, a aplicação da pena de deserção não será automática. Nesse caso, o recorrente deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção (art. 1.004, § 4º, NCPC), sendo que nesta hipótese, será vedada a complementação do preparo se vier a ser recolhido insuficientemente (art. 1.004, § 5º, NCPC). Em outros termos, o NCPC veio trazer mais uma oportunidade para que o recorrente tenha seu recurso conhecido, para que lhe seja julgado o mérito.

O último requisito extrínseco de admissibilidade a ser por nós apontado é a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Segundo Araken de Assis, são “fatos prévios ou posteriores à interposição que extinguem o poder de recorrer ou impedem o exame do recurso”.²⁵

São fatos extintivos do poder de recorrer a renúncia ao direito de recorrer, disciplinada pelo art. 502 do CPC (NCPC, art. 996), bem como a aquiescência à decisão de que trata o art. 503 (art. 997, do NCPC). De outro lado, são fatos impeditivos ao conhecimento do recurso a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido, bem como a desistência do recurso ou da própria ação. Observe-se que a existência de qualquer dos fatos impeditivos ou extintivos do direito acima arrolados levam ao não conhecimento do recurso.

Processo Civil. 2. Recurso especial não conhecido” (REsp 442.474/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 01/10/2002, DJ 02/12/2002);

“I. Configuram justa causa obstativa da prática de ato processual consubstanciado no pagamento do preparo de acordo com a forma prevista no art. 511 do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 8.950/94, as dificuldades administrativas encontradas pela Justiça Estadual do Rio Grande do Sul em adaptar-se, nos dias iniciais de vigência das regras modernas, à sistemática por elas implantada, fato esse expressamente reconhecido tanto pelo Juízo singular em despacho fundamentado, como pela própria Corregedoria de Justiça em expediente por ela dirigido às Varas de todo o Estado. II. Aplicação, na espécie, da excepcionalidade prevista no art. 183 da lei adjetiva civil. III. Recurso conhecido e provido para, afastada a deserção, determinar a volta dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que o mérito da apelação seja apreciado” (REsp 130.269/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 17/08/1999, DJ 14/02/2000).

²⁵ Cf. ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999. p. 30.

5. Desistência do recurso e sistemática dos repetitivos

Para que o recurso seja conhecido, não deve haver qualquer fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Tratam-se de “fatos prévios ou posteriores à interposição que extinguem o poder de recorrer ou impedem o exame do recurso”.²⁶

São fatos extintivos do poder de recorrer a renúncia ao direito de recorrer, disciplinada pelo art. 502 do CPC (art. 996, NCPC), bem como a aquiescência à decisão de que trata o art. 503 (art. 997, NCPC). De outro lado, são fatos impeditivos ao conhecimento do recurso a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido, bem como a desistência do recurso ou da própria ação.

De acordo com a classificação adotada por Nelson Nery Júnior, a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer constitui requisito extrínseco de admissibilidade, uma vez que “esses fatores nada têm a ver com a decisão que se pretende impugnar em si mesma considerada”.²⁷ De outro lado, segundo Barbosa Moreira, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer é requisito intrínseco de admissibilidade.²⁸

Essa divergência existente entre Nelson Nery Junior e Barbosa Moreira em classificar esse requisito como intrínseco ou extrínseco de admissibilidade decorre da distinção de conceitos adotados por referidos juristas.²⁹ Com efeito, de um lado, entende Barbosa Moreira que os requisitos intrínsecos estão relacionados com a existência do poder de recorrer. De outro lado, segundo esse mesmo jurista, os requisitos extrínsecos relacionam-se ao modo de exercer o poder de recorrer.³⁰ De seu turno, Nelson Nery Junior observa que os requisitos intrínsecos dizem respeito à decisão recorrida, ao passo que os extrínsecos se coadunam com fatores externos à decisão contra a qual se pretende recorrer.³¹

A desistência do recurso constitui modalidade de fato impeditivo ao conhecimento do recurso.

A desistência encontra-se disciplinada no art. 501, que estabelece que “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”. Semelhante disposição é encontrada no art. 995, do NCPC. Aquele que interpuiser recurso poderá desistir do recurso desde o momento de sua interposição até o momento em que aquele vier a ser julgado. A desistência do recurso, ademais disso, independe de anuência dos litisconsortes (simples) ou da parte recorrida.³² Com efeito, se se tratar de litisconsórcio unitário, a desistência do recurso por um dos litisconsortes será ineficaz em relação aos outros, ante o fato de a sorte no plano do direito material dever ser a mesma para todos os litisconsortes. Poderá também a desistência ser total ou parcial.

A desistência do recurso diverge da desistência da ação. Em relação àquele primeiro, não há necessidade de anuência da parte recorrida. De outro lado, a desistência da

²⁶ Cf. ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999. p. 30.

²⁷ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 395.

²⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1968. p. 46.

²⁹ A doutrina ainda classifica esse requisito como “requisito negativo”. Nessa linha: AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos cíveis ordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. p. 263.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. p. 273-274.

³² Cf. OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 91.

ação pressupõe a anuência da parte contrária, se já tiver havido citação (art. 267, § 4º).³³ No Novo Código, o consentimento do réu para que seja homologada a desistência da ação dependerá do oferecimento da contestação, nos termos do art. 482, § 4º, do NCPC.

O conhecimento do recurso adesivo é condicionado a não desistência do recurso principal (art. 500, III, do CPC/73 e art. 994, § 2º, III, do NCPC), diante do regime de dependência daquele primeiro em relação a este último. Ainda com relação ao recurso adesivo, cumpre mencionar que a desistência do recurso principal impede que outro seja interposto em seu lugar, diante da preclusão consumativa. Todavia, aquele que desistiu do recurso principal poderá recorrer adesivamente.

Impõe-se que o advogado tenha poderes especiais para desistir do recurso, de acordo com a literalidade do art. 38 (art. 105 do NCPC), sendo insuficientes os poderes gerais da cláusula *ad judicium*. Ademais disso, a desistência não precisa, necessariamente, ser por escrito, na medida em que se reconhece a possibilidade de desistência de forma oral, mais precisamente, na sessão de julgamento. A regra geral do art. 154 (art. 187 do NCPC) robustece esse entendimento, eis que não há forma exigida em lei para se desistir do recurso.

Existe uma peculiaridade em relação à desistência do recurso especial quando este vier a ser submetido ao regime de recursos repetitivos, previsto no art. 543-C, inserido ao CPC pela Lei 11.672/08. É oportuno mencionar, nesse contexto, que o STJ não tem admitido a desistência do recurso especial nessa hipótese, sob o argumento de que subsiste a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse individual do recorrente quando em julgamento de causas submetidas ao rito do art. 543-C do CPC.³⁴

³³ “HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS PROFERIDA SENTENÇA QUE INDEFERIR LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE. DESCABIMENTO DE CONDENAÇÃO DA AUTORA EM HONORÁRIOS. AFASTAMENTO DA MULTA PROCESSUAL IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 1ª Região, que, em sede de apelação manifestada para fins de reforma da sentença que indeferira liminarmente a petição inicial deste processo cautelar, em atenção ao pedido de desistência da ação formulado já na segunda instância, acabou por manter a decisão do relator que havia homologado a desistência com base no art. 269, V, do CPC, com condenação da autora em honorários advocatícios. Contra a decisão do relator que homologou a desistência da ação cautelar e condenou em honorários a autora, esta ainda opôs, sucessivamente, dois embargos declaratórios visando a afastar sua condenação em honorários. Os primeiros embargos foram recebidos como agravo regimental e mantida a decisão do relator. Os segundos embargos, por sua vez, foram rejeitados pelo Tribunal de origem, com imposição de multa à embargante. No recurso especial, a autora apontou contrariedade aos arts. 20, §§ 3º e 4º, 535, II, e 538, parágrafo único, do CPC, bem como ao art. 1º, § 4º, da Medida Provisória 303/2006. Após a interposição do recurso especial, a autora requereu, novamente, a desistência desta ação cautelar, agora em virtude de sua adesão ao programa de parcelamento previsto na Lei 11.941/2009, requerendo, ainda, a extinção do processo, sem resolução do mérito e sem condenação em honorários advocatícios. 2. “A desistência da ação é faculdade processual conferida à parte que abdica, momentaneamente, do monopólio da jurisdição, exonerando o Judiciário de pronunciar-se sobre o mérito da causa, por isso que não pode se dar, após a sentença de mérito” (REsp 1.115.161/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 22.3.2010; grifou-se). “Após a citação, o pedido somente pode ser deferido com a anuência do réu, ou a critério do magistrado, se a parte contrária deixar de anuir sem motivo justificado” (REsp 1.173.663/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 8.4.2010). Quanto ao art. 3º da Lei 9.469/97, o mesmo não se aplica antes da citação, devendo ser interpretado o referido dispositivo legal em sintonia com o § 4º do art. 267 do CPC. “Se a desistência ocorre antes da citação, a parte autora responde apenas pelas custas e despesas processuais” (REsp 638.382/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 9.5.2006). Consoante enuncia a Súmula 98/STJ, “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. 3. Recurso especial conhecido e homologado a superveniente desistência da ação, nos termos do art. 462 do CPC, declarando-se extinto o processo, com base no art. 267, VIII, do mesmo diploma legal, sem condenação da autora em honorários advocatícios e com afastamento da multa imposta pelo Tribunal de origem” (DESIIS no REsp 1149398/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010).

³⁴ “Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Pedido de desistência. Indeferimento. (...). 1. É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n. 08/08 do STJ. Precedente: QO no REsp. n. 1.063.343-RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17.12.2008. (...)” (REsp 1111148/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 24/02/2010, DJe 08/03/2010); “No julgamento do recurso representativo da controvérsia foi indeferido o pedido de desistência do recurso especial ao fundamento de que: “[...] subsiste a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse individual do recorrente

Com efeito, a partir do advento da Lei 11.672/08, veio a ser incluído ao Código de Processo Civil o art. 543-C, instituindo-se, dessa forma, um procedimento próprio relativo ao recurso especial que versar questões repetitivas.

A Lei 11.672/08 decorreu de aprovação do Projeto de Lei 1.213/07, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), após sugestão do Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro.

Trata-se de medida tendente a diminuir o número de recursos dirigidos e julgados pelo STJ, com o intuito de conferir maior celeridade à prestação da tutela jurisdicional, de acordo com os ditames da razoável duração do processo, estampada no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

De acordo com a Exposição de Motivos do Projeto de Lei 1.213/07, “sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”.

A inclusão do art. 543-C ao CPC veio a seguir a atual tendência em conferir maior valor às decisões judiciais. Com efeito, mesmo antes da Lei 11.672/08, já haviam sido incluídas em nosso sistema as Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional n. 45/04, posteriormente regulamentadas pela Lei 11.417/06.

Também já havia sido criado o filtro da repercussão geral (também pela EC 45/04), sucessivamente regulamentado pela Lei 11.418/06, que veio a incluir os arts. 543-A e 543-B ao CPC. Este último dispositivo legal, aliás, é bastante semelhante ao art. 543-C.

É inegável que a sociedade de massas conduz a numerosos litígios assentados em controvérsias fundadas em idêntica questão de direito. Nessa linha, exsurge a importância de mecanismos tendentes a amenizar o número de recursos decorrentes dessas controvérsias. Além disso, tais mecanismos servem, sem dúvida alguma, de reforço na busca da uniformização das diferentes interpretações conferidas à lei pelos diferentes tribunais da Federação.

O processamento dos recursos especiais fundados em idêntica questão de direito é disciplinado pelo art. 543-C do CPC (NCP, art. 1.033). Além disso no âmbito do STJ, veio a ser editada a Resolução n. 08/08 daquele Tribunal Superior com o intuito de re-

quando em julgamento de causas submetidas ao rito do art. 543-C, do CPC [...]. Precedente: QO no REsp. n. 1.063.343-RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17.12.2008. (...) Embargos de declaração rejeitados” (EDcl no REsp 1129971/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção julgado em 12/05/2010, DJe 24/05/2010);

“Processo civil. Recurso especial. Pedido de desistência deduzido pelo recorrente. Possibilidade. Homologação. Salvo em processos afetados para julgamento pelo procedimento do art. 543-C, é direito da parte desistir do recurso, não obstante já incluído em pauta o recurso para julgamento. Pedido de desistência do recurso especial homologado” (DESI no REsp 882.690/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 22/02/2010);

“Processo civil. Recurso especial. Desistência apresentada por dois, dos três recorrentes, após iniciado o julgamento. Possibilidade. Homologação. (...) Salvo em processos afetados para julgamento pelo procedimento do art. 543-C, é direito da parte desistir do recurso, não obstante já iniciado seu julgamento. (...) Desistências homologadas. Recurso não conhecido” (REsp 890.529/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 21/10/2009);

“Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n. 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n. 08/08 do STJ” (QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009).

gumentar os procedimentos para admissibilidade e julgamento dos recursos especiais repetitivos, previstos no art. 543-C.

Uma vez verificado que há multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso será processado, no regime do CPC/73, de acordo com o art. 543-C e Resolução n. 08/08. No NCP, o regime é disciplinado pelos art. 1.033 e seguintes.

Nesse sentido, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local deverá admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais deverão ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça. No STJ, deverão ser selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial (art. 1º, § 1º, da Res. 08/08).

Observe-se que a seleção de recursos representativos da controvérsia deve respeitar dois aspectos, sendo um de ordem quantitativa e outro de ordem qualitativa. O critério quantitativo refere-se à necessidade de a questão de direito repetir-se em inúmeras demandas. De outro lado, quanto ao aspecto qualitativo, deve-se escolher os recursos que tenham maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no bojo do recurso.³⁵ A esse respeito, o salutar art. 1.033, § 6º, do NCP, que estatui que somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

Iniciado o procedimento de julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C, o STJ não admite pedido de desistência do recurso que for selecionado, sob o fundamento de que o interesse da coletividade no julgamento do recurso deve prevalecer sobre o interesse individual de desistência do recorrente.³⁶

Nesse sentido, é preciso observar que o Novo Código de Processo Civil, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, veio a consagrar aludida orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Art. 995. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Deveras, segundo o parágrafo único do art. 995 do NCP, a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e

³⁵ Cf. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009, p. 51.

³⁶ “Processo civil. Questão de ordem. Incidente de recurso especial repetitivo. Formulação de pedido de desistência no recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em recurso especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução 08/08 do STJ” (STJ, QO no REsp n. 1063343/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17/12/08, DJe, 04/06/09); “Processual civil. Embargos de declaração em recurso especial. Indeferimento do pedido de desistência em recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Ausência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. Embargos de declaração rejeitados. 1. No julgamento do recurso representativo da controvérsia foi indeferido o pedido de desistência do recurso especial ao fundamento de que: [...] subsiste a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse individual do recorrente quando em julgamento de causas submetidas ao rito do art. 543-C do CPC [...]. Precedente: QO no REsp n. 1.063.343/RS, Corte Especial, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julgado em 17/12/08. 2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente. 3. Embargos de declaração rejeitados” (EDcl no REsp n. 1.111.148/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/05/10, DJe, 21/05/10).

daquela objeto de julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos. Em outros termos, ainda que o recorrente, nessa hipótese, queira desistir, caberá aos Tribunais Superiores decidir e formular a tese a respeito da questão ventilada no recurso que tenha sido afetada, como forma, mais uma vez, de consagrar a importância das decisões prolatadas por estes tribunais.

Nada obsta, contudo, que haja desistência parcial. Deveras, selecionados os recursos representativos, deverá o relator no STJ ou no STF prolatar decisão de afetação, que deve conter, entre outros requisitos, a identificação da questão a ser submetida a julgamento (art. 1.034, I, do NCPC). Nessa linha, caso o recurso representativo contenha outras questões além daquela que veio a ser afetada, caberá ao tribunal decidir em primeiro lugar esta e depois as demais (art. 1.034, § 7º, do NCPC). Assim, temos que é possível ao recorrente desistir quanto às questões que não tiverem sido afetadas, na medida em que, em relação a estas, não serão aplicadas as consequências do julgamento dos recursos repetitivos.

6. Bibliografia

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos cíveis ordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1971. v. 1.

ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1968.

_____. *O benefício da dilatação de prazo para a Fazenda Pública*. In: _____. *Temas de direito processual - primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

Brevíssimas reflexões sobre o sistema recursal no novo Código de Processo Civil

Flávio Luiz Yarshell¹
Advogado

Convidado a contribuir para estes *Cadernos* com considerações sobre o palpitante tema do novo CPC, reúno aqui observações já expostas e publicadas em outro veículo², de sorte a renovar a reflexão já feita, conforme segue.

Vistas de forma macroscópica, as alterações propostas não podem ser criticadas sob o pretexto de limitarem recursos. Ainda que o Projeto suprima os embargos infringentes (art. 994)³ e estabeleça hipóteses (supostamente) taxativas de agravo de instrumento (art. 1015), os recursos previstos continuam a permitir amplo controle das decisões judiciais. Ademais, mesmo que o sistema pretendesse suprimir recursos, sempre haveria – para os casos extremos – o emprego do mandado de segurança; que a lei não poderia excluir de forma taxativa, porque este remédio descende do princípio constitucional da ação (art. 5º, inciso XXXV).

A consagração de que os recursos não têm efeito suspensivo (art. 995) não elimina vias de impugnação; tanto mais porque a regra não vale para a apelação (art. 1012, *caput*) – recurso cujo efeito devolutivo é o mais amplo, seja em extensão, seja em profundidade de cognição.

Trata-se de reconhecidamente difícil opção do sistema, cujo acerto ou desacerto só o tempo poderá dizer.

Se o Projeto tivesse suprimido o efeito suspensivo da apelação, a tendência seria a de que tivéssemos decisões mais rapidamente eficazes e que mais brevemente superassem as controvérsias. Mas, haveria o risco de crescer o número de decisões injustas, como tal entendidas aquelas que, embora eficazes num primeiro momento, viessem a ser tidas por incorretas quando do julgamento do recurso.

Além disso, é possível que, se suprimido o efeito suspensivo da apelação, houvesse um progressivo desestímulo à interposição de recursos. Sem poder evitar a eficácia da decisão, a parte poderia eventualmente não se dispor a recorrer.

Também vale a pena refletir sobre a circunstância de que, interposto recurso desprovido de efeito suspensivo, não haveria perda superveniente de interesse recursal diante do cumprimento da decisão, a pretexto de liberada sua eficácia pela ausência de suspensividade. Sobre isso, note-se que o Projeto faz incidir a multa do § 1º do art.

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo e Brasília.

² Periódico *Carta Forense*, nas edições dos meses de março, abril e maio de 2014.

³ Suprime em termos: ao disciplinar a ordem dos processos nos tribunais, o art. 942 do Projeto prevê que, havendo divergência no julgamento da apelação (também em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, ou em agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito), haverá ampliação do colegiado. Portanto, embora sem o nome, o instrumento continua a vigorar.

523 (hoje, art. 475-J) já para a execução provisória, mas ressalta que o depósito da quantia para que o executado se isente da sanção “*não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto*” (art. 520, § 3º). Nesse particular, permanece a regra de que o provimento do recurso torna “*sem efeito a execução*” (art. 520, inciso III). Ainda que eventualmente fosse impossível reverter o estado de coisas implantado pela eficácia da decisão recorrida, quando menos o pronunciamento do tribunal serviria de fundamento para responsabilização civil da parte que promoveu a execução provisória. Tal é, por exemplo, o que se extrai das regras inseridas no inciso I e no § 4º do art. 520 do texto projetado. Aliás, isso não é novidade porque é para tanto que se presta a exigência de *caução*, que vige no direito posto e que o Projeto apenas confirma (art. 520, inciso IV).

Tais aspectos devem ser levados em conta para que se julgue a opção feita pelo Projeto: liberar a eficácia de decisões que, depois, viessem a ser tidas como injustas ou inválidas – para além do atentado ao escopo jurídico do processo – em nada contribuiria para o escopo social. Não haveria superação da controvérsia, mas apenas prolongamento do debate, quiçá com novo objeto (desfazimento do que foi feito ou apuração de perdas e danos).

Com isso não se pretende afirmar de forma taxativa que a opção terá sido feliz. Mas, é forçoso reconhecer que a supressão do efeito suspensivo da apelação deve ser vista com a prudência de quem incursiona em terreno relativamente desconhecido. As experiências concretas de apelação desprovida de efeito suspensivo – extraídas do âmbito da locação, por exemplo – são ainda insuficientes para se avaliar como serão as coisas no dia em que todo e qualquer apelo seja desprovido de tal efeito. Ademais, ainda que por via indireta, o juiz poderá ditar o efeito apenas devolutivo da apelação – como, a rigor, já ocorre hoje (CPC, art. 520, VII) – na medida em que antecipe tutela e, na sentença, confirme-a (art. 1012, V).

O exame sobre o sistema recursal pode ser feito, ainda, sob a ótica dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, a começar pelo *cabimento*, que é ao mesmo tempo um problema de adequação.

Subsiste, ainda que implicitamente, a regra de reserva legal, de que decorre o caráter taxativo do rol de recursos. São recursos apenas aqueles expressamente previstos pela lei e o rol que hoje se encontra no art. 496 do CPC e aparece no art. 994 do Projeto. De diferente há o seguinte: a) inclusão do agravo apenas na forma de instrumento, dado que o agravo retido deixa de existir, diante da regra segundo a qual não há preclusão sobre decisões interlocutórias, sujeitas a impugnação concentrada no recurso de apelação (art. 1009 e §§); b) previsão do agravo “*interno*” que, a bem da verdade, já existe no sistema vigente, ainda que nem sempre positivado com este rótulo; c) confirma-se a natureza de recurso dos embargos de declaração que, no passado, já foram tratados como meio de integração de decisão; d) modifica-se a terminologia do recurso cabível contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário, que passa a ser nomeado como “*agravo extraordinário*”; e) os embargos de divergência deixam de caber apenas “*em recurso especial e extraordinário*”, sendo admissíveis quando “*nas causas de competência originária*” a turma “*divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal*”; f) supressão dos embargos infringentes segundo a técnica hoje conhecida.

A *adequação* do recurso continua a depender da natureza do provimento recorrido. Da sentença cabe apelação (art. 1.009) e o conceito legal deste “pronunciamento” está no art. 203, § 1º; que, em boa hora, recupera o – até criticável, mas menos imperfeito – critério outrora empregado pelo art. 162 do CPC, antes da reforma que, neste particular, trouxe a Lei 11.232/2005. Sentença se define como tal pelo critério topológico: ela põe fim ao processo ou, considerando-se que não há um processo autônomo de execução, a uma *fase* do processo. Fora daí, decisões interlocutórias comportam agravo de instrumento (art. 1.015) e despachos continuam irrecorríveis.

Não há regra sobre *fungibilidade recursal*, como aquela que um dia constou do art. 810 do CPC de 1939, mas que já fora descartada pelo CPC de 1973, justamente pela premissa de que não haveria dúvida sobre cabimento e adequação de recursos, diante da delimitação conceitual dos atos do juiz. Parece ser cedo para dizer se realmente não haverá dúvida sobre o cabimento de apelação ou agravo, mas, caso haja, a fungibilidade deverá prevalecer porque é isso que decorre da *instrumentalidade das formas*, que o Projeto se encarregou de reafirmar (artigos 277 e 283).

Também não há regra sobre *unirecorribilidade* ou *unicidade recursal* e, de fato, ela é dispensável se adotadas as premissas do Projeto: cada pronunciamento com conteúdo decisório só comporta um recurso: aquele cabível e adequado.

Realmente, com o “fim” dos embargos infringentes, não há mais a hipótese de eventual concomitância deste recurso com os recursos especial e extraordinário. Assim, não há espaço no Projeto para regra similar à do art. 498 do atual Diploma. A interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial não é uma exceção à regra e, de qualquer modo, o Projeto disciplina a hipótese (art. 1.031). A possível dúvida sobre agravo contra parte da sentença que eventualmente antecipa tutela não mais se justifica e, a rigor, já ficara superada pela redação que a Lei 10.352/2001 dera ao inciso VII do art. 520 do vigente CPC. Enfim, o que pode eventualmente existir é dúvida sobre recurso cabível, mas não sobre a impossibilidade de concomitância de recursos com um mesmo objeto.

Quanto ao *interesse recursal*, o Projeto mantém a regra inscrita no art. 500 do Diploma vigente e, da mesma forma, prevê a hipótese de sucumbência recíproca, a autorizar o recurso “adesivo” (art. 997 e §§). Manteve-se a terminologia (“adesivo”), não obstante as ressalvas que a este propósito fizera parte da doutrina. No mais, mantém-se a essência da disciplina hoje vigente: o recurso fica subordinado ao “*independente*”, não mais ao principal; e só será conhecido se o recurso ao qual se contrapôs também o for.

Sobre o recurso adesivo, talvez o Projeto tenha perdido a oportunidade de deixar claro que o emprego dessa *forma* de recorrer – sim, porque o recurso adesivo não é um tipo de recurso – não está condicionado ao objeto do recurso principal (ou “*independente*”). Vale dizer: o recurso adesivo pode tratar de todos os temas sobre os quais a parte tem expectativa de melhorar sua situação, e não apenas aqueles tratados no recurso do adversário. O que se exige é a derrota de ambas as partes. Não se pode entrever na norma restrição por ela não prevista. Aliás, o recurso adesivo tem inspiração na mesma *ratio* da reconvenção e deve ser interpretado com amplitude, e não de forma restritiva.

Quanto à legitimidade, o art. 996 do Projeto reedita a regra do art. 499 do vigente, com redação diversa – mas que não parece ser superior – àquela empregada no Diploma atual, quando se refere ao interesse recursal do terceiro.

Ainda sobre os pressupostos de admissibilidade, considere-se a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer. Sobre isso, o Projeto trata da desistência e da renúncia. Como hoje, não há distinção conceitual feita pela lei. Mas, subsiste o entendimento segundo o qual a renúncia é prévia e a desistência é posterior à interposição do recurso. Mantém-se a irrelevância da vontade do adversário para ambas as situações. Também se repete a regra atual quando se fala da aceitação, expressa ou tácita, da decisão (art. 1.000).

Mas, quanto à desistência há uma novidade que merece atenção e está no § único do art. 998. Essa proposta, embora também seja até compreensível, não encontra respaldo nos artigos 102 e 105 da CF. No Projeto está dito que a desistência não obsta a análise da questão *“cujá repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinário ou especiais repetitivos”*. Contudo, no caso de lei federal, não há atribuição de competência constitucional para uma espécie de controle abstrato da lei federal. Assim, ainda que a proposta encontre eco em precedente do STJ, ela não se afeiçoa ao texto constitucional, nem mesmo a pretexto de se *“objetivarem”* os recursos extraordinário e especial.

Sobre o preparo, mantida em essência a regra do hoje vigente art. 511, a boa nova é a previsão do § 7º do art. 1.007. Segundo tal proposta, *“O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”*. Mais do que se ajustar ao postulado da instrumentalidade das formas, o que está enunciado no texto garante a boa-fé, prestigia a confiança legítima e se afeiçoa ao princípio inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF. Decisões que se valem de pretextos para não conhecer recursos em nada engrandecem o Poder Judiciário, nem mesmo a pretexto de eficiência, porque administrar justiça não é tarefa que comporte uma espécie de lógica de guerra, que afirme ganhos coletivos a pretexto do sacrifício individual. A rigor, o dispositivo encerra norma que se pode qualificar como interpretativa, isto é, que pode e deve ser invocada como argumento atual, porque ela apenas cristaliza o que já é correto entender hoje.

Quanto à tempestividade, há novidades relevantes.

O prazo passa a ser uniforme para todos os recursos (exceto para os declaratórios): quinze dias (§ 5º do art. 1.003). Quando se fala do início da contagem, alude-se à intimação não apenas dos advogados, mas também da sociedade de advogados (art. 1.016, *caput*). Mas, é preciso atentar para a circunstância de que os atos são praticados pelos profissionais que recebem mandato e que este último não é outorgado à sociedade, mas às pessoas físicas devidamente habilitadas junto à Ordem dos Advogados (§ 3º do art. 15 do Estatuto da Advocacia).

Útil é a regra proposta no § 2º do art. 1.003, ao deixar claro que o prazo para recurso contra decisão proferida antes da citação observa a regra geral, contida no art. 231 e que se aplica ao prazo para resposta.

Explicita-se o ônus do recorrente de comprovar a ocorrência de feriado local (§ 6º do art. 1.003). A exigência de que isso ocorra no ato de interposição do recurso soa um tanto rigorosa, bastando que a comprovação chegasse a tempo de ser considerada pelo órgão competente. Contudo, nos termos em que posta, a omissão pode levar ao não conhecimento sob tal fundamento.

O art. 1.004 mantém a opção da lei vigente, ao estatuir regra especial para os recursos no caso de morte da parte ou de seu procurador no curso de prazo. Como hoje, há no Projeto a regra geral do art. 313, que convive com a regra especial daquele dispositivo.

Cargas dinâmicas da prova no novo CPC

*João Batista Lopes*¹

Professor e desembargador aposentado

1. Introdução

A *teoria das cargas dinâmicas da prova*, também denominada *dinamização do ônus da prova ou flexibilização do ônus da prova*, tem provocado aceso debate entre os especialistas com repercussão nas decisões de nossos tribunais. De um lado, posicionam-se os processualistas qualificados de *ativistas*, segundo os quais as regras legais sobre o ônus da prova têm caráter estático e, por isso, nem sempre permitem solucionar com justiça os casos concretos, razão por que se impõe a flexibilização de tais normas; de outro, postam-se os *garantistas*, fortes no argumento de que a aplicação da teoria gera insegurança em razão de a flexibilização estar impregnada de forte carga de subjetividade.

Como se vê, a opção por uma ou outra corrente exige prévia definição da postura do magistrado no processo e, em particular, na atividade probatória.

Por outras palavras, a questão há de ser enfrentada a partir do exame dos poderes instrutórios do juiz, ou seja, saber qual o papel que ele deve desempenhar na atividade probatória: para uns, deve tomar iniciativa para apuração dos fatos independentemente da atuação das partes; para outros, deve agir em caráter supletivo ou complementar. Uma terceira corrente atribui-lhe poder de iniciativa quando se cuidar de direitos indisponíveis.

O exame em profundidade dos poderes instrutórios do juiz seria, porém, inviável nos estreitos limites deste artigo.

Diante disso, e considerando que a *teoria das cargas dinâmicas da prova* foi albergada no Projeto de novo CPC recentemente aprovado, contentemo-nos com breve análise de suas raízes históricas, perfil doutrinário e dificuldades que serão enfrentadas pelos magistrados e advogados na sua aplicação prática.

2. Origem da teoria das cargas dinâmicas da prova

Atribui-se a PEYRANO, processualista argentino, a formulação da teoria das cargas dinâmicas da prova. Contudo, as raízes dessa ideia vamos encontrá-las em BENTHAM, que, já no século XIX, contrariando a doutrina dominante, sustentava que o ônus da prova incumbia a quem pudesse produzi-la mais facilmente e com menores inconvenientes².

¹ Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO.

² BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. para o castelhano de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 149.

Em verdade, porém, as discussões sobre o ônus da prova são mais antigas, remontando ao Direito Romano, em que, ao lado da máxima *onus probandi incumbit actori*, vigorava o brocardo *reus in excipiendo fit actor*.

Rápida incursão pela história do ônus da prova revela a existência de numerosas posições doutrinárias que, em 1936, SOARES DE FARIA³ examinou na preciosa obra *Principais teorias relativas ao onus probandi* e que podem ser assim sintetizadas:

- a) incumbe o ônus da prova a quem luta por um direito ou objetiva uma liberação relativamente a fatos incertos (WEBBER);
- b) só a alegada mutação de um estado ou situação jurídica precisa ser provada (FITTING);
- c) o ônus da prova cabe a quem dela auferir vantagem (GIANTURCO);
- d) milita presunção da existência de um direito quando ele for fundamentado (BETHMAN-HOLLWEG);
- e) o encargo de provar compete a quem puder satisfazê-lo mais facilmente e menos dispendiosamente (BENTHAM).

Vale a pena, também, mencionar a contribuição de renomados processualistas como ROSENBERG (cabe à parte demonstrar os pressupostos de fato da norma por ela invocada)⁴, CHIOVENDA (para quem incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu, dos extintivos, modificativos e impeditivos)⁵, CARNELUTTI (o ônus da prova cabe à parte que tiver interesse na afirmação)⁶ e VERDE (a solução do problema deve ser encontrada em cada caso concreto)⁷.

O panorama de contrastes que se desenhou na doutrina levou PEYRANO a propor a flexibilização das regras sobre o ônus da prova procedendo ao que RAMBALDO⁸ denominou *giro epistemológico*: a concepção estática, fundada em regras objetivas (v.g., ao autor compete o ônus da prova do fato constitutivo e ao réu, dos extintivos, modificativos e impeditivos) foi substituída por fórmula dinâmica, denominada *teoria das cargas probatórias dinâmicas*, que ele traduziu nos seguintes termos:

(...) De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta 'excepcional' que solo puede funcionar allí donde aquéllas manifestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos 'normales y corrientes' que no son los correspondientes al caso.⁹

Põe-se a questão de saber se se deve a PEYRANO ou a BENTHAM a primazia na adoção da tese da flexibilização do ônus da prova.

³ *Principais teorias relativas ao onus probandi*. Dissertação apresentada na USP, em 1936, em concurso para provimento da Cátedra de Direito Judiciário Civil.

⁴ *La carga de la prueba* (trad.). Buenos Aires: EJE, 1956. p. 113 e p. 119.

⁵ *Instituições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2, p. 379.

⁶ *Sistema*, Pádua: CEDAM, 1936. v. 1, p. 423.

⁷ *L'onere della prova nel processo civile*. 1974. p. 37-38 e p. 48.

⁸ RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico* (artigo que integra a coletânea organizada por PEYRANO e INÉS LÉPORI denominada *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 25.

⁹ *Cargas probatorias dinâmicas*, op. cit., p. 24.

Em verdade, BENTHAM já havia vislumbrado a insuficiência de regras objetivas para solucionar a questão do ônus da prova e, por isso, sustentara que o juiz, em cada caso concreto, atribuisse o encargo à parte que pudesse satisfazê-lo com maior facilidade e menores despesas.¹⁰ Portanto, as regras objetivas defendidas pela doutrina então dominante deveriam, segundo ele, ser substituídas por um critério flexível que atendesse às circunstâncias de cada caso concreto.

Já PEYRANO, como se viu, não defende o descarte das regras objetivas, mas entende que, em casos particulares, elas devam ser afastadas para que se evitem injustiças.¹¹ Sua convicção na superioridade da teoria foi reafirmada em palestra proferida no Rio de Janeiro, em que, reportando-se ao XVII Congresso Argentino de Derecho Procesal, remarcou: (...) “*el onus probandi se independiza de enfoques apriorísticos (hecho a probar, rol del actor o demandado) para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quién está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva*”.¹²

3. Aspectos positivos e objeções à flexibilização do ônus da prova

Mesmo na Argentina, berço de sua formulação, a *teoria das cargas dinâmicas da prova* não é consenso na doutrina. Defendida por PEYRANO e seus seguidores¹³ é, porém, questionada por processualistas como ADOLFO ALVARADO e FERMÍN CANTEROS, que contra ela se posicionaram em palestras proferidas no I Congresso Internacional de Processo Civil realizado em Presidente Prudente, em 2013.

Analisemos, porém, os aspectos positivos da teoria e as objeções que contra ela se levantam.

3.1 Aspectos positivos

É inquestionável que a rigidez do sistema das regras legais sobre o ônus da prova não permite que o juiz atenda às peculiaridades do caso concreto. Por exemplo, nas relações jurídicas não regidas pelo CDC, vê-se o magistrado adstrito ao comando legal no sentido de que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu, a dos extintivos, impeditivos e modificativos. Assim, mesmo verificando a condição de hipossuficiência econômica ou técnica de uma das partes, se não se cuidar de relação de consumo, o julgador se vê jungido à disciplina legal sobre a matéria, sob pena de sua decisão ser acoimada de arbitrária. Também não pode, em princípio, levar em consideração eventual dificuldade de uma das partes para desincumbir-se do ônus da prova.

¹⁰ Op. cit., p. 149.

¹¹ Op. e loc. cit.

¹² *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, palestra publicada em *O processo em perspectiva (homenagem a José Carlos Barbosa Moreira)*, coletânea organizada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 212.

¹³ *O Ateneo de Estudios Del Proceso Civil de Rosario* é um grupo de processualistas em que se discutiu, à larga, a teoria. Em coletânea organizada por WALTER PEYRANO e INÊS LÉPORI, encontramos artigos doutrinários desses dois autores, além de JUAN ALBERTO RAMBALDO, JULIO O. CHIAPPINI, SERGIO JOSÉ BARBERO, HECTOR E. LEGUISAMÓN, IVANA MARÍA AIRASCA, MARÍA BELÉN TEPSICH, MARCOS L. PEYRANO, CARLOS ALBERTO CARBONE, GUILHERMO F. PEYRANO e outros com análise de variados aspectos da doutrina em questão.

Por igual, ainda que se cuide de direitos indisponíveis, encontra ele, em princípio, obstáculo legal à modificação das diretrizes traçadas pelo legislador.

Tem-se, pois, que a teoria das cargas probatórias dinâmicas procura atender ao que a doutrina italiana denomina *parità di armi*, tese que consiste em atribuir ao juiz poderes para assegurar às partes os mesmos instrumentos de atuação no processo para restabelecer o equilíbrio quebrado pela diferença econômica ou cultural. A doutrina alude à justiça substancial, que não pode ser comprometida pelo formalismo do procedimento judicial e pelo apego à literalidade da lei.¹⁴

A paridade de armas (*parità di armi*) é, em substância, reflexo do princípio constitucional da isonomia e, assim, ajusta-se ao modelo constitucional de processo adotado entre nós.

Posto que, na *práxis* forense, não disponha o juiz de poderes suficientes para garantir aos pobres, plenamente, o mesmo *status* dos economicamente ricos – é inquestionável que os hipossuficientes, de modo geral, se defrontam com obstáculos para a defesa de seus direitos – cumpre-lhe, na medida do possível, reduzir esta diferença, conferindo eficácia às garantias constitucionais do processo.

É nesse cenário que a teoria das cargas probatórias dinâmicas ganha relevo a ponto de ter sido contemplada no Projeto recentemente aprovado na Câmara dos Deputados.

3.2 Objeções levantadas contra a teoria

É natural que esse “giro epistemológico” não seja consenso entre os processualistas. Assim, objeções têm sido suscitadas, mas foram analisadas e repelidas por PEYRANO¹⁵, em palestra proferida no Rio de Janeiro, de que se apresenta este breve resumo:

a) Falta de texto legal

A ausência de texto legal não constitui razão para a inadmissibilidade da teoria, seja porque a lei não é a única fonte de direito, seja porque é incontestável a importância das construções pretorianas e da doutrina;

b) Surpresa provocada pela adoção da teoria em suposta ofensa ao princípio do devido processo legal

Essa objeção também não procede, segundo PEYRANO, porque as regras legais sobre o ônus da prova aplicáveis à generalidade dos casos não excluem a incidência das regras da “sana crítica”, cumprindo ao magistrado analisar todas as circunstâncias do caso concreto;

¹⁴ CAPPELLETTI alude à direção material do processo, ou seja, um poder de intervenção e de estímulo conferido pela lei ao juiz na condução do processo (cf. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1972. p. 125).

JOÁN PICÓ I JUNOY sustenta que as partes devem contar com meios iguais de ataque e defesa, uma vez que, para evitar o desequilíbrio processual, é necessário que ambas disponham das mesmas possibilidades e ônus de alegação, prova e impugnação. Concretamente, no que respeita à alegação de fatos no processo, o direito à igualdade de armas tem por objeto evitar uma situação de privilégio de uma das partes, garantindo assim a igualdade efetiva das possibilidades de ônus do autor e do réu na alegação e prova dos fatos controversos para lograr a plenitude do resultado probatório.

(*Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997. p. 132).

¹⁵ Informe sobre doutrina de las cargas probatorias dinámicas. In: *O processo em perspectiva*.

c) Pretendida inutilidade da teoria

Observando que certo crítico preferiu não se identificar, escondendo-se nas iniciais ACP, PEYRANO ressalta que ele critica a teoria, ao argumento de que a solução de casos particulares poderia ser encontrada por outros meios, como a prova do fato negativo, a denominada matéria de prova difícil, os indícios e presunções etc. Contudo, observa que tais elementos não seriam suficientes para resolver casos especiais como o emblemático precedente de que resultou a formulação da teoria das cargas dinâmicas, ou seja, o do erro cometido por médico em cirurgia.

4. A teoria das cargas probatórias dinâmicas no Brasil

A teoria das cargas probatórias dinâmicas já havia merecido aprovação de parte da doutrina com reflexos na jurisprudência pátria, independentemente de previsão legal¹⁶, quando o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil a incluiu expressamente em seu artigo 262, *verbis*:

Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

A redação então adotada estava em harmonia com a posição de BENTHAM e, por isso, poderia implicar, em mãos menos experientes, indiscriminada aplicação da teoria.

Em razão disso, Maria Elizabeth de Castro Lopes e o autor deste texto enviamos, em 2010, ao Senador Walter Pereira proposta de alteração do artigo sobredito, nestes termos:

[...] posto que represente avanço a orientação perfilhada no projeto, é de rigor apontar o risco que decorrerá da adoção da teoria em termos amplos e genéricos.

Com efeito, a mera alusão do projeto a “circunstâncias da causa” e “peculiaridades do fato” poderá conferir, ao juiz, carta branca para flexibilizar o ônus da prova segundo suas impressões ou convicções pessoais.

¹⁶ Entre outros, escreveram sobre o tema DANILO KNIJNIK, *Processo e Constituição* (coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947; ANTONIO JANYR DALL'AGNOL. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, RT 788/98; PAULO ROGÉRIO ZANETI. *O ônus da proa no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)*. Dissertação. PUCSP, 2009. p. 125; SANDRA APARECIDA SÁ DOS SANTOS. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. BRUNO GARCIA REDONDO. *Ônus da prova e distribuição dinâmica*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva – Estudos em homenagem ao professor SÉRGIO SHIMURA*. Coord., ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, ANSELMO PRIETO ALVAREZ e GILBERTO GOMES BRUSCHI. São Paulo: Saraiva, 2011. Mais recentemente, CAMILO JOSÉ D'AVILA COUTO. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2011.

Exemplos de acórdãos que aplicaram a teoria: TJSP -Agr. Instr. 0139366.74.2011.8.26.000 - 4ª Câmara de Direito Privado - Rel. ENIO ZULIANI - J. 11.8.11, TJSP - Apelação 9161151-07.2009.8.26.0000 - 8ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. CAETANO LAGRASTA NETO - J. 13.10.11, TJRJ - Agr. Instr. 2009.001.02789 - 18ª Câmara Cível - Rel. Des. CRISTINA TEREZA GAULIA, J. 17.3.2009, TJRJ - Agr. Instr. 2009.002.12024 - 9ª Câmara Cível - Rel. Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - J. 31.3.2009, TJSP - Agr. Instr. 1236940003 - 31ª Câmara de Direito Privado - Rel. ADILSON DE ARAÚJO - J. 10.3.2009.

Escusado seria pôr em relevo, portanto, que, em mãos menos experientes, a aplicação da teoria poderia implicar arbitrariedade, razão por que se impõe orientação restritiva para se evitar a indiscriminada invocação da regra.

Contudo, a primitiva redação foi mantida no Senado e só veio a ser modificada na Câmara, consoante art. 380 do PL 8.046/2010, mantido, com pequena alteração de redação, pelo art. 373 e parágrafos da Lei 13.105/2016 (Novo Código de Processo Civil), *verbis*:

O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 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 o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Como se vê, a orientação adotada no novo Código de Processo Civil aproxima-se da teoria exposta por PEYRANO, na medida em que, para a generalidade dos casos, mantém as regras do art. 333 do CPC de 1973, mas admite a flexibilização: a) *quando for impossível ou excessivamente difícil a uma das partes desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído*; b) *quando uma das partes tiver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*.

Como se vê, a flexibilização é admitida não só nas hipóteses de *impossibilidade* ou *excessiva dificuldade* na obtenção da prova, mas também, *sic et simpliciter*, quando uma das partes, a critério do juiz, tiver maior facilidade em demonstrar o fato contrário, permissivo que poderá, na prática, implicar indiscriminada aplicação da teoria.

No que toca ao momento em que a flexibilização deva ser autorizada, o novo Código desfaz qualquer dúvida ao estabelecer, no art. 357, III, que o juiz decidirá a respeito por ocasião do saneamento do processo.

5. Diferença entre a teoria das cargas probatórias dinâmicas e a inversão do ônus da prova

A introdução, no sistema, da flexibilização do ônus da prova suscita a questão de saber se cuidaria de simples extensão da regra do CDC a relações jurídicas por ele não abrangidas.¹⁷

¹⁷ Proposta nesse sentido fora apresentada por SANDRA APARECIDA SÁ DOS SANTOS em dissertação de mestrado defendida na USP, em 2001.

A ideia da flexibilização, porém, não se confunde com a da inversão do ônus da prova.

Em primeiro lugar, por que a inversão tem pressupostos próprios previstos em lei, a saber: a) cuidar-se de relação de consumo; b) ser verossímil a alegação ou c) cuidar-se de consumidor hipossuficiente.

Diversamente, na *flexibilização*, não há inversão, ou seja, decisão oposta à versão (ordem em que se encontram as coisas), mas *imposição*, pelo juiz, do encargo de provar a uma das partes.

Por outras palavras, verificando o juiz a impossibilidade ou extrema dificuldade em que se encontra o autor, ou o réu, de provar suas alegações, atribui diretamente a tarefa da prova ao adversário.

Não há cogitar, pois, de repartição do ônus da prova entre autor e réu, como propusera CHIOVENDA, cuja posição foi acolhida pelo Código de 1973, mas sim de *imputação*, a uma das partes, do encargo de demonstrar suas alegações.

6. O pretendido caráter discricionário do ato judicial que flexibiliza o ônus da prova

Discricionariedade judicial é tema dos mais polêmicos, sendo rica a doutrina a esse respeito¹⁸.

Sem examinar, nesta sede, as vertentes doutrinárias acerca da matéria, verificamos que, no que toca à aplicação da teoria das cargas dinâmicas, a questão da discricionariedade se circunscreve à seguinte indagação: *verificando o juiz que, para uma das partes, é impossível ou extremamente difícil demonstrar suas alegações, mesmo assim, pode deixar de aplicar a flexibilização?*

A resposta é, irrecusavelmente, negativa. A adotar-se entendimento contrário, o juiz converter-se-ia em *dominus processu*¹⁹, ou seja, poderia conduzir o processo segundo suas convicções pessoais ou por razões de conveniência, e não de necessidade e adequação aos parâmetros legais, como lhe compete.

Ad instar do que ocorre com as medidas liminares, em que, quando presentes os requisitos legais, não podem ser indeferidas sob invocação de inconveniência ou inoportunidade, na aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas há um *poder-dever*

¹⁸ Rica é a doutrina acerca da discricionariedade judicial. É clássica a obra de ALESSANDRO RASELLI, que defende a discricionariedade judicial além da administrativa (*Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milão: Giuffrè, 1975. p. 263). No Brasil, BARBOSA MOREIRA defendeu a tese apontando como exemplos o modo de pagamento da pensão alimentar e a fixação do rumo de passagem em favor do prédio encravado (cf. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 261, 2015. No mesmo diapasão, EDUARDO MELO DE MESQUITA: "Na discricionariedade há uma prerrogativa, mercê do 'espaço livre' destinado ao aplicador da norma, para que pronuncie o direito sem exorbitar desse intervalo, nem extrapolar os limites do razoável, do exigível, do adequado, do *proporcional*. Dentro dos quais a adjudicação do poder fora outorgada." (*Tutelas cautelares e antecipadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 342). ALITER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 361-362. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 108-109 e LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS Ltda., 2006. p. 16 e p. 82).

¹⁹ MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES ressalta que o juiz não é dono do processo, mas apenas um dos sujeitos da relação processual, devendo exercer suas funções em colaboração com as partes (*O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 15).

do juiz de adotar a dinamização quando preenchidos os pressupostos legais, e não mera faculdade, o que afasta o caráter discricionário da decisão.

Considerando-se, porém, que a lei se vale de *conceitos vagos* ou *indeterminados*, terá o juiz de agir com especial cautela e atenção ao fazer incidir teoria da flexibilização.

Conclusão

É bem-vinda a introdução, no sistema, da flexibilização do ônus da prova, que se harmoniza com as tendências atuais do processo civil cuja finalidade precípua é a tutela de direitos e acesso à plenitude da ordem jurídica.²⁰

Contudo, deve o juiz agir com critério e serenidade, uma vez que, na generalidade dos casos, deve aplicar as regras gerais do ônus da prova, mantidas no *caput* do art. 373 do NCPC, e só excepcionalmente, quando presentes as circunstâncias previstas no parágrafo 1º, fazer incidir a flexibilização.

A orientação seguida pelo legislador ao estender a possibilidade de dinamização à hipótese em que uma das partes tiver maior facilidade na produção da prova deverá ser interpretada com critério e prudência para evitar que o subjetivismo do juiz acarrete indiscriminada aplicação da regra.

Por último, não há falar em discricionariedade judicial na decisão que aplicar a flexibilização, já que, quando demonstrados com segurança os requisitos legais, não sobra para o juiz margem de liberdade para deixar de aplicar a flexibilização.

²⁰ Preferimos aludir a *plenitude da ordem jurídica*, e não a acesso à ordem jurídica justa, uma vez que a atividade jurisdicional não tem o condão de garantir o que a ordem jurídica vigente não garante. Afigura-se-nos, pois, que ao juiz compete garantir o acesso à ordem jurídica *tout court* – por outras palavras, à ordem jurídica vigente – já que não pode conceder à parte mais do que o ordenamento jurídico lhe concede. Basta mencionar o exemplo do salário mínimo, cujo valor, conquanto insuficiente para garantir as necessidades vitais do trabalhador, não pode ser aumentado pelo juiz.

Bibliografia

- BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. para o castelhano de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema*. Pádua: CEDAM, 1936.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COUTO, Camilo José D'Avila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese. Faculdade de Direito da USP, 2011.
- DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jun. 2001.
- KNIJNIK, Danilo. *Processo e Constituição* (coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 15.
- PEYRANO, Jorge Walter. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *O processo em perspectiva – (homenagem a José Carlos Barbosa Moreira)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.
- REDONDO, Bruno Garcia. Ônus da prova e distribuição dinâmica. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva – estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba* (tradução). Buenos Aires: EJEJA, 1956.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SOARES DE FARIA, Sebastião. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. Dissertação apresentada na USP, em 1936, em concurso para provimento da Cátedra de Direito Judiciário Civil.
- VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Nápoles: Jovene, 1974.
- ZANETI, Paulo Rogério. *O ônus da proa no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)*. Dissertação. PUCSP, 2009.

Tutela provisória

José Roberto dos Santos Bedaque
Advogado e desembargador aposentado

I. Classificação dos fenômenos jurídicos

Qualquer fenômeno, natural ou não, pode ser objeto de classificação. São conhecidos e discutíveis os critérios científicos para identificar os seres humanos, por exemplo.

A taxonomia é também aplicável ao mundo jurídico. As regras legais podem ser objeto de diversas classificações, segundo vários pontos de vista.¹ Nessa medida, classificar significa agrupar fenômenos que, segundo determinado ângulo de observação, possuem as mesmas características, visando facilitar sua compreensão. Ao realizar a classificação das decisões judiciais, o doutrinador pode adotar vários critérios (grau de jurisdição, momento em que é proferida, conteúdo do ato etc.).

Também a classificação dos bens feita pelo legislador civil varia em função do ângulo pelo qual o objeto do direito é considerado: em si mesmo, em relação a outro bem ou em relação ao proprietário (CC, arts. 79/103). Assim, o mesmo bem pode ser imóvel, principal e público. Mesmo se considerado em si mesmo, ele comporta várias classificações, dependendo do critério adotado: móvel (se considerada a possibilidade de remoção), fungível (se puder ser substituído), consumível (se o uso importar destruição imediata) e divisível (se puder ser fracionado). Nessa medida, se alguém considerar imóvel determinado bem e outrem apontá-lo como indivisível, ambos podem estar corretos. Basta que o objeto preencha os requisitos de cada uma dessas espécies.

Para fins de classificação, portanto, espécies são reunidas em classes ou grupos, segundo determinado sistema. Classificar é, pois, ordenar seres, coisas ou fenômenos, à luz de determinado critério previamente estabelecido. O agrupamento, a organização daí resultante, realizada em conformidade com um único ponto de vista pelo qual o objeto é examinado, visa facilitar sua compreensão.

Esse raciocínio abstrato está presente até mesmo nas crianças. A classificação operatória, segundo Piaget, consiste em distinguir as especificidades dos objetos e agrupá-los de acordo com estas características. É classificando os objetos que a criança estrutura o real, formando conceitos. A classificação é um instrumento intelectual pelo qual a criança organiza mentalmente o mundo que a cerca. Para classificar é necessário abstrair as propriedades que definem os objetos e estabelecer relações de semelhanças e diferente entre elas.

¹ Após justificar os critérios adotados, Miguel Reale esclarece: “Os tratadistas variam da apresentação das formas de classificação; há mesmo certa ambiguidade e vacilação na terminologia. Infelizmente, não podemos, na Ciência do Direito, atingir aquela precisão terminológica própria do saber matemático ou físico, porquanto certas palavras básicas servem para exprimir conceitos diversos.” (*Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999).

Em síntese, a classificação é útil na medida em que possibilita compreender melhor os fenômenos, pois possibilita agrupá-los segundo suas características comuns.

II. Critérios de classificação e terminologia adotada no CPC de 1973 e no anteprojeto

Pois bem. À luz dessas premissas, a Comissão constituída pela Presidência do Senado Federal para elaboração de anteprojeto do Código de Processo Civil houve por bem sugerir a criação de um Título próprio para regular a Tutela de Urgência e a Tutela da Evidência.

Essa iniciativa, aprovada pelo Senado, visava eliminar discussões acadêmicas sobre a natureza da antecipação provisória de efeitos da tutela jurisdicional, hoje prevista no art. 273 do Código. Ao lado dessa providência, existe a possibilidade de o juiz conceder à parte, também em caráter provisório, a tutela cautelar, regulada pelos artigos 797 e seguintes do estatuto processual.

Ambas as modalidades de tutela jurisdicional acima apontadas, caracterizam-se, segundo o critério adotado pelo legislador brasileiro, por não ser a proteção final concedida ao titular de determinada pretensão deduzida em juízo. Nas hipóteses em que autorizadas, essas espécies de tutela, sempre precedidas de cognição sumária, visam simplesmente assegurar a efetividade prática da tutela definitiva, esta fundada, em princípio, em cognição exauriente e juízo de certeza.

Podemos então apontar os critérios levados em conta pelo legislador para classificar as tutelas por força das quais se assegura a utilidade prática do resultado final do processo. Elas são informadas por cognição sumária, apta a revelar a verossimilhança, a plausibilidade do direito afirmado. Além disso, são provisórias, visto que sua existência e eficácia está condicionada a evento futuro e certo: a tutela final e definitiva.

As tutelas sumárias e provisórias, todavia, comportam outra classificação. Podem, ou não, depender da demonstração de outro requisito: o perigo de dano. Em determinadas situações, a tutela sumária e provisória só é admissível se quem a requer conseguir convencer o juiz da existência de determinado acontecimento, cuja ocorrência pode impedir ou comprometer a utilidade prática da tutela final. Nesses casos, a característica da urgência é fundamental.

Em outros, todavia, o legislador contenta-se simplesmente com o alto grau de verossimilhança do direito afirmado. Após descrever as hipóteses em que o fenômeno se verifica, autoriza a concessão da tutela sumária e provisória.

Em síntese, essa modalidade de tutela, informada sempre por cognição não exauriente, fundada, portanto, no juízo de verossimilhança, não de certeza, em princípio provisória, destinada a assegurar o resultado útil do processo, comporta duas espécies: as urgentes e as não urgentes. Estas se caracterizam tão somente pelo grau de evidência do direito afirmado.

Possível, então, denominar as tutelas sumárias e provisórias com as seguintes expressões: tutelas de urgência e tutelas da evidência.

Além disso, é preciso compreender que as tutelas sumárias também comportam outra classificação. Se considerados seu conteúdo e suas consequências, verificamos que elas podem implicar simples conservação de bens, pessoas ou provas, bem como a

antecipação de efeitos da tutela final. Em ambos os casos, visando sempre assegurar a efetividade prática desta última.

Elas estão reguladas na legislação brasileira, porém de forma tecnicamente imprecisa. A antecipação de efeitos da tutela definitiva está prevista no artigo 273, que mistura hipóteses em que há o requisito da urgência com outras nas quais é suficiente a verossimilhança. Nos artigos 796 e seguintes, encontram-se tutelas urgentes meramente conservativas, mas também algumas de conteúdo antecipatório e, pois, satisfativas.

Essa dicotomia não contribui para a compreensão da modalidade de tutela jurisdicional, cujas características mais importantes são o escopo e a provisoriedade.² Como já procurei destacar em outra oportunidade, ao lado das tutelas definitivas, destinadas a eliminar as crises verificadas no plano do direito material e aptas à imutabilidade, existem outras, cuja função no sistema é simplesmente assegurar a utilidade prática daquelas. Essa característica é comum às cautelares conservativas e às antecipatórias satisfativas. Nenhuma dela implica a “imediateza realização do direito”, como pretendem alguns³. Mesmo a tutela antecipada proporciona tão somente a possibilidade de fruição de efeitos do possível direito, cujo reconhecimento depende da cognição exauriente a ser realizada durante o devido processo legal. Em síntese, antecipar a fruição do eventual direito não significa antecipar o reconhecimento do direito, mas permitir que, se reconhecido no momento oportuno, a tutela jurisdicional tenha utilidade ao titular. É exatamente o que a cautelar conservativa assegura, mas mediante outras medidas, destinadas apenas a preservar a efetividade do resultado, sem permitir a imediata fruição de seus efeitos, porque desnecessária esta antecipação para o escopo pretendido.

A solução do litígio, mediante a atuação das regras extraídas do plano do direito material, depende do regular desenvolvimento do devido processo legal. Isso demanda tempo, tendo em vista a necessidade das garantias constitucionais do processo e da formação do juízo de certeza pelo julgador.

Nesse ínterim, fatores podem comprometer a efetividade prática da respectiva tutela jurisdicional. Também circunstâncias verificadas no próprio processo muitas vezes tornam aconselhável a antecipação de determinados efeitos da tutela final.

Nesses casos, e desde que verossímeis os fundamentos fáticos e jurídicos da pretensão, pode o juiz adotar providências protetivas da utilidade prática da tutela final. Consistem essas providências na conservação de bens, pessoas ou mesmo provas, bem como na antecipação de efeitos da tutela final. A adoção de uma ou outra dependerá das circunstâncias do caso concreto. Deve ser concedida aquela que mais se adequar ao objetivo pretendido, qual seja, assegurar a efetividade da tutela definitiva.

Três aspectos importantes foram levados em consideração pela Comissão de especialistas constituída pelo Senado Federal: reunir todas as espécies de tutelas provisórias

² A característica da provisoriedade significa a inaplicabilidade desta modalidade de tutela para alcançar a estabilidade inerente às tutelas definitivas. Transitada em julgado a decisão de mérito, a regulação da situação de direito material torna-se inalterável. Evidentemente, eventual modificação de elementos constitutivos do direito tutelado podem justificar a necessidade de nova tutela. O exemplo clássico é a mudança das circunstâncias em função das quais se fixou o valor de pensão alimentícia. Nesse caso, a existência de nova situação jurídica autoriza outra intervenção judicial. Não é o que ocorre com a tutela cautelar, cuja instabilidade permite seja alterada a qualquer tempo, por força do mero surgimento de novas provas, sem que tenha havido qualquer alteração fática. Daí por que não parece correta a conclusão de Mitidiero. A tutela cautelar não é definitiva, inclusive em relação à eficácia (Cf. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 41, esp. nota 137).

³ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38, em apoio à conhecida lição de Ovídio Baptista da Silva.

sob o mesmo título, classificar as respectivas espécies segundo critério homogêneo e não ignorar a terminologia já consagrada na doutrina. Pretendeu-se, com isso, eliminar as discussões teóricas a respeito do tema, cuja compreensão vem sendo dificultada por construções muito caras aos nefelibatas.

Assim, com fundamento em respeitadíssima corrente doutrinária, regulou-se a tutela de urgência, cuja concessão pressupõe, além da plausibilidade do direito, o risco de que algum acontecimento, concretamente descrito pelo interessado, possa comprometer a eficácia prática da tutela final. Essa espécie de tutela provisória pode implicar a mera conservação de bens, como a antecipação de efeitos da tutela final. Tudo vai depender das exigências da situação apresentada. A partir dela, define-se a medida apta a preservar a utilidade do resultado final.

O elemento comum nessas modalidades de tutela é a urgência, decorrente do risco de que algum acontecimento, concretamente identificado, possa comprometer a efetividade prática da tutela definitiva.

Do lado dessa modalidade de tutela provisória, o anteprojeto previu outra, cuja característica é a desnecessidade do perigo de dano. Em alguns casos, tipificados pelo legislador, poderá o juiz antecipar determinados efeitos da provável tutela definitiva, com fundamento apenas na verossimilhança do direito. A lei descreve minuciosamente em que circunstâncias isso ocorre.

Por não estar presente a característica da urgência, adotou-se a expressão “tutela da evidência”, que identifica o aspecto essencial a esta modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado. Os elementos apresentados pelo autor justificam a proteção pretendida, pois permitem vislumbrar na pretensão do autor a clareza necessária ao respectivo acolhimento, não admissível naquele momento em razão da necessidade do contraditório. Esse juízo de certeza provisório pode revelar-se equivocado após a apresentação da defesa pelo réu. Exatamente por isso, ele não pode ainda ser definitivo. Mas, como é enorme a possibilidade de que isso venha a ocorrer, o legislador possibilita a antecipação provisória dos efeitos da decisão final.

Essa opção terminológica foi mantida no projeto aprovado pelo Senado Federal.

III. Terminologia adotada pelo projeto da Câmara dos Deputados

O projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, todavia, veio com alterações terminológicas, tendo em vista a adoção de critério diverso para a classificação dessa tutela jurisdicional. Adotou como gênero a expressão “tutela antecipada”, do qual são espécies a tutela de urgência, que se subdivide em cautelar e satisfativa, e a da evidência.

Do ver dos responsáveis por essa última versão, portanto, todas as tutelas provisórias são antecipadas, pois concedidas antes da tutela final. Por esse ângulo, surgiu o novo gênero.

Não obstante o critério adotado seja lógico, pois está fundado em um mesmo ponto de vista, a novidade não era necessária. A classificação original, além de já consagrada na doutrina mais autorizada, também não padece de nenhum vício, pois guarda perfeita coerência com o aspecto levado em conta para sua elaboração, ao contrário do que afirmam alguns.

É o que se pretende demonstrar.

Inicia-se por identificar possível vício no raciocínio desenvolvido pelos defensores da solução proposta no projeto da Câmara. Segundo respeitável corrente doutrinária, a expressão *tutela jurisdicional* representa não só a proteção final concedida ao vencedor, como também toda e qualquer medida destinada a assegurar às partes a observância das garantias e princípios inerentes ao devido processo legal e constitucional.⁴

Se assim é, necessário reconstruir o título reservado à “tutela antecipada”, para nele incluir também todas as medidas destinadas a assegurar às partes o devido processo legal.

Talvez esse inconveniente seja, por si só, suficiente para desistir da inovação absolutamente desnecessária.

Ao que parece, a redação aprovada pela Câmara dos Deputados encampou construção doutrinária segundo a qual a antecipação de tutela constitui técnica destinada a, mediante cognição sumária, antecipar provisoriamente a tutela jurisdicional do direito.⁵

Essa conclusão, todavia, não se sustenta, pois parte de premissa falsa. Ao menos assim me parece, com o devido respeito à posição contrária.

A tutela de urgência, se provisória, mesmo nas hipóteses gera efeitos satisfativos no plano fático, não antecipa a própria tutela final. Muito menos isso ocorre se a tutela urgente for meramente conservativa.

Fenômeno diverso é a admissibilidade excepcional de concederem-se tutelas definitivas, ainda que precedidas de cognição sumária.⁶ Nesses casos, por razões diversas daquelas que fundamentam a tutela provisória e de urgência, o legislador possibilita seja a crise de direito material eliminada definitivamente, mediante atividade cognitiva não exauriente. Isso ocorre, normalmente, em razão do não exercício, pelo réu, do direito de defesa e da natureza disponível do direito em questão. Na revelia, por exemplo, o julgamento funda-se exclusivamente nos fatos afirmados pelo autor, cuja veracidade é presumida, sendo desnecessária a produção de prova. A cognição, portanto, é limitada à versão do autor, já que o réu se omitiu.

Equivocada, pois, a premissa segundo a qual a provisoriedade diz respeito à técnica antecipatória. Admissível a antecipação da própria tutela final e definitiva, não obstante sumária a cognição exercida pelo julgador.

Em síntese, a tutela antecipada, tal como regulada pelo projeto, não antecipa a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor. Quando muito, antecipa efeitos fáticos a ela inerentes. Mas, tendo em vista a sumariedade da cognição, sua eficácia é eminentemente provisória, ao menos em princípio.

Não está correta, portanto, a afirmação de que parte da doutrina brasileira, adotando premissas de Calamandrei e Proto Pisani, caracteriza a tutela cautelar pelo

⁴ Assim, Flávio Luiz Yarshell. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30-35. Segundo o autor: “Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A *tutela*, então, pode também ser divisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes.” (ob. cit., p. 30-31).

⁵ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17. Segundo esse autor, tanto Calamandrei quanto Proto Pisani, bem como aqueles que adotam seus ensinamentos, como o autor destas linhas, se equivocaram ao deslocar o critério para identificação da tutela cautelar “do acento estrutural para o funcional”, o que implica tratar o fenômeno como técnica antecipatória da prestação jurisdicional mediante cognição sumária (ob. cit., p. 38-39).

⁶ Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 236 e ss.

aspecto puramente funcional. Nem é verdade seja esse o pensamento dos autores mencionados. Leitura atenta das lições dos mestres italianos, bem como daqueles que seguem seus ensinamentos, por considerá-los plenamente adequados ao sistema processual contemporâneo, permite verificar que, do ponto de vista exclusivamente funcional, tanto a tutela cautelar quanto a sumária não cautelar visam assegurar a efetividade prática do resultado do processo. A primeira, possibilita a proteção provisória ao direito provável, mediante a antecipação de efeitos ou a conservação de situações. A segunda, pela antecipação da tutela final, em caráter definitivo. Neste caso, o legislador autoriza a concessão da própria tutela pleiteada pela parte, com aptidão para tornar-se imutável, em razão de circunstâncias especiais.⁷

Ambas as modalidades de tutela sumária distinguem-se, portanto, em razão da estrutura de cada uma. Embora dotadas do mesmo escopo, não se confundem do ponto de vista estrutural: uma é em princípio provisória e a outra, definitiva.⁸

Assim, o sistema processual oferece ao sujeito parcial do processo duas espécies de tutela sumária, visando conferir maior efetividade prática possível aos efeitos causados pelo resultado do processo no plano material. Identificam-se elas pelo aspecto funcional, pois possuem a mesma finalidade. Diferem, porém, quanto ao modo como são estruturadas pelo legislador. São técnicas diversas visando ao mesmo fim.

A denominada tutela sumária provisória, com conteúdo conservativo ou satisfativo, objetiva tão somente assegurar a utilidade prática da tutela final e definitiva. Entendo terem ambas natureza cautelar,⁹ mas não faço questão dessa opção terminológica. Como a doutrina reservou a expressão cautelar para a tutela de urgência conservativa, preferindo denominar a outra espécie de tutela sumária com a expressão tutela antecipada ou satisfativa, cuja característica é antecipar alguns efeitos da tutela final, satisfazendo provisoriamente a parte apenas no plano fático, não jurídico, na medida em que não resolve a crise de direito material.

Também não me parece acertada a afirmação segundo a qual a tutela cautelar não é provisória nem temporária, mas definitiva. O problema residiria na maior instabilidade da situação fático-jurídica que a justifica, ou seja, o perigo.

Por outro lado, como já exposto, o sistema admite, em situações excepcionais, tutelas também sumárias, mas definitivas, ou seja, aptas a solucionar a crise de direito material.¹⁰ Estas, não têm natureza instrumental, visto que não se destinam a assegurar a efetividade de outra. Embora precedidas de cognição não exauriente, encerram definitivamente o litígio, muitas vezes com aptidão para adquirir a qualidade de coisa julgada. É o que ocorre, por exemplo, com o julgamento fundado no art. 330, II, do Código de Processo Civil.¹¹

Em consequência, apenas essa espécie de tutela sumária tem o condão de acelerar a entrega da prestação jurisdicional.¹²

⁷ Cf. *Tutela cautelar*. p. 245 e ss.

⁸ Cf. *Tutela cautelar*. p. 157/161, com menção às observações precisas de Proto Pisani.

⁹ Aliás, não estou sozinho. Na doutrina moderna, Comoglio afirma ser a tutela cautelar provisória e urgente, com efeitos antecipatórios ou conservativos (ob. cit., p. 159).

¹⁰ Ou não cautelares, se admitida a minha alternativa terminológica. Daí por que não se identificam sumariedade e urgência, ao contrário do que sustenta parte da doutrina (Cf. Mitidiero, ob. cit., p. 40-41). Há tutelas sumárias não urgentes provisórias (tutela da evidência, tal como regulada no projeto do novo CPC) e definitivas (CPC, art. 330, inciso I).

¹¹ Cf. *Tutela cautelar*. p. 245 e ss.

¹² Salvo melhor juízo, portanto, não procede a crítica feita por Mitidiero, mesmo porque a antecipação de efeitos da tutela não possibilita a imediata realização do direito, mas apenas a fruição imediata dos efeitos inerentes ao possível e eventual direito (*Antecipação da tutela*. p. 38).

Talvez seja necessário enfatizar que as tutelas sumárias provisórias são estruturadas assim pelo legislador porque não se destinam a solucionar a crise de direito material. Já as definitivas, sumárias ou exaurientes, têm essa finalidade e tendem a tornar-se imutáveis (coisa julgada).

O critério aqui adotado para a classificação pressupõe a inexistência de um direito substancial de cautela, ao contrário do entendimento sustentado por respeitável corrente doutrinária.¹³ Se admitida essa categoria, também a cautelar seria definitiva, pois apta a solucionar essa outra crise, representada pela necessidade de proteção ao direito ameaçado pelo risco de dano. Como não me parece correto considerar essa situação como crise de direito material, não identifico nela a presença de direito substancial. Trata-se, a meu ver, de circunstância eventual da relação material, cuja existência autoriza a concessão de tutela provisória, destinada a assegurar o maior grau de efetividade possível à definitiva, esta sim, destinada à proteção do direito material, subjetivo ou potestativo. O direito à proteção provisória, seja mediante conservação de situações ou bens, seja pela antecipação de determinados efeitos fáticos da tutela final, tem origem na própria relação processual, cujo desenvolvimento requer tempo e esta circunstância pode comprometer a efetividade da tutela pretendida. Aliás, inúmeras outras situações verificadas no curso do processo conferem às partes direitos ou faculdades – direito de defesa, direito ao contraditório, direito ao devido processo legal, direito à assistência judiciária, direito à impugnação do valor da causa, direito à contradita, direito à prova, direito de recorrer – e ninguém jamais se preocupou em tratá-los como direitos substanciais. Da mesma forma, não há razão para atribuir natureza material à possibilidade de uma das partes, para assegurar a utilidade da tutela jurisdicional final, pleitear a realização de certas providências no curso do processo ou antes mesmo de sua instauração.

Não obstante o respeito e a admiração devotados à obra do grande processualista que a idealizou, a construção do “direito substancial de cautela” é tão artificial quanto desnecessária.

Assim, visões diversas do mesmo fenômeno levam a classificações diferentes, todas possivelmente corretas. Resta verificar qual delas atende melhor à finalidade pretendida. Parece-me, com todo respeito ao entendimento contrário, ser mais útil considerar a tutela jurisdicional pelas perspectivas funcional e estrutural. Se ela tiver o escopo de assegurar a utilidade de outra, será provisória, pois concebida exclusivamente para esse fim e não para regular a situação de direito material. Elas devem ser identificadas e reguladas em conformidade com sua razão de ser. Seu conteúdo pode ser meramente conservativo ou satisfativo. Como consagrado pela doutrina, podemos identificá-las, respectivamente, como cautelar e antecipada. Esta implica antecipação dos efeitos da tutela final e definitiva, daí a expressão “tutela antecipada”, que representa, na verdade, uma figura de pensamento (perífrase), pois destina-se a identificar uma ideia.

IV. Tutela provisória e técnica processual

Técnica processual: essa expressão deve ser compreendida como o conjunto de soluções adotadas pelo legislador processual para regular o método de trabalho denomina-

¹³ Cf. *Tutela cautelar*. p. 125. esp. nota 50.

do processo. Daí a necessidade, na construção do modelo adequado de instrumento, de se levar em consideração as especificidades do direito material submetido ao processo.¹⁴

A tutela cautelar, a meu ver, cumpre sua função de assegurar o resultado útil do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária¹⁵, pela plausibilidade e pela urgência, o que implica, normalmente, a provisoriedade. Tudo isso é técnica adotada pelo legislador processual para regular a tutela cautelar. Tratam-se de técnicas empregadas para solucionar o problema da urgência, destinadas a evitar que a demora do processo comprometa a utilidade da tutela jurisdicional final.¹⁶

A doutrina brasileira, todavia, reserva a denominação “cautelar”, para as tutelas sumárias meramente conservativas. Mas tanto elas quanto as medidas com conteúdo antecipatório são urgentes. Ao lado delas, temos as sumárias não urgentes, fundadas apenas na cognição não exauriente e na plausibilidade. Estas podem ser provisórias ou definitivas.

Assim, tanto urgência quanto evidência são aspectos considerados pelo legislador para construir técnicas processuais destinadas à adoção de determinadas medidas, cuja finalidade outra não é senão conferir maior efetividade à tutela final, na maioria das vezes sem solucionar a crise de direito material. Provisórias, portanto. Opto por denominá-la “cautelar”.¹⁷ Para não ser acusado de filiação a ideias ultrapassadas, como as de Calamandrei (???), invoco um dos maiores processualistas italianos da atualidade, para quem não só a técnica conservativa, mas também a antecipatória serve aos fins da tutela cautelar, qual seja, assegurar *a priori* a definitiva *fruttuosità* da tutela final, em consonância com o significado da palavra “cautela” (prudência, proteção, garantia).¹⁸

Aliás, segundo os dicionaristas, cautela é definida como cuidado para evitar um mal (Aurélio). Esse cuidado, no processo, consiste na conservação ou na antecipação de efeitos da tutela final, com o que se evita o mal representado pela falta de efetividade desta última.

Mas não faço questão dessa expressão e jamais tentaria transformar em lei minha preferência terminológica. Temos o dever de impor limites à nossa vaidade. Nessa medida, prefiro deixar aos doutos a missão de atribuir nomes aos fenômenos jurídico-processuais. Embora respeite o entendimento contrário, todavia, não me parece adequado incluir a tutela sumária conservativa (a “legítima” cautelar para muitos) como espécie de tutela antecipada, pois ela visa assegurar o resultado útil do processo, mediante a técnica da conservação, não da antecipação de efeitos, esta sim, a verdadeira e já con-

¹⁴ Por isso, as soluções adotadas pelos artigos 461 e 461-A, do CPC, são consideradas técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos correspondentes às obrigações de fazer, não fazer e dar (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28-29). O autor, com razão, insiste na necessidade de que as técnicas processuais devem identificar-se com as tutelas dos direitos, “para adequação do processo ao direito material” (ob. cit., p. 31). Nessa linha, o processo adota técnicas próprias à tutela específica de determinadas obrigações, visando atender as especificidades do direito material. Cf. ainda Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, 2009, p. 147/152 e Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmicas sobre a ação*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 291/293.

¹⁵ Que também constitui aspecto relacionado à técnica processual (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: _____. *Temas de direito processual* - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92).

¹⁶ (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: _____. *Temas de direito processual* - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91).

¹⁷ Justificativa mais aprofundada dessa opção metodológica encontra-se em *Tutela cautelar e tutela antecipada*.

¹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995. p. 158.

sagrada pela doutrina “tutela antecipada”. Se fundadas no perigo de dano, ambas são “tutelas de urgência”. O alto grau de plausibilidade do direito, muitas vezes revelado pelo comportamento da própria parte contrária (abuso do direito de defesa) ou pela adoção de determinada tese, fundada em fatos comprovados documentalmente, por súmula vinculante ou julgamento de casos repetitivos, pode justificar a antecipação de efeitos da tutela final, independentemente da urgência. Surge então a figura da “tutela da evidência”.

A classificação adotada no anteprojeto, ao regular a técnica processual destinada a assegurar a efetividade da tutela final, levou em consideração, portanto, os requisitos necessários à adoção das providências a ela inerentes. Se presente o perigo de dano, temos a “tutela de urgência”.¹⁹ Verificadas as situações em que, ao ver do legislador, a verossimilhança do direito afirmado mostra-se elevada, concede-se à parte a “tutela da evidência”. Mediante tais técnicas, busca-se assegurar o resultado útil do processo.

No exame do projeto do novo CPC elaborado pela Câmara dos Deputados, a comissão nomeada pelo Senado houve por bem adotar nomenclatura pouco diversa daquela acolhida no anteprojeto. Trata-se de simples adequação terminológica, visto que não implica alteração do conteúdo e do significado das regras.

O Livro V passou a denominar-se “Da tutela provisória”, visto que trata deste gênero de tutela jurisdicional, cujas espécies são as tutelas urgentes e as não urgentes. Aquelas – tutelas de urgência – podem ser cautelares (conservativas) ou antecipadas (satisfativas)²⁰, e são reguladas no Título II do Livro V (o Título I trata das disposições gerais sobre as tutelas provisórias). Nesse Título II há dois Capítulos. O primeiro, versa sobre o procedimento da tutela antecipada requerida antes da propositura da demanda principal. O segundo contém regras sobre a tutela cautelar pleiteada também em caráter antecedente.

Já as tutelas não urgentes recebem a denominação de tutela da evidência. Todas têm em comum, ao menos em princípio, a natureza provisória. E constituem técnicas destinadas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Encontram-se previstas no Título III do Livro V.

Essas providências, todas aprovadas pelo Senado Federal, têm por objetivo facilitar a compreensão do instituto e, principalmente, afastar interpretações formalistas, que acabam comprometendo sua finalidade.

¹⁹ Tal como ocorre, aliás, na legislação italiana (CPC, Seção Quinta, art. 700).

²⁰ Barbosa Moreira trata expressamente da técnica consistente na sumarização da cognição, visando assegurar o resultado final mediante providências de natureza cautelar e/ou antecipatórias. Opta pela formulação alternativa em razão das incertezas classificatórias em relação a tais medidas (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: _____. *Temas de direito processual* - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92).

De algumas regras novas no Processo Civil brasileiro

Milton Paulo de Carvalho¹
Advogado

Sumário: Introdução. 1. A utilidade das críticas ao Anteprojeto e ao Projeto de Código de Processo Civil. 2. De algumas regras novas na Lei de Processo Civil. 2.1. *A não redução dos recursos e a celeridade processual*. 2.1.1. A supressão do agravo retido, a enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o acesso à justiça e o devido procedimento legal. 2.1.2. O efeito suspensivo da apelação como regra. 2.1.3. Recursos protelatórios. 2.1.4. Requiem para os embargos infringentes. 2.2. Colaboração das partes na organização do processo. 2.2.1. Sobre o *caput* e o § 1º do art. 357 do novo Código. 2.2.2. Sobre a organização do processo. Art. 357, §§ 2º e 3º. Probabilidade de alteração do pedido e da defesa.

Introdução

Convertido na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o projeto que propiciou à doutrina e às classes operadoras do direito digressões interessantes sobre a lei que viria suceder um código de processo civil exemplar em rigor sistemático, como foi conhecido o “Código Buzaid”, um novo diploma que assimilando tendências inovadoras oriundas do direito estrangeiro viria resolver o problema da lentidão na administração da justiça jaz agora na *vacatio*, oferecendo-se ao mundo culto e em especial a quantos neste Brasil se ocupam de fazer atuar praticamente o direito, para que, bem conhecido, venha concretizar os augúrios da sua gestação.

Atento à necessidade de edição de um novo código, em razão das inúmeras alterações que desde 1992 fizeram do vigente uma colcha de retalhos, tivemos oportunidade de apresentar ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, em 2008, algumas considerações sobre um novo direito processual civil, insertas pelos eminentes organizadores ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e PETRÔNIO CALMON na coletânea intitulada “*Bases científicas para um renovado direito processual*”, publicada por aquele prestigioso Instituto. Nesse trabalho, a primeira parte salienta o imprescindível respeito aos princípios informativos do direito processual, enquanto a segunda oferece crítica a institutos modificados sob inspiração da reforma setorial empreendida a partir de 1992, entre outros a definição de sentença, a enumeração dos títulos executivos judiciais e a inabilidade de não detectar as regras do Código de 73 que ou não vinham sendo aplicadas ou eram aplicadas

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professor Coordenador dos cursos de direito processual civil do Centro de Extensão Universitária – Instituto Internacional de Ciências Sociais. Titular da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

incorretamente.² Diante de inúmeros exemplos de ausência de sistema, concluíamos pela busca de um que trouxesse ao novo processo o perfil de obra homogênea, coordenados todos os seus setores, confirmada e respeitada a autoridade estatal no exercício da jurisdição sem prejuízo da liberdade dos litigantes; pela promulgação, enfim, de um diploma que contivesse o elevado teor jurídico inicial do código a revogar, mas atendessem ao direito material que deveria aplicar e às peculiaridades da sociedade a que se destinaria.

Mantivemos como obrigação o encargo de discutir a emissão de tão importante lei, acompanhando a sua discussão e endereçando as nossas críticas leis ao trabalho de todos os ilustres discutidores e autores de proposições, com os protestos de respeito pelo empenho que animou a sua colaboração.

1. A utilidade das críticas ao Anteprojeto e ao Projeto de Código de Processo Civil

É de registrar-se que foi de grande valia, para o aperfeiçoamento do texto convertido em lei, a sistemática e às vezes radical oposição da doutrina ao anteprojeto de 2010 e ao que dele foi restando pelo caminho das discussões parlamentares. Se inegável a utilidade da crítica, deduz-se, todavia, que a obra legislativa, no seu todo, ficou a exigir reparos, assim no campo do respeito a princípios fundamentais do processo civil, como no da técnica procedimental.

As oposições lograram melhorar o anteprojeto, pelo menos parcialmente; mas, quando do retorno ao Senado, algumas das proposições censuradas foram restabelecidas. É o caso, por exemplo, da enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que eram 20 (vinte) no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados em novembro de 2013 (art. 1.028), reduzidas a 12 (doze) quando da aprovação pela Câmara Alta (art. 1.015), afora as hipóteses de cabimento esparsas, presentes nas duas aprovações.

Consideremos, por outro lado, que não se pode almejar a reedição de um diploma que alcance de imediato o prestígio obtido na área da ciência jurídico-processual pelo Código de 73 quando elaborado na primeira metade da década de 1960 e quando da sua entrada em vigor, mesmo que respeitadas as diferenças entre o tráfico jurídico de hoje e o de quarenta anos atrás e, portanto, a ressonância daquele código para a ciência daquele tempo, ressalvados, ainda, alguns institutos e algumas das suas regras que foram objeto de precedente contestação da doutrina.

² É o seguinte o conteúdo desse trabalho, sob o título “*Os princípios e um novo Código de Processo Civil*”, às páginas 199 a 239: Apresentação e plano das sugestões. 1ª Parte - Dos princípios. Da necessidade de obediência aos princípios informativos do processo civil. Princípios políticos: princípio do acesso à justiça, princípio do juiz natural, princípio do devido processo legal, princípio dispositivo ou da iniciativa de parte. A iniciativa de parte nas tutelas de urgência. Princípio da publicidade, princípio da motivação das decisões, princípio da correlação entre sentença e pedido, ou de congruência ou de adstrição. Princípios éticos: princípio da lealdade, princípio da isonomia processual, princípio do contraditório. Princípios técnicos: princípio do impulso oficial, princípio da economia e da instrumentalidade das formas, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da apuração da verdade e poderes-deveres instrutórios do juiz. A prova a serviço da verdade e não de interesses políticos. Relações e hierarquia entre os princípios. 2ª Parte - Algumas críticas, mais sugestões e aplicações práticas. Algumas críticas. Algumas atecnias. À busca de um sistema. Fatos e circunstâncias intercorrentes. Se possível, um só código, não vários diplomas de processo civil. Da competência. Sugestões para um procedimento comum ordinário em primeiro grau. Redução do número de procedimentos especiais. Tutelas de urgência. “Processo” cautelar. Processo civil coletivo. Recursos. Informação do processo judicial. Dos serviços auxiliares da Jurisdição. Por um novo código. A discussão é necessária. Bibliografia.

Muitas das objeções ao projeto do novo Código provieram da inconformidade com o desrespeito a regras do Código de 1973, que se tornaram letra morta em razão de vezes na atividade judicial, por exemplo, a não designação da audiência de instrução e julgamento por ocasião do despacho saneador nos casos em que se defere a realização de perícia, o que, entre outros efeitos, acarreta sensível demora no andamento do processo.

Estivemos a frisar – e mantemos nossa opinião – que, se de um lado se tornou necessária a edição de um novo código, principalmente por ter-se convertido o de 1973 num mosaico, por outro lado os males dos serviços jurisdicionais não podem ser debitados apenas à lei de processo, mas também à forma da sua operacionalização. O próprio autor do Código ainda em vigor, ao apresentá-lo ao Presidente João Goulart, em 8 de janeiro de 1964, advertiu na exposição de motivos:

Não se cuide que a reforma processual baste, de per si, para resolver, como que por encanto, todos os problemas da administração da justiça. O melhor sistema processual estará fadado a completo malogro, se não for aplicado por um excelente corpo de juizes. É que entre o processo civil e a organização judiciária deve haver um perfeito equilíbrio.

Deveras, se podem ser apontadas exceções caracterizadas pelo desapareço de alguns magistrados ao sistema do diploma de 73, no tocante à atuação dos serviços auxiliares da jurisdição realmente pecou o Estado (*lato sensu*: União e Estados Federados) por não os prover racionalmente nem promover a sua correspondente atualização, verificando-se que – mesmo depois da Constituição de 1988, com a ideia de universalização do acesso à justiça, que escancarou as portas do Judiciário – ainda se impregnava aquele serviço de práticas modorrentas, anteriores, até, ao Código de 1939.

Portanto, o projeto agora convertido em lei recebeu inúmeras alterações no seu tramitar de cinco anos e, se comparado com o anteprojeto apresentado ao Senado em fins de 2010, inegavelmente evoluiu, embora ainda enodado por uns laivos de autoritarismo, marca da tendência contemporânea de considerar o Estado criador do homem e não sua criatura. Exemplo desse relutante autoritarismo: o litigante não postula nem se locomove livremente em juízo, porque não se pode insurgir contra qualquer decisão interlocutória; apenas terá o recurso de agravo contra algumas previstas taxativamente no art. 1.015 e em casos específicos, isto significando que as outras, em número imprevisível de tão grande, são inatacáveis porque se supõe que o Estado-Juiz não erra...

2. De algumas regras novas na Lei do Processo Civil

Em atenção aos limites deste artigo, vejamos uns poucos institutos e medidas entre os muitos que foram objeto de discussão desde a apresentação do anteprojeto ao Senado, em 2010, até a sanção presidencial, em março de 2015, e de pronunciamentos políticos mais alvissareiros do que realistas sobre os efeitos esperados do novo diploma (com a esperança, é claro, de que o nosso presságio não se confirme).

2.1. A não redução dos recursos e a celeridade processual

O Código de 73 admite oito espécies recursais (art. 496); o novo Código, nove (art. 994). É verdade que tal enumeração seria irrelevante para a questão da morosidade processual caso não se considerassem outros fatores, entre os quais comentaremos uns poucos.

O novo Código elimina o agravo retido e os embargos infringentes e põe em *numerus clausus* as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Sobre isso falaremos mais adiante.

No procedimento de cumprimento da sentença e na execução por título extrajudicial, não se observam recursos além dos que habitualmente – vezo muito antigo! – se utiliza a deslealdade processual para retardar a satisfação do devido. De sorte que, salvo melhor entendimento, o cumprimento da sentença e a execução por título extrajudicial ainda permanecerão sujeitos a recursos e artimanhas dos maus pagadores.

Com todo respeito às opiniões contrárias, consideramos prematuro o aplauso a um diploma processual, ainda não entrado em vigor, porque obteria, com a redução de recursos e outros meios, menor lentidão no andar dos processos.

Em primeiro lugar, o excesso ou escassez de recursos depende, entre outros fatores, da qualidade das decisões proferidas, da natureza das questões resolvidas, da influência da intensidade das relações sociais sobre o direito positivo e, também, numa inversão do efeito para a causa, da própria celeridade do processo.

Em segundo lugar, são vários os motivos que levam à desilusão da almejada celeridade: os prazos, quase todos de quinze dias, contados em dias úteis (imaginem-se os processos com a presença do *amicus curiae*, de litisconsortes, de terceiros intervenientes, do ministério público, todos a gozar igualmente dos prazos alongados); o incidente de resolução de demandas repetitivas, a ser julgado no prazo de um ano (art. 980), cabendo recurso extraordinário ou especial com efeito suspensivo (art. 987 e § 1º); as matérias devolvidas ao tribunal como preliminares da apelação porque não foram objeto de agravo, a tumultuar, literalmente, o procedimento da apelação, com novo contraditório no limiar desse recurso (art. 1.009, §§ 1º e 2º), etc., etc.

2.1.1. A supressão do agravo retido, a enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o devido procedimento legal e o acesso à justiça

A restrição das hipóteses de cabimento do recurso destinado, prioritariamente, a preservar a regularidade do processo é assunto que entendemos deveria merecer maior atenção do que aquela que lhe dedicaram críticos e a doutrina. O novo Código elimina o agravo retido e enumera taxativamente as interlocutórias que podem ser impugnadas, no art. 1.015 e em hipóteses específicas.

Lembre-se que pelo Código de 73 o agravo retido tem o efeito de obstar a preclusão da matéria agravada, objeto de qualquer decisão interlocutória, sendo assim porque as interlocutórias, com inumeráveis destinos, podem produzir inumeráveis efeitos; permitindo-se, ainda, à parte manejar o agravo de instrumento se a decisão puder causar-lhe lesão grave e de difícil reparação e nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (arts. 162, § 2º, e 522).

Não se pode esperar bom resultado da supressão do agravo retido e da enumeração taxativa para o cabimento do agravo de instrumento porque, entre várias razões, à luz dos princípios, a impossibilidade de utilização desse recurso cerceia a atividade das partes.

É que o agravo tem relevante papel no resguardo das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal (CR, art. 5º, incisos XXXV e LIV).

O procedimento posto na lei integra o conceito de *due process of law* porque o processo só é legal se desenvolvido consoante o procedimento previsto na lei.

O agravo assegura o cumprimento do procedimento legal porque é interponível contra decisões que desviam o processo deste procedimento. É assim o guardião do devido processo legal. Nessa ordem de ideias, em última análise, contribui para o alcance da propalada segurança jurídica.

Por isso, assegura às partes a certeza de que o juízo não se afastará do procedimento, conferindo-lhes liberdade de postular, de reclamar, de pleitear, sem a qual não se poderá falar em acesso à justiça. O acesso à justiça, por sua vez, supõe a liberdade de litigar garantida pelo procedimento legal: sem a certeza e a segurança do procedimento esvazia-se a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as violações de direito. Não há acesso à justiça sem liberdade de litigar.

Ademais, como já anotamos em outra oportunidade, a enumeração taxativa de cabimento do agravo recende a processo autoritário, em que o Estado-Juiz comanda o procedimento como que lhe convém sob o espectro de que o que interessa ao Estado-Juiz, ditando a forma da discussão para facilitar a decisão, é o que faz bem às partes. Assim foi no Código de 1939, promulgado no Estado Novo de Getúlio Vargas, que trazia no art. 851 a enumeração taxativa das interlocutórias impugnáveis por agravo no auto do processo.

Houve aqui derrota das insurgências contra o Projeto.

Não é fora de propósito prever que os operadores do direito, a doutrina e a jurisprudência acabarão acatando a impetração de mandado de segurança contra decisões interlocutórias não agraváveis, ou farão resgatar aquele característico de liberdade, que acompanha a história do processo civil brasileiro desde a sua origem, reescrevendo no art. 1.015 a lapidar disposição do art. 522 do Código Buzaid: “Das decisões interlocutórias caberá agravo.”³

2.1.2. O efeito suspensivo da apelação como regra

Provocou muitos questionamentos a posição adotada pelo Projeto do Senado, n. 166/2010 (anteprojeto da Comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux), de não conceder, como regra, efeito suspensivo ao recurso de apelação, permitindo que a sentença pudesse ser imediatamente cumprida embora pendente o tal recurso (art. 908 daquele anteprojeto).

³ Já sustentamos, durante a discussão do Projeto, que haveria de corrigir-se a ilógica definição pela negativa, constante no art. 203, § 2º, que diz que é decisão interlocutória o que não é sentença. O legislador de hoje não deveria ter escrúpulos em copiar a definição do Código Buzaid, no art. 162, § 2º: “Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”, deixando de imiscuir-se nos despachos de mero expediente e abarcando todos os incidentes, que são muitos e importantes no curso do procedimento, seja ordinário, seja especial, seja executivo, seja cautelar.

O Projeto foi modificado durante as discussões na Câmara dos Deputados, admitindo-se agora, no art. 1.012 do novo Código, a suspensividade da apelação como regra. Excetuam-se hipóteses como as excetua o hoje vigente art. 520: a sentença que homologa divisão ou demarcação de terras; a que condena a pagar alimentos; a que extingue sem julgamento do mérito ou julga improcedentes embargos do executado; a que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; a que confirma, concede ou revoga tutela provisória e a que decreta a interdição (§ 1º do art. 1.012), além de outras hipóteses previstas em lei.

São de variada natureza as causas pelas quais se faz necessário o reexame, por provocação da parte, das decisões de primeiro grau de jurisdição.

Não vivemos o estágio sócio-cultural que conhece o direito como verdadeira ciência, em que os legisladores são capazes de não produzir leis inspiradas por motivos momentâneos, apartadas da realidade e aos borbotões, de modo a causar perplexidade ao aplicador diante do cipoal legislativo. Esse é o direito posto a dificultar a aplicação do Direito.

Leve-se em conta também que nem sempre a causa é suficientemente debatida em primeiro grau, em razão de não ter sido levada com clareza pelas partes, assim na indicação e descrição dos fatos relevantes e pertinentes como na sua implicação jurídica; em razão da deficiência probatória, da pressa e das limitações que os próprios juizes, com elevado propósito – reconheça-se – impõem à discussão. É a narrativa dos fatos a dificultar a aplicação do Direito.

Veja-se, a esse respeito, o número de arguições sobre o cerceamento da ampla defesa, protegida constitucionalmente (Const. Rep., art. 5º, LV), provocado pelo julgamento não antecipado, mas prematuro, do mérito, com interpretações discutíveis do art. 330, I, do Cód. Proc. Civil ainda vigente.

Por isso, um segundo grau de jurisdição, especialmente no tocante à atividade cognitiva, em litígios com ou sem complexidade de direito ou de fato, é necessidade de direito natural consistente na inconformidade com decisões únicas, reconhecimento da própria dignidade humana, que a lei não pode negar.

O meio de impugnação adequado ao reexame do que foi discutido em primeiro grau é a apelação, considerada o recurso por excelência, com efeito de devolução plena da cognição realizada na instância anterior, limitada apenas pelo próprio apelante (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Vitória das insurgências contra o anteprojeto.⁴

2.1.3. Recursos protelatórios

Nesse ponto da coibição e repressão de recursos protelatórios, o projeto convertido em Código não inova no direito processual civil brasileiro. A questão tem natureza ética, toca à lealdade de cada litigante, já vem constituindo ilícito processual há muito tempo e se pode constatar que também nesse passo o Código de 73 muitas vezes restou sem aplicação.

⁴ Digressões muitas, e interessantes, poder-se-iam fazer sobre os efeitos da apelação, no atual direito processual civil brasileiro, que, todavia, não cabem nos limites deste modesto trabalho, bastando considerar que em sentido contrário ao adotado pelo novo Código foi escrita a tese de doutorado *Apelação sem efeito suspensivo*, pelo magistrado MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO. São Paulo: Saraiva, 2010.

Certa habilidade no exercício postulatorio tem desafiado a perspicácia de quantos deveriam entrever em demandas e recursos a incidência dos arts. 16 e 18, entre outros, do Código de Processo Civil de 73, que soam: “Art. 16 – Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé como autor, réu ou interveniente. Art. 17 – Reputa-se de má fé aquele que: (...) VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” Quem tem certeza de que não ocorrerá o mesmo com o disposto nos arts. 77, 79 e 80, VII, da lei nova?⁵

Temos para nós deplorável que uma lei de processo deva reprimir – quase elevando à categoria de ilícito penal – o uso abusivo dos recursos.

2.1.4. Requem para os embargos infringentes

Desde a aprovação do Código de 73, o recurso de embargos infringentes tem enfrentado vicissitudes de toda espécie para manter-se no ordenamento processual civil brasileiro. Agora, quando se contava que o novo CPC o alijaria de vez, eis que se cria um sucedâneo... Até porque não foram muitas as ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça deram razão ao voto vencido em matéria constitucional ou de direito federal infraconstitucional, respectivamente.

O novo diploma suprime os embargos infringentes, mas admite o “prosseguimento” da sessão de julgamento quando a decisão não for unânime:

- a) na apelação (art. 942, *caput*);
- b) na ação rescisória em que se rescindir a sentença (art. 942, § 3º, I); e
- c) no agravo de instrumento, “quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito” (art. 942, § 3º, II).

Essa disciplina se encontra no Capítulo II, que cuida “da ordem dos processos no tribunal”, o mais extenso do Título I do Livro III, este destinado a tratar “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

A providência do prosseguimento toma-se em seguida à decisão não unânime, sem provocação do litigante interessado, a quem se concede “o direito de sustentar oralmente as suas razões perante os novos julgadores”, “convocados nos termos previamente definidos no regimento interno” (art. 942, *caput*).

Vê-se que esse arremedo de embargos infringentes não foi criado no interesse do jurisdicionado, embora se pudesse cogitar dessa alegação como justificativa quando se consideram as hipóteses em que o sucedâneo tem cabida, importantes por dizerem respeito ao *meritum causae*.

Entre outros efeitos da supressão dos embargos infringentes como recurso com a criação de um equivalente sem iniciativa da parte, dois podem ser apontados: a) a

⁵ Novo Código, art. 77: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: II - não formular pretensão ou (de) apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito.”;

“Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

conveniência de extinguir um pressuposto para o cabimento do recurso especial, exigido pelo art. 105, III, da CR, qual seja, a decisão de tribunal local de “única ou última instância”. Sendo essa a finalidade do “prosseguimento”, teriam os legisladores, em dedução empírica, facilitado o julgamento do mérito e eliminado a oposição voluntária dos embargos infringentes, necessária para manejo oportuno do recurso especial; e b) teriam suprimido a interposição adesiva desse recurso, hoje admitida pelo art. 500, inciso II.

Teresa Arruda Alvim Wambier et al. registram a expectativa de problemas que poderão surgir nos tribunais cujas câmaras são compostas de três desembargadores: a solução será “convidar” desembargadores de outras câmaras ou turmas, o que poderá provocar a alegação de ofensa ao princípio do juiz natural.⁶ A nós nos parece, com a devida vênia, que esse problema não ostenta caráter de tamanha gravidade, uma vez que a regra do novo art. 942 se reporta expressamente ao regimento interno da corte, bastando a adaptação adequada.

Enquanto técnica de julgamento, já dissemos, a solução prescrita no art. 942 é inteligente, se não se pensar que seria mais econômica se fossem suprimidos de vez os embargos infringentes, cujas hipóteses de cabimento têm-se reduzido consideravelmente, desde 1973.

Qualquer que seja a inspiração desse “prosseguimento”, ele aparece não para tutelar a pretensão do litigante vencido em julgamento no qual lhe foi favorável voto minoritário, mas como dupla imposição da lei: sobre os julgadores, para levá-los a uma decisão unânime; sobre o litigante, obrigado a admitir revisão que não pleiteou, sendo estéril, para os fins destas considerações, o argumento de tratar-se de providência “a favor” da parte.

Em tempos de morosidade dos serviços judiciários, soa estranho imitar recursos à margem do princípio dispositivo. A que vem esse paternalismo?

2.2. Colaboração das partes na organização do processo

No Título I do Livro I da Parte Especial, o Projeto abre o Capítulo X, dedicado ao julgamento conforme o estado do processo, inserindo nele a Seção IV sob a rubrica “Do saneamento e da organização do processo”, constante somente do art. 357, este com cinco incisos e nove parágrafos.

2.2.1. Sobre o *caput* e o § 1º do art. 357 do novo Código

É esta a redação do *caput* do art. 357:

Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo (extinção e julgamento antecipado total ou parcial do mérito), deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1341-1342

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.

Distinguem-se nesse artigo 357 duas atividades de grande interesse para o desenvolvimento do processo: uma, do saneamento, que vai do *caput* do dispositivo até o seu § 1º; outra, da organização do processo, que compreende os §§ 2º e 3º.

Com relação ao saneamento, dispensamo-nos de comentários sobre o seu conteúdo, a nosso ver bom enquanto aproxima o juiz do mérito do litígio, o que é previsto nos incisos II, III e IV acima transcritos. Há de reconhecer-se que a atividade jurisdicional cognitiva, que pode levar a sentença justa, somente é aquela que fornece ao juiz o domínio pleno do cerne da controvérsia.

Segundo as novas disposições, realizado, porém, o saneamento, as partes apenas têm a oportunidade de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, “no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável” (art. 357, § 1º). Isso significa que não caberá recurso contra tal decisão, não cabendo também da decisão sobre o pedido de “esclarecimentos ou ajustes”.

De toda matéria objeto do saneador⁷, somente serão agraváveis as partes que estiverem elencadas no art. 1.015; e em matéria de prova, **somente** caberá agravo de instrumento do tópico do saneador que decidir sobre exibição ou posse de documento ou coisa, como admitido pelo inciso VI do citado artigo.

As novas regras nesta área do saneamento e organização do processo buscam conter excessos na discricionariedade do magistrado, pois o § 1º do art. 357, como se disse, faculta às partes o pedido de esclarecimentos e a solicitação de ajustes, embora sem recurso, a não ser contra a decisão sobre exibição ou posse de documento ou coisa; o § 2º do mesmo artigo permite aos litigantes apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito sobre o mérito; e o § 3º impõe ao juiz designar audiência para que se faça o saneamento em cooperação com as partes, se a causa apresentar complexidade na matéria de direito ou de fato.

A conclusão a que se chega é a de que, pela nova lei do processo civil, teremos partes, ou “capítulos” do saneador sujeitos a agravo, e “capítulos” imunes a essa impugnação, sendo lícito deduzir que no Senado se reduziram as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sem critério lógico, o que se confirma com a manutenção do inciso VI do art. 1.015 (decisão sobre exibição ou posse de documento ou coisa).

2.2.2. Sobre a organização do processo. Art. 357, §§ 2º e 3º, do novo Código. Probabilidade de alteração do pedido e da defesa

A segunda atividade prevista pelo novo estatuto processual civil para a espécie de julgamento conforme o estado do processo, denominada “saneamento e organização do

⁷ Vocábulo utilizado em homenagem a GALENO LACERDA e ao direito processual civil lusitano.

⁸ Cf., entre outros, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, v. I, n. 88, p. 220; PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, *Direito processual constitucional*, n. 4, p. 43; LUIZ RODRIGUES WAMBIER et al., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 83; MILTON PAULO DE CARVALHO, in *Teoria geral do processo civil*, cap. 8, n. 8.2.2.3, p. 81.

processo”, situa-se nos §§ 2º e 3º do art. 375 e recende à moderna concepção do contraditório, com o sentido de participação e não de contenda.⁸ Consiste na colaboração das partes para a delimitação das questões de fato e de direito objeto da lide, prevendo o Código novo, neste caso, a iniciativa consensual das partes, ou, apresentando a causa complexidade em matéria de fato ou de direito, a convocação delas, pelo juiz, para que o saneamento seja feito com a cooperação de todos. Trata-se de interessante solução introduzida durante a discussão do Projeto na Câmara dos Deputados.

A primeira hipótese está assim regulada no art. 357, § 2º:

As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IVº; se homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz.

Parece-nos que a solução adotada vai além do consolidado dever de colaboração das partes, exorbitando também da dispositividade característica do direito processual civil.

Não concordamos com a preclusão *pro judicato* quanto às provas a serem produzidas, muito menos quanto ao direito a ser aplicado.¹⁰ As partes podem e devem propor, sendo isto do seu direito; mas, se a prova dos fatos não for suficiente à formação do convencimento do juiz, não há razão para impedir exerça ele o poder-dever de determinar a produção das que o sejam, como previsto no art. 370 do novo Código, correspondente ao art. 130 do Código em vigor.

Quanto à delimitação das questões de direito pelas partes, igualmente, não atinamos com o fundamento desta permissão, que se deve entender restritivamente, isto é, ela somente poderá ser admitida se o litígio se resumir na disputa sobre a incidência de textos legislativos.¹¹ Porque se há de respeitar a regra elementar de que *iura novit curia*.¹²

Por isso, somos de opinião que é excrescente o § 2º do art. 357 do novo diploma, no tocante à matéria de direito. Até porque se pode antever a sua pouca ou quase nenhuma aplicação no dia a dia do foro.

O mesmo não diremos da norma prevista no § 3º do art. 357, que contemplando uma segunda hipótese, soa:

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

⁹ “Art. 375. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e organização do processo: (omissis) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (omissis) IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.”

¹⁰ Preclusão “*pro judicato*” neste sentido: “Nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como a preclusão ‘vera e propria’ não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão-só as faculdades processuais das partes, fala-se de preclusão *pro judicato*.” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*Instituições*”, v. II, n. 469, p. 385-386).

¹¹ Como pode ocorrer em matéria tributária, por exemplo.

¹² Tome-se, ainda como exemplo, uma hipótese para a qual as partes discutam a incidência de regras da responsabilidade aquiliana e ao cabo da instrução se convença o julgador de que a disputa deve ser resolvida segundo normas regentes dos contratos.

Consideramos útil essa disposição, como, aliás, já vínhamos postulando a aplicação da norma congênere do art. 331, § 2º, do Código em vigor.

Espera-se que essa regra saudável seja efetivamente cumprida. Porque o Código em vigor contém disposição para o mesmo fim de circunscrever os limites do litígio e determinar as provas pertinentes, que caiu no esquecimento: é a já citada, do art. 331, § 2º, nestes termos:

Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes (extinção do processo e julgamento antecipado do mérito), 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.

A respeito desse assunto escrevemos, em 2008, que era de lamentar a relutância à obediência e à aplicação do sistema da Lei Processual de 1973, no que concerne à delimitação da matéria de fato e de direito, bem como no tocante à prova suficiente para formação do convencimento do juiz, tomando como exemplo o procedimento comum ordinário:

- a) o autor e o réu expõem os fatos constitutivos da causa de pedir do primeiro e da resistência do segundo (arts. 282, III e VI, e 300), assim delimitada a controversia;
- b) conhecida pelo juiz a *quaestio facti* litigiosa, determina as provas que poderão esclarecer os ‘pontos controvertidos’ por ele então fixados (art. 331, § 2º);
- c) indefere diligências probatórias impertinentes ou relativas a fatos irrelevantes [...] (art. 130);
- d) determina as provas das afirmações de fatos pertinentes, relevantes e controvertidos, assim por ele considerados em razão do conhecimento das peças integrantes da fase postulatória (arts. 130 e 334, II);
- e) no tocante à prova documental, pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que tem em seu poder, sendo dever da mesma sujeitar-se à inspeção (art. 355 c.c. art. 340, II);
- f) ao deferir ou determinar a prova pericial, fixa prazo para a entrega do laudo, abrindo-se, nessa oportunidade, o prazo para as partes indicarem assistentes e formularem quesitos, como está no art. 421 e § 1º. [...];
- g) formula quesitos para resposta do perito e dos assistentes técnicos, indeferindo aqueles formulados pelas partes, a seu ver impertinentes, irrelevantes ou sobre fatos incontroversos, ou, de qualquer modo, inúteis à formação de seu convencimento (art. 426, I e II);
- h) delimita o âmbito da prova a ser produzida na audiência, fixando os pontos que convêm à formação da sua convicção (art. 451);

- i) e, por isso, depois, na audiência, inquire pessoal e diretamente os depoentes (art. 446, II), o que lhe permite fiel interpretação das declarações.¹³

Esse o sistema do direito ainda vigente que, se chegou a ser praticado, caiu em desuso.

É já discutida e reconhecida a necessidade de fixarem-se os lindes da disputa ao fim da fase postulatória, sendo a determinação do mérito da cognição mais importante do que o saneamento de irregularidades que não comprometam aquela decisão principal.

De sorte que a providência saudável, introduzida pelo art. 357, § 3º, durante as discussões do Projeto – **pois o anteprojeto não a continha** –, pode vir a ser a pedra de toque do novo processo civil brasileiro, possibilitando uma cognição mais precisa do cerne do litígio com o expurgo do supérfluo, com a produção só das provas pertinentes e o descabimento de recursos protelatórios.

Augura-se seja a regra efetivamente aplicada; não aconteça com ela o que aconteceu com a do art. 331, § 2º, mencionado acima, e com a do art. 433, que determina ao perito apresentar o laudo até 20 dias antes da audiência, pois, se o juiz não designa no saneador, quando defere a perícia, a data da audiência – o que é frequente –, fica livre o perito para apresentar o seu laudo a qualquer tempo, uma vez que não se sabe quando será 20 dias antes de data não marcada. Estes são dois exemplos, outros há de não aplicação de regras do Código vigente.

Encerrando esta apreciação do § 3º do novo art. 357, não podemos deixar de anotar o seguinte, a respeito da parte final desse parágrafo, com esta prescrição: “[...] oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

Pelo direito vigente, a regra é a de que a alteração, com aumento ou substituição dos fatos constitutivos da causa de pedir e do pedido, só é permitida até a citação do réu, ou, se com a concordância deste, até o despacho saneador (art. 264 e § único), o mesmo ocorrendo com a defesa, em que, em regra, se impede o acréscimo, supressão ou mudança dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor depois de oferecida a contestação (art. 303).

Está a ver-se que essas restrições visam obstar manobras que alterem ou desfaçam a nitidez do cerne da disputa, destinando-se a promover a chamada estabilização da relação processual. É instituto de suma importância, porquanto, integrando e definindo o objeto litigioso do processo, identifica e circunscreve o provimento jurisdicional final.

Para nós não existe ofensa a direito se, em fase de “saneamento e organização do processo”, o réu concorda com a alteração do pedido (termo que engloba o pedido propriamente dito e a *causa petendi*, quando esta o identifica) e o autor com a alteração da defesa, ainda que a transformação da demanda implique no protesto por provas antes não cogitadas. É que o saneamento encerra a fase postulatória, sendo conveniente, a essa altura, fixarem-se a natureza e as dimensões vertical e horizontal do litígio, para as atividades subsequentes de instrução e julgamento da causa.

¹³ CARVALHO, Milton Paulo de. Aplicação e reforma da lei processual. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.127.

Agora, porque a nova lei oferece ao juiz a faculdade de “convidar as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” poder-se-ia pensar na sugestão ao magistrado de recomendar aos litigantes pusessem a lide em termos de solução jurídica possível; mas, não se mostra óbvia essa conclusão quando se leva em conta que outra disposição, relativa ao mesmo grave tema da formulação do pedido, traz este comando com odor paternalista:

*Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de quinze dias, a emende ou a complete, **indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.**¹⁴*

O “convite” à integração ou esclarecimento das alegações e a indicação precisa da emenda ou correção da inicial não se compadecem com um sistema processual cujas entranhas liberais enjeitam toda sorte de dirigismo estatal sobre o que é mais individualmente subjetivo: o pedido e a defesa. Sem contar com o risco de perda da imparcialidade do juiz...

Por isso, propugnamos pela supressão do período final do § 3º do art. 357, quando o Código ainda era Projeto.

São Paulo, 6 de maio de 2015

¹⁴ Com efeito, enquanto o art. 264 e todo o sistema do Código em vigor preservam a estabilidade do processo contra manobras arquitetadas inteligentemente e com aparência legal, os dispositivos do novo Código deixam a ideia de que **buscam suprir a deficiência postulatória**. Porque realmente a descrição pormenorizada de fatos circunstanciais, assim na inicial como na contestação, estranhos à causa de pedir e à defesa, a citação de doutrina nem sempre pertinente, em linguagem tosca ou rebuscada, vez por outra dificultam a apreensão dos elementos objetivos do processo. O tempora, o mores! (Oh tempos, oh costumes!), diria Cícero.

Bibliografia

CARVALHO, Milton Paulo de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2010.

CARVALHO, Milton Paulo de. Os princípios e um novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athon Gusmão; CALMON, Petrônio. (Coord.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. p. 199.

_____. Aplicação e reforma da lei processual. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.125.

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

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 5. ed., Rio de Janeiro. Gen - Forense, 2012.

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

A garantia da duração razoável sob a perspectiva da efetividade do processo civil. O contexto da Itália em face da Corte Europeia de Direitos Humanos

*Paulo Issamu Nagao*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. O conteúdo da efetividade do processo. 1.1. O princípio da celeridade. 1.2. O correlato princípio da segurança jurídica. 1.3. A justiça das decisões. 2. As construções jurisprudenciais no âmbito do Estado italiano e da Corte Europeia de Direitos Humanos. 3. As principais causas da demora da prestação jurisdicional. 4. Proposições para a lentidão da atividade judicial. 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: O artigo tenciona, a partir do panorama italiano e da jurisprudência no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, na aplicação e interpretação da garantia da duração razoável prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos e nos diplomas constitucionais, fornecer subsídios para reflexões em torno do tema mundialmente conhecido, a demora do trâmite do processo. Para tanto, apontou-se a essencialidade dos demais elementos integrantes do amplo conceito de justo e equo processo, que, na atuação concomitante, repercutem no grau de efetividade da prestação jurisdicional. E, por fim, foram mencionados eventuais fatores que acarretam a lentidão do processo judicial, bem como apresentadas algumas propostas para o tratamento do fenômeno.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. CEDU. Efetividade. Duração razoável do processo. Demora da prestação jurisdicional. Causas e soluções.

Introdução

A preocupação com a razoável duração do processo, fundada na máxima “*justice delayed is justice denied*”², embora esteja atualmente no foco da comunidade jurídica mundial, acentuada pelo debate suscitado diante das recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Strasbourg (Corte Europeia de Direitos Humanos)³, com base na garantia em

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Curso de extensão na *Università degli Studi di Roma – Tor Vergata e Université Paris 1 Pantheon – Sorbonne*. Autor da obra: *Do controle judicial da sentença arbitral*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

² Cf. EDEL, Frédéric. *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*. p. 6.

³ Não se confunde com o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, denominação conferida pelo Tratado de Lisboa assinado em 2007, que, como uma das instituições que integram a U.E., tem a competência, em especial, sobre matéria de interpretação da legislação europeia.

Os casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos relacionados à duração do processo alcançaram o patamar de quase metade do universo de feitos por volta do ano 2003, tendo se estabilizado, em seguida, na ordem de um terço do total de julgamentos. Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *2003 Annual Report*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2004. p. 71.

Em dezembro de 2012 o número de casos referentes à violação ao disposto no art. 6º da Convenção representava 31,17% do total. De 1959 a 2012, foram proferidos 2.229 julgamentos em face do Estado italiano, sendo que desse conjunto, 1.171 aludiam à problemática da duração do processo. Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *2012 Annual Report*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2013. p. 153 e p. 158.

epígrafe inserida na Carta Política de 1950 (Convenção Europeia sobre Direitos Humanos) para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais⁴, é tema recorrente, atingindo todos os quadrantes da era moderna⁵, e já se evidenciava igualmente no direito romano.⁶

É certo, todavia, que o desenvolvimento da atividade voltada à prestação jurisdicional, através do iter procedimental, perante órgão competente, em função da natureza e fisiologia do discurso jurídico, essencialmente argumentativo⁷, pressupõe o decurso de tempo necessário para que se elabore uma resposta estatal justa, observadas as garantias mínimas inerentes ao devido processo legal, de modo que, sublinhe-se, não se toleraria, na verdade, a demora reincidente, desarrazoada e desproporcional, o que colocaria em risco a própria integridade do bem jurídico a ser tutelado, situação ensejadora inclusive da pretensão reparatória, ou a imposição de medidas eficazes em face dos responsáveis.

De outro lado, assinala-se que o componente temporal não pode ser tomado de forma exclusiva no contexto maior da efetividade tendo em vista a presença de outros valores importantes a serem considerados, com destaque para a segurança jurídica. Se, por um lado, a eventual condenação à obrigação de fazer impingida à autoridade nacional para proceder à adoção de remédio preventivo⁸, ou de pagar determinada indenização pecuniária, pudesse representar, de modo reflexo, a recomposição do dano

⁴ Mencionem-se outros documentos em que foi enfatizada a preocupação com a proteção jurídica dos direitos inalienáveis da pessoa humana: a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948 (art. 10), a Convenção Americana de Direitos de San José de Costa Rica de 1969 (art. 8º, § 1º, primeira parte – refere-se à expressão “prazo razoável”) e o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos aprovado pela ONU em 1966 (art. 14, § 4.c - consta o direito do acusado no âmbito penal de ser julgado “sem demora excessiva”).

Não mais se questiona a superação da tese de mera norma programática, de forma a impor aos seus destinatários a justa expectativa de concretização através de remédios disponibilizados pelo sistema. Conforme assinala Canotilho, “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de protecção dos direitos. As *garantias* traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 396. (destaque no original)

No mesmo sentido de que haveria uma íntima ligação entre direitos e garantias, anotou Ruy Barbosa que “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquellas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro junta-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, v. 5, p. 181.

Diante da interface necessária entre direito e processo, tendo a maior parte das constituições modernas incorporado os direitos invioláveis do homem e das liberdades individuais, é imperativo o brocardo *ubi remedium ibi jus*. Com efeito, “se ‘*garanzia*’ implica sempre ‘*protezione*’ (o *comunque predisposizione di mezzi idonei ad assicurarla in concreto*), e se non sempre l’*attribuzione*’ *solenne di un ‘diritto’ si traduce, a livello costituzionale, in un riconoscimento ‘garantito’, a fortiori la presenza di un efficace sistema di ‘garanzie’ (non soltanto formali, ma anche giurisdizionali) appare ormai irrinunciabile - a qualsiasi livello di tutela, nazionale o soprannaturale - per la ‘protezione’ dei diritti individuali, inclusi nel patrimonio fondamentale ed inalienabile della persona umana*”. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. p. 301-302.

⁵ Fritz Bauer, em conferência realizada no Brasil em 1982, já demonstrava preocupação com a aceleração do processo e que as queixas sobre a morosidade da justiça sempre existiram também na Alemanha, apontando várias causas para o fenômeno. *O papel ativo do juiz*, passim.

⁶ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*. p. 73, nota de rodapé n. 2.

⁷ De acordo com Chaím Perelman, a solução no âmbito jurídico implica uma prévia argumentação suficientemente sólida e esse esforço, por obra da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito. *A lógica jurídica e a nova retórica*, p. 191.

⁸ A Corte de Strasbourg estatuiu a incumbência aos Estados-Membros dotarem-se dos meios apropriados ao cumprimento dos objetivos previstos na Convenção de Direitos Humanos, eis que os seus subscritores teriam assumido a obrigação de resultado, de sorte que as questões referentes à administração da justiça não poderiam ser suscitadas como meramente organizativas. Cf. *Moreira de Azevedo v. Portugal*, 23.10.1990, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57645>>, acesso em: 8 set.2013

suportado pela demora injustificada, sob outra ótica, não constituiria, de per se, a automática fruição do bem jurídico específico pretendido através do método de trabalho estatal denominado processo.

Em que pese o novo cenário imposto pela evolução da matéria no plano legislativo, na doutrina e jurisprudência, afigura-se importante suscitar o aprofundamento da indagação em torno das soluções alvitradas pela Corte Europeia, ou seja, se as medidas determinadas seriam aptas, com suficiência, a promover a efetiva remoção dos obstáculos que acarretam a eternização das demandas judiciais, ou deixariam intocadas as causas da patologia para cuja superação se exigiria provavelmente a intervenção coordenada de várias providências eficazes.

1. O conteúdo da efetividade do processo

A efetividade encerra a noção de qualidade ou estado daquilo que é efetivo, eficiente, eficaz e que traduz o efeito desejado⁹ e, aproximando-se da ciência do processo, é o grau de implementação do seu escopo mais latente, isto é, segundo Chiovenda, a concreta entrega do bem da vida, em toda a sua extensão, a quem tem direito¹⁰, ou, em seu sentido teleológico, o conteúdo relacionado com o resultado prático do processo.¹¹

Não se realiza, em sua plenitude, a tutela dos direitos e garantias previstas no diploma comunitário, em normas internas, ou de qualquer ordenamento jurídico, no tocante à justa expectativa de prestação jurisdicional apenas com a vista na celeridade ou no tempo de trâmite do processo, assim como, igualmente, haverá aniquilamento do escopo se a preocupação estiver pautada tão somente no fator segurança¹² e, ademais, da mesma forma, aquele fim estará comprometido, tornando-se desprovida de razão toda a atividade judicial desenvolvida, caso for negligenciado o conteúdo ou a justiça das decisões. É a convergência desses valores, ou o equilíbrio dessas importantes forças complementares, que determinará a extensão da efetividade, ou seja, o quanto o processo será eficaz como técnica adotada na consecução de uma das tarefas mais salientes do Estado – o exercício do poder-dever da jurisdição.¹³

⁹ De acordo com Luís Roberto Barroso, “efetividade, [...] significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. *Temas de direito constitucional*, v. III, p. 71.

¹⁰ Cf. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, p. 39-40.

¹¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 351.

Na visão contemporânea, a atenção deve estar voltada sempre para a crise do direito material, na busca incessante de alternativas para a solução de conflitos de modo seguro e tempestivo, mediante tutelas efetivas, atendendo-se, em concreto, à vontade do legislador. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. p. 58.

¹² Registre-se que há autores que utilizam a expressão efetividade processual como sinônima de celeridade, em contraste com outros valores, notadamente o da segurança. Cf. MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. p. 89. Nota-se, ainda, a aproximação daquele termo ao sentido de obtenção do resultado, da justiça e descoberta da verdade, em confronto com o valor celeridade. Cf. GASPARDY, Ladislao. *I tempi del processo civile nell'ordinamento ungherese contemporaneo*. p. 184-185.

¹³ A propósito, Barbosa Moreira adverte para o risco do rompimento dessa harmonia, v.g., quando o sistema privilegia o esgotamento de todas as possibilidades para a apuração dos fatos em detrimento da duração razoável do feito, tendo em vista que “nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 171.

1.1. O princípio da celeridade

Consagrada inicialmente na doutrina, a preocupação com a dimensão temporal do processo adquiriu foro de juridicidade, sobretudo após a última Guerra Mundial, com a previsão de garantias mínimas nos diplomas normativos em escala supranacional e nos ordenamentos internos.¹⁴ E, no conjunto das garantias elementares dos indivíduos, a celeridade, juntamente com outros componentes essenciais, conecta-se à noção ampliada da efetividade. Ao discorrer sobre ela em termos de tutela jurisdicional no sentido temporal, especial preocupação deve ser carregada ao tema das relações entre a duração do processo e a garantia constitucional de ação e de defesa. Com efeito, o processo apresenta o seu lado mais problemático e vulnerável diante da necessidade de perpassar por determinadas fases interligadas estruturalmente, o que requer o decurso de tempo antes de atingir o seu fim esperado.¹⁵

A propósito, Luigi Paolo Comoglio, à vista do panorama fornecido por diversos documentos, defendeu a concepção de modelo mínimo de garantias no qual se sobressai uma variedade de elementos constantes, e.g.: a igualdade das partes diante do juiz, a independência, a imparcialidade, a pré-constituição dos órgãos judicantes, a publicidade das audiências e das decisões judiciais, o contraditório sobre bases paritárias e a defesa técnica em juízo, o direito à prova, a preservação do acesso à justiça, independentemente de qualquer discriminação subjetiva, e a duração razoável do processo.¹⁶

Em linhas gerais, a duração do processo indica “o intervalo de tempo entre a propositura da ação e a sua decisão”, podendo compreender ainda o lapso posterior necessário à execução.¹⁷ A dificuldade prática consiste na aferição do elemento quantitativo razoável desse segmento temporal, na catalogação de situações hipotéticas, das diversas variáveis do caso singular, como a natureza da causa, a tutela pretendida, a complexidade do litígio, a extensão da fase probatória, o número de pessoas envolvidas na disputa, entre outras circunstâncias, apenas para mencionar os aspectos mais visíveis do processo. A propósito, não se pode confiar, ainda, no método usual de análise comparativa de registros estatísticos, vez que se ignoram as implicações assimétricas de ordem sociológica ou empírica.¹⁸

Giuseppe Tarzia aponta o decurso de tempo injustificado como fator determinante para a configuração do descumprimento da garantia do prazo razoável: “*tempi morti non giustificati, contrapposti ai normali tempi di svolgimento del processo*”.¹⁹ Mencione-se

¹⁴ Cf. Art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”.

Cf. Art. 111 da Constituição italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

¹⁵ Cf. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – problemi di diritto tedesco e italiano*. p. 270-271.

¹⁶ *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*, p. 317.

¹⁷ Cf. VIGORITI, Vincenzo. *Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália*. p. 145.

Giuseppe Tarzia professa que a razoabilidade do tempo deve ser mensurada separadamente – para o processo de cognição de um lado e para aquele executivo, a fim de permitir a aferição da *distantia temporis* entre a demanda de condenação e o procedimento satisfativo. *L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, p. 734/735.

¹⁸ Cf. GARTH, Bryant G. *Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective*. Passim.

¹⁹ Op. cit., p. 732.

o paradigma de interpretação adotado pela Corte de Strasbourg, que tem levado em conta os seguintes critérios: a) a particularidade, a complexidade ou a natureza do caso concreto (inclusive de ordem econômica e da quantidade de pessoas envolvidas), b) o comportamento adotado pelas partes, que podem ditar uma conduta dilatatória ou resistente ao cumprimento dos prazos processuais, e, por último, c) a atuação do órgão jurisdicional competente, que pode se ressentir da falta de organização do aparelhamento judicial, ou da ineficácia do sistema legal interno.²⁰

Em verdade, o enunciado respeitante à *délai raisonable*, que retrata norma de conteúdo aberto e indeterminado, invoca a noção de proporcionalidade, do imperativo de se observar a ponderação e o equilíbrio, aferível somente na análise da situação específica em face de infinitas possibilidades de combinação na experiência judiciária, impondo-se na sua aplicação e interpretação uma árdua tarefa, posto que não se deve perder de vista que “*fare presto è possibile fino al punto nel quale non si comprometa il fare bene*”.²¹

1.2. O correlato princípio da segurança jurídica

Paralelamente ao princípio da celeridade ou da duração razoável do processo na concretização da efetividade da prestação jurisdicional, comparece o da segurança, vez que o instrumento de realização dos escopos da jurisdição deve transmitir um substrato mínimo de garantias às partes inseridas no contexto de disputa, bem como à comunidade em geral, tudo a prestigiar um aceitável grau de previsibilidade e certeza nas relações sociais, de maneira que, como anotou Canotilho:

*Os indivíduos têm o direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.*²²

À margem de qualquer conotação axiológica de que possa ser impregnado o sentido etimológico do vocábulo, já que segurança remete inicialmente à ideia geral de *stablishment*, simbolizado pelos princípios da liberdade e da legalidade (art. 5º, II, da Constituição brasileira), trata-se de componente inafastável para a preservação da ordem e da paz social, um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, o que não

²⁰ Cf. *Korbely v. Hungary* (Application n. 9174/02), Judgment: Strasbourg, 19 September 2008; *Pélissier and Sassi v. France* (Application n. 25444/94), Judgment: Strasbourg, 25 March 1999.

²¹ Cf. FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. p. 501.

Repele-se, portanto, a “busca obsessiva de celeridade a qualquer preço, tudo resultando numa resposta de baixa qualidade, muito aquém daquela que deveria receber o jurisdicionado”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça - condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 339.

²² Op. cit., p. 257. Mencione-se o trecho da exposição de motivos lançada no relatório final do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010), datada de 8 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 10 fev. 2015, *in verbis*: “O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”.

significa, entretanto, a imposição de imobilismo, ou desprezo à saudável evolução social e ao conseqüente esforço de aperfeiçoamento das instituições.²³

O princípio da segurança jurídica vem estampado em vários dispositivos constitucionais, especialmente no rol dos direitos e garantias fundamentais²⁴, e desses preceitos se extrai o seu significado em dois planos (direito material e processual) em face da indispensável oferta do suporte instrumental confiável e eficiente para, em caso de provocação, se concretize o império da vontade do direito ameaçado ou lesado.²⁵

Sem dúvida, a fórmula *due process of law*, adotada pelos Estados modernos de tradição democrática, é a expressão máxima do princípio da segurança jurídica no âmbito do processo (civil, penal, trabalhista, fiscal, administrativo e outros)²⁶, através da concessão de garantias em seus importantes desdobramentos, como a previsão de órgãos e autoridades previamente constituídos, o contraditório, a ampla defesa, bem como a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e a vedação de provas ilícitas, além de outros princípios subjacentes.²⁷

Nesse contexto, a precaução com a adequada proteção dos direitos inalienáveis na esfera jurisdicional, cujo descumprimento pode dar ensejo à pretensão reparatória ou assecuratória, não prescinde do resguardo do ‘processo equo e justo’, ou seja, da observância das garantias processuais mínimas, entre as quais a segurança jurídica, inclusive no empenho dos países aderentes à Convenção Europeia a uma adequada possibilidade

²³ Nesse sentido, Eros Roberto Grau alerta para que não se confunda segurança com imobilidade, devendo aquela ser concebida como resultante da ordenação do movimento. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 188.

²⁴ E.g.: art. 5º da CF do Brasil, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁵ Como consectário desse princípio, Canotilho destaca a operacionalização em três níveis: relativamente a atos normativos, atos jurisdicionais e atos da administração. Op. cit., p. 257.

Tal princípio mantém estreita correlação com o da proteção da confiança (alguns autores o consideram como um subprincípio ou uma dimensão específica daquele), como elementos do Estado de Direito, sendo que “a segurança jurídica está conexiada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. *Idem, ibidem*, p. 257. (destaques no original)

²⁶ Existe um desdobramento material dessa cláusula (*substantive due process*), teoria elaborada pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, permitindo-se a avaliação de determinados aspectos materiais dos diplomas legislativos e dos atos administrativos, sem que implique a quebra do princípio da separação de Poderes ou funções.

²⁷ A Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê, no seu artigo 6º, sob o título: direito a um justo julgamento (*Right to a fair trial*), diversas garantias processuais, incluindo-se a segurança jurídica, consubstanciada em vários princípios e subprincípios, *in litteris*:

“1. *In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.*

2. *Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.*

3. *Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:*

(a) *to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;*

(b) *to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;*

(c) *to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;*

(d) *to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;*

(e) *to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court”.*

de tutela ou de remédio efetivo em caso de qualquer violação dos direitos reconhecidos. Decorre dessa constatação, de acordo com Luigi Paolo Comoglio:

*il fatto che non soltanto la necessità imprescindibile di una tutela giurisdizionale, ma anche le esigenze di effettività delle sue possibili forme si siano tradotte in altrettante garanzie fondamentali, assurgendo la dignità di norme-cardine, costituisce indubbiamente la novità centrale di queste esperienze.*²⁸

Prossegue o mesmo autor no sentido de que a noção de justo processo, com a sua carga potencial de valores ideológicos, expressos ou não, pertencentes à cultura e às tradições internacionais do *fair trial*, *due process of law*, ou *procès équitable*, tem sido também consagrada internamente pelos Estados e, por conseguinte, a efetividade do processo, em seu sentido maior – justo, seguro e com tempo de trâmite aceitável, estaria alicerçada por elementos integrativos de garantia, de modo que se deduz a insuficiência da aceitação solitária do preceito relativo à *ragionevole durata di ogni processo*.²⁹

É intuitivo que a concretização do *due process of law* demanda concurso de tempo e recursos materiais e humanos, porquanto está ínsita em todo o processo a ideia de procedimento – sequência ordenada de atos praticados no tempo e no espaço (aspecto objetivo) – no desenvolvimento da relação processual em contraditório, em que há atuação de poderes, faculdades, deveres ou ônus (aspecto subjetivo)³⁰, de maneira que o eventual aqodamento e a falta de observância dessas cautelas poderão implicar a anulação do feito e o seu retorno às fases anteriores, com evidente prejuízo à celeridade.

Embora aqui seja inviável o aprofundamento do tema, mencione-se ainda um importante elemento de tradição interna que pode influenciar diretamente no trâmite processual, ou seja, o modelo adotado, em cada ordenamento, pelo legislador, no exercício de sua ampla discricionariedade na escolha de sistemas à realização de fins consagrados na Carta Política, em termos de poder de impulso do juiz na condução do processo, conquanto não se possa no atual contexto desconsiderar o dever, constitucionalmente orientado, de adoção de instrumentos processuais que não só não retardem a conclusão de cada processo singular, mas sirvam para acelerar, o quanto possível, a conclusão de todos os processos.³¹

A título de ilustração, encontra-se em curso na atualidade um intenso debate doutrinário em torno das vantagens da concepção publicística e privatista do processo civil, variando o pêndulo entre a opção, de um lado, pela ampliação dos poderes instrutórios

²⁸ *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, p. 308/310.

²⁹ *Idem*. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. p. 93/94.

A garantia à tempestividade da tutela jurisdicional prevista no art. 111 da Carta Política italiana deve ser interpretada conjuntamente com o disposto no seu art. 24, *in verbis*: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*”.

Do conceito de justo processo resultante dos princípios constitucionais desponta o contraditório como um pressuposto insuprimível para o direito de defesa e, vice-versa, a inviolabilidade deste último representa condição mínima para uma adequada realização do contraditório que se atua com a paridade de armas. Cf. DIDONE, Antonio. *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*. p. 99.

³⁰ Cf. CALAMANDREI. *Piero Instituciones de derecho procesal civil*. p. 248. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II, p. 206-211.

³¹ Cf. DIDONE, Antonio. *Op. cit.*, p. 14.

do juiz para que, como um verdadeiro gestor, gerencie, da forma que melhor lhe aprouver, pautado no interesse social, o seu andamento, e, em outra extremidade, a adoção de sistema que confira às partes a primazia dos poderes de iniciativa e desenvolvimento do processo.³²

1.3. A justiça das decisões

Como se extrai das considerações anteriores, tanto a duração razoável do trâmite processual quanto a preservação da segurança na sua condução não se revelam princípios, valores, finalidades ou vetores absolutos, mas, sim, complementares e que devem ser cumpridos simultaneamente, impondo a sua harmonização em cada situação concreta, sob a perspectiva da efetividade, compreendida como aptidão para, em tempo hábil e razoável, através da atuação previsível, firme e confiável dos instrumentos processuais adequados, gerar respostas concretas e úteis à sociedade e notadamente aos litigantes e a todos que de alguma forma têm interesse numa determinada controvérsia.

No entanto, de nada valeria a atividade jurisdicional, especialmente no estágio atual da ciência do direito constitucional-processual, ainda que formalmente observados tais preceitos, se o escopo principal não fosse considerado, uma vez que o processo é mero instrumental para a efetivação do direito na sua faceta substancial – a concretização do interesse público da prevalência da lei material, ou seja, somente com a plena realização do sentido de justiça³³, consectário principal do Direito, cumprirá a sua missão estatal e, portanto, se qualificará de justo e equo.

Nessa direção, é impensável a redução da importante função estatal de pacificação social à visão meramente burocrática ou tecnicista do processo, com o objetivo voltado exclusivamente ao aspecto estatístico, como a produção em série de decisões, sem se atentar para elementos valorativos essenciais que estão na base de todo o conflito³⁴, bem como para os atributos do devido processo legal, eticamente edificado, capaz de oferecer aos seus participantes as garantias fundamentais para a sua legitimação, e este entendimento não colide com a preocupação com o elemento temporal, ou o término do processo, que não é o fim em si mesmo, haja vista que “a eliminação de litígios sem o

³² O movimento que se opõe à *publicização* se autodenomina revisionista, que qualifica aquela orientação como de origem antiliberal e autoritária, em contraposição à visão garantista do processo civil. Nesse sentido, em conferência mundial de 2006, diversos juristas aprovaram uma moção em que se fez crítica contundente à ‘publicização’ do processo civil e ao consequente aumento dos poderes do juiz, o que, para os subscritores, redundaria na diminuição dos direitos das partes. Cf. AROCA, Juan Montero. (Coord.). *Proceso civil e ideologia*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Passim.

³³ O termo é plurívoco, comportando diversas acepções, e não é infenso à avaliação subjetiva e individualizada, além de suscitar exame sob múltiplos aspectos teóricos, de forma que é aqui adotado em sentido genérico de resultado prático decorrente da decisão judicial que empresta aos destinatários o sentimento de paz social e de que o justo prevaleceu com a resolução do conflito. De acordo com Aristóteles, “recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário, e em algumas cidades-Estado os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo”. *Ética a Nicômaco*, p. 107.

³⁴ Acentua-se a importância da justiça das decisões judiciais na seguinte passagem: “*en el proceso se satisfacen pretensiones, pero no de cualquier modo, sino de manera distinta, según que la pretensión aparezca, a los ojos del tercero imparcial que juzga, fundada o no, es decir, justa o no, variando el sentido de la satisfacción en cada caso, pues una pretensión justa se satisface mediante su actuación, y una pretensión injusta, mediante su denegación. Si las pretensiones procesales se satisficieran de cualquier modo, acaso se obtendría la seguridad, pero de ninguna manera la justicia*”. Cf. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. t. I, p. 39.

critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”.³⁵

2. As construções jurisprudenciais no âmbito do Estado italiano e da Corte Europeia de Direitos Humanos

Tendo em conta a incorporação no texto constitucional italiano, na extensa fórmula do justo e equo processo, da expressão *la ragionevole durata* (art. 111, 2ª parte)³⁶, e à vista do compromisso formalmente assumido como Estado-Membro da União Europeia³⁷, a desafiadora realidade da demora exagerada no trâmite de feitos judiciais tem atraído a atenção dos doutrinadores, legisladores e julgadores.

A primeira condenação do Estado italiano de que se tem notícia perante a Corte de Strasbourg, por violação ao direito à razoável duração do processo civil, com base no art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia, remonta ao célebre caso *Capuano*, cujos fatos de origem datam do ano de 1971, quando uma moradora da cidade de Roma adquiriu um pequeno apartamento para veraneio, com terraço e vista para o mar, mas que, diante da construção posterior de outras unidades pelo anterior proprietário, o acesso à praia e, assim, a sua servidão de passagem teriam sido afetados.

E tendo sido infrutíferas as providências anteriores e ajuizada a demanda judicial, a autora enfrentou delongas processuais, sendo que a primeira audiência foi designada para janeiro de 1977 (termo inicial considerado para efeito de cômputo da duração razoável), a sentença foi proferida, em primeiro grau, em julho de 1983, sem que, em instância recursal, houvesse sido decidida a causa ao menos até o dia 25 de junho de 1987, data do julgamento da reclamação interposta, em dezembro de 1980, perante a Corte Europeia, a qual reconheceu o dano e condenou o Estado-Membro a indenizá-la pela soma daquela época de oito milhões de lira.³⁸

Nessa atmosfera, foi promulgada a denominada *Legge Pinto*³⁹, a qual previu o direito à pretensão reparatória por dano patrimonial ou não, decorrente da inobservância daquela garantia, através de demanda a ser proposta durante o trâmite do processo que se encontra em atraso, ou, sob pena de decadência, até seis meses contados de seu término (art. 4º), à Corte de Apelação da sede do juízo onde se processa o feito em que teria havido a violação (art. 3º, § 1º), sendo que o pronunciamento deveria ocorrer em até quatro meses, mediante decreto de execução imediata, com previsão de recurso à Corte de Cassação (art. 3º, § 6º).

³⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 347.

³⁶ A redação atual foi introduzida pela norma constitucional de 23 de novembro de 1999.

³⁷ O tratado de instituição da União Europeia foi assinado em Maastricht pelos Estados-Membros em 1992, em cujo documento se sacramentou a adesão dos signatários à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual fora firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950.

³⁸ Cf. *Capuano v. Italy*, 25.6.1987, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57458>>, acesso em: 6 set. 2013.

³⁹ Lei italiana n. 89, de 24 de março de 2001, publicada na Imprensa Oficial em 3 de abril de 2001.

A doutrina italiana lançou, logo após a rápida aprovação do texto legislativo, críticas fundadas àquilo que foi atribuído como um simples paliativo, e não como uma verdadeira solução para o mal da duração excessiva dos processos, porquanto não lhes assegurava as condições para a redução do tempo de trâmite. Ademais, se a finalidade era deflacionar o contencioso perante a Corte Europeia, a fórmula alvitrada teria provocado o risco de congestionamento nos tribunais internos,

Ademais, o legislador italiano consagrou os critérios basilares anteriormente adotados pela Corte Europeia para perscrutar a violação do termo razoável do processo, ou seja, a forma de investigar se um período de tempo levado a efeito na situação em particular deve ser reputado inaceitável: a complexidade do caso, o comportamento das partes e do juiz do procedimento (art. 2º, § 2º).⁴⁰ Para o dimensionamento ou apuração do dano, o legislador limitou a sua ocorrência ao período excedente ao tempo considerado razoável (art. 2º, § 3º).

Apesar da promulgação da norma interna, com o que o Estado italiano visou diminuir a pressão por reformas estruturais do sistema judicial e processuais, registrou-se acentuada divergência, no aspecto da comparação sincrônica (entre ordenamentos contemporâneos), no campo da construção jurisprudencial, entre a Corte Europeia e as cortes italianas (de Apelo, de Cassação e Constitucional), muito embora, paulatinamente, se tenha observado o movimento de harmonização do direito, através da atividade hermenêutica, na direção dos enunciados proclamados pelo Tribunal de Strasbourg.⁴¹

É natural que a capacidade do direito encampado pela União Europeia de produzir efeitos diretamente nos Estados-Membros se traduza em conflitos decorrentes da incompatibilidade entre as normas existentes nesses diferentes níveis, tanto pela previsão de conteúdo diverso em normatização interna precedente ou quanto pela desarmonia entre o disposto pela União e aquela supervenientemente estatuída no âmbito interno, sendo que, em geral, os confrontos são resolvidos com o princípio do primado do direito da União, através do qual é vedado que as normas nacionais criem obstáculos à sua aplicação nos Estados-Membros, comportando, para assegurar a tutela jurisdicional de normas comunitárias de efeito imediato, até a suspensão, ou a ab-rogação da norma interna incompatível.⁴²

De início, interessante questão decorre dos dispositivos contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigos 13 e 35, § 1º), pois, não obstante o interessado devesse primeiramente esgotar todos os remédios adotados pelo ordenamento interno, em função do princípio geral da subsidiariedade, e tendo sido, ademais, a previsão do recurso interno da “Lei Pinto”, logo após a sua promulgação, reputada eficaz sob o escrutínio da Corte Europeia⁴³, passou o mesmo Tribunal, de modo sistemático, a rejeitar a preliminar de objeção de suposta ausência da prévia utilização dos mecanismos internos, sob o argumento de que não se demonstrava capaz de proporcionar a justa e total reparação do dano em face da garantia da razoável duração do processo.⁴⁴

paralisando os órgãos judiciários já agravados pelo trabalho ordinário, já que a legislação previu o prazo diminuto de quatro meses para a pronúncia do decreto de équa reparação. Cf. DIDONE, Antonio. Op. cit., p. 22-24; FALLETTI, Elena. *Il dibattito sulla ragionevole durata del processo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e lo Stato italiano*. p. 339.

⁴⁰ “It reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities”. *Korbely v. Hungary*, 19.9.2008, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88429>>, acesso em: 9 set. 2013.

⁴¹ Alessandra Citati e Valentina Zambrano apontam a tendência verificada nos tribunais internos italianos a adequar-se à jurisprudência da Corte Europeia relativamente a determinados aspectos. *Convergenze e divergenze tra la giurisprudenza italiana ed europea in materia di ragionevole durata del processo e di diritto all'equo indennizzo*, passim.

Na esfera da Corte constitucional italiana também se percebeu a aderência ao primado do direito da União Europeia sobre a norma interna, dissipada tal dúvida após a consagração do novo texto do art. 117 da Carta Magna, *in verbis*: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario”.

⁴² Cf. DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea*. p. 260-269..

⁴³ Cf. *Brusco v. Italy*, 6.9.2001, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22642>>, acesso em: 9 set. 2013.

⁴⁴ No caso *Scordino v. Italy*, julgado em 29.7.2004, nota-se a clara flexibilização do princípio da subsidiariedade, através do qual o governo italiano argumentava que não teria havido a exaustão dos remédios internos para o fim de atribuição do

A legislação italiana previu o direito à reparação de dano (art. 2º, § 3º, alíneas “a” e “b”) e a jurisprudência consolidou o entendimento de que quanto à lesão de índole não patrimonial, extensível à pessoa jurídica, presumir-se-ia a sua ocorrência *in re ipsa*, ou *id quod plerumque accidit*, isto é, sem a necessidade do ônus do substrato probatório do caso singular, e a Corte Europeia adotou, em 2004, como parâmetro para o cálculo da *equa riparazione*, o importe indenizatório entre 1.000 e 1.500 euros por ano, podendo sofrer diminuição ou aumento, atingindo a cifra de 2.000 euros, quando os direitos envolvidos forem particularmente relevantes ao indivíduo.⁴⁵

A partir do caso *Scordino v. Italy*, em cujo julgamento se assentou a ineficácia do remédio interno, a jurisprudência italiana, que antes arbitrava valores inferiores, foi compelida a reconhecer a liquidação de danos morais de acordo com os parâmetros monetários delineados pela Corte Europeia; isto, sem dúvida, trouxe sérias repercussões no erário público dado que a legislação específica enunciava que o suprimento das indenizações estaria atrelado à limitação orçamentária (art. 3º, § 7º). Todavia, a doutrina tem lembrado que a justificativa do exaurimento dos fundos disponíveis não obstaría o cidadão prejudicado de recorrer à Corte supranacional, com base no art. 41 da Convenção, com o fim de obter uma reparação plena, sem qualquer vinculação financeira.⁴⁶

De igual maneira, verificou-se a discordância em relação ao período a ser considerado no cálculo da indenização, pois, à vista da legislação italiana, tomava-se em conta o tempo excedente ao da razoável duração (art. 2º, § 3º, alínea “a”), posição que restou superada no âmbito da Corte de Strasbourg, a qual fez prevalecer a retroação de seu cômputo à data do início das providências adotadas pelo requerente.

Com efeito, fundada no direito à pretensão reparatória integral, a Corte supranacional dispensou o prévio esgotamento da via doméstica e modificou o critério de cálculo inicialmente apresentado pela Corte de Cassação italiana, sob o entendimento de que o lapso temporal a ser computado deveria, em regra, iniciar-se a partir da instauração do procedimento administrativo, ou do ajuizamento da ação, tendo como termo *ad quem* a data da última decisão prolatada em conformidade com o sistema legal interno.⁴⁷

valor da indenização pretendida, pois os requerentes não teriam recorrido à Corte de Cassação contra a decisão da Corte de Apelação. O tribunal de Strasbourg lembrou que a objeção já tinha sido afastada na decisão datada de 27.3.2003. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61973>>, acesso em: 9 set. 2013.

Assim, observou a Corte Europeia que o disposto no atual art. 35 da Convenção deve ser interpretado com certa elasticidade, abstraído do excessivo formalismo, levando-se em conta a avaliação das circunstâncias do caso concreto, inclusive a situação pessoal da parte recorrente, sobretudo quando evidenciada a omissão estatal reiterada no provimento de tutela. Cf. *Akdivar and Others v. Turkey*, §§ 65 usque 69, 16.9.1996, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58062>>, acesso em: 8 set. 2013.

Em realidade, a Corte europeia tem reafirmado, como fundamento de decisão, a ocorrência de prática administrativa incompatível com a Convenção diante da obrigação positiva do Estado-Membro de adotar providências gerais para reformar as suas instituições e procedimentos judiciais internos, na medida em que demonstrado o descumprimento institucionalizado do direito ao tempo razoável, envolvendo certos tipos de litígio, sendo que a infração recorrente poderia constituir até uma circunstância agravante. Cf. EDEL, Frédéric. Op. cit., p. 36-39.

⁴⁵ Cf. NICOLA, Francesco de Santis di. *Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell’“equa riparazione” per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*. p. 31 e p. 42. CITATI, Alessandra; ZAMBRANO, Valentina. Op. cit., p. 139.

Com supedâneo no art. 41 da Convenção Europeia, a Corte de Strasbourg tem admitido pedido de compensação financeira suplementar formulado pelo interessado si et in quantum o montante arbitrado de acordo com o direito interno tivesse representado uma reparação pecuniária parcial.

⁴⁶ Cf. FALLETTI, Elena. Op. cit., p. 362, nota de rodapé n. 126.

⁴⁷ Cf. *Musci v. Italy*, 29.3.2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72931>> e *Riccardi Pizzati v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72930>>. Acesso em: 9 set. 2013. Na fixação do termo final pode ser considerada a data da efetiva execução da decisão doméstica, se essa fase ocorrer posteriormente à prolação daquela. Cf. EDEL, Frédéric. Op. cit., p. 25-33.

Acrescente-se que, em relação ao método de verificação do tempo de duração *standard* do processo compreendido como razoável ou aceitável, a Corte Europeia já tomou como presunção, tirantes as circunstâncias específicas do caso individual, o equivalente ao período de três anos para o trâmite em primeiro grau, dois anos em segundo e um ano em terceiro.⁴⁸

3. As principais causas da demora da prestação jurisdicional

Constata-se em escala mundial, independentemente do sistema jurídico em vigor – direitos codicísticos, *common law*, ou híbrido – a propalada crise da jurisdição, compreendida como expressão do poder estatal, com a função precípua de solucionar, mediante provocação, os conflitos sociais com autoridade e justiça, visando à manutenção da ordem jurídica e a consequente pacificação entre os seus membros, através do exercício do competente poder-dever pelos órgãos previamente instituídos, a quem naturalmente se imputa a responsabilidade pelo atraso na prestação jurisdicional.

É certo que, em primeiro plano, desponta o elemento mais visível dessa conjuntura, a expressão numérica envolvendo a atividade judiciária, isto é, a evolução geométrica de feitos em todas as instâncias em comparação com o contingente populacional e do quadro de juízes e funcionários⁴⁹, porém há vários componentes, de diversas origens e natureza, que se agregam e contribuem para a instalação e perpetuação dessa realidade.

A implementação do processo efetivo em seu sentido abrangente pode apresentar barreiras de muitas ordens; num corte progressivo, desde a ocasião do ingresso das partes interessadas no aparelho estatal, durante o seu trâmite por meio do qual se deduzem pretensões e alegações, no instante do julgamento da causa depois de ultrapassada a fase da produção de provas e, por derradeiro, quando da administração de medidas de cumprimento da decisão proferida, de forma que, a depender do resultado final, a atuação do Estado poderá constituir-se em evidente denegação do dever de administrar justiça em concreto.

Os empecilhos podem originar-se da prévia atividade legislativa, da elaboração malsucedida tanto da norma de direito substancial quanto de natureza processual⁵⁰, cuja aplicação equivocada ocasionará, ineludivelmente, interferências no momento do ingresso em juízo, no desenvolvimento das etapas processuais, comprometendo ainda a fluidez e a segurança do método estatal de solução de controvérsias, alcançando até a justiça e a utilidade prática das decisões judiciárias.

A lentidão da justiça que se delinea com traços de similitude em diversas localidades pode ser apreendida sob algumas perspectivas comuns: primeiramente, sob o aspecto da atuação da força institucional do Poder Judiciário no contexto político entre outros

⁴⁸ Cf. CITATI, Alessandra; ZAMBRANO, Valentina. Op. cit., p. 137-138.

⁴⁹ A comparação estatística entre o aumento da população, o número de feitos em trâmite e a quantidade de magistrados em atividade, conquanto sirva de importante elemento de análise, por si só, não permite o exame acurado da situação em sua integridade, uma vez que é essencial a consideração de todos os fatores que conduzem ao congestionamento do Poder Judiciário. Mesmo que a preocupação fosse voltada tão somente à aferição da funcionalidade da máquina judiciária, há implicação de diversas ordens, pois o *aggiornamento* da estrutura e gestão administrativas requer muito mais que a automática elevação do número de cargos, tudo a confirmar a complexidade do panorama que ora se descortina.

⁵⁰ Nessa direção, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta como uma das principais causas do *overload* do Poder Judiciário a injustiça das leis de direito material que induziria “as pessoas a recorrer ao Judiciário, na busca de uma solução mais equânime”. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo, p. 89.

poderes constituídos; segundo, sob o ponto de vista interno, estrutural e administrativo, analisada através da forma de funcionamento de sua máquina e grau de eficiência; e, ainda, sob o enfoque relacionado ao tratamento conferido aos processos, na execução de sua atividade-fim, que envolve o manejo do instrumento de realização dos escopos da jurisdição e da legislação que trata da matéria procedimental.⁵¹

Embora o tema não dispense aprofundamento, inclusive com o concurso de ciências afins, com vistas à pesquisa, em sua completude, das causas da ineficiência da jurisdição, a título de ponderação, é possível mencionar, a partir da realidade brasileira, um elenco meramente exemplificativo, de origem multifatorial, para a expressiva quantidade de processos em andamento, tais como a cultura demandista, a fúria legislativa, o binômio judicialização da política e politização do Judiciário, o ativismo judicial, a crise de efetivação dos comandos judiciais, a desigualdade na distribuição dos encargos processuais entre os litigantes, o gigantismo judiciário que alimentaria o fluxo de demandas, a litigiosidade contida e a divulgação deficiente de outros meios de composição de conflitos.⁵²

De todas as motivações hauridas para explicar o efeito não se poderia deixar de acentuar um importante dado sociológico relacionado ao incremento da participação social e política dos indivíduos, observada na época hodierna, em regra geral, na maioria dos países, impulsionada pela expansão dos meios de comunicação. Por conseguinte, com a maior conscientização da garantia do acesso à justiça, que trouxe ao mesmo tempo à tona o problema da “litigiosidade contida” do passado, essa realidade tem contribuído para o aumento das demandas judiciais.⁵³ Alie-se a isso o comportamento ainda fomentado por muitos profissionais e doutrinadores do direito no sentido de privilegiar a busca de soluções conservadoras para as controvérsias, com a remessa dos conflitos exclusivamente ao Poder Judiciário.⁵⁴

Como é notório, a sociedade contemporânea tem assistido, sobretudo desde os meados do século XX, às profundas mudanças em vários campos do conhecimento humano (social, político, econômico, ambiental, cultural, científico e tecnológico), com reflexos diretos na quantidade e na configuração dos conflitos, que, em geral, se tornaram mais complexos, de cunho essencialmente político e social, como resultado da massificação de interesses, na sua grande maioria antagônicos pelo inexorável alcance à multiplicidade de pessoas e grupos, dando margem a situações e problemas não imaginados no conjunto de lides meramente individuais de outrora.⁵⁵

⁵¹ Cf. SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*. Passim.

⁵² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 44-168.

Podem-se mencionar, ainda, outros fatores extraprocessuais que impedem a desejável efetividade, entre os quais “o excesso de causas no sistema (a determinar as chamadas etapas mortas do processo), a composição numérica adequada dos quadros que administram justiça (juízes e serventuários em geral), a formação técnica e ética de juízes, advogados, promotores de justiça, procuradores estaduais, municipais, da República, da Fazenda, defensores públicos, funcionários da justiça, peritos etc. e principalmente de uma mentalidade que não seja apenas tecnoburocrática, mas empenhada na realização dos valores fundamentais do processo e da Constituição”. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 77.

⁵³ Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisaram, em meados do século passado, os empecilhos ao pleno acesso à justiça e apresentaram três propostas: a promoção da assistência judiciária para os necessitados, o aprimoramento da representação jurídica para os interesses difusos e a superação de barreiras sob um novo enfoque e, nesta última abordagem, trouxeram entre uma variedade de sugestões a reforma dos procedimentos judiciais e o uso de métodos alternativos para a decisão de causas judiciais. *Access to Justice*. v. 1, p. 5-124.

⁵⁴ Cf. WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. Passim. WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Passim.

⁵⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. p. 130.

E, nesse contexto, as mudanças experimentadas pela sociedade brasileira, por exemplo, são o retrato das transformações processadas na maioria das localidades no tocante ao modo de vida do início do século passado, em que predominavam interesses geralmente restritos à esfera individual, ou ao núcleo reduzido de pessoas. Sem dúvida, a face mais reveladora desse movimento é a multiplicação dos conflitos de massa na esteira da globalização político-econômica.⁵⁶

Ademais, a cultura do litígio e a solução adjudicada, em que se enfatiza a opção pela sentença judicial, acompanhadas, em muitos casos, do afastamento do dever de probidade e lealdade das partes também representam circunstâncias que, se não lhes possa atribuir a exclusividade da crise da prestação jurisdicional, contribuem sobremaneira para o congestionamento da máquina judiciária, que poderia estar menos sobrecarregada com o incentivo dos meios alternativos de solução de conflitos, ou o encorajamento de diversas técnicas de superação de divergências baseadas em métodos de atenuada confrontação.

A mentalidade voltada à solução de conflitos através de método exclusivamente adversarial reforça, também pelo incentivo psicológico e pedagógico, o paradigma do comportamento contencioso, através do qual a sociedade passa a considerá-lo como a única via possível, ou a melhor solução, o meio mais eficaz, para a restauração do sentimento de justiça e da paz social, de modo que não se pode, indiscutivelmente, desprezar tal componente motivacional que tenderá a estabelecer maior resistência à eventual mudança de conduta, contribuindo, por via de consequência, para a elevação do acervo de processos. Esse raciocínio vale, sobretudo, para os agentes políticos e juízes que ainda relutam em incorporar na prática cotidiana a utilização dos meios alternativos.⁵⁷

4. Proposições para a lentidão da atividade judicial

Ao se referir à crise enfrentada pelo Poder Judiciário é corrente imputar-se-lhe a morosidade na condução de sua função típica e a ineficiência no manejo de seu método de trabalho, contudo, como se vê da sucinta exposição acerca de suas possíveis causas, a realidade se mostra demasiadamente intrincada, posto que aquelas remetem a fatores de múltiplas origens, a exigir o desafio de superação com a concorrência de diversas proposições, não se antevendo remédio isolado e autossuficiente para o seu combate.⁵⁸

⁵⁶ Em termos universais, a feição da justiça se alterou desde o princípio do último século, popularizando-se, especialmente pela pressão da mídia e da litigância de massa, pois que “autores e réus são cada vez mais cidadãos comuns, ao contrário dos litigantes da época liberal, tipicamente grandes negociantes ou grandes proprietários”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa* – em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. p. 10.

⁵⁷ Para a superação de eventual resistência e na esteira da valorização dos métodos de autocomposição, o Novo Código de Processo Civil brasileiro, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidência da República, apresenta dispositivo nos seguintes termos: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, § 3º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

⁵⁸ A título de exemplificação, no aspecto procedimental, deve ser rechaçado o excessivo formalismo, justificável apenas para conferir segurança jurídica, prestigiando-se a sua flexibilização de acordo com a natureza do bem jurídico em discussão e, com base nesta circunstância, também seria importante a propagação dos métodos alternativos de solução de controvérsia e a implantação de sistemas eficientes de gerenciamento de feitos. Da mesma maneira, apregoa-se a mudança de mentalidade dos juízes, mantendo-se a vigilância em torno das mudanças sociais e que assumam o papel de efetivo agente transformador da sociedade e, neste ponto, imbrica-se a sua essencial função de intérprete das normas e dos valores nelas incorporados.

De início, na seara política, diversamente da época pretérita (séculos XVIII e XIX) em que se apresentava como poder secundário⁵⁹, a independência do Judiciário na quadra atual deve ser traduzida em realidade no campo de sustentação das forças institucionais do Estado, cujo fortalecimento no concerto dos demais Poderes propiciará o fomento de melhores condições, em ação conjunta e coordenada, para a concretização dos objetivos comuns e fundamentais, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a qual contempla inclusive a efetivação das garantias e direitos dos cidadãos (art. 3º, I, da CF brasileira).⁶⁰

Por outro lado, não mais se aceita a visão retratada pela teoria positivista ou da legalidade estrita, a qual preconizava a limitação da atividade do juiz à mera observância de textos normativos em sua literalidade, como se fosse simplesmente *la bouche de la loi*⁶¹, porquanto a teoria original da separação de poderes ou funções deve ser entendida na conjuntura política em que foi formulada, quando se contestava o regime monárquico então em vigor e se pretendia a vedação de privilégios.⁶² De efeito, sob as vestes da jurisdição contemporânea, é essencial o papel de intérprete qualificado das normas jurídicas, nas suas espécies, de acordo com a moderna doutrina, de princípios e regras, sobretudo na época em que, dado o dinamismo da vida moderna, prepondera a opção pela técnica legislativa que confere ao julgador abertura considerável para preenchimento de seu significado valorativo no caso concreto.

Outro aspecto a ser enfrentado se refere à administração da máquina judiciária, que implica uma gestão profícua envolvendo todos os aspectos humanos e materiais em busca da realização do fim específico. O incremento da eficiência dos serviços de incumbência do Poder Judiciário passa necessariamente, além da adequação do quadro, pelo aperfeiçoamento de juízes, capacitação de funcionários, estruturação de carreiras que privilegie o mérito e a motivação, sem prejuízo da incorporação de novas tecnologias, estudo aprofundado e criterioso para corrigir eventuais distorções na distribuição das unidades judiciárias, atendendo-se a fatores objetivamente considerados, como a realidade geográfica, política e social, a quantidade e as características da demanda local.

Para tanto, impõe-se um rígido planejamento orçamentário e implementação de metas, com revisões periódicas, e a execução de medidas administrativas dependerá, em grande medida, como antes assinalado, do fortalecimento político do Judiciário em relação aos demais Poderes, quando houver necessidade de definição e aporte de verbas financeiras e recursos indispensáveis à boa administração da justiça.

É indubitável, portanto, que se denota essencial ao cumprimento da missão constitucional da prestação jurisdicional plena a atuação administrativa eficiente, inclusive

⁵⁹ Hamilton na célebre *The Federalist* escreveu como transparecia o poder judicial no período que se sucedeu imediatamente à Revolução Francesa: “*La judicatura, por la naturaleza de su función, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución porque tendrá la mínima capacidad de dañarlos o violarlos (...). La judicatura (...) no tiene influencia sobre la espada o la bolsa, ni mando sobre la fuerza o la riqueza de la sociedad y no puede ningún tipo de resolución activa. Se puede decir verdaderamente que no tiene fuerza ni voluntad, sino simplemente juicio (...). Esto prueba incontestablemente que la judicatura es sin comparación el más débil de los tres departamentos del poder*”. Cf. HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*. p. 25.

⁶⁰ Mencione-se, como preocupação que se insere na atuação política no contexto da harmonização de poderes, a questão da destinação de verbas financeiras condizentes para o bom funcionamento da estrutura judiciária e o aprimoramento de seu serviço público. Apesar do autogoverno da magistratura, a independência do Poder Judiciário e a apregoada autonomia administrativo-financeira, o montante de seu recurso é definido anualmente pelo Legislativo, inclusive com contingenciamentos a cargo do Poder Executivo.

⁶¹ Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. p. 5.

⁶² Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. v. I, p. 34.

na condução levada a efeito pelo juiz na gestão de recursos humanos e materiais que estão sob sua responsabilidade⁶³, contudo o resultado desta atividade dependeria também do concurso de todos aqueles que participam diretamente do método de trabalho denominado processo⁶⁴, com ênfase ainda na forma de comportamento das partes e dos advogados, e, igualmente, da qualificada atuação do legislador na formulação de normas materiais harmônicas, coerentes, inteligíveis e conectadas com as legítimas aspirações da sociedade, bem como na elaboração de ordenamento processual sintonizado com os valores e princípios que regem a ciência do direito processual.⁶⁵

Registre-se, portanto, o aprimoramento da efetividade também pela via legislativa, incluindo-se a reforma da norma processual civil. O Código recentemente promulgado traz, por exemplo, por se tratar de uma irreversível tendência, diversas previsões acerca da prática de atos processuais por meio digital, os denominados “autos ou processo eletrônico”. Igualmente, contém, entre outras medidas, a reformulação dos procedimentos, a simplificação da fase recursal e a adoção de outras técnicas processuais para o incremento da celeridade e da segurança, como a rejeição liminar da demanda com base em precedentes qualificados ou súmulas dos tribunais superiores, a tutela da evidência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de acordo com a ordem cronológica de conclusão.⁶⁶

No âmbito da condução judicial do processo, adquire contornos dramáticos o tema do excesso ou desvio cometido pelos titulares dos atos processuais, especialmente na época em que a busca da melhoria do mecanismo estatal para a solução de conflitos não

⁶³ José Renato Nalini, comentando a importância dos novos critérios regulamentados pelo Conselho Nacional de Justiça para a seleção de juizes, que privilegia outros atributos além da mera erudição dos candidatos, afirma que o juiz atualmente não pode prescindir de noções de outras ciências, como da Sociologia do Direito e, principalmente, de Administração Judiciária, pois “não poderá desconhecer aspectos gerenciais da atividade judiciária, como administração e economia. Não se esqueceu o produtor da norma de exigir gestão de pessoas. O magistrado precisa estar atento às transformações sociais, conhecer comunicação social e a opinião pública. Debruçar-se sobre os mecanismos de resolução, assumindo como tarefa sua estimular os sistemas não judiciais de composição de litígios”. Tema irrelevante, *passim*.

Insera-se ainda no extenso campo da atividade administrativa que toca ao Poder Judiciário, sem prejuízo da responsabilidade civil dos juizes nas hipóteses legais, o dever de fiscalização no âmbito correicional quanto a eventuais desvios praticados no exercício da função, bem como a preocupação com a deontologia da magistratura, pois os valores éticos e morais de seus membros jamais poderão ser negligenciados, sob pena de comprometer os pilares de sustentação e a legitimidade da instituição essencial ao Estado Democrático de Direito.

⁶⁴ Da mesma forma, Giuseppe Tarzia propugna uma ação coordenada que perpassaria pela atuação restrita no âmbito das atividades do juiz, em termos em que: “*la garanzia della ragionevole durata investe anzitutto l'organizzazione giudiziaria, nella sua più ampia accezione: impone al legislatore - sia il legislatore ordinario o il legislatore delegato - come al Governo nell'esercizio del potere regolamentare, una congrua allocazione di uomini (magistrati, altri componenti dell'ufficio giudiziario, ausili), di risorse e di mezzi per la funzionalità della giustizia; ed esige un adeguato apparato sanzionatorio nei confronti di chi colpevolmente violi il dovere di tempestività della tutela giurisdizionale*”. *Op. cit.*, p. 736.

Recentemente, na Itália, tem-se observado uma intensa disputa política, na esteira das propostas de reforma da justiça na tentativa de debelar a crise atual, que apresenta a sua fonte no passado, entre a magistratura e a classe dos advogados, registrada essa contraposição nos documentos oficiais do Ministério da Justiça e do órgão unitário da Advocacia quanto à interpretação dos dados relativos à duração dos processos. Cf. FALLETTI, Elena. *Op. cit.*, p. 339-341.

⁶⁵ É que, como bem enfatizou Barbosa Moreira, “deficiências técnicas na formulação da norma acarretam dúvidas e controvérsias hermenêuticas de que costumam alimentar-se incidentes processuais, (...) e concorrem para multiplicar os recursos (...). Não é preciso sublinhar a gravidade dos prejuízos que daí decorrem para a causa da efetividade. Não se trata apenas do prolongamento excessivo deste ou daquele pleito: a sobrecarga de trabalho que tudo isso atira sobre os órgãos judiciais, designadamente sobre os tribunais superiores, afeta por força a qualidade do produto, sacrificando a curiosidade intelectual e a reflexão madura à pressão das pautas intermináveis, e afogando no pantanal da rotina quaisquer esperanças de desenvolvimento jurisprudencial”. *Op. cit.*, p. 172.

Acrescente-se, ainda, a atuação do Poder Executivo na edição prolifera de medidas provisórias, o que contribui para o fenômeno da “inflação legislativa” tão nocivo ao país, fator de geração de insegurança social e potencialização de conflitos que sobrecarregam ainda mais o Poder Judiciário.

⁶⁶ Cf. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrará em vigor decorrido um ano de sua publicação.

tolera chicanas e abusos que vão de encontro a todos os ideais de justiça, de modo que o correto enfrentamento do problema é de suma importância, com vistas a propiciar aos interessados a garantia do embate nos limites da razoabilidade e do *fair play* e, nessa empreitada, muito além das incursões legislativas, são fundamentais a alteração de mentalidade e cultura dos litigantes e seus advogados, bem como a atuação firme e equilibrada do juiz.⁶⁷

É que, apesar da garantia fundamental de demandar, não tem o indivíduo a permissão para contender, ou prolongar o litígio, sem efetivo interesse, com o único intento de prejudicar a outra parte ou o Estado e, analogamente, se lhe assiste o amplo direito de defesa e de comprovar as alegações, de utilizar todas as formas consentidas em lei, não lhe é permitido, de outro lado, v.g., apresentar requerimentos infundados e imbuídos do pretexto de provocar atrasos e despesas, ou retardar ou impedir o exame da causa, de modo que quem assim procede abusa de seu direito de ação e defesa. Inexiste incompatibilidade entre o respeito ao devido processo legal e a conduta leal no processo, embora alguns pensem em sentido contrário, pois aquelas prerrogativas terminam exatamente no ponto onde passa a configurar o abuso.⁶⁸

Finalmente, não é por demais reforçar a importância da valorização dos meios alternativos de resolução de conflitos no conjunto de propostas para o incremento da efetividade da prestação jurisdicional. Em que pese a ausência de unanimidade, entre entusiastas e críticos, em torno da aceitação e eficácia desses métodos – ADR, e todo o debate político em torno da questão⁶⁹, merece destaque a constatação de que, se bem conduzidos, a sua prática, em diversos lugares, nas suas variadas formas, especialmente a conciliação, a mediação e a arbitragem, de modo exclusivo ou em combinação, tem proporcionado resultados positivos na tarefa de superação de divergências, através da remoção de motivos de natureza sociológica e/ou psicológica que estão à base das pressões resistidas, abrindo-se, ao menos, novas possibilidades para o gerenciamento da quantidade e duração do processo.⁷⁰

⁶⁷ Nesse ponto, pode-se lembrar da importância de uma ação educativa que repercuta sobre os costumes forenses. Cf. TROCKER, Nicolò. Op. cit., p. 291.

⁶⁸ Cf. TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici*. p. 157.

Francesco Cordopatri menciona casos de abuso relativos a atos processuais, exemplificando, no campo das provas, o requerimento de um número exorbitante de meios instrutórios, ou quando uma parte impede o adversário ao exercício do direito à prova, ou utiliza provas obtidas de maneira imprópria ou ilícita e, no âmbito das impugnações, quando apresenta um recurso infundado e de qualquer modo com tal pretexto, ou se inicia uma execução sem fundamento. *L'abuso del processo*, v. II, p. 132/133.

⁶⁹ Cf. DIDONE, Antonio. Op. cit., p. 130-137. KOJIMA, Takeshi. *A planetary system of justice – conceptualizing the relationship between litigation and ADR*, p. 452-457. NEIL, Andrews. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. p. 27-31.

Luigi Paolo Comoglio apresenta reflexões sobre as cautelas no emprego da conciliação e mediação no âmbito da justiça civil italiana, em especial no tocante à imparcialidade do juiz e à observância também pelos defensores dos parâmetros fundamentais da retidão, lealdade e probidade. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*, p. 97-98.

⁷⁰ Como observado por Rodolfo de Camargo Mancuso, um dos motivos da crise numérica dos processos esteja na “cultura demandista, em boa parte acarretada por uma leitura ufanista e irrealista do acesso à Justiça e pelo corolário desestímulo aos outros meios auto e heterocompositivos”. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 54.

5. Considerações finais

Evidencia-se o risco de que as decisões em torno do descumprimento da garantia da duração razoável proferidas pela Corte Europeia não possam se traduzir na plena efetividade da prestação jurisdicional, se confinadas apenas como remédio pedagógico e profilático, seja sob o ponto de vista da conjugação de todos os elementos do justo e equo processo, representados pela celeridade, segurança jurídica e justiça das decisões, ou, ainda, em termos da própria implementação dos pronunciamentos, caso não removidas as profundas raízes, remontando-se inclusive a passados distantes, sobre as quais se encontram fincados os fundamentos do fenômeno da lentidão do processo da atualidade.

É inafastável, no trato com o processo, o compromisso com a diligência, que é elemento indissociável, sob pena de se sucumbir a equívocos, o que resume a ideia de efetividade compreendida na necessidade de atentar aos valores contrastantes e simultâneos da celeridade e segurança, cuja duração dos trabalhos poderá exigir maior quantidade de tempo, de acordo com, além de eventuais questões de ordem extraprocessual, as diversas circunstâncias da causa levada à apreciação, tais como a sua complexidade, a sua natureza, a quantidade de sujeitos parciais, a extensão da atividade probatória, a possibilidade de interposição de recursos e a dificuldade na efetivação de medidas de execução.

Analisado o tema da efetividade do processo nos seus desdobramentos, a duração razoável é mais um dos aspectos a serem hauridos, de maneira que, para a realização do escopo em sua plenitude, é indispensável o concurso de esforços e a atuação de todos que não só intervêm diretamente no processo em concreto (sujeitos processuais), mas também daqueles que contribuem, mesmo que de forma reflexa, na definição da quantidade numérica, a duração, a qualidade do julgamento e o cumprimento das decisões, isto é, a própria eficiência, na sua integridade, do instrumento estatal de realização de justiça.

Diante do exposto, conclui-se que a tentativa incessante de debelar, isoladamente, o inimigo traduzido pela excessiva duração de feitos judiciais, tal como a busca do lendário Santo Graal empreendida na Idade Média, não pode se transformar na panaceia para todos os males que afligem a atividade jurisdicional, senão mais um passo para a evolução da ciência do direito e, nessa empreitada, a experiência jurisprudencial europeia, sobretudo por obra da Corte supranacional de Strasbourg, na sua tarefa de harmonização do direito comunitário, embora tenha exibido nos últimos tempos um *quantum leap* em relação aos casos submetidos, vem ratificar o longo caminho ainda a ser trilhado em direção à plena efetivação dos direitos fundamentais.

Referências

- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Temas de Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. III.
- BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, v. 27, São Paulo, 1982.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentil Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Néelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 128-159.
- _____. GARTH, Bryant. *Access to Justice*. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1960. v. I.
- CITATI, Alessandra; ZAMBRANO, Valentina. *Convergenze e divergenze tra la giurisprudenza italiana ed europea in materia di ragionevole durata del processo e di diritto all'equo indennizzo*. p. 121-154. Disponível em: <<http://www.sioi.org/media/Gruppo-Ricercatori/7.Convergenze%20e%20divergenze%20tra%20la%20giurisprudenza%20italiana%20ed%20europea%20in%20materia%20di%20ragionevole%20durata%20del%20processo%20e%20di%20diritto%20allequo%20indennizzo.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2013.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 72-98, set. 2007.
- _____. *I modelli di garanzia costituzionale del processo: studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994. v. I, p. 297-381.
- _____. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*. Padova: CEDAM, 2000. v. II.
- DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010.
- DIDONE, Antonio. *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

DI NICOLA, Francesco de Santis. *Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell' "équa riparazione" per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*. Disponível em: <<http://www.studiolegalegiovanniromano.it/includes/php/scaricaFile.php?codice=22>>. Acesso em: 3 de setembro de 2013. p. 1-52.

EDEL, Frédéric. *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007. (Human Rights files, n. 16).

FALLETTI, Elena. *Il dibattito sulla ragionevole durata del processo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e lo Stato italiano*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 33, nº 101, p. 335-369, mar. 2006.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965.

FRANÇA. European Court of Human Rights. *2003 Annual Report*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2004.

_____. European Court of Human Rights. *2012 Annual Report*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2013.

GARTH, Bryant G. Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective. In: STUDI in onore di Vittorio Denti. Padova: CEDAM, 1994. v. II, p. 159-179.

GASPARDY, Ladislao. I tempi del processo civile nell'ordinamento ungherese contemporaneo. In: STUDI in onore di Vittorio Denti. Padova: CEDAM, 1994. v. II, p. 181-207.

GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa*. Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_2830.doc>. Acesso em: 26 ago. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. t. I.

HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*. 3. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

KOJIMA, Takeshi. *A planetary system of justice - conceptualizing the relationship between litigation and ADR*. Studi in onore di Vittorio Denti. Padova: CEDAM, 1994. v. I, p. 449-466.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. I.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Coord. Juan Montero Aroca), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

NALINI, José Renato. Tema irrelevante. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110307/not_imp688787,0.php>. Acesso em: 29 ago. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *A Lógica jurídica e a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Puppi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*. *Revista USP*, n. 21, mar./abr./mai. 1994, p. 34-45.

TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 150/169, out./dez. 1999.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. In: STUDI in memoria di Ângelo Bonsignori. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2004. t. I, p. 713-736.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. *Revista de Processo*, nº 43, jul./set. 1986.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.128-135.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 684-690.

A Conciliação e a Mediação no novo Código de Processo Civil e nas Leis n. 13.129/2015 e 13.140/2015

Ricardo Cunha Chimenti¹

Juiz substituto em segundo grau do TJSP

1. A construção do novo Código de Processo Civil

Este trabalho foi redigido com base na redação do novo Código de Processo Civil e sob a luz da evolução legislativa que parte do Projeto de Lei do Senado Federal 166/2010 (casa iniciadora do novo CPC) e passa pelo Projeto de Lei n. 8.046/2010 da Câmara dos Deputados (que introduziu diversas emendas no Projeto de Lei n. 166/2010, do Senado Federal). Considerou, ainda, as mudanças implementadas na Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) pela lei n. 13.129/2015 e a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação.

Em razão das emendas efetivadas pela Câmara dos Deputados no Projeto de Lei originário do Senado Federal, o Projeto nela aprovado passou a ser denominado **substitutivo** da Câmara dos Deputados, e retornou para o Senado Federal conforme determina o parágrafo único do artigo 65 da Constituição Federal.

No Senado Federal o substitutivo da Câmara dos deputados teve preferência na votação sobre o projeto originário do Senado e assim foram positivadas as normas a seguir analisadas, conforme Lei n. 13.105, publicada em 17 de março de 2015.

Os temas, contudo não novos no Brasil.

Arbitragem, Conciliação e Justiça de Paz eram temas assim disciplinados na Constituição do Império (1824):

Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

¹ O autor é Juiz Substituto em segundo grau do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor da Escola Paulista da Magistratura, da Universidade Mackenzie e do Complexo Educacional Damásio de Jesus. Foi coordenador do Centro de Conciliação do Fórum Central de São Paulo, do Juizado Itinerante Permanente do Estado de São Paulo, do Juizado Especial Cível Central e de diversos Anexos Universitários de Juizados Especiais. Também atuou como Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, da Direção da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP. É autor de obras jurídicas.

Do preâmbulo da CF/1988, ademais, se extrai:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

2. A Conciliação e a Mediação no novo Código de Processo Civil

O art. 3º do novo CPC, em reforço ao que já estabelece o inciso XXXV do art. 5º da CF, dita que: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

E nos seus §§ 2º e 3º estabelece que:

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ao tratar dos poderes e deveres do Juiz, o novo CPC traz as seguintes previsões pertinentes à conciliação e à mediação:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

...

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - ...

A autocomposição pode ser direta (ou bipolar), a exemplo da negociação, ou indireta (ou triangular), a exemplo da conciliação e da mediação.

Já no ano de 1986, Cândido José Dinamarco² lecionava que:

Conforme ensinamento tradicional e prestigioso na teoria do direito, a autocomposição pode dar-se: a) mediante inteira submissão do

² *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1986. p. 77-78.

réu à pretensão do autor, declarando-se disposto a satisfazê-la sem (mais) opor-lhe resistência e sem discutir quaisquer pontos de fato ou de direito relativos a ela (reconhecimento do pedido); b) mediante renúncia do autor ao seu alegado direito, para deixar de ser credor se antes o era e fazer com que assim se extinga qualquer nexo jurídico-substancial que eventualmente o ligasse ao réu em torno do objeto do litígio; c) mediante mútuas concessões entre as partes, declarando-se o réu disposto a satisfazer parcialmente a pretensão do autor, contanto que este renuncie a impô-la por inteiro, e declarando-se o autor pronto a essa renúncia parcial (transação).

Finalmente, em caso de se entenderem as partes para a mera desistência da ação pelo autor, ter-se-á a extinção do processo sem julgamento do mérito, ou seja, extinção do processo apenas, sem a do conflito em si mesmo; o crédito eventualmente existente perdurará e também o seu poder de voltar à liça, em novo processo (a ação não fica extinta: cfr. CPC 267, inc. VIII, e 268). Essa não é a conciliação ideal, mas em alguns casos poderá ser a possível e talvez satisfatória para pacificar ao menos temporariamente os litigantes e deixar por conta do tempo a consolidação da cura.

3. O mediador e o conciliador

Há distinções entre o mediador e o conciliador. O mediador é um facilitador que estimula as partes a encontrar uma solução harmônica para o litígio, enquanto o conciliador tem papel mais propositivo, e quando necessário oferece às partes alternativas por ele próprio desenvolvidas para a solução do litígio.

Ao dispor sobre os auxiliares da Justiça, o novo CPC estabelece que:

Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias (sublinhei).

Ao incluir conciliadores e mediadores judiciais (devidamente cadastrados) entre os auxiliares da Justiça, o novo CPC garante presunção relativa de veracidade aos atos por ele praticados.

Na sequência, em seu artigo 165 o novo código estabelece:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015, “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Somente o conciliador e o mediador judicial (cadastrados na forma do *caput* do art. 167 do novo código e que recebam processos por distribuição oficial na forma do § 2º do mesmo artigo) é *Auxiliar da Justiça*.

De acordo com o art. 11 da Lei n. 13.140/2015, poderá atuar como *mediador judicial* a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Por outro lado o art. 9º da Lei n. 13.140/2015 dita que “Poderá funcionar como mediador *extrajudicial* qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

Naqueles aspectos em que o NCPD (que somente entra em vigor em março de 2016) conflitar com a Lei de Mediação (que entra em vigor no mês de dezembro de 2015), sem a possibilidade de uma interpretação razoável sob a luz do Diálogo das Fontes, prevalecerá a Lei de Mediação. Ou seja, há disposições do NCPD que serão derogadas ou ab-rogadas antes mesmo de sua vigência, circunstância que no passado já foi apreciada pelo C. Supremo Tribunal Federal ao decidir via *Habeas Corpus* conflito entre norma do ECA (Lei n. 8.069/1990) e da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990). Prevaleceu que uma norma pode ser revogada durante a sua *vacatio legis* em decorrência da vigência de outra lei nova naquele período (HC/STF 81.453).

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Em seu artigo 7º, a Resolução 125 estabelece que os Tribunais devem possuir Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os quais são responsáveis, essencialmente, pela formulação da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, pela instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e por incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos.

Os Núcleos poderão estimular, também, programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial.

O conciliador tem postura mais intervencionista e sugere alternativas que visam superar conflitos entre aqueles que não mantinham vínculos anteriores ao conflito. O mediador trabalha para que aqueles que mantinham vínculos anteriores ao conflito encontrem uma solução conciliatória para a superação de seus conflitos.

Ao estipular que em casos excepcionais as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores, o novo CPC apenas prioriza a realização de tais sessões em ambiente próprio designado pelo respectivo Tribunal (o qual pode ser montado sob a luz de uma arquitetura propícia para uma solução conciliada do conflito), em detrimento da sala de audiências do Juiz (ambiente normalmente mais formal).

O inciso V do artigo 139 do novo código deixa claro que ao juiz sempre é possível promover a autocomposição, com o auxílio de conciliadores e mediadores. Ou seja, a atividade não passa a ser privativa de conciliadores e mediadores, que são auxiliares do juízo.

4. Princípios informadores da mediação e da conciliação

O artigo 166 do novo CPC explicita os princípios informadores da mediação e da conciliação, nos seguintes termos:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

O artigo 2º da Lei n. 13.140 acrescenta que a mediação também deverá observar os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé.

O anexo III da Resolução 125 do CNJ, ao estabelecer o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, explicita o conteúdo de diversos dos princípios expostos neste artigo 167, nos seguintes termos:

Independência – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

Autonomia da vontade – dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

Confidencialidade – dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese. De acordo com o art. 7º da Lei n. 13.140/2015, “O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador”;

Decisão informada – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

A **oralidade** e a **informalidade**, por outro lado, são princípios extraídos do Sistema dos Juizados Especiais, berço originário e maior da conciliação. De acordo com o artigo 2º da Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais, “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Pelo princípio da Oralidade somente os atos essenciais serão registrados por escrito.

O princípio da Informalidade orienta que os atos processuais sejam considerados válidos sempre que atingirem as finalidades para as quais forem realizados, não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo devidamente demonstrado.

5. Habilitação e Impedimentos dos conciliadores e mediadores

Dita o artigo art. 167 do novo CPC:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular mínimo definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, e para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Este artigo 167 do novo código cria um cadastro de conciliadores e mediadores que nele serão inseridos após preencherem o requisito de capacitação mínima. O Projeto de Lei originário do Senado federal trazia regra que garantiria maior segurança ao destinatário do serviço, pois somente permitia a inserção no registro de conciliadores e mediadores daqueles que preenchessem o requisito da capacitação mínima e mais os requisitos exigidos pelo respectivo Tribunal.

A fim de vedar o acesso de pessoas inidôneas no registro de conciliadores e mediadores, que passam a ser auxiliares da Justiça, há que se permitir que cada Tribunal afira a idoneidade do interessado. Ademais, a regra que impõe a participação do Ministério da Justiça na definição do parâmetro curricular de alguém que atuará como auxiliar da Justiça é de duvidável constitucionalidade.

A partir da inserção no cadastro é que conciliadores e mediadores passarão a receber as causas em que atuarão, por meio distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Os dados essenciais sobre as atividades desenvolvidas por cada conciliador serão publicados periodicamente.

O texto final do novo CPC reduz as restrições previstas no PLS 166/2010, em forma de impedimentos, quanto ao exercício da advocacia pelos mediadores e conciliadores. Enquanto o PLS 166/2010 ditava que o impedimento se dava no âmbito da competência do respectivo Tribunal, o que atingiria todo um Estado (Justiça Estadual) ou toda uma Região (Justiça Federal), o novo CPC traz que os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções.

Impedimento é a proibição parcial do exercício da advocacia, a exemplo do advogado de uma autarquia que não pode exercer a advocacia contra o ente público que o remunera, mas pode promover ações contra outras pessoas.

Incompatibilidade é a proibição total do exercício da advocacia, ainda que em causa própria, a exemplo das limitações impostas aos Magistrados (membros do Poder Judiciário).

O Conselho Federal da OAB, no Processo OE 031/95, Ementa 07/99/COP, julgado de 17-5-1999, entendeu que a função de conciliador implica incompatibilidade quanto ao exercício da advocacia e não simples impedimento. Sempre entendemos que a decisão é equivocada e viola o disposto no inciso XIII do art. 5º da CF.

A OAB de São Paulo, por sua vez, acertadamente concluiu que o exercício da função de conciliador, como tal definido na Lei n. 9.099/95, e com as características específicas inerentes aos Juizados Especiais do Estado de São Paulo (onde o serviço ainda é voluntário), não é incompatível com o exercício da advocacia, ressalvada a existência de impedimento ético, ou seja, deverá o conciliador abster-se de advogar no juízo onde exerça sua função (Parecer de 14-4-2000, rel. o advogado Miguel Alfredo Malufe Neto, aprovado em 14-5-2001). Nesse sentido, também já se posicionou o C. STJ, no julgamento do REsp 380.176.

De acordo com o Enunciado 40 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), “o conciliador ou o juiz leigo não está incompatibilizado nem impedido de exercer a advocacia, exceto perante o próprio Juizado Especial em que atue ou se pertencer aos quadros do Poder Judiciário”.

O dispositivo em comento também explicita que a função de conciliador e mediador não é privativa de advogado ou de bacharel em direito.

6. A liberdade de escolha do mediador ou do conciliador pelas partes

Dita o artigo 168 do novo CPC:

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

O artigo em comento diz respeito à escolha de conciliadores e mediadores pelas partes, ou seja, quando já está em curso uma ação judicial. O artigo 175 do novo código, adiante comentado, prevê a conciliação extrajudicial.

A escolha do conciliador ou do mediador mediante consenso das partes, ainda que não esteja ele habilitado junto ao Tribunal, traduz uma reprodução parcial do § 1º do

artigo 13 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), segundo o qual “As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”.

O árbitro, contudo, não se limita a conduzir conciliações. É ele o juiz de fato e de direito, não estando sua sentença sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei n. 9.307/96).

Os artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, na redação da Lei n. 13.129/2015, ampliam os poderes dos árbitros e lhes permite até mesmo a concessão de medidas cautelares ou de urgência, nos seguintes termos:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

O *caput* do art. 22-B padece de inconstitucionalidade e viola a lógica do inciso XXXV do artigo 5º da CF/1988, pois retira do Estado-Juiz princípio básico de direito público pelo qual a palavra dada pelo Estado-Juiz sobre determinado tema é que obriga os particulares, e não o inverso. Sequer emenda constitucional tendente a abolir a independência do Poder Judiciário é aceita em nosso ordenamento jurídico (§ 4º do art. 60 da CF).

7. A remuneração dos conciliadores e dos mediadores

Dispõe o artigo 169 do novo CPC:

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

O art. 13 da Lei n. 13.140/2015, por outro lado, estabelece que “A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei”. O § 2º do art. 4º aqui referido estabelece que aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

Em São Paulo a Lei Estadual n. 15.804, de 22 de abril de 2015, estabeleceu abono variável, de caráter indenizatório, correspondente a duas UFESPs/hora, até 16 horas semanais. Cada UFESP, em agosto de 2015, correspondia a R\$ 21,25, circunstância que permite indenização de até R\$ 2.720,00 por mês.

Em atenção aos princípios da moralidade e da impessoalidade que regem a administração pública (art. 37 da CF), penso que na hipótese de serviço remunerado deve ser observada a inteligência do § 3º do artigo 7º do Provimento n. 22 da Corregedoria Nacional de Justiça, o qual explicita que “Os conciliadores e juizes leigos, quando remunerados ou indenizados a qualquer título, serão recrutados por meio de processo seletivo público de provas e títulos, observados os princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal”.

Da análise conjunta do *caput* do art. 167 e do § 1º do art. 168 deste código extrai-se que o conciliador ou o mediador que atuam de forma autônoma não estão sujeitos a credenciamento obrigatório junto aos Tribunais e ao CNJ, mas as Câmaras Privadas de conciliação e mediação judicial somente podem atuar após o prévio cadastramento.

A contraprestação prevista no § 2º deste artigo 169 é de duvidável constitucionalidade, pois em contrariedade ao que dispõe o artigo 3º do Código Tributário Nacional (pelo qual o tributo é uma prestação pecuniária), institui (por lei ordinária e não por lei complementar cf. exige o art. 146 da CF/1988) uma espécie de taxa para pagamento *in labore*.

8. Declaração de Impedimento pelo Conciliador ou Mediador. A impossibilidade temporária

Sobre a declaração de impedimento do conciliador ou mediador, assim estabelece o art. 170 do novo código:

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

De acordo com o artigo 5º da Resolução n. 125 do CNJ, “Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os motivos de impedimento e suspeição dos juizes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e a substituição daqueles”.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei n. 7.087/2006, que culminou na edição da Lei n. 12.153/2009 (que dispõe sobre os Juizados da Fazenda Pública e dá ampla dimensão às atividades dos conciliadores), consta que os conciliadores “simbolizam a participação popular na administração da Justiça, uma das singularidades do Estado Democrático de Direito”. Daí a relevância da certeza de sua imparcialidade.

O artigo 171 do novo CPC, por sua vez, trata da impossibilidade temporária nos seguintes termos:

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Trata-se de dever de zelo inerente a todos aqueles que prestam serviços públicos. Impõe-se ainda, no que couber, os deveres previstos no artigo 116 da Lei n. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos da União).

O artigo 172, por sua vez, impõe uma espécie de quarentena moral aos conciliadores e mediadores, nos seguintes termos:

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

O artigo 7º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores, anexo da Resolução n. 125 do CNJ, sem estabelecer prazo final para o impedimento, já estabelecia previsão similar, do seguinte teor: “O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução”.

E a fim de dar eficácia aos preceitos éticos, o artigo 173 dita que:

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

O art. 8º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores também impõe que a condenação definitiva em processo criminal resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional. Penso que as restrições impostas pela Resolução devem ser lidas sob a luz do artigo 92 do Código Penal e do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

9. A solução consensual dos conflitos no âmbito administrativo

A previsão do art. 174 do novo CPC complementa o que já estava previsto nas leis 10.259/2001 (Juizados Federais) e 12.153/2009 (Juizado da Fazenda Pública), as quais já autorizam a conciliação entre o particular e a administração pública, nos termos e nas hipóteses previstas na lei de cada ente da federação. Dita o artigo:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criam câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

No mesmo sentido o Capítulo II da Lei n. 13.140/2015, que reserva nove artigos (art. 32/40) para a autocomposição dos conflitos nos quais seja parte pessoa jurídica de direito público e prevê que a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição (art. 34), ressalvadas as matérias tributárias cuja suspensão da prescrição permanece sob a regência do CTN.

Penso que as disposições em comento são normas continuáveis e não exaurientes, circunstância que demandará a edição de leis federais, estaduais e municipais específicas para a viabilização de acordos. Lei exauriente é aquela cuja vigência é suficiente para a produção dos efeitos aos quais se destina, enquanto lei continuável é aquela que, mesmo vigente, ainda necessita de uma norma continuativa para atingir seu objetivo.

De acordo com os § 1º e 2º da Lei n. 9.307/1996, inseridos pela Lei n. 13.129/2015, a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. E a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

O § 3º do artigo 2º da Lei n. 9.307/1996, também decorrente da Lei n. 13.129/2015, de forma positiva estabelece que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Quanto ao tema, também é importante destacar que a proposta de conciliação não deve ser interpretada como confissão, mas, sim, como concessão capaz de solucionar um litígio. Nesse sentido:

Enunciado 76 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF): “A apresentação de proposta de conciliação pelo réu não induz a confissão”.

Outra regra importante sobre os acordos está no art. 850 do Código Civil de 2002, segundo o qual “É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”.

O artigo 175 do novo CPC, por sua vez, dita que são possíveis outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais (a exemplo das bem-sucedidas experiências dos Procons) ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, nos seguintes termos:

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

O inciso IV do art. 784 do NCPC traz que entre os títulos extrajudiciais está o 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.

Já o artigo 20 da Lei n. 13.140/2015, ao tratar das disposições comuns à mediação judicial e extrajudicial (e o mediador extrajudicial não depende de cadastro junto ao Tribunal), dita que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. E seu parágrafo único estabelece que o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

10. O novo rito do processo de conhecimento

O artigo 334 do novo código estabelece que:

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 trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data da realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

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

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

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

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poder para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

No que pertine à mediação *extrajudicial*, o artigo 10 da Lei n. 13.140/2015 estabelece que as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. E seu parágrafo único dita que comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Não se pode esquecer, contudo, que art. 277 do CPC/1973 também traz disposição pela qual o juiz designará audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, norma que por vezes era mitigada no interesse da celeridade do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988).

O art. 335 do novo código, por sua vez, dita que:

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 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 apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação do despacho que homologar a desistência.

A Constituição do Império exigia que fosse tentada a reconciliação prévia entre as partes como pré-requisito para se dar início a algum processo, reconciliação que era conduzida pelo juiz de Paz, eleito da mesma forma que os vereadores.

Castro Nunes³ ensina que o objetivo maior da Justiça de Paz é:

Permitir aos Estados, na modelação de seus aparelhos, utilizar-se de uma forma de colaboração que, em nosso País, dada a sua extensão territorial, terá nisso uma razão de ser, porque o Juiz de Paz é a Justiça em cada distrito, ao pé da porta dos moradores de cada localidade, para as pequenas demandas que exijam solução pronta e abreviada nas formas processuais.

Como indica a própria denominação, a Justiça de Paz corresponde ao juízo de conciliação, visa harmonizar as partes, evitando demandas.

Costa Manso⁴, porém, adverte que “o caráter liberal da instituição obliterou-se inteiramente. Hoje o Juiz de Paz, em regra, é um instrumento da política local e, portanto, um instrumento da opressão. Nem é mais Juiz, nem é da paz”.

Felipe Augusto de Miranda Rosa, na pesquisa denominada “Justiça de Paz - uma instituição desperdiçada”⁵, cujo trabalho de campo foi desenvolvido nas cidades fluminenses de Campos, Nova Friburgo, Nova Iguaçu e Volta Redonda, após destacar que nos locais marginalizados ou distantes geograficamente dos Tribunais os conflitos são resolvidos por mecanismos outros que não o aparelho judicial, relata que:

³ *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 511.

⁴ Posição citada pelo Desembargador Antônio Carlos Alves Braga, Corregedor de Justiça do Estado de São Paulo nos anos de 1994 e 1995, em trabalho publicado no *DOE - Poder Judiciário*, caderno 1, seção XXIII, de 6/10/1995.

⁵ Separata da *Revista de Jurisprudência do TJ RJ*, ano XX, 2ª fase, 1981, n. 46.

a virtual inexistência ou virtual inoperância de certos mediadores que se suponha serem muito atuantes, constituiu um dado relevante, cuja interpretação adequada exige e aguarda novos estudos específicos.

Nesse caso está a Justiça de Paz. Em momento algum da coleta de dados, no trabalho de campo realizado nas quatro localidades referidas e região circunvizinha, foi percebida qualquer referência à ação conciliatória dos juizes de paz. Ora, mesmo diante da constatação de que o quadro de juizes de paz está desfalcado em todo o Estado, da não renovação oportuna dos mandatos periódicos dos que existiram e não nomeação de novos, seria de se supor que na referência a fatos passados, algumas observações remetessem os pesquisadores a intervenções de juizes de paz, no exercício justamente dessa função pacificadora que é um pressuposto de sua denominação, e que se constitui numa conciliação dos interesses divergentes (que configura mediação no sentido estrito. O fato chamou a atenção precisamente pela sua contradição ao que seria razoável esperar.

Já na vigência da CF de 1988 se buscou reintroduzir em nosso ordenamento jurídico uma tentativa de conciliação prévia pré-processual obrigatória, de forma que a reclamação trabalhista tivesse o seu processamento condicionado à prova de que o litígio havia sido previamente submetido a uma Comissão de Conciliação prévia da empresa ou do sindicato da categoria (art. 625-D da CLT na redação da Lei n. 9.958/2000).

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que demandas trabalhistas podem ser submetidas ao Poder Judiciário antes que tenham sido analisadas por uma comissão de conciliação prévia. Para os ministros, esse entendimento preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça. A decisão é liminar e vale até o julgamento final da matéria, contestada em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2139 e 2160). Sete ministros deferiram o pedido de liminar feito nas ações para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 625-D da CLT, que obrigava o trabalhador a primeiro procurar a conciliação no caso de a demanda trabalhista ocorrer em local que conte com uma comissão de conciliação, seja na empresa ou no sindicato da categoria. Com isso, o empregado pode escolher entre a conciliação e ingressar com reclamação trabalhista no Judiciário.

Para Ayres Britto, a solução dada pelo Plenário “estimula a conciliação e mantém uma tradição da Justiça Trabalhista de tentar a conciliação, sem sacrificar o direito universal de acesso à jurisdição [pelos cidadãos]”.

Ele lembrou voto do ministro Marco Aurélio no sentido de que, quando a Constituição quer excluir uma demanda do campo de apreciação do Judiciário, ela o faz de forma expressa, como ocorre, por exemplo, na área desportiva. Nesse caso, o ingresso no Judiciário somente pode ocorrer após se esgotarem as instâncias da Justiça Desportiva (parágrafo 1º do artigo 217).

Último a se pronunciar sobre a matéria, o ministro Cezar Peluso disse que a decisão do Supremo está na “contramão na história”. Segundo ele, o dispositivo da CLT não representa bloqueio, impedimento ou exclusão do recurso à universalidade da jurisdição:

Eu acho que, com o devido respeito, a postura da Corte, restringindo a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação, está na contramão da história, porque em vários outros países hoje há obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário não tem dado conta suficiente da carga de processos.

Para ele, a regra da CLT representa “simplesmente uma tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente”. “As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social”, concluiu.

A conciliação prevista no artigo 334 do novo CPC é designada após o ajuizamento da ação, ou seja, não estabelece indevida restrição de acesso ao Poder Judiciário. E o § 10 deste artigo 334 deixa claro que a parte não está obrigada a comparecer pessoalmente às audiências, podendo constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Sob o aspecto procedimental o novo CPC posterga o termo inicial da contagem do prazo para a contestação para o final da fase conciliatória, de forma a bem evitar que os demandados sejam obrigados a comparecer armados de contestação a uma audiência que busca uma alternativa não litigiosa de solução do conflito.

No PLS 166/2010 bastava que uma das partes manifestasse desinteresse para que a tentativa de conciliação fosse dispensada. O novo CPC, porém, traz que a dispensa da tentativa inicial de conciliação, nas hipóteses em que ela é juridicamente possível, depende de expressa manifestação de todas as partes envolvidas na questão.

Para a hipótese de ausência de uma das partes à tentativa de conciliação o novo CPC impõe consequência (multa) menos gravosa do que aquela prevista pelo § 2º do artigo 277 do CPC/1973, que autoriza sejam reconhecidos como verdadeiros os fatos alegados na petição inicial caso o réu deixe de comparecer injustificadamente à audiência de tentativa de conciliação nos processos submetidos ao procedimento sumário.

11. Experiências quanto às vias alternativas de solução dos litígios em Portugal, Moçambique, Cabo Verde e na França

Portugal aprovou a Lei n. 78, de 13 de julho de 2001, que prevê a criação de Julgados de Paz, com áreas territoriais limitadas aos conselhos ou freguesias, com competência para decidir questões de até, aproximadamente, R\$ 10.000,00. O juiz de Paz não é togado, sendo eleito pelos membros da Assembleia Municipal da localidade que irá servir, conforme lista de bacharéis em direito previamente selecionados pelo Conselho Superior da Magistratura.

Leciona a Magistrada portuguesa Ana Carolina Veloso Gomes Cardoso⁶ que “ao lado do juiz de Paz funciona uma pré-instância de mediação obrigatória, a ser exercida por mediadores”.

⁶ Boletim do III Encontro de Magistrados de Língua Portuguesa, Associação dos Magistrados Brasileiros, 2001.

O pedido pode ser apresentado por escrito ou oralmente, e não é obrigatória a constituição de advogado. Havendo acordo, este será homologado pelo juiz de Paz. Ausente o autor, extingue-se o pedido com base na desistência. Ausente o réu, presume-se confessados os fatos alegados pelo autor.

Não havendo acordo, é designada a audiência de julgamento, podendo cada uma das partes se fazer acompanhar de cinco testemunhas. Havendo necessidade de perícia, o processo é encaminhado para o Juízo Comum da Comarca.

Da sentença do juiz de Paz cabe recurso para o juiz togado da Comarca.

Em Moçambique, que já contou com Tribunais Populares de bairros e aldeias durante sua experiência socialista, a estrutura judiciária oficial não alcança grande parte do país, sendo substituída informalmente por Tribunais Comunitários que julgam de acordo com o direito consuetudinário. Leciona a Magistrada Vitalina Papadakis⁷ que “raramente os litígios das comunidades são resolvidos em instâncias como a Polícia e os Tribunais, sendo resolvidas pela própria comunidade”. Os principais problemas resolvidos pelas instâncias informais são os relativos à posse de terras, pequenos furtos, problemas conjugais, comercialização agrícola e feitiçaria.

Em Cabo Verde, a primeira Lei de Organização Judiciária pós-independência (Lei n. 35, de 16 de outubro de 1975) instituiu os Tribunais de Zona, compostos por três a cinco juízes eleitos e que se destinavam a julgar causas cíveis e criminais de menor complexidade. Contudo, conforme leciona Manuel Alfredo Monteiro Semedo⁸:

Com o advento do pluripartidarismo foram extintos os Tribunais de Zona, transferindo e repartindo as suas competências para os tribunais regionais e sub-regionais; tal ficou a dever-se ao facto de os Tribunais de Zona serem integrados por militantes partidários ou milicianos.

Na França, desde 1976 há a figura do conciliador, pessoa idônea, não necessariamente de formação jurídica, que atua sem remuneração em local que lhe é reservado pela Municipalidade. Conforme ensina Felipe Augusto de Miranda Rosa⁹:

Em verdade, as motivações para a criação da figura do conciliador estão vinculadas principalmente à maior facilidade de acesso, pela inexistência de formalismos; à intenção de aliviar o parelho judiciário de litígios para os quais o recurso aos tribunais parece desproporcionado; remediar o vazio provocado pelo desaparecimento dos juízes de paz e, sobretudo, baixar o grau dos conflitos de pequena monta capazes, entretanto, de gerar conflitos mais graves.

⁷ Boletim do III Encontro de Magistrados de Língua Portuguesa.

⁸ Boletim do III Encontro de Magistrados de Língua Portuguesa.

⁹ Separata da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ano XX, 2ª fase, n. 46, 1981.

12. Ferramentas úteis para a conciliação e a mediação

Da primeira apostila de treinamento de conciliadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, elaborada pelos servidores Fábio Pacheco Dutra e Nelson Gonçalves, e por mim revisada, extraímos as seguintes ferramentas para o incentivo da conciliação e da mediação:

Recontextualização ou parafraseio – repetir o que a pessoa disse, usando outras palavras, enfatizando os pontos positivos, incluindo todas as pessoas. Permitindo que ouçam suas histórias contadas por um terceiro neutro e imparcial. Exemplos: “Então você está me dizendo que...”, “Deixe-me ver se eu lhe entendi bem...”

Audição de propostas implícitas – As partes de uma disputa normalmente propõem soluções sem perceber que, na verdade, estão fazendo isso, busca o conciliador tornar essas propostas mais explícitas às partes.

Afago ou reforço positivo (tratar com consideração).

Silêncio (quando a resposta for insatisfatória faça perguntas e espere – não ação) – O silêncio muitas vezes cria a impressão de um impasse, que o outro lado sente-se compelido a romper, seja respondendo a sua pergunta seja formulando uma nova sugestão.

Troca de papéis (gerar percepções recíprocas das razões do outro) - “Como é que você se sentiria se alguém procedesse assim com você?” “Como você teria agido se estivesse no lugar dele?”... Esclarece-se que esta ferramenta quando utilizada deve ser explicada às partes.

Geração de opções de ganho mútuo (para facilitar o recuo das posições) – Amplia significativamente o campo de análise do conflito e abre aos interessados outras opções para solucioná-lo.

Normalização (demonstração implícita de que conflitos são naturais)

Organização de questões e interesses (concentrar-se nos interesses, não nas posições) – Um interesse pode ser definido como algo que a parte almeja alcançar ou obter. No processo de conciliação, serão apresentados os mais variados interesses – independente de estes serem ou não juridicamente tutelados ou protegidos. O conciliador, diante de tantas informações, terá de fazer o possível para conciliar os interesses de modo a possibilitar um consenso. Os interesses, antes de iniciada a conciliação, estão em conflito (divergência). O conciliador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, e, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca das partes, o aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo.

O papel do conciliador é de facilitador e de filtro de informações. Por isso, deverá ele auxiliar as partes, esclarecendo, fazendo troca de papéis, resumindo o conflito, permitindo, desse modo, que as partes tenham uma visão mais ampla de todo o conflito e, por decorrência, dos interesses e das questões.

Enfoque prospectivo (gerar visualização de condições de construir o futuro) – As partes devem olhar para frente e não para trás, pois atenderão melhor seus interesses se falarem sobre onde gostariam de chegar, em vez de discutir com a outra parte sobre o passado.

Possibilidade de sessões individuais – são sessões privadas que, às vezes, poderão ser importantes para que a parte exprima fortes interesses sem aumentar o conflito, ou para eliminar uma comunicação improdutiva (seja por timidez, ânimos acirrados, entre outros).

Perguntas orientadas a soluções – No processo de conciliação, o conciliador deve buscar apenas as informações que precisa para compreender quais são os pontos controvertidos, quais são os interesses das pessoas envolvidas e quais sentimentos precisam ser endereçados para que as questões possam ser resolvidas a contento.

De igual forma, o conciliador deve ter cautela na formulação de perguntas. Em determinadas situações, ser direto ou indireto demais pode dar causa a uma desconfiança quanto à sua parcialidade ou mesmo competência na compreensão do problema.

Primeiras reflexões sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica

*Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo*¹
Advogado

1. Introdução

O novo Código de Processo Civil traz como uma de suas principais inovações o chamado “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, objeto de Capítulo próprio dentro do Título dedicado à intervenção de terceiros, com a seguinte redação:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A desconsideração da personalidade jurídica não é matéria nova no Direito Brasileiro. Sua aplicação jurisprudencial e seu tratamento doutrinário datam de quando vigorava o Código de Processo Civil de 1939.² Além disso, há várias hipóteses de desconsideração previstas nos diversos ramos do nosso direito material.³

A lacuna de que se ressentia o ordenamento jurídico brasileiro é a da *disciplina processual* da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que não há uniformidade na atuação dos diversos órgãos do Poder Judiciário quanto à forma de se apurar a existência dos fatos que podem dar ensejo à desconsideração e à sua decretação.

Por exemplo, não há consenso sobre a possibilidade de se decretar a desconsideração da personalidade jurídica de ofício; sobre a necessidade de abertura de oportunidade para o exercício do contraditório prévio pelo terceiro – o sócio ou a sociedade sobre cujos bens se quer estender a responsabilidade –; sobre a forma de defesa desse terceiro, se por embargos de terceiro ou por impugnação ao cumprimento de sentença ou por embargos do devedor; ou, ainda, sobre a natureza da decisão que acolhe ou rejeita o pedido de desconsideração da personalidade jurídica e, conseqüentemente, quanto ao recurso contra ela cabível.

Portanto, o que se pretende analisar neste breve artigo é se o incidente previsto no novo Código de Processo Civil está bem talhado para cumprir a função de que dele se espera e bem disciplinar o regime processual da desconsideração da personalidade jurídica.

² Na jurisprudência brasileira, a primeira notícia de desconsideração da personalidade jurídica no Brasil data de 1955, quando o então existente Tribunal de Alçada Civil de São Paulo considerou responsável o patrimônio da pessoa jurídica (no caso um hospital) por obrigações assumidas por seu acionista controlador em razão da existência de nítida confusão patrimonial entre ambos. Confira-se:

“Há, no caso, completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado [acionista] com o do embargante [sociedade], o que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. Trata-se de bens encontrado no apartamento do executado, que não apresenta justificativa aceitável; são bens que não podiam ser adquiridos para um hospital, como o embargante (televisão, vitrola e geladeira doméstica). (...) Há pessoas físicas que têm todo o seu patrimônio envolvido em diversas firmas. Individualmente nada possuem. (...) A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça” (TAC-SP, 2ª Câmara, Apel. 9247, rel. Des. Edgard de Moura Bittencourt (Revista dos Tribunais, n. 238, p. 393, ago. 1955).

Já na doutrina, a primeira vez em que o estudo da desconsideração da personalidade jurídica foi tratado no Brasil foi em 1969, quando Rubens Requião procurou sistematizar as teorias existentes no direito estrangeiro sobre o tema. (Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, n. 410, p. 12-24, dez. 1969). Em seguida, outras obras importantes foram surgindo, entre elas:

Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, São Paulo: RT, 1976; José Lamartine Corrêa de Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979; e Marçal Justen Filho, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, São Paulo: RT, 1987.

³ No direito material brasileiro, encontram-se vários casos de desconsideração da personalidade jurídica, entre os quais se destacam os previstos nos arts. 2º, 9º, 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho; nos arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional; no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; no art. 4º da Lei n. 9.605/1998; no art. 50 do Código Civil de 2002; no art. 34 da Lei n. 12.529/2011; e no art. 14 da Lei n. 12.846/2013.

2. Os reflexos da desconsideração da personalidade jurídica no plano do Direito Processual

Há mais de oito décadas, Francesco Carnelutti – em evolução à teoria da separação entre *Schuld und Haftung* de Aloys Von Brinz – demonstrou que a disciplina relativa à obrigação pertence ao plano do direito material e que a disciplina da responsabilidade patrimonial pertence ao campo do direito processual.⁴

Diz-se, com razão, que a pessoa se obriga e os bens de seu patrimônio respondem. É também o que expressamente prevê o art. 391 do Código Civil de 2002, ao dispor que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.⁵

Em outras palavras, pode-se dizer que, tão logo assumida a obrigação, esta projeta uma sombra sobre os bens do patrimônio do devedor, que servem de garantia genérica à satisfação do credor caso o devedor não cumpra voluntariamente sua obrigação.

Segundo ensina Dinamarco, tal responsabilidade patrimonial se divide “em duas proposições: a) todos os bens do devedor respondem por suas obrigações e b) somente os bens do devedor respondem por suas obrigações.”⁶

Entretanto, para cada uma dessas proposições, a regra geral admite exceção: a primeira consiste na existência de bens que, embora presentes no patrimônio do devedor, não respondem por determinadas obrigações;⁷ e a segunda consiste na existência de bens que, não obstante estejam presentes em patrimônio de terceiro, respondem por determinadas obrigações do devedor.⁸

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*. Padova: Cedam, 1932. v. 1, p. 68-70.

⁵ O art. 591 do CPC/1973 e o art. 789 do CPC/2015 contêm a mesma norma:

“Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

“Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 256.

⁷ São exemplos dessa situação os bens absolutamente impenhoráveis (arts. 650, CPC/1973 e 833, CPC/2015), o bem de família previsto na Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, entre outros (cf. lista bastante completa apresentada por Yussef Said Cahali, *Fraudes Contra Credores*, 3. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 27-45 e, mais recentemente, também por Cândido Rangel Dinamarco, “Bens Impenhoráveis”, in: *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 4, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 379-409).

⁸ Exemplos dessa hipótese excepcional de responsabilidade de bens de terceiros são os direitos reais de garantia sobre bens alheios (v.g. hipoteca ou penhor de bem de terceiro) e as previstas no art. 592 do CPC/1973 e, que assim dispõem:

“Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
II - do sócio, nos termos da lei;
III - do devedor, quando em poder de terceiros;
IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;
V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.”

“Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
II - do sócio, nos termos da lei;
III - do devedor, ainda que em poder de terceiros;
IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;
V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;
VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;
VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.”

Especificamente em relação ao sócio, a hipótese é ainda tratada no art. 596 do CPC/1973 e no art. 795 do CPC/2015, que assim dispõem:

É nessa última exceção que se inserem os bens de terceiro que se tornam responsáveis em razão da desconsideração da personalidade jurídica.

Como se sabe, a criação de uma pessoa jurídica e a consequente distinção entre esta e a pessoa dos sócios opera efeitos tanto no plano do direito material, tornando-a titular de direitos e obrigações, quanto no plano do direito processual, por meio da separação da responsabilidade que recai sobre o patrimônio social e o patrimônio pessoal dos sócios.

Assim, em regra, pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica, respondem todos os bens presentes em seu patrimônio e só os bens presentes em seu patrimônio.

Ocorre que, em algumas hipóteses excepcionais e expressamente previstas em lei, a separação entre o patrimônio social e o patrimônio pessoal do sócio é relativizada com o objetivo de garantir a satisfação forçada de determinada obrigação que, de outra forma, seria frustrada.

Nesse sentido, assevera Fábio Ulhoa Coelho:

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos seus membros.⁹

Em outras palavras e valendo-se da imagem invocada há pouco, a sombra de uma determinada obrigação, que antes só se projetava sobre os bens existentes no patrimônio da sociedade, passa a se projetar também sobre aqueles existentes no patrimônio do sócio, que, portanto, também passam a responder por sua satisfação forçada.

O modo pelo qual o instituto da desconsideração da personalidade jurídica atua consiste em garantir a efetividade do processo de execução por meio da criação de hipóteses excepcionais de responsabilidade executória de bens existentes em patrimônio de terceiro. Ou, para se valer da terminologia utilizada por Liebman,¹⁰ opera mediante a criação de hipóteses de *responsabilidade executória secundária*, permitindo que os atos de execução incidam sobre bens existentes em patrimônio de terceiro, em circunstâncias específicas, expressamente previstas em lei.

“Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei; o sócio demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

§ 1º Cumprido ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

§ 2º Aplicam-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior.”

“Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

§ 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.”

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34-35.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 95.

Pode-se dizer, portanto, que os casos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica se inserem – juntamente com as hipóteses de fraude de execução e de fraude contra credores – no gênero das circunstâncias previstas em lei que autorizam o credor a usar meios repressivos contra a frustração da atividade jurisdicional executiva, permitindo a prática de atos executivos sobre bens existentes em patrimônio de terceiro.

Os efeitos decorrentes da desconsideração da personalidade jurídica, da decretação da fraude de execução e da procedência da ação pauliana em razão do reconhecimento da fraude contra credores são os mesmos: os limites dos patrimônios do devedor e do terceiro tornam-se inoponíveis em relação à atividade jurisdicional executiva que seria frustrada caso a eficácia de tais limites não fosse relativizada.¹¹

Observada a forma pela qual a desconsideração da personalidade jurídica atua no plano do direito processual, vamos verificar como o incidente do novo Código de Processo Civil se presta a realizá-la.

3. Os lineamentos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Conforme já mencionado na introdução, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica está inserido no Título III do Livro III da Parte Geral, dedicado à “Intervenção de Terceiros”. Tal fato já demonstra a opção legislativa do novo Código quanto à função do incidente, qual seja, a de ampliar o polo passivo do processo, por meio da integração de um ou mais terceiros.

Além disso, tal opção legislativa é confirmada pelo fato de o incidente poder ser instaurado já na fase de conhecimento do processo, podendo ser pleiteado, até mesmo, na petição inicial (cf. art. 134, supra).

Particularmente, da forma como compreendemos a desconsideração da personalidade jurídica, consideramos que sua localização mais correta seria no Capítulo V do Título I do Livro II, dedicado à “Responsabilidade Patrimonial”, junto com as hipóteses de fraude de execução e de fraude contra credores. Pelo mesmo motivo, também consideramos que o incidente somente poderia ser instaurado na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução de título extrajudicial, e não no processo de conhecimento, pois nesse momento, ainda não se apurou a certeza do crédito contra o devedor original – sócio ou pessoa jurídica – nem a insuficiência dos bens do patrimônio deste devedor original para responder pela satisfação forçada da obrigação.

De todo modo, trata-se de opção legislativa. E o novo Código de Processo Civil moldou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de inclusão forçada do terceiro ao processo, na condição de corresponsável pela satisfação forçada do crédito nele exigido.

¹¹ Adota-se aqui a concepção da doutrina atual, segundo a qual a decretação da fraude contra credores também tem por consequência a ineficácia ou inoponibilidade do ato, e não a sua anulação, como textualmente prevê o atual artigo 158 do Código Civil e, antes dele, previa o artigo 106 do Código Civil revogado. Nessa linha, apenas para citar alguns autores, cf. Humberto Theodoro Júnior, *Fraude contra credores: a natureza da detenção pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 242; Nelson Hanada, *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 92 e p. 127 e Cândido Rangel Dinamarco, *As fraudes do devedor*, in *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 4, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 423. Em relação à natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica como situação de ineficácia relativa, cf. Gilberto Gomes Bruschi, *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

O novo incidente tem como seu legitimado ativo a própria parte ou o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir no processo.

Em relação ao Ministério Público, seria de se perguntar se ele poderia instaurar o incidente nos casos em que sua intervenção se dê na forma de fiscal da lei. Ao menos nessa primeira aproximação, a resposta nos parece ser negativa. De fato, considerando que cabe ao credor a escolha de aumentar o âmbito da responsabilidade patrimonial para a satisfação forçada de seu crédito, não haveria interesse jurídico para legitimar o Ministério Público para instaurar o incidente. Exceção poderia ser imaginada nos casos de tutela coletiva – como na ação popular ou numa ação civil pública proposta por outro legitimado –, em que o Ministério Público pode assumir a condição de parte para continuar no processo ou promover a execução.

De todo modo, torna-se clara a opção legislativa no sentido de vetar a desconsideração da personalidade jurídica *ex officio* pelo órgão jurisdicional.

Quanto ao legitimado passivo do incidente, o novo Código de Processo Civil estabelece que este será o *terceiro* – o sócio ou a pessoa jurídica, dependendo se se tratar de desconsideração normal ou inversa – que terá os bens de seu patrimônio responsabilizados caso o incidente seja acolhido.

Segundo o art. 135, *supra*, a forma de chamamento desse terceiro para integrar a relação jurídica processual é a *citação*, sendo-lhe facultado, no prazo de quinze dias, impugnar o incidente e requerer as provas que entender cabíveis.

Nesse ponto, novamente evidencia-se a opção legislativa do novo Código de Processo Civil. Diferentemente do que ocorre no caso da fraude de execução – e semelhantemente ao que ocorre com a fraude contra credores – preferiu-se assegurar ao terceiro o prévio acesso ao contraditório para que, somente após, sejam responsabilizados os bens de seu patrimônio.

No incidente, o autor ou exequente deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos previstos na legislação material respectiva para a desconsideração da personalidade jurídica. Como tais fatos são constitutivos de seu direito contra o terceiro, o ônus da prova da demonstração do preenchimento dos requisitos legais recai sobre o autor.

Seguindo nessa mesma linha, é decorrência lógica da opção legislativa feita em relação ao incidente que a defesa do terceiro recém-integrado à relação jurídica processual poderá abranger não apenas os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica pleiteada em seu desfavor, mas também a própria inexistência ou inexigibilidade do crédito do autor.

A instauração do incidente que, como visto, pode se dar a qualquer momento da fase de conhecimento ou de execução, tem por efeitos suspender o curso do processo até que ele seja decidido e determinar a anotação do nome do terceiro no distribuidor (cf. art. 134, §§ 1º e 3º, *supra*).

Por expressa disposição legal (art. 136), a decisão que julgará o incidente terá natureza de decisão interlocutória, da qual caberá recurso de agravo de instrumento.

O efeito dessa decisão, caso o incidente seja acolhido, será a integração do terceiro no polo passivo da demanda, da qual passará a ser litisconsorte juntamente com o devedor principal. Caso seja rejeitado o incidente, o terceiro será excluído do processo, devendo o autor ser condenado nas verbas de sucumbência.

Nota-se, contudo, duas incompatibilidades entre a disciplina do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a disciplina do novo Código de Processo Civil prevista para a fraude de execução e para os embargos de terceiro.

De um lado, o art. 134, § 1º, prevê que, instaurado o incidente, o nome do terceiro será incluído no distribuidor para as anotações devidas. E o art. 137 completa, dizendo que, acolhido o incidente, a alienação ou oneração de bens pelo terceiro em fraude à execução será considerada ineficaz. Da conjugação desses dispositivos, poder-se-ia concluir que o marco inicial para a configuração da fraude à execução pelo terceiro seria sua inclusão de seu nome no distribuidor quando da instauração do incidente.¹²

No entanto, o art. 792, § 3º, do novo Código desmente essa conclusão ao prever que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

Vale dizer, pela disciplina do art. 792 do novo Código, o marco inicial para se considerar em fraude de execução as alienações ou onerações de bens do sócio que posteriormente venha a ser integrado por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica seria a partir do momento em que a pessoa jurídica for citada.

Tal solução é de todo desaconselhável, uma vez que gerará extrema insegurança jurídica para os terceiros na aquisição de bens dos sócios, pois nada constará nos ofícios distribuidores em nome destes e, ainda assim, tais aquisições poderão estar ocorrendo em fraude de execução.

Da mesma forma, os arts. 135 e 136, supra, preveem que a desconsideração não se dará a não ser que o terceiro seja citado para se defender no incidente e o § 4º do art. 795 reforça tal conclusão estabelecendo que “para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

No entanto, o art. 674, III, do novo Código prevê a possibilidade de oposição de embargos de terceiro por aquele que “sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”.

Vale dizer, o confronto entre as normas coloca em dúvida se haverá, de fato, casos em que o terceiro continuará a ter seus bens contritos sem que seja previamente ouvido no incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, neste caso, terá de se defender por meio de embargos de terceiro.

¹² Tal interpretação, que, na linha da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, prestigia a boa-fé do terceiro adquirente que faz pesquisa nos distribuidores forenses, já estava praticamente consolidada quando da promulgação do novo Código de Processo Civil. É o que se depreende do seguinte julgado:

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA PENHORA. A presente Execução foi distribuída em 24 de maio de 2010 (fl. 30), em 13 de outubro de 2011, houve a desconsideração da personalidade jurídica e determinada a anotação dos nomes dos sócios ao Distribuidor nos termos do Provimento CG n° 24/2006, e desde já, determinada a penhora de bens pessoais até a satisfação integral da dívida (fls. 95/97). Considerando que os Agravantes alienaram o imóvel somente em 28 de junho de 2013, conforme informação constante da Escritura Pública Definitiva de Venda e Compra de Imóvel Urbano (...), restou incontroverso nos autos que a alienação do bem foi efetivada após o ajuizamento da ação executiva e à decretação da desconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual os Agravantes já tinham conhecimento de que os bens particulares dos sócios respondiam pelas obrigações da pessoa jurídica, conforme artigo 50, do Código Civil.” (TJSP, 38ª Câm. Dir. Priv., AI 2184605-62.2014.8.26.0000, rel. Des. Eduardo Siqueira, j. 11.02.2015).

5. Conclusão

Como se pode observar acima, ao menos nessas primeiras reflexões sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podemos concluir que o legislador no novo Código de Processo Civil optou por discipliná-lo como uma forma de intervenção de terceiros, com o objetivo de incluir um corresponsável na relação jurídica processual.

Ao assim disciplinar o incidente, o novo Código de Processo Civil permite que ele seja instaurado em qualquer fase do processo, determina a citação do terceiro – sócio ou da pessoa jurídica, dependendo se se tratar de desconsideração normal ou inversa –, acarreta a suspensão do processo e necessita do amplo exercício do contraditório, o que certamente acarretará maior demora na solução do processo.

Trata-se, no entanto, de opção legislativa válida, que teve por objetivo privilegiar o exercício do contraditório pelo terceiro, em prejuízo da celeridade processual.

Por fim, destacamos, ainda, a necessidade de harmonização entre a disciplina do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e as regras do novo Código de Processo Civil sobre a fraude de execução e os embargos de terceiro, uma vez que há nítidos descompassos entre seus dispositivos, o que dificultará a sua aplicação.

Referências bibliográficas

- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile: processo di esecuzione*. Padova: Cedam, 1932. v. 1.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34 -35.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.
- HANADA, Nelson. *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Considerações sobre a teoria geral dos recursos no Código de Processo Civil de 2015

*Sérgio Seiji Shimura*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: 1. Noções introdutórias. 2. Princípios. 3. Conceito. 4. Finalidades dos recursos. 5. Objeto do recurso. Pronunciamentos do juiz. 6. Mérito do recurso. 7. Efeitos. 8. Juízo de admissibilidade. Legitimidade. Interesse recursal. Cabimento. Tempestividade. Preparo. Regularidade formal. Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer. 9. Julgamento do recurso. 9.1. Poderes do relator. 9.2. Julgamento pelo colegiado.

1. Noções introdutórias

Os recursos existem por várias razões. Quando alguém se vê diante de uma situação que lhe seja desfavorável, instintivamente, busca saídas ou alternativas para obter o seu desiderato. O inconformismo é uma reação natural, justamente pelo fato de a possibilidade de erro ou engano ser inerente ao ser humano.

No campo processual, se a parte se defronta com uma decisão negativa, a reação é se insurgir para obter uma segunda análise de seu caso. Um segundo julgamento, principalmente se for feito por um número maior de pessoas, e com mais experiência, tende, ao menos em tese, a ser mais apurado e preciso.

A mera possibilidade de haver recurso já serve de controle na qualidade da decisão, evitando abusos ou a desatenção por parte do julgador. O simples fato de o juiz saber que a sua decisão pode ser revista e modificada já constitui fator de maior cuidado e zelo na sua elaboração.

Mas, de outro lado, há argumentos contrários à existência de recursos. Afirma-se que é o juízo de primeiro grau que tem melhores condições de proferir uma decisão mas rente aos fatos retratados nos autos, pois é quem colhe a prova (depoimento das partes, testemunhas, perito); nesse passo, quando a causa sobe ao juízo de segundo grau, o reexame cinge-se às provas documentais, distanciando-se muitas vezes da realidade transposta para os autos do processo.

Diz-se também que, se houvesse evidências de que o tribunal julga melhor que o juiz de primeiro grau, então seria caso de o sistema autorizar a propositura da ação diretamente perante o segundo grau.

¹ Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP, Professor nos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP e da Escola Paulista da Magistratura.

Além disso, a interposição de recursos às vezes constitui manobra para protelar o resultado final, instrumento de mero capricho ou vindita da parte derrotada; e a vedação aos recursos permitiria uma prestação do serviço judiciário de modo mais ágil, econômico e efetivo.

E no cotejo da corrente ampliativa e restritiva, o nosso sistema adotou uma posição intermediária, prevendo a existência de recursos, todavia com certos limites, prazos e requisitos.

2. Princípios

No campo dos recursos, o CPC/2015, além dos princípios específicos (taxatividade, singularidade, fungibilidade, proibição da “reformatio in pejus”, dialeticidade), dá ênfase a outros, tais como o da razoável duração do processo (art. 4º), contraditório (arts. 9º e 10), segurança jurídica (arts. 926, 927 e 932) e da irrecorribilidade das interlocutórias.

O princípio da *razoável duração do processo*, com raiz constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF) estabelece que é preciso outorgar a tutela jurisdicional no menor tempo possível, razão pela qual se deve extrair o adequado rendimento dos atos processuais, maximizando e otimizando tudo o que for praticado.

Antes de ser considerado inadmissível, o relator deve conceder prazo (cinco dias) para seja sanado vício ou complementada a documentação (arts. 932, parágrafo único, e art. 1.017, § 3º).

Em se tratando de incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o relator deve suspender o processo, designando prazo razoável para que seja sanado o vício, sob pena de não conhecimento do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou desentranhamento da resposta recursal, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º).

Nessa linha, uma vez constatada a presença de vício sanável, ou mesmo quando a questão seja conhecível de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes (art. 938, § 1º).

E mais, havendo necessidade de produção de prova, cabe a conversão do julgamento em diligência pelo relator para que a instrução seja feita ou no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução (art. 938, § 3º).

O princípio do *contraditório*, igualmente previsto constitucionalmente (art. 5º, LV, CF) visa evitar que a parte seja surpreendida com uma decisão inesperada, totalmente fora de suas expectativas ao interpor o seu recurso.

Daí porque o art. 9º edita expressamente que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

E o art. 10 dispõe que “o 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”.

No plano dos recursos, em se verificando a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício, ainda não examinada e

que devam ser considerados no julgamento do recurso, o relator deve intimar as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias (art. 933).

Assim, por exemplo, se sobrevier falecimento da parte, falência da sociedade, agravamento do dano, desocupação da área objeto da ação possessória, as partes devem ser intimadas para se manifestarem em cinco dias.

E mesmo que a questão seja apreciável de ofício (ex.: nulidade de citação, litispendência, coisa julgada, conexão, prescrição, decadência etc.), o relator deve abrir vista às partes para que se pronunciem sobre a matéria (arts. 337, 485, § 3º, 487, parágrafo único, e 921).

Nesse aspecto, é preciso destacar que, por vezes, há questões apreciáveis de ofício que podem ser decididas, independentemente da oitiva das partes, seja porque a decisão pode ser favorável a uma delas, seja porque é consequência natural do julgado (ex.: aplicação de multa por litigância de má-fé, nos moldes dos arts. 81 e 142; multa por recurso protelatório, art. 1.026; multa por recurso interno manifestamente inadmissível, art. 1.021; multa diária, art. 536; correção de erro material, art. 494; produção de provas, art. 370).

O princípio da *segurança jurídica* estabelece que os recursos devem ter por norte a formação de uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (art. 926).

Para tanto, o CPC/2015 impõe uma diretriz a ser seguida pelos juízes e tribunais, como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e ainda orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927).

E com base em nesses parâmetros, o relator está autorizado a, monocraticamente, negar ou dar provimento a recursos contrários a tais súmulas ou acórdãos (art. 932).

3. Conceito

O CPC não define o que é recurso, assim como o faz, por exemplo, no tocante à citação (art. 238, CPC/2015), sentença (art. 203, CPC/2015) ou à coisa julgada (art. 502, CPC/2015). Mas é possível extrair seu conceito da análise sistemática de suas disposições (arts. 994 e ss., CPC/2015).

Recurso é o meio processual, previsto em lei, colocado à disposição da parte vencida, terceiro prejudicado ou Ministério Público, destinado à reforma, anulação, integração ou esclarecimento de uma decisão judicial.

3.1. Meio processual previsto em lei. Ato voluntário

O recurso é um instrumento criado por lei federal, tendo em vista que constitui matéria de direito processual (art. 22, I, CF). É um meio colocado à disposição da parte vencida, terceiro prejudicado ou Ministério Público (art. 996, CPC/2015).

Como regra, o juiz não tem legitimidade para recorrer. Todavia, excepcionalmente, se figurar como “parte”, como ocorre, por exemplo, no acolhimento do incidente de impedimento ou suspeição, em que o juiz pode ser condenado nas custas do processo, a lei autoriza-o recorrer (art. 146, § 5º, CPC/2015).

Resulta de ato *voluntário* ou da parte, terceiro ou do Ministério Público. Dessa forma, a chamada *remessa obrigatória* não é recurso, mas apenas procedimento de reexame da sentença contrária ao Poder Público (União, Estado, Distrito Federal, Município, respectivas autarquias e fundações de direito público) (arts. 496 e ss., CPC/2015).

Se interposto por terceiro prejudicado, exige-se a demonstração do dano ao seu direito, de que se afirme titular ou substituto processual (ex.: condômino que não participou do processo e veio a ser prejudicado).

Como o recurso é ato voluntário, nada impede que o recorrente desista do recurso (art. 998). Contudo, a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 998, parágrafo único).

3.2. Vício formal ou material

O objeto do recurso pode envolver vício formal ou substancial. O primeiro diz respeito à falha de procedimento (“*error in procedendo*”); o segundo, ao erro de julgamento (“*error in iudicando*”).

O CPC/2015 orienta-se pela maximização dos atos processuais, com o aproveitamento, ao máximo, daquilo já praticado no processo, evitando, no que for possível, a sua anulação.

Se a irregularidade for sanável, o relator ou o tribunal podem, em vez de anular o processo ou a sentença, determinar a realização ou renovação do ato processual, intimando-se as partes.

E uma vez cumprida a diligência, o julgamento do recurso, sempre que for possível, deve prosseguir, otimizando-se a prestação dos serviços judiciários (ex.: juntada de procuração, assinatura do advogado etc.) (arts. 938 e 1.013, CPC/2015).

Nessa linha, o art. 488 reza que “desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. O art. 503 estende os efeitos da coisa julgada à resolução de questão prejudicial.

O art. 1.013, § 3º, estabelece a obrigatoriedade de o tribunal decidir desde logo o mérito quando o processo já estiver em condições de julgamento imediato; e o § 4º dispõe que “quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”.

3.3. Mesma relação jurídica processual

Quando se diz que o recurso consiste no meio processual, significa que ele tem cabimento dentro de uma relação jurídica processual ainda existente.

Os defeitos dos atos processuais, diferentemente do que sucede com as nulidades ou vícios de direito material, são convalidáveis no curso do processo, ora em razão da preclusão (art. 278, CPC/2015), ora por não resultarem prejuízo à defesa de qualquer das partes (art. 283, parágrafo único, CPC/2015), ou ainda por repetição, retificação ou retratação (art. 282, 331, 332, 485, § 7º, CPC/2015).

Além disso, os vícios dos atos processuais podem ser combatidos por meio de ações autônomas de impugnação (ex.: mandado de segurança, reclamação, ação rescisória, embargos de terceiros etc.) ou pelos recursos.

Logo, o recurso se distingue da ação autônoma de impugnação marcadamente por se constituir em instrumento de ataque aos efeitos de um ato judicial que se produzem dentro de um processo ainda em andamento, isto é, dentro de uma relação jurídica ainda não definida.

Registre-se que a *coisa julgada* não é necessariamente o critério que diferencia o recurso da ação autônoma de impugnação, considerando que esta pode ser utilizada contra decisão já transitada em julgado (ex.: ação rescisória) ou contra pronunciamento exarado em processo ainda em desenvolvimento (ex.: embargos de terceiros).

Também importa lembrar que a circunstância de o recurso se desenvolver dentro da *mesma relação jurídica*, não quer dizer que o seu procedimento seja instaurado necessariamente nos mesmos autos. A apelação, por exemplo, processa-se nos *mesmos autos* (arts. 1.009, CPC/2015), ao passo que o agravo de instrumento, em autos apartados (art. 1.018, CPC/2015).

4. Finalidades dos recursos

O recurso é o instrumento processual que visa à reforma, anulação, integração ou esclarecimento de uma decisão judicial.

Na apreciação do recurso, o relator ou o órgão colegiado pode *reformular* a decisão, quando, por exemplo, se convence da prova dos autos no sentido contrário à decisão recorrida; nesse caso, “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso” (art. 1.008, CPC/2015).

Outra consequência do recurso é a invalidação da decisão atacada, caso em que haverá necessidade de se renovar a prática do ato ou abstenção da conduta, como ocorre, ilustrativamente, em caso de cerceamento do direito de produção de provas, exclusão de litisconsorte ou penhora indevida de bens.

Por fim, o recurso pode ter por finalidade o esclarecimento de obscuridade ou contradição de algum ponto, supressão de omissão ou correção de erro material, pleito que pode ser veiculado por embargos de declaração (art. 1.022 e ss., CPC/2015).

5. Objeto do recurso. Pronunciamentos do juiz

No processo, os atos processuais podem ser praticados pelas partes, serventuários da Justiça, Ministério Público, perito, terceiros e juiz.

Entretanto, apenas os pronunciamentos judiciais ficam sujeitos a recurso. E mesmo assim, não é todo e qualquer ato judicial que é passível de recurso.

Os pronunciamentos do juiz consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos (art. 203, CPC/2015).

Sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução.

Cabe observar que o art. 316, CPC/2015, é expresso em dispor que “a extinção do processo dar-se-á por sentença”.

Na linha principiológica de otimizar os serviços judiciários, evitando desperdícios de atos processuais, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, antes de proferir decisão sem resolução de mérito (art. 317, CPC/2015). Por ilustração, se o juiz entender que a petição inicial é inepta por conter pedidos incompatíveis entre si ou da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão (art. 330, CPC/2015), deve oportunizar à parte a sua emenda.

Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença. Mas se envolver “capítulo” da sentença, a decisão que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável por meio de apelação (art. 1.013, § 3º).

Excepcionalmente, a lei pode vedar recurso contra decisão interlocutória; vale lembrar, a título de exemplo, a decisão que admite a intervenção do “amicus curiae” (art. 138), que releva pena de deserção (art. 1.007, § 6º), que sobresta o julgamento do recurso especial (art. 1.031, § 2º) ou que não conhece do recurso extraordinário quando a questão constitucional não tiver repercussão geral (art. 1.035, CPC/2015).

E os despachos são todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo de ofício ou a requerimento da parte. E contra despacho, isto é, pronunciamento que não seja capaz de causar gravame, não cabe recurso (art. 1.003, CPC/2015). Por exemplo: ato do juiz que autoriza a juntada de documento, que vista às partes ou que designa audiência.

Contudo, dependendo do teor ou das circunstâncias, se o pronunciamento, traves-tido de “despacho”, tiver potencial de lesar a parte, pode-se sujeitar a recurso (ex.: agravo de instrumento). Assim, seja por equívoco do juiz, seja em razão da própria redação legal, dependendo do contexto, o pronunciamento pode ser recorrível se for capaz de ofender direito da parte.

Veja-se, por exemplo, na hipótese de o juiz, em vez de apreciar o pedido de tutela provisória, designar audiência; ainda, “ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação” (art. 806, § 1º, CPC/2015); “ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado” (art. 827, CPC/2015).

Na segunda instância, existem despachos, decisões interlocutórias e acórdãos. Contra decisões do relator, seja de natureza interlocutória (ex.: quando concede tutela provisória), seja de conteúdo de natureza meritório (ex.: quando nega provi-mento ao recurso), cabe agravo interno ao respectivo órgão colegiado (art. 1.021, CPC/2015).

O acórdão consiste no julgamento colegiado proferido pelos tribunais (art. 204, CPC/2015) ou por órgãos colegiados. Dependendo do vício, são cabíveis outros recursos, tais como o recurso especial ou extraordinário.

No tocante ao prazo, a lei fixa o prazo de 5 (cinco) dias para despacho, 10 (dez) dias para decisões interlocutórias e 30 (trinta) dias para sentenças (art. 226, CPC/2015).

6. Mérito do recurso

Quando a lei fala em “mérito”, em regra, está se referindo ao pedido principal apresentado pelo autor, isto é, à pretensão de natureza material referente ao bem ou direito objetivado.

Daí porque o art. 141, CPC/2015, dispõe que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”; e o art. 487, CPC/2015, reza que “haverá resolução de mérito quando o juiz (I) acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção”.

No que concerne ao recurso, o “mérito” depende de sua finalidade.

Na apelação, em regra, o mérito recursal confunde-se com o mérito da causa. Veja-se, ilustrativamente, o recurso de apelação interposto contra a sentença de rejeição do pedido indenizatório; nesse caso, a apelação do autor, que saiu vencido, terá por finalidade a inversão do julgado e, pois, a procedência do pedido.

Contudo, é possível que, mesmo em se cuidando de apelação, o seu mérito diga respeito a questão puramente processual (ex.: apelação interposta contra sentença proferida em embargos à execução, que rejeitou a alegação do executado embargante de ilegitimidade de parte; apelação visando à anulação do processo por cerceamento de defesa).

No agravo de instrumento, como regra, o seu mérito envolve questão processual (ex.: agravo de instrumento ofertado contra decisão que procedeu à inversão do ônus da prova, art. 1.015, XI); entretanto, é possível que o mérito recursal coincida com o mérito da causa (ex.: quando houver julgamento antecipado parcial de mérito, arts. 356 c.c. art. 1.015, II).

No âmbito recursal, a análise do que seja “mérito” tem relevância na medida em que, por vezes, exige-se o enfrentamento das chamadas “preliminares” do recurso.

E nesse contexto, o art. 938 preconiza que “a questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão”. E o art. 939 diz que “se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.”

Cabe agravo de instrumento quando previsto em lei (art. 1.015). Se a hipótese não estiver prevista legalmente, a parte pode suscitar por ocasião da apelação, ou nas razões ou contrarrazões (art. 1.009, § 1º). Apesar de a lei dispor que não há preclusão, a parte deve suscitar em sede de apelação.

Se o vício for arguido em preliminares da *resposta* recursal, o julgamento poderá reclamar a análise, primeiramente, das contrarrazões, e depois do mérito da apelação. Exemplo: se o réu postular a produção de prova pericial e houver indeferimento por ocasião do saneamento, não caberá agravo de instrumento, vez que não previsto no art. 1.015; mas sobrevém sentença de improcedência, motivando apelação do autor com vistas à procedência do pedido; o réu, em contrarrazões, poderá arguir cerceamento de defesa na eventualidade de o tribunal reformar a sentença.

7. Efeitos

Em regra, os recursos não têm efeito suspensivo (art. 995). Excepcionalmente, a lei ou o juiz podem suspender a eficácia da decisão (art. 995, parágrafo único, e art. 1.012).

Se a sentença comportar execução, o cumprimento provisório dar-se-á por conta e responsabilidade do exequente, sendo certo que o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos (art. 520).

A parte que não quiser se sujeitar aos efeitos imediatos da decisão pode postular perante o relator a sua suspensão, demonstrando o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso (art. 995).

A lei não estabelece prazo para tal pedido de suspensão, podendo ser em petição avulsa, nas próprias razões de recurso, ou, após o recurso, durante a fase de cumprimento provisório da sentença.

8. Juízo de admissibilidade

O recurso constitui-se em um prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo. Assim, a mesma diferenciação que se faz na ação (condições da ação e mérito) há de ser feita nos recursos.

Quando o CPC/2015 estabelece que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade” (arts. 17 e 485, VI), dispõe sobre as “condições da ação”; se não preenchidas, não se analisa o mérito (pedido formulado pela parte).

O mesmo fenômeno pode ser transportado para a fase recursal (art. 939). No recurso, ausente um dos requisitos de admissibilidade, será caso de não conhecimento (inadmissibilidade) do mesmo. Se presentes, passa-se ao julgamento propriamente do mérito do recurso, com o seu provimento ou desprovimento.

O nosso sistema admite vários recursos, porém condiciona o recebimento a certos requisitos. Para que a matéria impugnada seja reexaminada, pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional, é preciso que certos pressupostos estejam presentes.

Pelo CPC/2015, a regra é de que o juízo de admissibilidade será feito pelo juízo “ad quem”, isto é, ao órgão destinatário do recurso (art. 1.010, § 3º; art. 1.028, § 3º; art. 1.030, parágrafo único).

Cada recurso, por vezes, tem seus próprios requisitos (ex.: preparo, súmula impeditiva de recurso, juntada de peças etc.). Mas alguns são comuns e gerais a todos eles.

Legitimidade

Tem legitimidade recursal a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, seja na qualidade de parte, seja como fiscal da ordem jurídica (art. 996, “caput”).

Quanto às partes, quando vencidos reciprocamente, cada qual pode aderir ao recurso interposto pelo outro (art. 997).

Havendo falecimento da parte ou de seu advogado, durante o prazo recursal, é caso de suspensão do processo (art. 313).

No caso de morte da parte e sendo transmissível o direito, o relator deve determinar a intimação do espólio ou, se o caso, dos respectivos herdeiros para que manifestem interesse na sucessão processual e na habilitação, sob pena de não conhecimento do recurso (art. 313, § 2º, II, c.c. art. 76 § 2º, I; art. 1.004).

Havendo litisconsortes, o recurso de um deles a todos aproveita, salvo se os interesses forem distintos ou opostos. E se houver responsabilidade solidária passiva, o recurso de um dos devedores aproveita aos outros quando as defesas apresentadas contra o credor lhes forem comuns (art. 1.005).

Quanto ao Ministério Público, a Súmula 99 do STJ já prevê a sua “legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

O terceiro prejudicado tem legitimidade, cumprindo-lhe demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual (art. 996, parágrafo único).

O terceiro prejudicado, na qualidade de titular de um direito, deve ter interesse “jurídico” para intervir, caracterizando-se, como regra, como assistente de uma das partes (art. 120).

Aqui, é interessante lembrar que se o réu for revel e houver intervenção de terceiros – como assistente – este será considerado *substituto processual* (art. 121).

Interesse recursal

O recorrente deve demonstrar qual é o proveito, do ponto de vista prático, que terá com a interposição do recurso. Em outras palavras, o interesse se mede pela necessidade e utilidade do recurso com vistas a alguma vantagem não obtida na decisão recorrida. Essa é a razão de o art. 996 aludir à “parte vencida” ou atingimento do direito de terceiro.

Cabimento

Pelo cabimento, tem-se que o recurso deve estar previsto em lei (federal) e ser adequado para atacar o pronunciamento judicial.

O art. 994, CPC/2015, prevê nove espécies recursais: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência. Cada qual tem a sua finalidade específica, o seu próprio mérito.

O denominado recurso adesivo não é outra modalidade de recurso, mas apenas uma forma de interposição da apelação, recurso especial ou extraordinário (arts. 997, § 2º, e 1.010, § 2º, CPC/2015).

O CPC/2015 alude a “pronunciamentos” do juiz, em vez de “atos” do juiz, uma vez que esta expressão alberga situações que não retratam “decisões”, como os atos de gestão ou de instrução (ex.: oitiva de testemunhas, inspeção judicial etc.).

Sentença, como já referido, é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (art. 203, § 1º). Contra a sentença, é cabível apelação (art. 1.009).

Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença (art. 203, § 2º). A decisão interlocutória pode comportar agravo de instrumento (art. 1.015), agravo interno contra decisão do relator (art. 1.021) ou agravo em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 1.042).

Por vezes, não cabe recurso, ou porque a questão pode ser suscitada em preliminar de apelação ou em contrarrazões (art. 1.009, § 1º), ou porque a própria lei obsta qualquer recurso (ex.: a decisão que autoriza o ingresso do do “amicus curiae” (art. 138), que afasta a pena de deserção (art. 1.007, § 6º), que suspende o julgamento do recurso especial (art. 1.031, § 2º) ou que não conhece do recurso extraordinário quando a questão constitucional não tiver repercussão geral (art. 1.035, CPC/2015).

É importante frisar que se a questão for invocada em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas (art. 1.009, § 2º).

Por exemplo, se o requerimento do réu na realização de perícia for indeferido, tem interesse em interpor agravo. Mas como essa questão não está elencada no rol do art. 1.015, terá de pacientemente esperar a sentença. Se eventualmente sair vencedor, diante da sentença de improcedência, é possível que o autor interponha apelação, caso em que terá de – em preliminar – invocar o “cerceamento de defesa”, considerando que o CPC/2015 autoriza o tribunal a julgar desde logo o mérito, se o processo estiver em condições de julgamento imediato (“causa madura”).

Esse ponto comporta duas reflexões.

A primeira: se o apelante desistir do recurso, a análise da preliminar suscitada em contrarrazões fica prejudicada. Se até o recurso adesivo perde o objeto, em caso de desistência da apelação principal, com maior razão a preliminar invocada no bojo das contrarrazões.

A segunda: nas “causas maduras”, o tribunal está autorizado a decidir o mérito nos casos de sentenças meramente terminativas (que não resolvem o mérito), *infra*, *extra* ou *ultra petita*. É o que se infere do art. 1.013:

Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

EXTINÇÃO DO AGRAVO RETIDO. Como a matéria, objeto da decisão interlocutória, pode ser arguida em preliminar de apelação ou em contrarrazões (art. 1.009, § 1º), o CPC/2015 eliminou a figura do agravo retido.

EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. O CPC/2015 eliminou o recurso de embargos infringentes, transformando-o em “técnica de julgamento” (art. 942).

Essa técnica tem cabimento quando houver voto vencido na apelação, ação rescisória e agravo de instrumento.

No tocante à apelação, basta que o “resultado” (isto é, conclusão do voto, e não a sua fundamentação) não seja unânime. É possível que o relator mantenha a sentença de improcedência, com base em prescrição; o relator e o terceiro juiz podem manter com fundamento em insuficiência de provas. Nesse caso, o resultado foi unânime, a despeito de a fundamentação ser distinta. Além disso, a lei não dispõe sobre o conteúdo do acórdão (em que houve voto vencido) que julga a apelação, podendo ser provimento, desprovimento ou de anulação da sentença.

É suficiente que haja voto vencido – que deve ser necessariamente declarado –, para que o julgamento seja suspenso, com a convocação de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial (art. 942, “caput”).

A propósito, no julgamento por meio eletrônico (virtual), havendo qualquer “divergência”, suspende-se o processo, devendo a causa ser decidida em sessão presencial (art. 945, § 4º).

Como a lei alude à em mera “divergência”, infere-se que o voto divergente pode não ser necessariamente “contrário” (ex.: o relator pode dar provimento para condenar em X; o revisor também dá provimento, mas em maior extensão, condenando o réu em X e Y).

O CPC/2015 não esclarece se na renovação do julgamento, com a integração de outros julgadores, caberá sustentação oral. Cremos que é possível à parte sustentar oralmente, visando ao convencimento dos outros juízes.

Também não deixa claro os limites da rediscussão do recurso, se está cingido apenas ao voto vencido ou se a devolução é ampla. No nosso modo de ver, como o julgador pode alterar seu voto até a proclamação do resultado final (art. 941, § 2º), a renovação do julgamento dá-se de forma ampla, não se limitando ao voto vencido; aliás, mesmo o prolator do voto vencido pode se retratar, votando com a maioria.

Quanto à ação rescisória, há necessidade de a maioria dos votos ser no sentido da “rescisão da sentença”. E em relação ao agravo de instrumento, exige-se que a maioria esteja reformando a decisão que julgou parcialmente o mérito, nos termos do art. 356.

Tempestividade

Como regra, o prazo dos recursos é de 15 (quinze) dias, salvo nos embargos de declaração, que é de 5 dias (arts. 1003, § 5º, 1.023 e 1.070). Contam-se da data da intimação dos advogados, sociedade de advogados, Advocacia Pública, Defensoria Pública ou Ministério Público.

Se houver litisconsortes com procuradores diferentes, de escritórios distintos, o prazo recursal é contado em dobro, exceto se o processo for em autos eletrônicos ou, havendo apenas dois réus, a defesa for apresentada por apenas um deles (art. 229, §§ 1º e 2º).

Preparo

O recorrente deve comprovar, no ato de interposição do recurso, o preparo, porte de remessa e de retorno. Se o pagamento for *insuficiente*, a parte deve ser intimada para complementar em cinco dias (art. 1.007 e § 2º).

Porém, se não houver pagamento algum ou falta de comprovação do preparo, a parte deve ser intimada para recolhimento – em dobro – sob pena de deserção. Nesta hipótese, descabe complementação, exceto se o recorrente provar justo impedimento e for aceito pelo relator (art. 1007, §§ 4º e 5º).

Além do preparo, há outros requisitos de admissibilidade, tais como o cabimento, legitimidade, interesse, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer. O que releva destacar é que o exame desses requisitos fica a cargo do juízo “ad quem” (arts. 932, III, 1.010, § 3º, 1.028, § 3º, e 1.030, parágrafo único), e não mais do “a quo”, como consta do CPC/73.

Regularidade formal

O recurso deve revestir-se da forma prevista em lei, devendo o recorrente declinar os nomes, a qualificação das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e o pedido de nova decisão (art. 1.010).

Se a parte não indicar formalmente tais requisitos, não há como saber se o recurso apresentado é o adequado a atacar o pronunciamento judicial. Além disso, o recorrido não terá condições de se contrapor à pretensão recursal, nem o juízo “ad quem” conseguirá delimitar o que está sendo impugnado ou o âmbito de devolutividade do recurso (art. 1.013).

Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer

O recurso pode não ser conhecido se houver renúncia ou desistência (arts. 998 a 1.000).

A *renúncia* ao recurso consiste na manifestação prévia do recorrente, pela qual abre mão do seu direito de recorrer, situação que independe da aceitação da outra parte (art. 999).

Sobremais, a aceitação da decisão, expressa ou tácita, também obsta a interposição de recurso (art. 1.000). Assim, por exemplo, se a parte efetua o depósito do valor da condenação, sem qualquer ressalva, é conduta considerada renúncia ao direito de recorrer, pois logicamente incompatível com o objetivo do recurso.

A renúncia ao “recurso” obsta o julgamento do recurso. Não se confunde com a renúncia à “pretensão de direito material”, que leva à improcedência da ação ou da extinção da execução (art. 487, III, “c”; art. 924, IV).

Se houver litisconsorte recorrentes (litisconsórcio simples), a renúncia de um não prejudica o recurso do outro (art. 1.005). Se o litisconsórcio for unitário, a renúncia de um dos recorrentes é ineficaz perante os demais.

Discute-se se é possível a renúncia prévia, isto é, antes mesmo da sentença. Não vemos óbice à renúncia prévia, considerando a possibilidade de autocomposição e o chamado “negócio processual” previsto no art. 190:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A desistência é a manifestação do recorrente, apresentada após a interposição do recurso, no sentido de que não seja julgado, não reclamando anuência do recorrido nem dos litisconsortes (art. 998).

Mas a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 998, parágrafo único).

A desistência do *recurso* é distinta da desistência da ação. Na desistência da ação, exige-se consentimento do réu se já foi ofertada a contestação; além disso, pode-se dar até a sentença (art. 485, §§ 4º e 5º). Cumpre observar que se houver recurso extraordinário ou especial repetitivos, e a questão decidida no recurso *representativo da controvérsia* for idêntica àquela ajuizada pela parte, esta pode desistir da sua ação mesmo que tenha havido contestação (art. 1.040, §§ 1º e 3º).

9. Julgamento do recurso

O recurso pode ser julgado pelo relator, de modo monocrático, ou pelo órgão colegiado.

9.1. Poderes do relator

Pelo art. 932, cabe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal e não conhecer de recurso

inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Compete também ao relator apreciar o pedido de gratuidade da justiça e, se indeferir-lo, fixar prazo para o recolhimento (art. 99, § 7º).

Diante da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia, o relator pode admitir o ingresso do “amicus curiae”, delimitando os seus poderes (art. 138, § 2º)

Quanto ao mérito do recurso, o relator pode negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Também pode dar provimento ao recurso, depois de oportunizada a apresentação de contrarrazões, quando a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Se o recurso for decidido monocraticamente pelo relator, não se exige a obediência à ordem cronológica de conclusão (art. 12, § 2º, IV).

E contra decisão do relator cabe agravo interno para o respectivo órgão colegiado (art. 1.021).

Há hipóteses, porém, que o relator não pode decidir monocraticamente, por exemplo, decidir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal (art. 932, VI, c.c. art. 1.011, I).

Interessa sublinhar que, se o incidente de descon sideração da personalidade jurídica for instaurado em primeiro grau e houver recurso de agravo de instrumento contra a respectiva decisão, aí sim o relator está autorizado a decidir monocraticamente, caso em que caberá agravo interno (art. 136, parágrafo único).

9.2. Julgamento pelo colegiado

Não havendo julgamento monocrático, o relator deve elaborar seu voto e enviar os autos para o presidente para designação de dia de julgamento pelo órgão colegiado. Não há mais a figura do revisor (arts. 934 e 1.011).

O julgamento pode ser em sessão presencial ou virtual.

O art. 945 diz que “a critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico”.

Temos que o art. 945 autoriza o julgamento virtual em duas situações: a) recursos; b) processos de competência originária que não admitem sustentação oral.

A locução “*que não admitem sustentação oral*” está relacionada com os processos de competência originária do tribunal, e não com os “recursos”.

Se não se interpretar dessa forma, o julgamento virtual, mecanismo que confere agilidade e economia de tempo e papel, será totalmente inutilizado, considerando que a maioria dos recursos comporta sustentação oral (apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência).

Sobejariam apenas os embargos de declaração e o agravo interno para o procedimento do julgamento por meio eletrônico, em nítido confronto com a agilidade do processo eletrônico.

O tribunal pode fixar honorários advocatícios recursais. Pelo art. 85, § 11, o tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, 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 (mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido).

Verba honorária sucumbencial, em especial a instituição de “honorários recursais”

Walter Piva Rodrigues¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: 1. Considerações gerais. 2. Natureza jurídica: sanção ou remuneração. 3. A disciplina de fixação de honorários no julgamento dos recursos. 4. Conclusão.

1. Considerações gerais

O novo Código de Processo Civil trouxe alteração substancial da disciplina dos “honorários advocatícios”.

Desde logo, registre-se que, a par de os “honorários advocatícios” continuarem a ser tratados ao lado das regras relativas a “despesas” e “multas”, pela vez primeira, o legislador deu-lhe um destaque topológico diferenciado, inserindo uma tal expressão na denominação da **Seção III (Das Despesas, dos Honorários Advocatícios e das Multas), do Capítulo II (Dos deveres das partes e dos seus procuradores) do Título I (Das partes e dos Procuradores)** que pertence ao Livro III, este destinado à disciplina “Dos sujeitos do Processo”; em especial os artigos 85 a 96.

Pode-se atribuir a uma tal iniciativa um significado muito particular a refletir a indispensabilidade da atividade do advogado na tarefa estatal de administração da Justiça (art. 133 da Constituição Federal), pois, doravante, o ***direito processual civil comum legislado*** apropria-se, de forma expressa, da **verba honorária como um direito autônomo do Patrono, atribuindo-lhe, inclusive, natureza alimentar** (art. 85, caput e § 14 do novo CPC).

Corroborando a concepção da verba honorária enquanto direito do advogado a **vedação**, contida no mencionado § 14, de “*compensação em caso de sucumbência parcial*”.

Essa regra parte da premissa de que o resultado do processo, que se verifica entre as partes, não deve influenciar na remuneração dos respectivos Patronos.

Acentue-se, portanto, que, até agora, uma norma de direito federal “peculiar” que dispôs sobre o “Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB” (Lei 8.906 de 04.07.94, art. 22, *caput*) passa a **incorporar-se ao *direito processual civil comum***.

Isso tem significado especial já destacado na melhor Doutrina, pois, na sempre atual lição de Barbosa Moreira, *verbis*:

¹ Desembargador pela classe dos Advogados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

*O direito processual civil cristalizado no Código é direito processual civil comum, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre toda a área deixada em branco pela regulamentação específica, na medida em que seja com esta compatível. (Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado. In: BARBOSA RODRIGUES, José Carlos. *Direito processual civil (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi. p. 238 e ss.) (grifo nosso).*

De qualquer forma, os honorários advocatícios continuam a compor um dos elementos do denominado “custo do processo”.

Carnelutti, em seu “Sistema” [1], ao tratar da responsabilidade da parte “*per le spese e per ii danni del processo*” enfrenta esse tema na perspectiva de “*costo del processo*” em sentido mais amplo e menos amplo.

No **sentido amplo**, o processualista italiano enquadra o desperdício de tempo e aborrecimento da parte com o suportar a demanda.

Mais propriamente em relação a despesas para “*il movimento del meccanismo processuale*”, é que se pode falar de **custo do processo em sentido estrito**.

Passo seguinte, Carnelutti distingue sob a rubrica de custo em sentido estrito um “**costo generale**” e um “**costo particolare**” para enquadrar na primeira categoria as despesas gerais da administração da justiça e só considerar “**costo particolare**” as despesas necessárias para a prática de atos do processo, exemplificando com honorários do perito, entre outros atos atribuídos à parte, como a guarda de bens removidos na execução e, como não poderia deixar de ser o “**compenso ai difensori**”.

Claro está que, para a maioria das causas ajuizadas, desembolsará o litigante os honorários advocatícios com o seu próprio Patrono, com quem celebra contrato escrito ou verbal. É, como se rotula, “o advogado particular”, justamente o participante do processo que se tornará o credor de seu patrocinado após os serviços serem prestados.

Os honorários aqui referidos são os “convencionais” ou “extrajudiciais”.

Relembre-se que até mesmo o **beneficiário da assistência judiciária gratuita**, se optar por Patrono de sua livre escolha,

deverá ele arcar com os ônus decorrentes desta escolha (...) Se o beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita opta por um determinado profissional em detrimento daqueles postos à sua disposição gratuitamente pelo Estado, deverá ele arcar com os ônus decorrentes desta escolha. Esta solução busca harmonizar o direito de o advogado receber o valor referente aos serviços prestados com a faculdade de o beneficiário, caso assim deseje, poder escolher aquele advogado que considera ideal para a defesa de seus interesses” (STJ, RP 175/297; 3ª Turma, REsp 965.350. In: Theotonio & Gouvêa & Bondioli, Saraiva, São Paulo, 43. ed. p. 1.176 - nota art. 228 da Lei 8.906/94).

Soa claro, como a luz solar, que o ajuste da parte com seu Patrono a título de contraprestação é “*res inter alios*” em face da parte contrária (vide Barbosa Moreira, op. cit., p. 248).

Anoto, todavia, tendência refletida em decisões do STJ, destaque para o Recurso Especial 1.027.797-MG (2008/0025078-1), relatora Ministra Nancy Andrighi, que tem admitido busque a vítima do ato lesivo ressarcimento pleno da “*despesa atinente ao pleito (...), sob pena da indenização não ficar completa e haver locupletamento por parte daquele que deu causa à demanda*”, tudo com arrimo nos artigos 389, 395 e 404 do CC/02.

Assim, ficou decidido que “**os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos**, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02”, como:

Parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos “pelo que se admitiu” serem aplicados subsidiariamente no âmbito de contratos trabalhistas, nos termos do artigo 8º parágrafo único da CLT.

Outra, no entanto, é a reflexão mais particularizada e que foi sugerida para esse escrito cujo objetivo será, então, desenvolvido sob a rubrica “**honorários recursais**”.

A toda evidência, trata-se de abordar os honorários sucumbenciais que, à luz da lei de regência da advocacia e agora, com apoio no novo Código, é **creditado ao Patrono do adversário do vencedor no feito pendente**.

Objetivamente, é pura e simplesmente a **derrota**, enfim, o sucumbimento, o fato gerador, *ex vi legis*, dessa impropriamente denominada “*condenação acessória*”.

Na lição de Barbosa Moreira, *verbis*: “o fato constitutivo do dever de pagar honorários, para a parte vencida, não há de se identificar senão no próprio fato de ter sido derrotado (op. cit., p. 245)”.

2. Natureza jurídica: sanção ou remuneração

Posta dessa forma, a **verba honorária derivada da sucumbência** gera, em regra, para o **vencido** um **custo adicional** que decorre do esgotamento do “mecanismo processual”.

Quanto ao fundamento para determinar quem é que irá sofrer o tal custo adicional, formam-se **várias e conhecidas correntes doutrinárias** já que a **derrota**, embora não seja o único, é, realmente, “o principal elemento na identificação de qual das partes deu causa ao processo” (confira-se Bruno V. Carrilho Lopes. *Honorários Advocatícios no Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 25 e ss.) (grifo nosso).

Bruno V. Carrilho Lopes agrupa tais correntes quando discorre sobre “**sistemas de distribuição do custo do processo**”, destacando, em primeiro lugar, uma brevíssima consideração do tema no “direito romano”, para enunciar, a seguir, as bases de uma “teoria da pena”, “teoria do ressarcimento”, “teoria da sucumbência” e “teoria da causalidade”.

Referindo-se ao até agora vigente “sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro”, o jovem processualista, também, fez questão de sinalizar a prevalência do “**sis-**

tema que combina a responsabilidade objetiva com o princípio da causalidade”, tudo a confirmar que há desprezo ao dolo e à culpa para efeito de condenação em verba honorária (op. cit., p. 44).

Enfim, a **“teoria da causalidade”** é a que melhor responde à preocupação de subsumir, também, o sistema do novo Código a uma das teorias nas quais a matéria restou ser sistematizada pela Doutrina, advindo daí a **flexibilização** necessária para enfrentar as multifárias situações com as quais se deparam partes e juizes na desafiante **tarefa de fixar responsabilidade pelo custo do processo.**

De fato.

Para exemplificar o manuseio adequado da combinação da responsabilidade objetiva (a existência de **derrota**, por si só, deve ser considerada “indício de nexo de causalidade”) com o princípio da causalidade, Bruno V. Carrilho Lopes menciona a hipótese, haurida em Chiovenda, de **o vencedor responder por honorários atribuídos pelo juiz ao advogado do vencido** (op. cit., p. 38).

Certamente, o cotidiano forense traz situações que ensejam uma tal inversão da regra comum (segundo a qual o vencido é que responde) quando, então, a verba honorária atribuída ao advogado do vencido será de responsabilidade do vencedor.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de embargos de terceiro, opostos pelo promitente comprador de um imóvel, detentor de título que não levou a registro. Ainda que o embargante sobressaia vencedor, foi ele o verdadeiro causador da constrição a que o imóvel esteve sujeito. Será ele a suportar a verba honorária correspondente.

Nesse caso, o título executivo judicial *no capítulo da sentença sobre verba honorária* atribui ao Patrono do vencido a legitimidade para cobrar o valor da condenação.

Uma tal circunstância torna **“relevante” sempre apurar qual das partes tornou o processo necessário”,** eis objetivamente a conclusão do autor acima citado (op. cit., p. 51).

De qualquer forma, apurado quem a final “tornou o processo necessário”, a verba honorária deve ser fixada e sua destinação agora é certa, o que significa que o título executivo vai se formar a favor de um só credor, qual seja, o advogado do adversário de quem tornou o processo necessário.

Tudo indica sobressair de uma tal assertiva **o caráter predominantemente remuneratório da atividade do advogado credor da verba honorária**, sendo certo que a lei concede ao Juiz a tarefa complementar de dimensionar uma tal remuneração.

Se é possível, como visto, que a verba honorária seja devida ao Patrono do vencido, o caráter punitivo que se pretenda atribuir ao arbitramento de honorários assume função secundária e eventual.

Enfim, **litigar a custo zero** é fato que ocorre excepcionalmente.

Mesmo em situações submetidas ao Poder Judiciário na perspectiva da **jurisdição voluntária** (processo necessário sempre!), quando houver contraditório qualificado por uma resistência de qualquer natureza, é o caso de se descobrir quando menos o **interesse** no acesso ao Poder Judiciário, que, conforme o caso, pode se tornar credor de verba honorária independentemente da existência de sucumbência.

Nada restou ser alterado nesse plano geral pelo fato de ser editado um novo CPC.

3. A disciplina de fixação de honorários no julgamento dos recursos

Todavia, a par de encampar a *regra vigente de direito federal sobre a advocacia*, segundo a qual a verba honorária fixada na sentença pertence ao Patrono e não mais à parte, avançou o novo Código ao prever “**honorários recursais**”.

Diz o projetado CPC, *verbis*:

Artigo 85 - *A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

§ 1º - *São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*

§ 2º - *Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 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 duzentos salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de duzentos salários-mínimos até dois mil salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de dois mil salários-mínimos até vinte mil salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de vinte mil salários-mínimos até cem mil salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de cem mil salários-mínimos.

§ 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 dos referidos incisos, 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.

§ 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 do mérito.

§ 7º - Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º - Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 9º - Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10 - Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11 - O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando conforme o caso, o disposto nos parágrafos 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 parágrafos 2º e 3º para a fase de conhecimento.

De logo, anote-se que o referido “**trabalho adicional em grau recursal**” supõe o esgotamento de fase procedimental que dê ensejo “ex vi legis” à fixação de honorários (sentença), justamente o momento procedimental que encerra a tarefa do juízo de Primeiro Grau.

Se, porventura, couber prolongamento do procedimento perante o próprio juízo de piso, caso muito particular dos “embargos infringentes” opostos em causas de alçada (confira-se Lei 6.830/1980), cabe aplicar a regra que assegura remunerar “trabalho adicional em grau recursal”.

Nesses casos, o artigo do projetado código vincula o órgão monocrático ou o Colegiado, a mensurar **remuneração adicional** com base no zelo do profissional, o próprio trabalho realizado e o tempo consumido no cumprimento da tarefa executada nessa nova fase do procedimento.

O prefalado § 11 traz ainda dois comandos dignos de nota.

O primeiro refere à atividade, cujo exercício é atribuído ao Tribunal, de **controle do cômputo geral da fixação de honorários** devidos ao “advogado do vencedor”.

Essa parte do dispositivo deve ser lida com a ressalva acima declinada, de que a verba honorária será carregada ao “advogado do adversário de quem tornou o processo necessário”, o que nem sempre corresponderá a “advogado do vencedor”.

O segundo comando diz respeito à **vedação de que o cômputo geral da fixação de honorários ultrapasse os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.**

Uma tal vedação encerra qualquer possibilidade de o Tribunal controlar o cômputo global da condenação em verba honorária nos casos em que o Juiz de Primeiro Grau, sopesando os critérios dos incisos dos §§ 2º e 3º, v.g., grau de zelo e trabalho realizado pelo advogado, fixar os honorários em grau máximo.

Para que o Tribunal concretize a norma do § 11, que impõe “majoração” da verba honorária em grau recursal, será necessário lançar mão de orientação jurisprudencial equitativa já consolidada, superando os limites legais nos casos em que o montante dos honorários resultar irrisório ou insuficiente, sempre em observância à natureza indenizatória do que se cristaliza como direito do advogado.

Doravante, essa prática, aliás, encontra apoio no § 8º do dispositivo em comento.

Não se pode olvidar, ademais, a hipótese em que o Tribunal dê provimento ao recurso, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

O arbitramento da verba honorária, nesse caso, deve contemplar tanto a atividade exercida pelo causídico em Primeiro Grau, como aquela desenvolvida no âmbito do recurso interposto.

Tudo isso, evidentemente, sem prejuízo da imposição de multas e outras sanções processuais, tal como decorre da salutar previsão contida no § 12 do art. 85.

Por fim, no tocante às causas em que a Fazenda Pública for parte, impende destacar a novidade albergada pelo § 3º do art. 85, aplicável também aos honorários recursais.

Trata-se da previsão gradativa de percentuais para a fixação dos honorários, que decrescem conforme maiores o valor da condenação ou do proveito econômico obtido.

4. Conclusão

O novo Código de Processo Civil confere destaque topológico diferenciado aos Honorários Advocatícios, consolidando-os como um direito autônomo do Patrono, atribuindo-lhe, inclusive, natureza alimentar.

Trata-se de fenômeno de incorporação, pelo “direito processual civil comum”, de norma de direito federal “peculiar” já contida no “Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB” (Lei 8.906 de 04.07.94, art. 22, *caput*).

O enquadramento da verba honorária no sistema processual, segundo influxos doutrinários e jurisprudenciais, conduz à formação de título executivo a favor de um só credor, qual seja, o advogado do adversário de quem tornou o processo necessário, o que indica sobressair o caráter predominantemente remuneratório da atividade do Patrono.

Avançou o projetado Código ao prever “honorários recursais”, instituto que admite seja majorado o valor da condenação determinada pelo juízo de piso em atenção ao “trabalho adicional” desenvolvido para inaugurar a fase procedimental recursal.

Em sede de recurso, a mensuração da remuneração adicional segue critérios já conhecidos no bojo do Estatuto Processual em vigor, a exemplo do zelo do profissional, o próprio trabalho realizado e o tempo consumido.

A verba honorária, mesmo aquela arbitrada no julgamento dos recursos, será carreada ao “advogado do adversário de quem tornou o processo necessário”, o que nem sempre corresponderá a “advogado do vencedor”.

A sistemática contida no novo CPC de 2015, vale dizer, trará situações em que o Tribunal haverá de superar os limites legais, nos casos em que o montante dos honorários fixados em Primeiro Grau resultar irrisório ou insuficiente, considerado o trabalho global exercido pelo advogado.

A aplicação do novo sistema de arbitramento de verba honorária, no entanto, deve ser orientada pelo princípio constitucional de ampla defesa, de que decorre o direito ao recurso, que não pode ser inibido ou obstado mediante critérios de ordem econômico-financeira.

Bem por isso é válida a advertência de Cássio Scarpinella Bueno que defende até mesmo a majoração de ofício pelo Tribunal dos honorários recursais, observado o contraditório que só se admite seja suprimido caso expressamente requerida a majoração nas manifestações recursais das partes (Novo CPC Anotado, São Paulo, Saraiva, 2015, p.101).

Notas sobre o Projeto do Novo CPC: solução ou mais problemas?

*Wanderley J. Federighi*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Há alguns anos, em artigo intitulado “A falácia das reformas”, publicado no jornal *Notícias Forenses*², defendi a posição de que nem todas as novidades introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, nesse surto reformista que se iniciou na primeira metade dos anos 1990, trouxe aos aplicadores do Direito coisas boas. Na verdade, muitas dessas inovações foram explicitamente ruins.

Comparei a situação com a história do humilde camponês que, visitando um sábio para se aconselhar a respeito de como sair de sua situação de penúria, ouvia dele um conselho inusitado. Após narrar ao sábio que ele e sua família viviam em um casebre miserável, com grandes dificuldades para se manter, e que apenas uma vaca que possuíam lhes dava algum parco sustento, com o leite que lhes fornecia, ouviu dele, após longa meditação: “coloque a vaca dentro de sua cabana”.

Apesar de ter estranhado o conselho, o camponês agradeceu e partiu. Algumas semanas depois, contudo, retornou ao oráculo do sábio, na mais absoluta angústia. Narrou-lhe que, se antes a situação era difícil, com a vaca dentro da cabana tudo havia se convertido num inferno. O animal defecava pela casa, trazendo um cheiro insuportável; moscas, doenças, um horror. Ao movimentar-se, destruía, com o seu corpanzil, os poucos pertences que o camponês possuía. As crianças choravam sem parar e sua esposa reclamava aos gritos. Concluiu indagando, mais uma vez: o que fazer? E, mais uma vez, o sábio meditou, cofiou as longas barbas brancas e, por fim, disse: “Tire a vaca de dentro de sua cabana”.

A angústia dos *aplicadores* do Direito, batalhadores do dia a dia, nos últimos anos, em boa parte, tem se dado em face de se lhes atribuir o papel de tirar a vaca de dentro da cabana. Os “*sábios*” elaboram as mudanças; estas são aprovadas junto ao Legislativo; elas passam a vigorar e, então, surgem os seus efeitos. Ao Judiciário, em especial, tem sido confiada a dura missão de interpretar e reinterpretar as mudanças da legislação que nos são enfiadas goela abaixo, muitas vezes tendo que alterar posicionamentos jurisprudenciais já consolidados. E nem sempre tais alterações trazem benefícios, não apenas ao referido universo dos aplicadores do Direito, mas à própria sociedade, ao próprio interesse público, destinatários últimos dessas supostas “melhorias” introduzidas pelas reformas.

O Projeto 8.046/2010, da Câmara dos Deputados, em discussão nas Casas do Poder Legislativo e, em especial, recentemente aprovado pelos nossos congressistas, que traz a

¹ Desembargador da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Bacharel e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

² Jornal referido, ano XXIV, n. 198, outubro-novembro de 2006, p. 6-7.

lume um novo Código de Processo Civil, traz diversas alterações ao sistema do Código atualmente em vigor, alterações estas que podem vir a ser boas ou não. Apenas o tempo dirá.

O presente estudo, com a humildade necessária, enfoca apenas alguns poucos desses aspectos, na medida em que, reconhecendo-se uma verdadeira infinidade de objeções que o projeto suscita, não seria possível fazer-se frente a todas elas em um artigo de proporções reduzidas, comportando as mesmas, em verdade, um livro de grande envergadura, que pudesse dissecar o referido projeto (ora concretizado em novo CPC) em suas inúmeras incongruências.

Em outra ocasião³, já tive a oportunidade de vergastar a alteração que se pretendia fazer na questão referente aos efeitos dos recursos, havendo a intenção, pelo que constava do art. 949 do Projeto, de que os referidos recursos não impedissem a eficácia imediata da decisão, impondo-se apenas a existência de *efeito devolutivo* ao recurso de apelação, ficando a cargo do Relator admitir a concessão de *efeito suspensivo* ao mencionado recurso, mediante pedido expresso da parte recorrente. Felizmente, tal alteração veio a ser suprimida do projeto, em um raro lampejo de sobriedade por parte de nossos legisladores e da comissão que acompanha a tramitação do temido novo *Codex*, tendo os mesmos, quiçá, vislumbrado as imensas dificuldades que tal inovação traria, e sobre as quais me abstenho de efetuar novos comentários, remetendo o leitor ao artigo anteriormente mencionado.

O que se verifica da justificativa ofertada pelo Legislativo e pela comissão de notáveis que estudava o tema é que a redação dos dispositivos do novo Código aparenta ter a intenção de um processamento mais célere dos feitos cíveis (queixa esta mais antiga do que nossas queridas avozinhas). Contudo, uma leitura mais atenta – e um pouco de experiência na difícil arte de conduzir tais processos – mostra que, a bem da verdade, o que se terá, após aprovado o projeto tal como está, é um tremendo tiro no pé.

Tais novidades são saudadas com entusiasmo por alguns doutrinadores, abstenendo-me, aqui, de citar nomes, com o fito de evitar possíveis dissabores e cultivar desafetos.

Parece-me, contudo, que a discussão das questões impõe maior cautela, na medida em que, introduzidas tal qual estão na vida prática de incontáveis aplicadores do Direito – advogados, membros do Ministério Público e magistrados, em especial – corre-se o risco de criar incidentes processuais de considerável gravidade, que trarão à baila justamente o efeito reverso daquele pretendido; ou seja, *mais lentidão no processamento dos feitos*, com consequências imprevisíveis para a aplicação prática do Direito como um todo.

Senão, vejamos.

O CADIP – Centro de Apoio do Direito Público, atuante no Edifício dos gabinetes dos Desembargadores dessa área (o MMDC), efetuou, há poucos meses, estudo sobre o tema, apresentando lista de temas que podem ser considerados como polêmicos.

Ainda que tal lista não esgote o tema, é de se levar em conta o seu conteúdo, em especial pelos sérios problemas que foram apresentados, bem como pelas eventuais soluções sugeridas para evitar-se tais problemas.

Assim, merecem menção os seguintes temas:

³ Artigo intitulado “Apontamentos sobre o efeito suspensivo dos recursos e o projeto do novo CPC”. *Revista Justiça e Cidadania*, n. 154, p. 64-66, jun. 2013.

a) a questão referente aos *prazos processuais*, referida no art. 219 do projeto aprovado na Câmara dos Deputados. Aduz o *caput* do dispositivo mencionado que na contagem de prazo em dias, “*estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis*”.

Pois bem. No Código de Processo Civil de 1973 (que, em comparação com o novo, parece ficar melhor a cada nova leitura...), o sistema de prazos processuais é aquele constante dos arts. 177 a 199, assaz conhecido daqueles que são os efetivos operadores do Direito, sendo mais do que sabido que os prazos processuais são *contínuos*, não se interrompendo nem mesmo nos feriados (vide art. 178), sendo certo que, findo o mencionado prazo em dia em que não haja expediente forense, o mesmo prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte (art. 184). Procedimento cartesianamente simples, ao qual estão acostumados magistrados (em especial os de primeiro grau), promotores públicos e advogados que advogam (talvez o fato seja objeto de esquecimento dos que se limitam a redigir pareceres).

Permito-me indagar: se o objetivo dessa celeuma toda é a tão almejada *celeridade processual*, quem, em sã consciência, pode acreditar que um prazo contado apenas em dias úteis se encerrará *antes* de um prazo contínuo, que se prorrogará até o primeiro dia útil seguinte, se findar em feriado ou final de semana?

Não é uma conclusão lógica a de que um prazo de 15 (quinze) dias, por exemplo, contado pelo novo sistema, demorará mais a findar do que aquele contado pelo sistema atualmente vigente?!

Indaga-se: e o princípio constitucional da *razoável duração do processo*?

E os *prazos em dobro e em quádruplo*? Como serão contados? Também apenas em dias úteis? Qual a consequência disso? Tais prazos remanescerão *apenas* em dobro ou em quádruplo, ou se estenderão ainda mais...?

Como se pode ver, havia muito o que pensar – e teria sido muito bom que isto tivesse sido feito antes de se empurrar o novo Código goela abaixo do País inteiro...

Outra coisa: os prazos recursais passam a ser unificados em 15 (quinze) dias, à exceção dos embargos de declaração, que continuam a ter prazo de 5 (cinco) dias. Os agravos, então, passam a ter prazos de 15 (quinze) dias – e, ressalte-se, *dias úteis*, não corridos. Pois bem, imagine-se a seguinte situação: um prazo para a interposição de um recurso de agravo de instrumento que comece, hoje, com o CPC de 1973 ainda em vigor, a correr a partir de uma segunda-feira, dia 1º de determinado mês, iria findar-se no dia 10, quarta-feira da semana seguinte. Com a entrada em vigor do novo CPC, esse prazo pode ser contado assim: inicia-se no dia 1º, segunda-feira, e corre até a sexta-feira, dia 5 quando então é suspenso por causa do final de semana. Nos dias 6 e 7, esse prazo não corre. No dia 8, segunda-feira, volta a correr, e vai até o dia 12, sexta-feira dessa segunda semana. Contudo, contam-se apenas 10 (dez) dias, e não 12, graças à suspensão no final de semana anterior.

Nos dias 13 e 14, sábado e domingo, o prazo também não corre. Reinicia-se na segunda-feira, dia 15, e vai até *sexta-feira, dia 19*, quando então se finda.

Ou seja: pelo novo sistema, o prazo para a interposição de um mero recurso de agravo de instrumento é *absurdamente aumentado, ganhando o recorrente mais nove dias, de graça!!*

Aliás, é bom ressaltar que, se houver um ou mais feriados nesse meio, o prazo cresce exponencialmente!!!

Excelente para os advogados dos recorrentes (em especial se estiverem imbuídos de espírito de emulação e quiserem apenas ganhar tempo, utilizando-se de procrastinação). Péssimo para os advogados dos recorridos!

b) o art. 363 traz a questão da *decisão parcial de mérito*.

O que já é uma contradição em si. Decisão de mérito *apenas parcial...?!*

O texto do art. 363 aduz que o juiz *decidirá* parcialmente o mérito, o que lhe impõe uma *obrigação* de assim proceder, ao invés de uma *alternativa*. De outra banda, afirma também que assim procederá quando um ou mais pedidos formulados, ou parcela deles “mostrar-se incontroverso” e “estiver em condições de imediato julgamento”, o que parece advir, mais uma vez, da almejada celeridade processual.

E, mais uma vez, o legislador *erra o alvo*.

Não é necessário pertencer a uma comissão de notáveis para que se possa perceber os problemas que daí advirão. Aliás, nada como a boa e velha prática forense (que certamente falta a técnicos de gabinete, ou a legisladores afoitos pela notoriedade...) para que se possa perceber aonde esse dispositivo vai nos levar.

De início, indaga-se: *o que exatamente é incontroverso, nos dias atuais?* A jurisprudência de nossas Cortes sofre com marchas e contramarchas, muitas vezes oriundas de interpretações feitas pelos Tribunais superiores, que alteram toda a sistemática adotada nos tribunais locais (às vezes, de forma já consolidada). Tudo é questionável, tudo é discutível, tudo é recorrível. *Não há mais nada “incontroverso” nos dias atuais.*

De outra banda, ainda que se afigure a possibilidade de julgamento de parte da demanda, nos termos do art. 362, ao qual remete o inciso II do art. 363, indaga-se: isto irá contribuir para a rápida solução da demanda? Penso que não.

Como disse linhas atrás, nos dias atuais *tudo é recorrível*, e não raro recorre-se, mesmo sem razão nenhuma. Como não se cuida de decisão terminativa do feito, o recurso cabível será o de agravo de instrumento (aliás, o parágrafo 4º do art. 363 é bastante claro nesse sentido). Pois bem: se a decisão é agravável, caberá, em tese, efeito suspensivo da referida decisão não terminativa, a critério do relator, o que pode colocar por terra a intenção de uma “rápida execução” da decisão recorrida.

Em suma, muito se fez para não se chegar a parte alguma.

c) os artigos 520 a 522 introduzem uma *vinculação das decisões judiciais à jurisprudência*.

Também não parece ser uma boa inovação.

Desnecessário lembrar que o sistema brasileiro segue o da *civil law*, que não é vinculado às decisões jurisprudenciais, como o da *common law* inglesa, por exemplo. A independência do juiz para chegar à sua convicção ainda é princípio constitucional e, certa ou errada, a decisão merece ser prestigiada e obedecida, até que seja objeto de nova análise pelas Cortes.

Em especial, o texto do art. 521, incisos I a III, praticamente manietou os magistrados de graus inferiores a seguirem a jurisprudência dos tribunais superiores, até mesmo no que toca às súmulas não vinculantes, eliminando a sua independência.

Outrossim, como bem lembra o estudo feito pelo CADIP, é necessário que um determinado assunto seja objeto de *muitas sentenças ou acórdãos*, até que seja sedimentada uma posição a respeito. Não faz sentido que se entendam como “*jurisprudência*” *decisões isoladas a respeito de um tema*, pelo simples fato de terem partido de uma Câmara de um Tribunal, o que, com a devida vênia, o texto do novo Código nos leva a crer ser a intenção do legislador, a partir do texto do inciso IV, letras “a” e “b” de tal artigo (“os juízes seguirão os precedentes”...!).

Indaga-se: quantas alterações na jurisprudência pátria originaram-se de decisão de primeiro grau? Certamente muitíssimas. Os advogados familiarizados com as ações de desapropriação decerto se lembrarão de que, há algumas décadas, foram as decisões dos juízes das Varas da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo que deram origem à mudança da orientação jurisprudencial referente à imissão na posse do imóvel objeto da ação expropriatória, determinando-se que tais imissões somente se dariam através de uma avaliação provisória do bem objeto da ação e do depósito de um valor efetivamente condizente com o de mercado para tal bem (e não mais do pífio valor ofertado pelo Poder Público, muitas vezes orientado apenas a obter a referida imissão na posse, para depois largar o expropriado ao deus-dará por décadas)⁴.

Caso os expropriados dependessem, na ocasião, da orientação jurisprudencial (dos “precedentes”...) dos Tribunais superiores, estariam até hoje mendigando saldos em ações nas quais foram desapossados de seus bens.

De outra banda, o texto do art. 521, ao manietar os juízes à jurisprudência dos Tribunais superiores, inclusive de meros precedentes, parece, com a devida vênia, revestir-se de cunho *nitidamente fascista*.

Não é só, contudo.

O art. 945 reforça essa minha convicção, ao estabelecer, de maneira *despudorada*, que incumbe ao relator *negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal* (inciso IV, letra “a”).

Note-se: a redação do dispositivo em comento compele o relator a julgar de acordo com as referidas súmulas (e, ressalte-se, não se refere o mesmo a *súmulas vinculantes*, mas a meras *súmulas*, o que nos leva a crer que as súmulas vinculantes *deixam de existir, pois todas as súmulas passarão a ser vinculantes!!*). Sua independência passa a ser rigorosamente nenhuma. Não teremos mais julgadores nos tribunais locais, mas *meros chanceladores da jurisprudência dos tribunais superiores*; ou seja, os tribunais locais passarão mesmo a ser meras Cortes de passagem, que nada decidirão que for contrário aos oráculos do Distrito Federal.

Lamentável!!!

d) ainda quanto ao art. 945 do projeto, o seu inciso III aduz que incumbe ao relator “*não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida*”, passando, assim, a ser integral responsabilidade do relator o juízo de admissibilidade dos recursos.

⁴ Vide, a propósito, artigo intitulado “Exigência de depósito do valor de mercado do bem antes da imissão na posse nas desapropriações”, de autoria da Comissão de Estudos dos Juizes de Direito das Varas da Fazenda Pública de São Paulo. *Revista dos Tribunais*, n. 669, p. 243-252.

Não que o relator já não a tivesse, mas, da maneira como redigido o texto, dá-se a impressão que não mais cabe ao juízo de primeiro grau nem mesmo o “*juízo de admissibilidade diferido, preliminar e provisório, sujeito sempre à decisão definitiva do juízo ad quem*”, na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, citados por Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol⁵.

e) também aventou-se a possibilidade de eliminação do recurso de embargos infringentes, previsto nos arts. 530 a 534 do Código de 1973, ainda em vigor, supostamente por sua inocuidade (ou seja, em Câmaras onde há divisão de entendimento a respeito de determinadas matérias, a parte passaria a depender da sorte, no que diz respeito à composição da turma julgadora para a apreciação de seu recurso, que ora poderia pender para um lado, ora para o outro, de acordo com a referida composição).

Contudo, o art. 955 do projeto, apesar de não se referir expressamente a *embargos infringentes*, apresenta um confuso procedimento recursal assemelhado a tal recurso, descendo a minúcias como prever a possibilidade de nova sustentação oral perante a nova composição da turma julgadora (?). Coloca-se no novo CPC, assim, questiúncula que, além de se revestir de caráter paternalista para com as partes e seus nobres procuradores, mais parece afeta ao Regimento Interno de cada Tribunal...!

Pior do que isso, o texto mais uma vez cria para a Câmara a *obrigação de novo julgamento do recurso, quando o resultado da apelação não for unânime* (vide o *caput* do art. 955, que prevê que, quando o resultado do recurso de apelação for não unânime, “*o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores*”...!!). Sob a égide do atual recurso de embargos infringentes, ao menos cabe às partes recorrer, e não à *própria* Câmara providenciar esse esdrúxulo novo julgamento...!

Mais uma vez impera o paternalismo, e a celeridade processual é mandada às favas...

Criou-se, assim, sob a batuta dos “sábios”, *um novo tipo de reexame necessário*, diferente daquele previsto no art. 475 do atual CPC, determinado a *supostamente* encurtar o caminho do julgamento, mas que mais parece oriundo de um delírio, alongando *ex officio* o que deveria ser rápido.

Não se deve olvidar que o recurso “é o meio processual, voluntário, idôneo a ensejar, dentro da mesma relação jurídica processual, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial desfavorável, impugnada pela parte, pelo Ministério Público ou por um terceiro interessado”⁶.

Também Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol lembram que, segundo a origem etimológica, “no latim, *recursos, us* – significa a repetição de um caminho já utilizado”. Fazendo mais uma vez remissão à lição de Nelson Nery Júnior, lembram os referidos autores que, “num sentido amplo, recurso é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu”⁷.

O que aqui se tem, portanto, é uma subversão das lições de nossa doutrina referentes à voluntariedade dos recursos, na medida em que, burocratizando-se o processamen-

⁵ *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

⁶ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 12.

⁷ Op. cit., p. 2.

to das apelações, cria-se um sistema confuso e lento de novo julgamento *praticamente de ofício* por parte da Câmara, bastando, para tanto, que haja divergência, situação, aliás, assaz comum em nossas Cortes.

É fácil antever-se o quanto mais essa novidade irá redundar em retardamento da prestação jurisdicional.

f) há mais; salvo melhor juízo, os artigos 1.008 e 1.025 parecem conter disposições antagônicas entre si.

O primeiro diz, no seu *caput*, que os *recursos não impedem a eficácia da decisão*, praticamente nos remetendo à medonha ideia de não se atribuir efeito suspensivo aos recursos, exceto mediante decisão específica do relator, provocada pela parte interessada; de outra banda, o art. 1.025, *caput*, afirma que a apelação “terá efeito suspensivo”. Afinal, *os recursos impedem ou não impedem a eficácia das decisões?*!

g) a questão referente à *imposição de uma “ordem cronológica” para a prolação de sentenças ou votos em processo*, decorrente do parágrafo 5º do art. 1.059 do projeto (“A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código”), também traz à baila questão de grande seriedade.

Tal inovação, como bem lembra o estudo do CADIP, por certo não levou em conta a *complexidade dos processos*, que podem apresentar, por exemplo, *pluralidade* de partes e outras questões que exijam um tempo de estudo muito maior.

Indaga-se: *qual é o magistrado que nunca teve, sob sua responsabilidade, processos de extrema complexidade?* Qualquer um de nós recordar-se-á, certamente, de um número avantajado de tais demandas, que exigem grande dispêndio de tempo para serem julgados. Ao mesmo tempo, temos, sob nossa responsabilidade, um número expressivo de processos de menor complexidade, que igualmente pedem por solução rápida. Temos aprendido, a duras penas, como administrar tais situações. Este autor se recorda, por exemplo, de um processo de extrema dificuldade e grande volume (eram mais de quarenta volumes), com a produção de complexa prova pericial, cuja sentença demandou *mais de um mês de trabalho*, desempenhado todas as noites, em minha residência – enquanto, no Fórum, dedicava-me continuamente aos feitos de menor complexidade, visando evitar o acúmulo destes.

Caso sejamos forçados a obedecer à ordem cronológica de chegada dos processos em nossos gabinetes, tal imposição nos fará julgar os feitos de maior complexidade, o que pode demandar dias (ou semanas) de esforço, enquanto os feitos de menor complexidade empilham-se, aguardando solução...!

O interessante é que, embora essa situação seja tão clara de se ver, nem todos parecem pensar assim.

Os magistrados atuantes no edifício dos gabinetes dos desembargadores da área do Direito Público (MMDC) certamente se lembrarão da visita de um nobre deputado federal, em encontro para troca de ideias referente ao dito projeto. Na ocasião, levei essa ponderação ao mencionado deputado, e sua resposta me deixou perplexo; limitou-se o mesmo a dizer que essa questão foi “*amplamente debatida*” no Congresso. E fim da conversa!

O que isso significa?!

Que a novidade iria passar, e que teríamos que nos conformar com ela, simplesmente porque foi “objeto de discussão” nas casas da lei? É isso?!

Com o devido respeito, estamos aqui a tratar de assunto que é o arroz com feijão dos aplicadores do Direito. Não estamos cuidando de questão constitucional de alta indagação, mas de um tema que pode vir a inviabilizar – ou, no mínimo, a criar enormes dificuldades – para a pura e simples administração diária da Justiça. Findos os “amplos debates” sobre a matéria no Congresso e aprovado o novo CPC, os senhores legisladores ora voltarão sua atenção para outros temas, e restará a nós, magistrados, a tarefa de, diuturnamente, aplicar essas novidades de eficácia no mínimo questionável, que nos são enfiadas goela abaixo, e que, ao que tudo indica, ainda que tenham sido “*amplamente debatidas*”, não foram “*profundamente meditadas*”...

Há um ponto que mereceria profunda reflexão, mas que parece ter escapado, pura e simplesmente, da percepção de nossos legisladores.

Esses parecem ter levado em consideração, como já dito alhures, a questão da premente necessidade de maior *celeridade processual*, para o fim de uma prestação jurisdicional mais rápida, bem como para o desafogamento do Poder Judiciário, sabidamente atolado em incontáveis processos.

Pois bem. Como se sabe, o grande, o maior responsável, pelo referido atolamento do Judiciário, é nada mais nada menos do que o *Poder Público* – ou seja, as Fazendas Públicas, Federal, Estaduais e Municipais (consta que tais entes públicos, juntos, açambarcam cerca de 60% do movimento do Judiciário!), que contam com grande número de privilégios processuais, entre os quais o da execução das decisões contra elas prolatadas por meio do odioso sistema de *precatórios judiciais*.

Quem já ajuizou uma ação contra qualquer um dos entes públicos sobreditos e veio a sagrar-se vencedor, tendo que lançar mão da referida execução por meio de precatório judicial, sabe muito bem o quão infernalmente interminável uma execução desse tipo é. Ainda recentemente, passou-me pelas mãos uma antiga ação de desapropriação, ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo, datada do ano de 1982, *que ainda se encontra em andamento*, para a discussão de saldo a pagar ao expropriado...

Pois bem. Indaga-se; já que o mote do novo Código é a celeridade processual, o que foi feito, exatamente, para o fim de eliminar-se (ou, ao menos, para atenuar-se) essa chaga aberta?

Aparentemente, *nada*.

Nas ações contra as Fazendas Públicas, tudo continuará como dantes no Quartel de Abrantes. O que redundará em mais precatórios, em mais execuções se empilhando, em mais processos que se arrastarão por décadas, para chegar-se, quiçá, em futuro breve, aos percentuais de 70 ou 80% de todo o movimento do Judiciário. O que se terá solucionado, assim, com toda essa luta, com todo esse trabalho?!

Haveria outras questões – muitas mais, em verdade – a serem analisadas, posto que o novo CPC, no frígir dos ovos, não parece trazer novidades que irão contribuir sobremaneira para a maior rapidez na prestação jurisdicional, inviabilizando, com isto, a aplicação do dispositivo constitucional referente à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII).

É de se concluir, destarte, que seria recomendável que, o mais brevemente possível, se proceda à *revisão* de tais dispositivos do texto do Projeto, ou, *in extremis*, a sua supressão, mantendo-se o formato atual no que toca às questões aqui enteladas, como previstas no texto do CPC ainda atualmente em vigor. Não nos parece haver vexame algum em reconhecer, em especial por não ter o novo *Codex* ainda entrado em vigor, ante argumentos cartesianamente simples, que mostrem ser o novo formato não indicado para os fins propostos, que é o caso de manter-se o sistema do Código ainda vigente, ao qual a comunidade dos aplicadores da lei já está acostumada, sem a introdução de novidades que têm grande possibilidade de não dar certo.

Repito, assim, o que já disse anteriormente, no texto de meu artigo “A falácia das reformas”:

O que os “reformistas” – sejam eles membros do Poder Legislativo, do Poder Executivo, da OAB ou de onde quer que seja – parecem não enxergar, é que, a cada mudança da legislação que é enfiada goela abaixo dos operadores do Direito, surge a necessidade de digestão das referidas mudanças, iniciando-se, a cada breve ciclo, o tormentoso processo de formação de nova jurisprudência a respeito do assunto novo. Matérias que, às vezes, já se encontravam pacificadas, passam a ser obrigatoriamente reexaminadas. Instaura-se o dissenso mais uma vez, o qual perdura até que, já próxima a jurisprudência de chegar a um denominador comum, sobrevenham novas mudanças na legislação. O grande peso de tais mudanças, portanto, acaba por recair sobre os ombros do Judiciário; os outros dois Poderes, ante a sobrecarga criada na Justiça pelas reformas aprovadas e diante da perene insatisfação da população, acabam por adotar cínica postura, declarando “ter feito a sua parte...”⁸.

Também observei, na ocasião, que, caso as coisas assim prossigam, “cumprirá ao Judiciário, como sempre tem sido, continuar a desempenhar a dura tarefa de tirar da cabana a vaca que os sábios determinaram que lá fosse colocada”.

Tais palavras constam de um artigo publicado há mais de oito anos. Mas, de lá para cá, a postura dos “sábios” nada mudou, e nossa tarefa continua a ser aquela acima referida – agravada pela crescente dificuldade de se lidar com textos legais cada vez mais confusos, burocráticos, paternalistas ou simplesmente mal elaborados e mal meditados.

A perspectiva para o futuro, com a aprovação do projeto como está, não é boa. Já temos o processo digital a nos trazer problemas, processo este que foi introduzido no meio jurídico de forma atabalhoada, até amadorística, numa concessão ao modernismo e à crescente influência dos meios políticos (ou da mera politicalha) no Judiciário. O novo CPC virá a completar esse quadro desalentador, prenunciando tempos sombrios para a Justiça.

Que os nossos homens públicos tenham a grandeza suficiente para enxergar os seus defeitos e agir de acordo, fazendo o que precisa ser feito.

⁸ Op. cit., p. 7.

Referências bibliográficas

BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMISSÃO DE ESTUDOS DOS JUÍZES DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO. Exigência de depósito do valor de mercado do bem antes da imissão na posse nas desapropriações. *Revista dos Tribunais*, n. 669, p. 243-252, jul. 1991.

FEDERIGHI, Wanderley José. Apontamentos sobre o efeito suspensivo dos recursos e o projeto do novo CPC. *Justiça e Cidadania*, n. 154, p. 64-66, jun. 2013.

FEDERIGHI, Wanderley José. A falácia das reformas. *Notícias Forenses*, ano XXIV, n. 198, p. 6-7, out.-nov. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. *Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

Coordenação geral
Wanderley José Federighi

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
EPM

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

Revisão
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.
Yara Cristina Marcondes

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados - brochura

Tiragem
3.500 exemplares

Setembro de 2015