

*André Luiz de Oliveira Brum
(Organizador)*



*Anais
do Fórum Amazônico
de Direito Processual*

editora
itacaiúnas

© 2016 by Vários autores
Todos os direitos reservados.

Editora Itacaiúnas

Editor de publicações:

Walter Rodrigues

Pass. Frederico Souza, 10.

Coqueiro - Ananindeua – Pará

91 98216-1196

editoraitacaiunas.com.br

editoraitacaiunas@gmail.com

www.facebook.com/editoraitacaiunas

Projeto de capa:

Joelson Nascimento

Editoração eletrônica:

Itacaiúnas Comércio e Serviços

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B893a

Brum, André Luiz de Oliveira

Anais do Fórum Amazônico de Direito Processual
[livro eletrônico] / André Luiz de Oliveira Brum (org.).

1.ed. – Ananindeua: Itacaiúnas, 2016.

270p.: PDF

Vários autores

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-68154-89-2

1. Direito 2. Anais do Fórum Amazônico de Direito
Processual 3. Direito I. Título.

CDD:341.4

CDU: 347.9

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito: 340

O conteúdo desta obra é de responsabilidade de seus respectivos autores, detentores dos Direitos Autorais.

André Luiz de Oliveira Brum
(Organizador)

Anais do Fórum
Amazônico de Direito
Processual

1ª edição

I Fórum Amazônico de Direito Processual

17 a 19 de agosto de 2016

Rondônia/RO

Coordenação geral: Prof. Vinícius da Silva Lemos

CONSELHO EDITORIAL

Presidente:

Prof. Me. André Luiz de Oliveira Brum

Membros:

Prof.^a Esp. Alessandra Elaine Matuda

Prof. Me. Gérson Oscar de Menezes Junior

Prof. Esp. Vinicius da Silva Lemos

Prof. Me. Walter Gustavo da Silva Lemos

Prof.^a. Ma. Adriana Vieira da Costa

APRESENTAÇÃO | *VINICIUS SILVA LEMOS*

10 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: A NOVA SISTEMÁTICA DO CPC/2015 APLICADA ÀS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA | *MOISÉS VICTOR PESSOA SANTIAGO, ARTHUR ANTUNES GOMES QUEIROZ E HUÍLA FORTES DE SOUSA DOS ANJOS*

A COMMONLIZAÇÃO DO PROCESSO BRASILEIRO E OS INSTRUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NO NOVO CPC | *SHASE COSTA DE AZEVEDO E ROGÉRIO MONTAI DE LIMA*

A COMPATIBILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ | *IURY PEIXOTO SOUZA E EDSON ANTÔNIO SOUSA PINTO*

A DECISÃO DE AFETAÇÃO: UMA POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | *JULIANA DAL MOLIN DE OLIVEIRA LEMOS E VINICIUS SILVA LEMOS*

A SUPRESSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | *BRENDA FERRARI LOTTO, SILVIA CAROLINE DOS SANTOS MENDONÇA, ULYSSES THIAGO MENDONÇA ARCANJO GUIMARÃES, VALQUÍRIA BERTOLOTTI FLORENCE ALBUQUERQUE DA ROSA E ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BRUM*

A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NO MOMENTO PROBATÓRIO DO PROCESSO E AS INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | *BEATRIZ BEZERRA PEREIRA DA COSTA E ROGÉRIO MONTAI DE LIMA*

ASPECTOS INOVADORES NA REGULAÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC) | *SANDRA MARIA DANTAS MARTINS FERREIRA, BRUNA DA SILVA ALVES, JORRANA DE OLIVEIRA DA SILVA, LEONARDO BRANDALISE MACHADO E VINICIUS SILVA LEMOS*

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS EFEITOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NAS MODALIDADES DE RECURSOS | *ABNER VINÍCIUS MAGDALON ALVES, AMANDA ELISE DOS SANTOS, EDUARDA RODRIGUES ROSA, GLEIZILANDRE DELANEI DE SALES E ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BRUM*

CELERIDADE E AS INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL | *KARINA MARIA DA SILVA E ROGÉRIO MONTAI DE LIMA*

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NA EXECUÇÃO DE ALIMENTO |
APARECIDA PAIVA MARTINS E VINICIUS SILVA LEMOS

DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO
PROCESSUAL CIVIL | *ISABELA MELO TOZZO E ROGÉRIO MONTAI DE LIMA*

DOS RECURSOS: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS RECURSOS
EXCEPCIONAIS NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E DE 2015 | *ANA
ELISA SILVA MIRANDA*

EXCLUSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES: CELERIDADE PROCESSUAL OU
INSEGURANÇA JURÍDICA? | *DAIANA ALMEIDA DE BRITO, ERIKA BRENDA DO NASCIMENTO
ARANTES, PATRÍCIA SILVA CAVALCANTE E ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BRUM*

IMPLICAÇÃO HERMENÊUTICA DIANTE DA LEI 13.105/2015 - REFLEXÃO
FILOSÓFICA SOBRE A INOVAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL | *LUCIANA DA LUZ PEREIRA E ADRIANA HONARATO PRIETO DAS NEVES*

INICIAÇÃO A NOVA CONCEPÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDA
JURIDICA COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL |
NADILSON MARIANO SIQUEIRA E ROGERIO MONTAI DE LIMA

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A DIFERENÇA ENTRE A
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O AUXÍLIO DIRETO | *VIVILENE GARCIA FERREIRA E
WALTER GUSTAVO LEMOS*

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM COMBATE À JURISPRUDÊNCIA
DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, EM ESPECIAL A DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA | *WILLIAN DA SILVA MAGALHÃES E PATRÍCIA DE OLIVEIRA FRANÇA*

O PARADOXO DA PRETENSÃO DE SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DE LUHMAN SOBRE SOCIEDADE E DIREITO | *BRUNO
CARLOS PASTORE*

O PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO E DA AMPLA DEFESA NO NOVO CODIGO
DE PROCESSO CIVIL | *ANTONIO VALDEMIR SOUZA SILVA, ERISON RAMOS, LORENA MARTINEZ
ZANFERRARI E SONHA MARIA SILVA DE AZEVEDO*

O SANEAMENTO COMPARTILHADO COMO TÉCNICA CONCRETIZADORA DA
DEMOCRACIA PROCESSUAL | *JANAÍNA PEREIRA SILVA E ROGÉRIO MONTAI DE LIMA*

RESISTÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO ÀS PROMESSAS DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | *BRUNO CARLOS PASTORE*

APRESENTAÇÃO

Nos dias 17 a 19 de agosto de 2016, o IDPR – Instituto de Direito Processual de Rondônia realizou o Fórum Amazônico de Direito Processual, na seccional da OAB Rondônia, com processualistas do Brasil inteiro, numa total inteiração acadêmica com palestra, debates e apresentação de artigos. Teve aceitação imensa pelo público, com quase 800 inscritos.

O IDPR é um instituto dos processualistas do Estado de Rondônia, voltados para o estudo de todas as diretrizes do direito processual, com a ampla busca pela atualização acadêmica desta área, seja no âmbito civil – pelo momento histórico do Novo CPC – bem como outras áreas como penal, trabalhista, eleitoral, administrativa, etc. A pedra fundamental do IDPR foi lançada novembro de 2015 quando realizamos o evento de encerramento do calendário da ESA/RO e a divulgação da diretoria, o qual é presidido pelo Dr. Edson Pinto, com a minha pessoa como vice-presidente, Dr. Márcio Melo Nogueira como Secretário Geral e o Dr. Walter Gustavo Lemos como Tesoureiro.

Neste ano histórico de 2016, com todo o enfrentamento cotidiano de adaptação sobre o Novo CPC, o IDPR se consolida, com a formalização jurídica e a realização do maior evento do Norte sobre direito processual, com 3 dias de intensos debates com 19 palestrantes de fora de Rondônia.

No Fórum Amazônico de Direito Processual, o IDPR teve o intuito de proporcionar um grande nível de debate sobre o novo ordenamento processual e, também, de priorizar o debate acadêmico, realizando uma chamada de artigos, com uma enorme aceitação, grande quantidade de trabalhos inscritos, uma lista respeitável de aprovados, apresentados e organizados nesta publicação. Um grande diferencial para o evento, que nasce grande no nível e na visão acadêmica.

Pensar o processo de forma diferente, essa é a proposta do IDPR e também do Fórum Amazônico de Direito Processual, almejar um diálogo constante entre a prática processual e a teoria acadêmica, no intuito de proporcionar os mais diferentes debates, com a divulgação da qualidade dos processualistas de Rondônia. O propósito é instigante e o Fórum somente foi o primeiro de muitos passos.

Porto Velho – RO, agosto de 2016.

VINICIUS SILVA LEMOS

*Coordenador Científico do Fórum Amazônico de Direito Processual
Vice-Presidente do IDPR – Instituto de Direito Processual de Rondônia*

10 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: A NOVA SISTEMÁTICA DO CPC/2015 APLICADA ÀS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

MOISÉS VICTOR PESSOA SANTIAGO

moisesvictor@tjro.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO

ARTHUR ANTUNES GOMES QUEIROZ

arthurantunesqueiroz@gmail.com

Baldo & Queiroz Advogados Associados

HUÍLA FORTES DE SOUSA DOS ANJOS

huila@tjro.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO

Resumo: A Lei n.º 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha é um instrumento normativo que visa coibir a violência física, moral e psicológica perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Após dez anos de sua criação e com a entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil, necessário se faz revisitar o texto legislativo e analisar detalhadamente as modificações ocorridas por força da nova roupagem processual civilista, mais especificamente as mutações processuais que circundam as chamadas medidas protetivas de urgência (mecanismos previstos na lei para oferecer uma garantia efetiva de proteção à vítima). O escopo deste trabalho é, portanto, analisar a ocorrência de modificações na dinâmica processual das medidas protetivas de urgência face a entrada em vigor do Novo Código Processual Civil.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência. Novo Código de Processo Civil. Tutela de Urgência.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Evolução das Tutelas de Urgência no Direito Processual Civil Brasileiro e paralelo com a Lei Maria da Penha

A Constituição Federal de 1988 introduziu entre outros princípios, o da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todo o indivíduo que tenha sofrido lesão ou ameaça de direito, a devida apreciação pelo Poder Judiciário. Consequência próxima desse princípio é a necessidade de prestação estatal em tempo hábil, com produção de efeitos materiais, que garantam a proteção efetiva do direito ofendido, uma vez que a demora na prestação pode tornar-se infinitamente prejudicial ao titular de direitos.

Essa garantia constitucional aliada aos mecanismos que devem ser utilizados para uma resposta estatal a contento da proteção de direitos formam a denominada efetividade do processo, pois não é necessário apenas assegurar o acesso formal ao processo, mas além disso, garantir que a utilização e resposta aos conflitos submetidos à jurisdição ocorram em tempo oportuno à concretização da proteção ao direito pleiteado.

Mais precisamente, existem situações que demandam uma solução jurisdicional emergencial, sob pena do direito esvair-se e assim, a prestação jurisdicional tornar-se totalmente ineficaz, como ocorre, por exemplo, nos inúmeros cenários em que são protagonistas as mulheres vítimas de violência familiar e doméstica.

Diante disso, uma alternativa de tutela que não precise aguardar pelo trânsito em julgado para poder criar efeitos concretos a partir da sentença, é a tutela de urgência, que no Código de Processo Civil de 1973 tinha duas espécies que seguiam o rito de cognição sumária: o processo cautelar e a tutela antecipada. Em linhas gerais, o primeiro, é o conjunto de procedimentos que garantiriam a viabilidade de um futuro processo, sem risco de danos às partes e o segundo é a concessão em caráter provisório dos efeitos da tutela pretendida pelo autor.

Quanto à Lei Maria da Penha - LMP, objetivando dar eficácia às suas disposições, o legislador estipulou alguns mecanismos denominados de medidas protetivas de urgência, que carregavam consigo a semelhança na adoção de modelo das medidas provisionais constantes do art. 888 do Código Civil de 1973, vastamente utilizadas antes da inserção da tutela antecipada genérica no nosso ordenamento jurídico, o que só ocorreu a partir de 1994, com a promulgação da Lei nº 8.952, que instituiu o art. 273 do CPC.

Na lição de Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2012):

As medidas provisionais podem ser obtidas pela instauração de um procedimento cautelar embora sem conteúdo cautelar (ou seja, de caráter satisfativo). A demanda para a obtenção de tais medidas é satisfativa, mas se processa pelo procedimento cautelar, que é mais simples. As medidas provisionais ainda caracterizam-se por relacionar-se a uma parcela da lide: o demandante dirige-se ao Judiciário e pede uma providência que diz respeito a apenas parte do seu problema.

Portanto, na vigência do antigo CPC, quando uma mulher (além dos dependentes ou outros ofendidos, conforme dispõe o inciso III do art. 313 do CPP, com redação alterada pela Lei n. 12.403/2011) sofria violência familiar e doméstica e necessitava da aplicação das medidas protetivas de urgência, podia valer-se do processo cautelar, de cognição sumária, com aplicação subsidiária do procedimento elencado no art. 801 e ss. do CPC de 1973, as conhecidas medidas provisionais.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, e conforme melhor detalhamento no decorrer deste trabalho, vislumbra-se a ocorrência de readequação das medidas provisionais, alocando-as no grupo de medidas que podem ser deferidas sob os parâmetros do Capítulo III do Título II, ou seja, art. 305 e ss., que tratam especificamente do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (inserida no bojo das tutelas provisórias de urgência).

A pertinência temática do presente estudo se revela ante a nova dinâmica processual civilista trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, que alterou diversos procedimentos, inclusas as medidas protetivas de urgência regidas pela LMP. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e foram utilizadas ferramentas como revisão bibliográfica, coleta de jurisprudência e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais para aferição das mudanças das referidas medidas, objeto de análise do presente artigo.

2 A NATUREZA JURÍDICA DAS MPU E O NOVO TRATAMENTO DO CPC/2015

2.1 Considerações Iniciais

A violência doméstica e familiar contra a mulher não é uma temática enfrentada apenas em território nacional - e há dez anos. Em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no artigo 3º, propôs que:

Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o gozo dos direitos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem (grifos nosso).

As medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha representam um rol de mecanismos legalmente expressos cuja finalidade é atingir o ideário de proteção e de igualdade entre os gêneros, partindo do pressuposto da hipossuficiência da mulher nas relações sociais, laborais, e especialmente familiares e domésticas, traduzindo-se em ações a serem executadas para prevenir, cessar ou impedir a continuidade de práticas de violências contra a mulher no âmbito familiar.

Desde a entrada em vigor da referida lei, passou-se a questionar qual seria a natureza jurídica dessas medidas, que, didaticamente, foram divididas como “Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor” (Seção II, art. 22, Lei 11.340/06), “Das medidas protetivas de urgência à ofendida” (Seção III, art. 23, Lei 11.340/06), e o artigo 24 que elenca as medidas relativas à proteção patrimonial dos bens da vítima nos casos enquadrados pela LMP.

Surgiram radicais posicionamentos sobre a natureza jurídica de tais medidas, visto que elas objetivam contrapor ilícitos penais e cíveis, e que envolvem a participação ativa dos Ministérios Públicos estaduais, de delegacias de polícia especializadas, estabeleceram alterações no Código Penal, dentre outras inovações.

A partir daí a doutrina e os Tribunais, bem como os magistrados e os demais agentes integrados à prática forense, foram imersos num mar de questionamentos acerca das medidas protetivas da LMP. E não sem razão. Por exemplo: uma mulher que é agredida pelo companheiro (ou companheira) é vítima do crime de lesão corporal tipificado no art. 129, §9º do Código Penal. Está-se diante de um ilícito penal. Entretanto, e, ao mesmo tempo, esta mulher teve vários direitos da personalidade – como intimidade, integridade, imagem e honra – violados, configurando-se um ilícito cível.

A própria LMP não facilitou muito ao deixar lacunas no tocante à natureza, prazos, recursos e procedimentos, fazendo menção, apenas, no art. 13, à aplicação subsidiária dos Códigos de Processo Penal e Civil, ECA e Estatuto do Idoso.

O que são, então, as medidas protetivas de urgência trazidas pela Lei Maria da Penha? Defini-las é o primeiro passo para compreendê-las com maior propriedade, para só então, passarmos à verificação das mudanças trazidas pelo CPC de 2015 que repercutem diretamente nas MPU da LMP.

2.2 Determinar a natureza jurídica: “*ser ou não ser, eis a questão*”

Verificar a natureza de algum instituto ou fenômeno é atribuir-lhe definição, e definir é buscar a essência. Fácil é vislumbrar qual o objetivo pretendido – a curto, médio e longo prazo – com a edição de uma lei que pretende combater a violência familiar contra a mulher. Mas, o estudo da natureza jurídica não se perfaz apenas pela simples observação dos objetivos pretendidos pela norma em análise.

Isto porque, se for considerado como objetivo maior das MPU a cessação da violência (aqui considerada como ilícito penal) contra a mulher no ambiente doméstico, poder-se-ia, sem muito esforço, afirmar que tais medidas são de natureza penal. Tal assertiva se apresenta como uma conclusão superficial, o que faz descartar a pura análise finalística para se detectar a natureza jurídica das MPU.

Já que a LMP não previu expressamente qual a natureza jurídica das MPU, a incerteza que daí surgiu não deu brechas somente para discussões acadêmicas, mas tem prejudicado a aplicabilidades das medidas – o que gera insegurança jurídica.

Como mencionado, a doutrina não mantém um posicionamento uniforme no tocante à natureza das medidas protetivas de urgência da LMP, às quais comumente são referidas pela sigla “MPU”. Veja-se.

Maria Berenice Dias (2012) aponta que o pedido de concessão de MPU possui natureza nitidamente cível. Para ela,

Não se está diante de processo crime e o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária (art. 13). Ainda que o pedido tenha sido formulado perante a autoridade policial, devem ser minimamente atendidos os pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas ‘inaudita altera pars’ ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do ‘fumus boni juris’ e ‘periculum in mora’.

Entretanto, Denílson Feitoza defende uma ambiguidade em se tratando das MPU da LMP. Ele afirma que “[...] *há várias medidas protetivas, na Lei 11.340/2006, que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais [...]*”.

Feitoza distingue como medidas de caráter cível as relacionadas no art. 22, IV e V; art. 23, III e IV, e art. 24, II, III e IV. Já as relacionadas no art. 22, I, II e III, “a”, “b” e “c” são, para ele, de caráter penal.

Julia Maria Seixas Bechara esclarece que, em se tratando de determinação da natureza jurídicas das MPU, é preciso se atentar para o seguinte:

[...] se um instituto diz respeito à definição de delitos ou, de algum modo, à aplicação de sanção em razão de seu cometimento, ostenta caráter penal. De outro lado, se limita a reger as relações entre particulares em conflito, ostenta caráter civil. Isso posto, sabendo-se que as medidas protetivas nada mais são do que providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situação de violência doméstica em face do suposto agressor, a conclusão por sua natureza jurídica cível deflui naturalmente.

Pode-se notar que a tendência doutrinária, mesmo que não pacificada, é de se firmar como sendo cível a natureza jurídica das medidas protetivas da LMP. Na seara jurisprudencial, os posicionamentos são mais diversos ainda.

Ao se observar alguns julgados, tais entendimentos ficam evidenciados. Veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - NATUREZA CÍVEL DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06 - APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL DO CPC - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, ATACÁVEL POR AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FORMAL DO RECURSO - DESRESPEITO A NORMA PROCESSUAL CIVIL - PEÇA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DESACOMPANHADA DE RAZÕES - NÃO CONHECIMENTO. – [...] - Em que pese a competência das Câmaras Criminais para o julgamento de recursos que tratam de procedimentos relativos a medidas protetivas referentes à Lei 11.340/06 (matéria eminentemente cível), é o rito recursal previsto no Código de Processo Civil que deve ser aplicado a tais casos. V.V. - As decisões que deferem ou indeferem medidas protetivas não são definitivas ou com força de definitivas, mas interlocutórias, as quais são atacáveis por agravo de instrumento, conforme preveem os artigos 13 da Lei 11.340/06 c/c o artigo 162 § 2º e 522 e ss. do Código de Processo Civil. [...] (TJ-MG - APR: 10287130041737001 MG, Relator: Cássio Salomé, Data de Julgamento: 17/12/2013, Câmaras Criminais/7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/01/2014). [grifo nosso].

O TJ de Minas Gerais, no julgado acima, declarou que a natureza jurídica das matérias relacionadas na LMP é “eminentemente cível”, sendo que o recurso cabível para decisões interlocutórias proferidas nestes casos é o agravo de instrumento, mas a competência para julgamento é das Câmaras Criminais da citada Corte.

Para o TJ do Distrito Federal, o recurso de apelo (cível) perfaz-se cabível mesmo a sentença tendo caráter penal, visto que, no caso do julgado, fora fundada na extinção do processo com resolução de mérito do art. 269, I, do CPC/73, atual art. 487, I, CPC/15, conforme exposto:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRELIMINAR: APELO INTERPOSTO COM APOIO NAS REGRAS DO PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE, EM FACE DE ERRO JUSTIFICÁVEL CAUSADO PELO PRÓPRIO SENTENCIANTE. MÉRITO: CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL. AUSÊNCIA DE

FUNDAMENTAÇÃO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. NULIDADE. 1. Apesar da natureza penal da decisão resistida, o recurso de apelo, interposto de acordo com as regras processuais civis, não pode ser considerado intempestivo se o próprio julgador que proferiu a sentença resolveu o feito com base no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, levando o apelante, portanto, a erro justificável (...). 3. Apelo conhecido e provido (TJ-DF - APR: 1217023120068070001 DF 0121702-31.2006.807.0001, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 02/04/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 24/06/2009, DJ-e Pág. 247). [grifo nosso].

Porém, o mesmo TJ/DF, nos julgados apresentados a seguir, mantém posicionamentos diversos quanto à natureza das MPU previstas pela Lei Maria Penha. Colaciona-se dois exemplos, sendo que o primeiro afirma a natureza e competência criminal, e o segundo, cível:

PROCESSUAL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ CRIMINAL COM FUNDAMENTO NA LEI MARIA DA PENHA - COMPETÊNCIA DA TURMA CRIMINAL. 1. O julgamento de recurso interposto contra decisão proferida em processo de medida cautelar submetida à jurisdição de Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, consubstanciada em medidas protetivas, é da competência de Turma Criminal. 2. Conflito julgado procedente, declarando-se competente a 2ª Turma Criminal. Unânime (TJ-DF - CCP: 20080020137058 DF, Relator: ESTEVAM MAIA, Data de Julgamento: 11/11/2008, Conselho Especial, Data de Publicação: DJU 28/01/2009 Pág.: 47). [grifo nosso].

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. 1. As medidas protetivas de natureza cível e o processo criminal são absolutamente independentes e desafiam deslinde específico, sendo que o indeferimento daquelas desafia recurso próprio na esfera cível, mais especificamente o de agravo de instrumento, tornando-se inadmissível o manejo de apelação criminal. Afasta-se a competência da Turma Criminal em favor da Turma Cível. 2. Remessa dos autos à (sic) uma das Turmas Cíveis, competente para conhecer da matéria questionada (TJ-DF - APR: 20070810005359 DF, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 12/06/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 09/07/2008 Pág.: 95) [grifo nosso].

Veja-se a discussão surgida no TJ/RO, no Agravo de Instrumento nº 0002143-51.2015.8.22.0000. Colaciona-se o voto do Des. Alexandre Miguel:

O Des. Kiyochi Mori manifesta-se pela redistribuição deste recurso no âmbito das Câmaras Criminais ao argumento de que a matéria arguida nos autos foi prolatada pelo Juiz de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher desta Comarca, de modo que a competência para julgamento é daquela Câmara, nos termos do art. 136, I, "d" do RITJ/RO. Em análise aos autos, verifico que da decisão de fls. 30/31 que fixou alimentos provisionais em favor da vítima, como medida protetiva na forma do art. 22, V, da Lei 11.340/2006, foi interposto Recurso de Apelação, que ao fundamento da divergência existente na doutrina e jurisprudência acerca do recurso cabível, e vislumbrando que a aplicação do princípio da fungibilidade é medida passível a ser adotada em juízo de admissibilidade, o Juiz singular remeteu os autos a esta Corte para apreciação do recurso. [...] Ressalto, por oportuno, que o art. 14 da Lei Maria da Penha não estabelece especificamente quais as causas que não se enquadram na competência

cível, com relação às hipóteses de medidas protetivas decorrentes de violência doméstica. Porém, entendo que se tratando de alimentos provisionais, que é uma proteção cautelar sua natureza é cível. [...] Diante do exposto, entendo que a distribuição por agravo de instrumento no âmbito das Câmaras Cíveis foi correta, de modo que, cabe ao relator sorteado à análise quanto à admissibilidade do recurso interposto e distribuído como Agravo de Instrumento, razão pela qual determino a devolução dos autos ao Des. Kiyochi Mori [...]

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1419421 GO 2013/0355585-8, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, veio firmar o entendimento de que as medidas protetivas de urgência, quando autônomas, ou seja, não vinculadas a ação penal ou processo-crime (já instaurado ou na iminência de assim o ser), possuem natureza cível. É o julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1419421 GO 2013/0355585-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/04/2014). [grifo nosso].

Além de firmar o entendimento de que as MPU autônomas possuem natureza cível, o STJ classificou-as como medidas satisfativas. Observa-se que o julgado é anterior à vigência do Código de Processo Civil atual (cujo marco inicial foi 18/03/2016). E, sobre as mudanças pelo CPC/2015 e que são aplicáveis às MPU da Lei Maria da Penha, é o que se passará a dispor a seguir.

3 AS MPU DA LEI MARIA DA PENHA: O QUE MUDA COM O CPC/2015?

Desde que a LMP entrou em vigor, os Códigos de Processo Penal e Civil, bem como o ECA e Estatuto do Idoso, vêm servindo como fontes subsidiárias na aplicação de institutos que não foram detalhados ou nem mesmo foram dispostos, como a questão da natureza jurídica das MPU.

De setembro de 2006 a meados de março de 2016 aplicou-se os regramentos do CPC/73, especialmente no que diz respeito às medidas protetivas de urgência, visto que elas

foram sendo consideradas como de natureza cível (não unanimemente), o que dava ensejo à utilização das normas processuais civis.

O CPC de 2015 trouxe expressamente, no artigo 15, a previsão da aplicação de suas normas de forma supletiva ou subsidiária a omissões legais, totais ou parciais. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que

Ainda que não exista na lei especial dispositivo expresso no sentido da aplicação do CPC na lacuna, aplica-se por ser a lei geral do processo. [...] Na falta de regramento específico, o CPC aplica-se subsidiariamente aos processos judiciais trabalhistas (CLT 769), penais e eleitorais, bem como aos administrativos. De qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretende aplicá-lo.

No caso da LMP, que é lei especial, o legislador já fez menção à necessidade de complementação por outros diplomas legais, o que demonstra total alinhamento com a função subsidiária do CPC/2015.

Didaticamente, e seguindo a esquematização da própria LMP, abordaremos as MPU e verificaremos o que mudou com a entrada em vigor do CPC/2015.

3.1 Das medidas protetivas que obrigam o agressor (artigo 22)

3.1.1 Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826/03.

O artigo 22, inciso I, estabelece a suspensão da posse ou restrição do porte de armas do agressor, direcionada, principalmente, aos agentes públicos que detém acesso facilitado a esses objetos, em decorrência das funções que ocupam.

O legislador, acertadamente, buscou com essa medida resguardar a integridade física e psicológica da vítima, pois dados revelam que são alarmantes os crimes praticados contra a mulher com o uso de arma de fogo. Sanches destaca em sua obra que “nas capitais brasileiras, 44,4% das mulheres vítimas de homicídio em 2002 foram mortas com armas de fogo” (SANCHES *apud* ISER, 205: com dados das Delegacias Legais do Rio de Janeiro, entre 2001 e 2005).

Insta salientar que, constatada prática de violência doméstica contra a mulher, o Juiz poderá, **desde que provocado**, deferir essa medida protetiva de urgência, sem a necessidade de prévia oitiva do agressor, Ministério Público ou até mesmo pedido expresso da vítima, diante do caso concreto e, tratando-se de situação que configure iminente risco de morte à vítima ou até mesmo à integridade de sua saúde física e/ou psicológica,

associado aos relatos de patente de desequilíbrio emocional do agressor/requerido. Para esses casos, desnecessário o uso da arma de fogo na prática do crime.

A decisão com a medida, deverá ser comunicada ao órgão, corporação ou instituição a qual faça parte o agente, estando o seu superior hierárquico responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência, a depender da situação (§2º, do artigo 22).

De natureza administrativa, havendo restrição do porte de armas, o agressor deverá, a critério de seu superior hierárquico, desempenhar atividade que prescindida de arma de fogo. Como via para o cumprimento da decisão, poderá haver a busca e apreensão do dito objeto, juntamente com seus acessórios e munições.

Em caso de busca e apreensão da arma e seus utensílios, será adotado o CPP (artigos 240 e ss.) e havendo necessidade, adotar-se-ia o procedimento estabelecido no CPC, nos termos do artigo 13 da Lei 11.340/06.

Insta salientar que, no Código de Processo Civil anterior havia seção específica para a busca e apreensão, a qual foi suprimida no CPC de 2015, haja vista a extinção dos procedimentos cautelares propriamente ditos. Há, por assim dizer, correspondência do objetivo pretendido nas extintas ações cautelares, com as tutelas provisórias agora estabelecidas a partir do artigo 294 e ss.

3.1.2 Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 22, II) e separação de corpos (art. 24, IV)

As próximas medidas protetivas previstas na LMP são medidas de caráter eminentemente cível e os efeitos práticos estão interligados, motivos pelos quais elegemos abordá-las conjuntamente. Vejamos.

O Código Civil de 2002 trouxe a previsão da “separação de corpos” no art. 1.562, estabelecendo que tal medida deve ser requerida antes da propositura da ação principal. Já o CPC/73 regulava, no art. 888, VI, a possibilidade do juiz ordenar ou autorizar (antes ou na pendência de ação principal), temporariamente, o afastamento de um dos cônjuges da moradia do casal – dispositivo amplamente utilizado nas ações de divórcio.

Inicialmente, pode-se observar que a norma restava superada por fazer apenas menção ao cônjuge, o que restringia o alcance da proteção à parte lesada (em união estável

ou que mantinha outro tipo de relacionamento íntimo) ou na iminência de sofrer algum tipo de lesão.

Em segundo lugar, o inciso em análise especificava a possibilidade do afastamento apenas da moradia do casal, sendo que muitos outros são os locais de convivência entre agressor e vítima.

A LMP, posterior ao CPC/73, foi mais perspicaz. O inciso II, da LMP, ampliou o alcance da medida ao dispor que as áreas de abrangência do afastamento do agressor da vítima englobam quaisquer locais de convivência, além do domicílio e do lar (conceitos tipicamente cíveis).

Com o CPC/2015, não há dispositivo equivalente ao art. 888, VI, CPC/73. Não há mais um capítulo que descreve as antigas “medidas provisionais”, às quais pertencia a medida de separação de corpos. Além disto, a ultrapassada bipartição entre tutela antecipada e tutela cautelar agora fora condensada, no art. 294 e seguintes como: tutelas provisórias.

E o que isso implica às medidas previstas no art. 22, II e 23, IV da LMP? Pois bem. As tutelas provisórias do CPC/2015 subdividem-se em: tutelas de urgência e tutelas de evidência.

Uma breve leitura das hipóteses em que se configurará uma tutela de evidência (art. 311, CPC/2015) é suficiente para descartá-la como correspondente às medidas da LMP, visto se tratar de um rol taxativo. Resta, portanto, a análise das tutelas de urgência.

Elpídio Donizetti ensina que

Haverá urgência quando existirem elementos nos autos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional [...] Em outras palavras, se por meio de cognição sumária o juiz verificar que pode ser o autor o titular do direito material invocado e que há fundado receio de que este direito possa experimentar dano [...] a tutela provisória será concedida sob o fundamento *urgência*.

Certamente, em casos de violência, restando caracterizados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, estará o juiz autorizado a conceder a medida cabível ao caso em concreto, sob a modalidade de tutela provisória de urgência.

3.1.3 Das proibições de determinadas condutas

O inciso III do referido artigo, traz as ditas proibições de conduta por parte do agressor, que possuem natureza proibitiva de não fazer ou de abstenção de determinada conduta. O inciso é composto por três alíneas que disciplinam a proibição do agressor de

aproximar-se da vítima, de seus familiares e das testemunhas, devendo ser fixado um limite mínimo de distância; a proibição de manter contato através de qualquer meio de comunicação com a vítima, seus familiares e testemunhas; e, a proibição de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da vítima.

Em que pese a Lei traga apenas na alínea “c” a finalidade da preservação da integridade física e psicológica da vítima, esse objetivo é intrínseco nas demais alíneas. Assim, quando aplicada algumas dessas medidas ou deferidas cumulativamente, o agressor não poderá exercer aquela conduta que anteriormente lhe era permitida.

Trata-se de mais um caso que segue o procedimento nomeado no Código de Processo Civil de 2015 como tutela de urgência, o qual é aplicado em situações onde a demora poderá causar prejuízos que afetem ao direito invocado. Portanto, a mulher vítima de violência doméstica, encontrando-se em estado vulnerável, deve ter sua integridade física e/ou psicológica resguardada.

Quanto às obrigações de não fazer, o CPC/73 estabelecia que em seu artigo 461 que: “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. O novo CPC reproduziu praticamente o mesmo texto do artigo 461, sendo agora o artigo 497.

Com relação às providências que podem ser adotadas, o Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher editou o enunciado nº 11, estabelecendo-se que: “poderá ser fixada multa pecuniária, no caso de descumprimento de medida protetiva de urgência”.

Não se pode olvidar que, o Código de Processo Civil já estabelecia a multa como meio de compelir o obrigado a cumprir a determinação judicial (art. 537, §1º, do CPC/2015), a multa no que tange nas medidas protetivas, possui a mesma finalidade.

3.1.4 – Da restrição ou suspensão de visita aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.

A presente medida possui caráter cautelar com relação aos menores dependentes do casal e poderão ser aplicadas para que os menores não convivam em ambiente conflituoso e violento, o que poderá afetar-lhe o desenvolvimento. Constatada a necessidade da medida, poderá o Juiz, desde que, ouvida a equipe multidisciplinar ou

serviço similar, restringir o direito de visitas do agressor e, em casos mais graves, suspender o direito à visita aos dependentes menores.

Veja bem, em nada a Lei questiona a guarda dos menores ou até mesmo a aplicação dessa medida não estará conferindo à genitora/vítima a guarda dos filhos. Este dispositivo apenas possibilita a retirada dos menores da convivência com o agressor (que pode ser seu genitor ou responsável legal).

Essa medida, mais uma vez, enquadra-se na nova sistemática das tutelas de urgência estabelecidas no novo Código de Processo Civil, a qual anteriormente seguia o rito das ações cautelares e seus novos enquadramentos já foram anteriormente falados.

3.1.5 Da prestação de alimentos provisionais ou provisórios

O presente inciso possui especial relevância ao empoderamento da mulher em situação de vulnerabilidade e subjugação, principalmente, no que diz respeito à dependência econômica que tenha do agressor. Não são raros os casos de mulheres que sofrem violência doméstica e, necessitam submeter-se a essa condição, por não possuírem recursos financeiros próprios ou suficientes para o seu sustento e de seus filhos.

A presente medida segue o rito estabelecido pela Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), as definições do Código Civil e o Código de Processo Civil, ressalvando-se a urgência que o caso requer. Vale destacar que, possui caráter temporário e não confere, necessariamente, competência definitiva ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Muito pelo contrário, caso seja a ordem deferida em sede de medida protetiva, deverá a parte ingressar com pedido definitivo perante o Juízo competente (Juízo da Vara de Família ou Cível, a depender do caso).

Em que pese a necessidade de urgência no deferimento da presente medida, nos termos dos artigos 1694, §1º e 1695, a ordem deverá ser concedida se o alimentante não possuir bens suficientes e não conseguir prover sua manutenção pelo próprio trabalho. Por conseguinte, os alimentos deverão ser fixados de acordo com a necessidade do alimentado (vítima, filhos e dependentes) e possibilidades do alimentante (agressor). Devendo ainda, ser demonstrada mínima relação de parentesco e a necessidade da concessão dos alimentos pretendidos.

Com relação ao procedimento, o novo CPC estabelece praticamente o mesmo trâmite. De acordo com o artigo 308 temos que: “Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias [...]”. Segue, no artigo 309, inciso I, dizendo que a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente perderá sua vigência se a parte não ingressar com a ação no prazo acima exposto.

Ante todo o exposto, exaurida a proposta de análise para o artigo 22 e seus incisos, seguiremos agora aos artigos 23 e 24.

3.2 Das medidas protetivas de urgência à ofendida (artigo 23)

O rol elencado do presente artigo visa resguardar os direitos da ofendida, sem o prejuízo de outras medidas que poderão ser-lhe aplicadas. Essas medidas de natureza cível permitem maior segurança à vítima que se encontra em momento de vulnerabilidade e necessita de amparo para se sentir protegida. Por vezes, temendo sair do lar e sofrer abalos nas mais diversas ordens de sua vida ou ainda não podendo contar com o auxílio de parentes ou amigos próximos, é que a mulher permanece inserida naquele ciclo de violência.

O inciso I do artigo 23, dispõe que o Juiz poderá, quando necessário, encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento. Esse inciso possui especial vínculo com o artigo 35, incisos I e II, da Lei Maria da Penha, onde é estabelecido que poderão ser criados e promovidos “centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica. Consta também, que também poderão ser criados “casas abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar”.

O acolhimento ou encaminhamento da vítima a casa abrigo ou serviço de apoio ocorrerão por determinação na própria medida protetiva e seguirão o procedimento da mesma.

Seguindo no artigo 23, há ainda os incisos II, III, e IV que tratam do afastamento/recondução da ofendida com relação ao agressor e ao lar.

Conforme já exposto no artigo 22, inciso II, com relação ao afastamento do agressor do lar, o procedimento adotado pelo Juiz será da tutela de urgência, conforme estabelece o

CPC. Assim, após o afastamento do agressor do lar, o Juiz, poderá conceder a recondução da vítima à residência.

Com relação ao afastamento da ofendida do lar, conforme já bem dispõe o inciso III do artigo 23, serão resguardados todos os direitos da vítima em relação aos bens, guarda dos filhos e alimentos. Nesse caso, a depender da situação, a vítima opta por sair do lar, onde permanecerá o ofensor. O procedimento adotado, também, será o mesmo já explanado no inciso II, do artigo 22, quando falado do afastamento do agressor do lar e da separação de corpos.

3.3 Da proteção ao patrimônio da ofendida (artigo 24)

As medidas arroladas no artigo 24 da LMP resguardam especial ligação com o art. 7º, IV, LMP, que diz

Art. 7 São formas de violência [...] a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Aqui, o patrimônio é o bem jurídico tutelado, sendo a erradicação da violência patrimonial um dos objetivos buscados pela lei.

Inicialmente, cabe firmar que por expressa previsão contida no art. 24, as medidas relacionadas não são hipóteses exaustivas, podendo o juiz adotar outras cabíveis. A primeira prevista é a da restituição de bens indevidamente subtraídos.

Neste contexto, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho ensinam que “Nem sempre será fácil identificar a propriedade dos bens [...] Parece mais conveniente, nesse caso, que o juiz adote o procedimento de arrolamento, nomeando a mulher como depositária dos bens [...]”.

O CPC/73 trazia, como um procedimento cautelar específico, o arrolamento de bens (arts. 855/860), que foi suprimido no CPC/2015. O novo *codex* agora trouxe o arrolamento como uma modalidade de produção antecipada da prova somente para a realização de documentação e quando

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

- I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
- II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
- III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação [grifo nosso].

Nesse sentido vê-se que o inciso I do referido artigo é o que mantém mais relação com as hipóteses de violência doméstica, motivo pelo qual o juiz da vara da ação em que se está discutindo a propriedade dos bens poderá deferir o arrolamento.

A próxima medida elencada no art. 24, II, LMP é a “proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial”.

No ensinamento de Hermann (2008), a medida de restituição dos bens indevidamente subtraídos (inciso I) é mais aplicável a bens móveis, enquanto a do inciso II diz respeito a bens imóveis. A medida prevista no inciso III é a de “suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor”.

Sobre o assunto Cunha e Pinto (2014) mencionam que

Vê-se, sem dificuldade, que o mandato pressupõe uma relação, entre mandante e mandatário, de confiança, fidúcia, lealdade, a qual, uma vez rompida, autoriza sua resilição unilateral. De sorte que uma das causas de extinção do mandato, prevista no art. 682, I, do Código Civil, é exatamente sua revogação, de iniciativa do mandante [...].

A LMP foi além da previsão do Código Civil, trazendo a possibilidade de suspensão, além da revogação que fora prevista no referido Código. Em se tratando de questões processuais cíveis, não há o que se mencionar sobre os incisos II e III, do art. 24, da LMP, apenas faz-se menção de que, em ambos os casos, a LMP prevê no art. 24, §ú, que o juiz deve oficiar aos cartórios quando da concessão de tais medidas, para conferir maior eficácia a estas, impedindo que qualquer ato – enquanto estiverem válidas as MPU – seja levado a registro.

Por fim, a última medida elencada no art. 24, IV é a de “prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida”.

A prestação de caução – que antes se dava como um procedimento cautelar específico (arts. 826/838 do CPC/73), assim como o arrolamento – permaneceu como uma forma de garantia de eventuais prejuízos decorrentes de danos futuros ou ainda em

apuração, sem entretanto, ter o *status* de procedimento cautelar, pois, como já citado, o CPC/2015 extinguiu tais procedimentos e trouxe a previsão de tutelas provisórias.

No art. 520, IV, CPC/2015, há a previsão da caução, que deverá conter dois requisitos essenciais: a idoneidade – que é sinônimo de ser confiável – e a suficiência, no tocante ao valor, para ressarcir o dano. Porém, o referido dispositivo aplica-se ao cumprimento provisório da sentença que reconheceu exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, não sendo aplicável, assim, à MPU da LMP.

Entretanto, fazendo-se uma interpretação extensiva, é de se afirmar que nas hipóteses de concessão da medida do art. 24, IV, LMP, deverá o juiz observar à idoneidade e se o valor da caução é suficiente, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, para fins de que a caução possa ser efetiva e servir de garantia para minimizar os danos sofridos pela vítima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano de 1996 entrou em vigor a famigerada Lei Maria da Penha, um dos instrumentos normativos com maior carga de ânimo para erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher e seus dependentes. O legislador, atento às inúmeras situações de conflito e mais ainda, à necessidade de uma prestação jurisdicional garantidora da segurança física, psíquica e moral da vítima de agressão, estipulou mecanismos específicos que pudessem ser utilizados para a efetiva guarda dos interesses da mulher. Esses mecanismos são denominados de medidas protetivas de urgência.

Desde a data de sua publicação até este momento, as medidas protetivas de urgência vêm sendo objeto de debates tanto doutrinários quanto jurisprudenciais acerca de sua natureza jurídica, uma vez que determinar sua natureza é também determinar os consequentes caminhos que a lei irá percorrer, especificamente aos trâmites processuais (competência, rito, recursos e outros procedimentos).

Vislumbramos no decorrer deste trabalho que a posição mais acertada acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência foi aquela acatada pelo STJ, que firmou o entendimento no sentido de que as medidas protetivas de urgência, quando autônomas,

ou seja, não vinculadas a ação penal ou processo-crime (já instaurado ou na iminência de assim o ser), possuíam natureza eminentemente cível.

Desse modo, quando o juiz se deparava com um pedido de medida protetiva de urgência, se não houvesse a deflagração de uma ação penal ou processo-crime, deveria ele utilizar-se dos procedimentos suplementares que dispunha o Código de Processo Civil de 1973. Nesse momento, entende Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2012), que a roupagem que deveria tomar o “processo” era a mesma utilizada no tratamento das medidas provisionais, tipificadas exemplificadamente no art. 888 do CPC/73, ou seja: revestia-se em procedimento cautelar (portanto, mais célere), com caráter de demanda satisfativa.

Por outro lado, o novo CPC aglutinou o procedimento cautelar à tutela antecipada, instaurando em nosso ordenamento a tutela provisória, gênero da qual as tutelas de urgência e de evidência são espécies. Porquanto não houve uma referência expressa de recepção das medidas provisionais, mas por manter em sua essência as características daquelas, é certo que o novo tratamento das medidas protetivas de urgência será aquele concedido em caráter de tutela de urgência, sempre que presentes os requisitos do art. 300, CPC/2015.

Foram detalhadamente analisadas cada uma das medidas protetivas de urgência e a respectiva modificação procedimental frente ao novo roteiro processualista civil, sendo que urge destacar, além das exposições anteriormente realizadas, que: a) em consonância com o CPC/2015, a “decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”, conforme art. 298. Desse modo, ao conceder a medida protetiva de urgência o julgador deve demonstrar sua convicção para a concessão da medida, alocando o espírito da lei ao caso concreto; b) o art. 9º estabelece a regra do contraditório, insculpida no novo *codex* com a intenção de que o contraditório seja uma garantia de participação e de não-surpresa. Ocorre que, como já demonstrado, as medidas protetivas de urgência da LMP servem para garantir a proteção efetiva da vítima de agressão, o que demanda uma emergência em sua concessão. O §ú do referido artigo, atento a essas situações de risco grave à demora na concessão da tutela, excepciona a regra do contraditório, permitindo ao julgador que em caso de demandas que envolvam tutela de urgência, como nos casos das medidas protetivas de urgência, seja suplantado o contraditório; e, ainda c) nos casos em que seja necessário atacar as decisões interlocutórias

que deferem ou não as medidas protetivas de urgência, o art. 1.015, I do CPC/2015 determinou que o agravo de instrumento é o recurso cabível.

Cumpre ressaltar que o presente estudo não visa esgotar as discussões que circundam as medidas protetivas de urgência e seus reflexos práticos no campo processualista civil, servindo sobretudo, para expor as principais mudanças ocorridas com a entrada em vigor do novo CPC e com intuito de fomentar discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17614>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Lei Maria da Penha Comentada Artigo por Artigo**. 5. ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha**: violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/aspectos-processuais-civis-da-lei-maria-da-penha-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em 12/08/2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas Jurídico - Grupo Gen, 2016.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal**, Teoria, Crítica e Práxis. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei como nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2008.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A COMMONLIZAÇÃO DO PROCESSO BRASILEIRO E OS INSTRUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NO NOVO CPC

SHASE COSTA DE AZEVEDO

shase.costa@gmail.com

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA¹

rogeriomontai@hotmail.com

Universidade Federal de Rondônia - UNIR

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro, embora tradicionalmente associado à tradição do *civil law*, há muito vem passando por transformações responsáveis por desencadear uma evidente aproximação ao modelo anglo-saxão do *common law*. Com atenção voltada a esta realidade, o presente artigo traça um paralelo entre as distintas formas de desenvolvimento e consolidação das principais tradições jurídicas do Ocidente, apresentando sua relação com o espaço concedido à jurisprudência em cada uma delas. Em seguida, após percorrer brevemente os caminhos que vêm levando à *commonlização* do direito brasileiro, pautando-se no questionamento acerca da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil, o artigo objetiva demonstrar a preocupação dos juristas em agregar ao sistema jurídico pátrio instrumentos capazes de proporcionar ao processo judicial um maior equilíbrio democrático, através do Código de Processo Civil de 2015. Desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, este estudo conta com o suporte teórico de Ataíde Jr. (2013), Dierle Nunes (2012), Peter Häberle (2002), dentre outros juristas.

Palavras-chave: *Commonlização*. Comparticipação. Democracia. Legitimidade do Judiciário. Novo Código de Processo Civil.

¹ Orientador

1 INTRODUÇÃO

Até pouco tempo atrás, a associação do ordenamento jurídico brasileiro à tradição jurídica romano-germânica (*civil law*) era praticamente um consenso entre os juristas, ao menos majoritariamente. Contudo, fatores relevantes, dentre os quais se situam diversas reformas processuais responsáveis pela valorização do direito jurisprudencial, vêm fazendo a doutrina reconsiderar a questão, numa tendência de aproximação do sistema jurídico pátrio à tradição anglo-saxã do *common law*. Daí a utilização cada vez mais frequente do termo *commonlização* (do processo, do Direito, etc.).

Como se sabe, ainda que haja atualmente uma predisposição global de aproximação entre as duas principais tradições jurídicas do Ocidente, *civil law* e *common law* sempre guardaram uma diferença substancial no que se refere aos seus respectivos contextos de desenvolvimento e consolidação, não apenas em termos geográficos como também políticos e culturais. E esta diferença está diretamente relacionada à importância atribuída pelas referidas tradições ao Judiciário e à jurisprudência enquanto fonte do Direito.

Sobre o tema, Ataíde Jr. (2013, p. 561) recorda que foram justamente as histórias do poder no *civil law* e no *common law* “as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos”.

Tendo em vista tais premissas, traçar-se-á, no presente artigo, um paralelo entre as distintas formas de desenvolvimento e consolidação das principais tradições jurídicas do Ocidente, apresentando-se a sua relação com o espaço concedido à jurisprudência e ao Judiciário em cada uma delas.

Em seguida, serão percorridos brevemente os caminhos que vêm levando à *commonlização* do direito brasileiro para que, finalmente, pautando-se nos questionamentos acerca da legitimidade democrática das decisões judiciais brasileiras neste novo contexto, sejam abordados os principais instrumentos, trazidos pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), capazes de proporcionar ao sistema jurídico pátrio um maior equilíbrio democrático no meio judicial.

Destacadamente, discorrer-se-á acerca do princípio da participação, dos mecanismos de flexibilização do processo judicial e da ampliação da abertura do Judiciário aos *amici curiae*, enquanto instrumentos de legitimação das decisões judiciais.

A discussão a ser apresentada se desenvolverá por meio de pesquisa bibliográfica e se justifica pela percepção de que, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, parte da doutrina brasileira vem demonstrando uma preocupação antes já existente com a legitimidade das decisões judiciais, e agora intensificada pela ampliação da força normativa dos precedentes e pela notável valorização do Judiciário no novo diploma legal.

2 O DESENVOLVIMENTO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS E A *COMMONLIZAÇÃO* DO DIREITO BRASILEIRO

Não obstante a relação cada vez mais próxima entre as principais tradições jurídicas do Ocidente na atualidade – sobretudo no Brasil –, certo é que em cada uma delas, ao menos ao longo de sua consolidação, concedeu-se espaço e força distintos para a jurisprudência e o Poder Judiciário.

Na Inglaterra, berço do *common law*, observa-se que a tradição jurídica lá dominante se desenvolveu de forma gradativa, contínua e ininterrupta, sem a evidência de uma ruptura drástica com o passado ou a suplantação de uma ordem jurídica por outra. Na França, entretanto, o movimento revolucionário de 1789 foi responsável por uma verdadeira divisão entre o passado e o que estava por vir, promovendo um ataque impiedoso não só ao *Ancien Régime*, como também às antigas instituições e tradições. E foi justamente neste cenário que se deu a consolidação do *civil law* enquanto modelo jurídico.

Em cada um destes contextos, é notável a distinção dos papéis conferidos ao Judiciário. Na Inglaterra (onde inexistiram uma separação histórica entre eras pré e pós-revolucionárias e uma rejeição às tradições jurídicas do passado), a burguesia depositava sua confiança nos juízes e, portanto, se empenhou em retirar poder da monarquia e atribuí-lo aos magistrados. Lá, conforme explica Ataíde Jr.,

O juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, sempre ligado aos mais elevados valores da sociedade e, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. [...] Ante todo esse contexto, na Inglaterra, diversamente do que ocorreu na França, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis (ATAÍDE JR., 2013, p. 564-565).

Esta confiança atribuída aos juízes, aliada ao orgulho do jurista inglês pela continuidade do seu direito – considerado um produto de uma longa evolução não perturbada por nenhuma revolução (DAVID, 2002, p. 355) – contribuiu para a consolidação de um modelo jurídico de grande valorização dos precedentes judiciais.

Na França, contudo, o quadro foi bastante distinto. Acusados de tomar decisões contrárias ao interesse do povo e favoráveis ao rei, os juízes foram vistos com intensa desconfiança pelos revolucionários franceses, razão pela qual se tornaram, também, alvos da Revolução. Assim, ao tempo em que se empreendia uma luta contra o absolutismo, procurava-se também a criação de um novo modelo jurídico, distanciado das tradições pretéritas e que impossibilitasse a interpretação da lei e o exercício do poder criativo por parte dos magistrados.

Em um momento histórico guiado pelos ideais de igualdade e soberania popular, os franceses buscaram seguir à risca a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, elevando o Parlamento à condição – antes ocupada pelo monarca – de poder absoluto, enquanto legítimo representante do povo.

Como forma de garantir a isonomia, a segurança jurídica e o respeito aos ideais revolucionários, apenas o Parlamento poderia efetivamente criar o Direito e, para tanto, deveria fazê-lo com total clareza e coerência, a fim de evitar quaisquer lacunas que permitissem ao Judiciário subverter a separação dos poderes. Desde então, em direção totalmente contrária à adotada pelo *common law* na Inglaterra, os civilistas praticamente baniram a jurisprudência do seu rol de fontes do Direito, reprimindo a atuação do Judiciário e enaltecendo o papel da lei, conforme evidencia John Gilissen:

a jurisprudência era pouco simpática aos chefes da Revolução Francesa. Robespierre teria querido apagar da língua francesa a palavra « jurisprudência », pois « num Estado que tem uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei ». Ele colhe esta ideia em Montesquieu, que via nos juízes « a boca que pronuncia as palavras da lei » (*Espirit de lois*, XI, 6). A lei de 16-24 de Agosto de 1790 sobre a organização judiciária tinha imposto aos tribunais a obrigação de se dirigirem aos membros do corpo legislativo « sempre que entendessem necessário interpretar uma lei ». Os factos iriam rapidamente demonstrar a impossibilidade, para os tribunais, de se absterem de interpretar as leis para as poderem aplicar aos inúmeros casos que lhes são submetidos. Foi para fazer respeitar esta interdição formal de interpretar as leis que a Constituinte criou, pela lei de 27 de Novembro-1 de Dezembro de 1790, uma *Cour de Cassation*. Este devia « quebrar » (*casser*), ou seja, anular, qualquer decisão judicial que tivesse feito uma interpretação errada da lei, devendo a causa ser reenviada para outra jurisdição do mesmo grau e da mesma natureza. Se, depois de duas cassações, um

terceiro tribunal decidia ainda no mesmo sentido que os dois precedentes, o Tribunal de Cassação devia submeter a questão ao Corpo Legislativo que faria uma lei interpretativa, vinculadora para os juízes (GILISSEN, 1995, p. 505-506).

A despeito de suas particularidades, tanto *common law* quanto *civil law* se disseminaram pelo Ocidente, assumindo outras roupagens sem, no entanto, perder de vista as características marcantes determinadas por seus caprichos históricos. O primeiro firmou-se, basicamente, como um modelo voltado para a tradição e a continuidade, em que a jurisprudência esteve sempre em destaque como fonte do direito.

O segundo, por sua vez, em evidente preocupação com a segurança jurídica, deixou-se guiar não pelas experiências históricas e o empirismo, mas pela racionalidade, concedendo à lei escrita papel fundamental na ordem jurídica e buscando ceifar qualquer oportunidade de manifestação de poder criativo por parte do Judiciário.

No Brasil, foram herdados, prevalentemente, os traços típicos do *civil law*, que influenciaram o desenvolvimento de um sistema jurídico nacional fundamentado na valorização da lei escrita e da codificação. Entretanto, seguindo uma tendência global, nota-se que tal sistema tem estado cada vez mais próximo ao modelo reverso.

Ocorre que, assim como os países de tradição anglo-saxã cederam espaço, com o tempo, ao direito legislado², na tradição romano-germânica vêm se destacando progressivamente, também, o papel e a importância do Judiciário, em inevitável detrimento da radical dicotomia antes existente entre *common law* e *civil law*.

Variados motivos ensejaram a aproximação entre esses paradigmas. Dentre eles, Ataíde Jr. (2013, p. 556) destaca o constitucionalismo, o Estado social (*Welfare state*), os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e também as demandas de massa.

A experiência histórica trazida pela Segunda Guerra Mundial foi, certamente, um argumento forte que serviu para derrubar a supremacia da lei e o ideal positivista de um estado legicêntrico. Paralelamente, sobreveio o constitucionalismo e “a atividade do juiz das famílias romano-germânicas se tornou bem parecida à dos seus colegas ingleses e norte-americanos, que controlam a lei a partir do *Common Law* e da Constituição, respectivamente” (ATAÍDE JR, 2013, p. 581).

² A título de exemplo, vale recordar a adoção das *Civil Procedure Rules*, pelos ingleses, no final do século XX.

Com o constitucionalismo, abre-se, portanto, espaço para que o juiz civilista se dedique à interpretação da lei à luz do texto constitucional. Ademais, com o *Welfare state* e a consequente expansão do direito legislativo – caracterizada por um estilo novo de legislar, por meio de normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos abertos e indeterminados – o juiz torna-se um personagem essencial ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos, à interpretação de textos abertos e à suplementação de omissões na legislação.

Somando-se a esses fatores, há de se considerar ainda as intensas transformações sociais, que tornam as sociedades mais plurais e mais complexas a cada dia, conduzindo a uma verdadeira metamorfose jurídica nos sistemas que adotam o *civil law* (ATAÍDE JR, 2013, p. 596-597). E, é claro, não se pode olvidar também que o direito não foge à regra da globalização, sendo este um fator relevante, já que “a agilidade na comunicação e troca de informações faz com que o diálogo e a troca de experiências também entre os costumes jurídicos seja inevitável” (GALIO, 2014, p.245).

No Brasil, especificamente, a influência do direito anglo-saxão vem se fazendo perceber sobretudo pela crescente valorização dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio, de forma mais notável a partir da Constituição de 1988.

Seguindo a tendência global de afastamento da supremacia da lei, a Constituição de 1988 não só promoveu a redemocratização do país, como também ampliou a importância dos princípios no contexto jurídico e social, inserindo-se em um contexto pós-positivista de interpretação do Direito. Conforme acentuam Eduardo Cambi e Mateus Fogaça,

A Constituição Federal de 1988 deu maior relevo ao papel da jurisprudência, não apenas em razão da redemocratização do país, mas também pela ampliação dos instrumentos de *judicial review*, a constitucionalização de novos direitos e a renovação da hermenêutica constitucional com a valorização dos princípios jurídicos (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 337).

A elevação do papel dos princípios no direito brasileiro trouxe, por sua vez, uma necessidade de fortalecimento da hermenêutica jurídica e do poder de interpretação do juiz, reposicionando a significância deste ator político e social.

Ademais, após anos de convívio com a radical repressão do regime ditatorial, a democratização e universalização do acesso à justiça trazida pelo novo texto constitucional abriu caminhos para uma explosão de litigiosidade no Brasil e para uma consequente judicialização maciça dos conflitos (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 337). Neste contexto, a adoção

de um sistema de precedentes se apresentou como uma importante alternativa para a garantia da segurança jurídica e da confiabilidade da Justiça.

No âmbito infraconstitucional, as mudanças trazidas pelo texto magno repercutiram em diversas alterações legislativas, preocupadas em promover a valorização dos precedentes judiciais em favor da estabilização do direito. Renovou-se o perfil ideológico do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, adequando-o às novas ideologias constitucionais e amenizando-se o caráter patrimonialista, que o tornava incompatível com a nova *lex mater*.

Em 1993, por sua vez, foi atribuído efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n. 03. Em seguida, sobreveio a Lei n. 9.868/1999, concedendo os mesmos efeitos às decisões do STF exaradas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, conferindo ainda mais força ao papel dos magistrados brasileiros.

Em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, foram criadas as súmulas vinculantes, consagrando-se a imputação de efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais. Criaram-se instrumentos processuais, regulamentados pelo CPC de 1973, para ampliar a obrigatoriedade também de decisões infraconstitucionais, a exemplo da sentença liminar de improcedência (art. 281-A), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º), a repercussão geral para admissão de recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B), o recurso especial repetitivo (art. 543-C) e o julgamento monocrático de recursos (art. 557).

Em 2015, a promulgação do Novo Código de Processo Civil abriu uma nova página na história dos precedentes no Brasil, estreitando ainda mais os laços brasileiros com o *common law*, por intermédio da inequívoca adoção de instrumentos típicos desta tradição, como a *ratio decidendi*, o *distinguishing* e o *overruling*. Os Tribunais Superiores nacionais, há de se dizer, nunca estiveram tão próximos da condição ocupada pelas Cortes de tradição anglo-saxã.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS INSTRUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO

A gradativa transformação enfrentada pelo direito pátrio, até aqui apresentada, acaba por trazer alguns questionamentos acerca da legitimidade e do caráter democrático

da vinculatividade das decisões dos tribunais, considerando-se que no Brasil, diversamente do que ocorre em países do *common law*, os membros do Judiciário não ingressam na carreira de forma eletiva, mas através de concursos públicos, por força da própria Constituição Federal.

Há quem questione, pois, que legitimidade teria o Judiciário para exarar decisões com força de lei – decisões, ressalte-se, com interpretação legislativa ampliativa/restritiva ou que supram omissão legal – quando a origem de seu poder, distintamente do que ocorre com o Legislativo, não advém de um processo eleitoral democrático.

Nesse sentido, um dos argumentos utilizados pela doutrina é o de que o juiz, no atual contexto neoconstitucional, sobretudo quando se trata do STF, tem como nascedouro de suas atribuições e poder, a própria Constituição Federal – materialização das vontades da nação –, razão pela qual estaria legitimado a criar o direito.

Peter Häberle, por seu turno, em defesa de uma sociedade pluralista e aberta de intérpretes jurídicos, argumenta que a legitimidade democrática das decisões judiciais não se alcança apenas por meio da delegação de responsabilidades, mas pela via da participação coletiva na interpretação e construção do Direito. Em suas palavras,

[...] a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...] Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o "concerto" científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente (HÄBERLE, 2002, p. 37).

Nesta esteira de pensamento, estudiosos do tema, como Darci Ribeiro e Fernando Scalabrin, já vêm defendendo há algum tempo a tese de que a ideia de “democracia representativa” não mais basta a si própria para a real concretização dos anseios de um Estado Democrático de Direito, sendo necessária a concretização de uma “democracia participativa”:

Com efeito, se em dado período histórico a democracia representativa teve sua chance de ascensão, tanto em razão de específicas contingências históricas como a pressões de um ideário calcado no Liberalismo (BOBBIO, 1998, p. 53) e, inclusive,

se consolidou como ápice das formas de Estado, agora ela se apresenta em derrocada, pois já não é mais capaz de “cumprir suas promessas”, tampouco de representar o povo e muito menos de subsumir o povo que tanto ela invoca. Por isto, podemos concluir, parafraseando Roberto Amaral (2003, p. 26, 32), que “a democracia representativa está prostrada em seu leito de morte, incuravelmente corroída pela ilegitimidade”. Deste modo podemos facilmente afirmar que a democracia participativa é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio, onde o adjetivo participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, catapultando-o, assim, para o cenário democrático como ator principal e não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa (Bonavides, 2003, pp. 281-96). [...] Democracia e participação, nesta perspectiva, se fundem em um conceito unívoco, incindível, capaz de traduzir a um só tempo a exata compreensão da soberania popular. Democracia participativa constitui, nas exatas palavras de Roberto Amaral (2003, p. 48), “uma tautologia virtuosa” (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 160-161).

Neste contexto, os autores veem o Judiciário como o cenário mais adequado e oportuno à implementação da vertente democrática participativa, dada sua percepção de pouca efetividade da inserção desta forma de expressão da democracia no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Defendem, ainda, a legitimidade democrática do Judiciário, a despeito de sua origem não estar vinculada ao sufrágio universal:

Nesta perspectiva, o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, p. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 165).

Seguindo esta linha de pensamento, compreende-se que, quanto maior a abertura do Judiciário à participação dos sujeitos no processo e na construção do Direito, maior será a legitimidade daquele Poder e mais efetiva a concretização da democracia no contexto social.

Nesta perspectiva, é importante observar que o Código de Processo Civil de 2015, ao passo em que ampliou a força normativa dos precedentes, também trouxe consigo alguns instrumentos capazes de potencializar o caráter democrático e a legitimidade das decisões

judiciais no processo brasileiro, talvez como uma forma de compensação à intensificação da força vinculativa atribuída aos tribunais.

Tratando acerca do tema, com base nas ideias de Jürgen Habermas (2003), Carlos Marden Coutinho e Rafaela Caterina (2014, p. 274) defendem que “o que importa para que se possa falar em democracia é que exista um procedimento através do qual a participação dos interessados garanta que eles serão não apenas destinatários, mas também autores das normas”. Transpondo a questão para o direito processual,

[...] uma decisão judicial somente poderia ser dita democrática (sem caráter autoritário) quando não fosse imposta pelo magistrado, mas sim resultante de uma construção *coparticipada* dos interessados no resultado do processo. A decisão judicial só é democrática quando os destinatários da norma também forem tratados como seus autores (COUTINHO; CATERINA, 2014, p. 244).

Dito isso, é de se concluir, conforme há pouco se afirmou, que quanto maior a participação dos destinatários da norma em sua elaboração e aplicação, maior será o caráter democrático e legítimo da decisão judicial.

A esse respeito, como se sabe, um dos destaques do Novo Código de Processo Civil é a idealização, positivada em seu art. 6º³, de um sistema processual participativo, cooperativo, voltado ao policentrismo processual e fundamentado na participação e cooperação entre as partes processuais. Compreendendo a dimensão do princípio da participação, Dierle Nunes destaca sua importância para a democratização do processo:

Vislumbra-se que o processo estruturado na perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a classificação discursiva das questões fáticas e jurídicas. No pendulo por-juiz de um lado, e pro-parte e advogado do outro, a participação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face as nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção de responsabilidade de todos os agentes processuais e a mudança de sua mentalidade no exercício das respectivas funções venham a representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual (NUNES, 2012, p. 240).

Nota-se, pois, que ainda que o princípio em comento seja alvo de críticas por parte de alguns juristas, a exemplo de Lenio Streck (2014) – que defende a incompatibilidade

³ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”

constitucional do mesmo e o seu caráter socialista –, o art. 6º do novo CPC pode ser visto também como uma abertura ao ventilar democrático da nova forma de se pensar o ordenamento jurídico brasileiro.

Paralelamente, a ampliação das possibilidades de estabelecimento de negócios jurídicos processuais, proporcionada pelo art. 190⁴ do novo diploma, dá ainda mais voz às partes e a seus patronos na construção da resolução dos litígios, na medida em que estes sujeitos passam a deter maior autonomia (ainda que limitada à concordância do magistrado⁵) no que tange à definição das normas que regerão o seu processo judicial. Cuida-se de notável demonstração de flexibilização do processo judicial, a qual encontra amparo também em outros dispositivos, como o art. 191⁶ do novo CPC, que prevê a possibilidade de fixação consensual, entre o juiz e as partes, de um calendário vinculativo para a prática dos atos processuais.

Ao compulsar a nova lei processual, verifica-se a inserção de outras normas capazes de abrandar a rigidez processual e o protagonismo judicial, a exemplo da que permite às partes escolher, de comum acordo, o conciliador ou mediador de seus conflitos (art. 168⁷) e da que possibilita a participação cooperativa das partes durante o saneamento do processo, inclusive por meio da delimitação consensual das questões de fato e de direito sobre as quais recairão a atividade probatória e a decisão de mérito, respectivamente (art. 357, §§ 2º e 3º⁸).

⁴ “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”.

⁵ “Art. 190, Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

⁶ “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

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

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

⁷ “Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação”.

⁸ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

[...]

Acerca do assunto, disserta Leonardo Carneiro da Cunha:

Há, no novo Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de *juízo*, mas de *resolução de conflitos*. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador. Põe-se a descoberto, no novo CPC, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*. Com efeito, o novo CPC contém diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado. O novo Código é estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses. O novo Código trata, por exemplo, da autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175), inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (arts. 334 a 695), permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º) e admitindo acordos sobre o processo (art. 190). Há, enfim, um estímulo à autocomposição, destacando-se os §§ 2º e 3º do seu art. 3º. A consagração do princípio da cooperação (art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo. O art. 190 prevê uma cláusula geral de negociação processual, permitindo a celebração de negócios processuais atípicos (CUNHA, 2015, p. 49).

Veja-se que todos os mecanismos de flexibilização do processo mencionados conduzem a uma democratização do processo judicial, visto que ampliam as possibilidades de participação e manifestação de autonomia por parte dos sujeitos que se socorrem do Judiciário, ao passo em que também fortalecem a legitimação democrática deste.

Outra abertura democrática que intensifica a legitimidade das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil vem insculpida no art. 138 deste novo diploma, que trata dos *amici curiae*. Veja-se:

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

[...]

§ 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 IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

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

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Como se vê, ao tempo em que o novo CPC abre espaço para uma maior participação e cooperação entre as partes, também se preocupa em expandir a participação da sociedade na produção do provimento judicial. E isso se reflete na ampliação da atuação dos *amici curiae* no processo, evidenciada no art. 138.

Neste sentido, há de se notar a importância de se conceder maior amplitude ao diálogo social na produção das decisões judiciais, uma vez que tais decisões, ainda quando tenham origem em um conflito particular entre dois indivíduos, detêm o potencial de tornar-se, futuramente, precedentes vinculativos, com efeitos *erga omnes*.

Sobre o tema, José Miguel Garcia Medina destaca que,

[...] as partes têm direito de participar democraticamente do processo, de modo a poder *influir decisivamente* na criação da solução jurisdicional a ser dada ao problema. Assim, na medida em que os problemas jurídicos interessam não apenas às partes, mas a uma parcela mais ampla da sociedade, ou a toda a sociedade, deve o sistema possibilitar a participação de terceiros que, de modo representativo, possam expor, no processo, o ponto de vista de esferas individuais ou dos grupos afetados. Se é certo que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possa informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar suas objeções a que uma ou outra solução seja escolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário (MEDINA, 2015, p. 142).

Esses terceiros representativos da sociedade, mencionados por Medina, são justamente os *amici curiae* referenciados pelo novo CPC, cuja participação no processo está diretamente relacionada à noção de *direito de participação procedimental*, inerente à própria ideia de Estado Democrático de Direito (MEDINA, 2015, p. 142).

Constata-se, pois, que embora a participação dos *amici curiae* não seja novidade no ordenamento jurídico, o CPC de 2015, ao possibilitar a expansão de seu contexto de atuação (a partir de agora não mais limitada ao controle de constitucionalidade e aos julgamentos de repercussão geral), inclusive para dentro das instâncias de primeiro grau, parece avançar um

degrau a mais em direção a uma sociedade aberta de intérpretes não só da Constituição – como idealizado por Häberle (2002) –, mas do Direito.

Veja-se, aliás, que a participação destes terceiros na tomada das decisões judiciais, já há algum tempo, vem sendo reconhecida pelo STF como um fator de legitimação democrática de suas próprias decisões, como se depreende da ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130 MC/SC, de relatoria do ministro Celso Antônio Bandeira de Mello:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO [...] A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Relator: Min. Celso Antônio Bandeira de Mello, 2000).

Ora, a ampliação da participação do *amicus curiae* a outras hipóteses, que não aquelas antes previstas no CPC de 1973, representa uma expansão da legitimação social das decisões judiciais a todas as esferas da jurisdição, afinando-se, pois, com a ideia de constitucionalização e democratização do processo.

Ademais, a preocupação com a abertura social do Judiciário para uma construção democrática do Direito também se faz notar em outros dispositivos, como o art. 950, §3º⁹ (que possibilita a admissão de terceiros na apreciação de incidentes de arguição de inconstitucionalidade) e o art. 1.035, §4º¹⁰ (que admite a manifestação de terceiros em análise de repercussão geral, em sede de recursos extraordinários), por exemplo.

⁹ “Art. 950. [...] §3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecurável, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

¹⁰ “Art. 1.035. [...] §4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Certamente, a ampliação da participação social no processo não é uma contrapartida capaz de esgotar por si só os questionamentos acerca da legitimidade das decisões exaradas pelo Judiciário. A expansão do ativismo judicial, por exemplo, é uma questão que eleva muito a preocupação doutrinária em relação ao respeito à separação dos poderes e à democracia.

Contudo, não se pode ignorar que grande parte desta expansão judiciária se deve a uma crise de representatividade e funcionalidade no âmbito dos próprios dois outros poderes. Veja-se, pois, que, se nas origens do *civil law* (modelo jurídico que inspirou a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro), o Legislativo ocupava posição de destaque por despertar confiança e refletir os anseios populares, hoje, no Brasil, o Judiciário ganha força mediante a carência de representatividade e eficiência dos poderes instituídos por eleição democrática.

Ademais, há de se notar que, paralelamente a essa ascensão do Judiciário, coexiste uma evidente preocupação dos juristas em estabelecer um equilíbrio democrático no sistema processual brasileiro, que permita uma maior participação da sociedade na hermenêutica jurídica, ao passo em que se atribui maior força normativa a certos provimentos jurisdicionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo deste estudo, na atualidade – sobretudo em terras brasileiras –, vem ocorrendo uma gradativa atenuação das diferenças entre as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*.

No Brasil, a criação de um sistema de precedentes judiciais e a intensificação do efeito vinculativo das decisões exaradas pelo Judiciário são os maiores indícios de uma verdadeira *commonlização* do processo, ainda que à brasileira, como usualmente se afirma no meio jurídico.

Face a este fenômeno processual, sem esgotar questionamentos acerca da legitimidade das decisões judiciais em um país estruturado nos moldes do *civil law*, buscou-se demonstrar que a despeito de o Poder Judiciário não se revestir das mesmas causas legitimadoras que o Poder Legislativo, pode sim encontrar legitimidade democrática para

suas decisões a partir de uma abertura à construção conjunta do direito que permita a participação efetiva não só dos sujeitos processuais como também de representantes de toda a sociedade.

Conforme se afirmou, nesse sentido aparenta estar voltada a atenção do Código de Processo Civil de 2015, que, dentre outros instrumentos processuais, agregou ao sistema jurídico pátrio maiores garantias de participação social no desenvolvimento do provimento jurisdicional, a exemplo da inserção do princípio da comparticipação e da ampliação dos mecanismos de flexibilização do processo judicial e do contexto de atuação dos *amici curiae*.

Não basta, no entanto, que esses instrumentos de legitimação democrática das decisões judiciais resem apenas documentados em papel. É imperioso, afinal, que a aplicação do novo CPC se dê em conformidade com a teoria da comparticipação e em atenção à interpretação sistemática do novo diploma, sob pena de padecerem sem eficácia as boas novidades nele encampadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As Tradições Jurídicas de *Civil Law* e *Common Law*. In: CUNHA Jr., Dirley da. et al (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, v. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 555-608.

CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie. *Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das Decisões Judiciais: Análise dos Precedentes à Brasileira e do Acesso à Justiça no Novo CPC. In: CUNHA JR, Dirley da. et al (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, v. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 267-283.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 27-62.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALIO, Morgana Henicka. História e Formação dos Sistemas Civil Law e Common Law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *História do Direito II*. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 233-255.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *In: Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *A Cooperação Processual no Novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 18 de fev. 2015.

A COMPATIBILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

IURY PEIXOTO SOUZA
EDSON ANTÔNIO SOUSA PINTO¹¹
edson@dplaw.com.br
Faculdade Católica de Rondônia - FCR

RESUMO: Este artigo tem como objetivo de estudo, refletir as nuances da compatibilidade do sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil, levando em conta o princípio do livre convencimento do juiz, e, como tal sistemática irá valorar o jurisdicionado pátrio. O estudo apontará argumentos, que quanto ao exercício da atividade jurisdicional por precedentes, o Magistrado não estará engessado quanto ao seu livre convencimento, pois gozará de formas de superação e distinção de precedentes que evitará um caráter de paralisação a criatividade das decisões; sendo que o novo ordenamento processual fortalecerá a segurança jurídica e a fundamentação através dos vereditos dos Juízes de direito. Por fim, estará exposto aspectos que compactuam o pensamento que o novo cenário processual é benéfico ao próprio cidadão, pois este, se utilizará de um jurisdicionado mais seguro para solucionar seus conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente; mitigação do livre convencimento do juiz; novo CPC; uniformização das decisões; segurança jurídica.

¹¹ Orientador

1 INTRODUÇÃO

Com o advento de um novo ordenamento processual, com vigência a partir de 2016; realidades procedimentais serão alteradas e com isso, haverá impacto no cotidiano forense da comunidade jurídica, que se vale do Código de Processo Civil como um dos meios de trabalho.

O artigo trata da compatibilidade do sistema de precedente com o livre convencimento do juiz, que apesar das opiniões acerca da mitigação do convencimento, o mesmo terá formas distintas de julgar, através de técnicas de superação e distinção de precedentes; o qual pretende dar maior segurança jurídica nas decisões de tribunais de 2ª instância e superiores.

Técnicas processuais caminham ao lado da valoração da razão de decidir do jurisdicionado; que ficará impossibilitado de decidir de forma totalmente distinta, para casos juridicamente idênticos; como acontece hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos aspectos que este artigo pretende refletir é quanto às mudanças significativas no sistema de precedentes, que será compatível com o livre convencimento dos magistrados, não ocasionando retrocesso ao jurisdicionado; mas sim, proporcionando uma maior segurança e estabilidade jurídica das decisões.

Além disso, pretende-se argumentar que no novo código a apreciação do juiz será sobre todas as provas; e com isso irá exigir a valoração sobre cada um dos elementos probatórios; de forma a dar maior segurança jurídica aos julgamentos; afastando assim, qualquer pessimismo quanto ao engessamento das decisões.

O artigo irá registrar, ainda, a formação dos precedentes, sua definição; bem como, a sua utilização no sistema jurídico brasileiro de *civil law*; informando que tal sistemática processual estará em consonância com formas de superação e distinção de precedentes, sendo um esteio a mais ao jurisdicionado no novo Código de Processo Civil, que se utilizará desse procedimento de forma mais eloquente.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL E SUA FORMAÇÃO

Inicialmente deve-se definir o que vem a ser precedente; que é “a decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para julgamentos posteriores de casos análogos”; (DIDIER, 2015, p. 441). Dessa forma o precedente nada mais é que um farol para guiar um caso concreto, que tenha semelhança normativa e análoga.

No novo Código de Processo Civil, o precedente tem *status* de protagonista, visando de forma plena à estabilidade e coerência das decisões do jurisdicionado; tal raciocínio tem fundamento

no art. 926, do novo CPC, que aduz “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (BRASIL, 2015).

Logo o Novo Código de Processo Civil, sentenciar a importância da integridade das decisões que ocasionem a segurança e coerência jurídica e a sistemática de precedentes, caminha em arrimo com tais preceitos.

O precedente nasce quando o órgão superior do tribunal de um jurisdicionado é provocado por uma das partes com um pedido de solução de uma lide, devendo o Estado, através do seu magistrado, delimitar de maneira fática e jurídica a sua interpretação judicial ao caso; que tem como fito, uma decisão cujo seus elementos basilares sirvam posteriormente em demandas que tragam as mesmas indagações já anteriormente discutidas.

Deve-se levar em conta, que uma sentença em primeiro grau não dar nascimento a um precedente; sendo assim, em regra, nascem nos tribunais superiores, que tem em suas sentenças, uma plenitude maior quanto a impacto e aplicação em todo território de uma nação.

Seguindo essa linha de raciocínio, como bem explica Lemos (2015, p. 418) o precedente nasce:

De uma atividade jurisdicional, da aplicação do direito ao caso concreto, diferente da lei que tem origem de um processo legislativo de regulamentação sobre determinada matéria. A interpretação realizada entre fatos e o direito positivo são os elementos que formam o precedente, com a decisão concreta e a sua possibilidade de utilização em casos posteriores, dada a sua relevância.

O precedente é uma forma ainda de ganhar a confiança do cidadão nas instituições estatais, pois como bem afirma Lima (2013, p. 227):

Não se pode por um lado exigir confiança do cidadão nas instituições estatais, como o poder judiciário, e por outro, por meio da mesma instituição, surpreendê-lo com alterações jurisprudenciais repentinas e com efeitos imediatos sobre os seus atos da vida civil.

Logo, o precedente é uma forma de valorar as próprias decisões do jurisdicionado; pois, uma sentença que forma um precedente pode ser utilizada para casos posteriores, quando seus elementos, no que tange ao fato e o direito; se assemelham a outros casos discutidos, impedindo os cidadãos de lidar com mudanças abruptas quanto ao pensamento jurisdicional; efetivando assim, uma maior segurança jurídica.

O aspecto primordial da valoração do precedente no novo Código de Processo Civil é efetivar a segurança jurídica do jurisdicionado; evitando inconsonâncias internas sobre determinado assunto;

pois buscam, em próprios entendimentos anteriores firmados em tribunais, um farol para guiar várias demandas sobre casos semelhantes.

A sistemática de precedentes se faz valer do passado para decidir causas no futuro, possibilitando que cidadãos ao entrar com uma demanda judicial não estejam expostos a decisões abruptas e sem ligação com casos anteriores; com efeito, os precedentes devem objetivar uma visão material e processual com fito de uma coerência judicial.

Outra reflexão ao se falar de precedente, é que sua utilização deve-se se ater a critérios já discutidos; valorando assim, as próprias sentenças; pois como afirma Buriel (2015): “O passado, por si só, acaba sendo uma razão que compele o sujeito à tomada de decisão, em um certo sentido.”

Sendo assim, casos decididos anteriormente e que tenha alguma semelhança com casos demandados futuramente, trás a necessidade de vinculação dos precedentes para a valoração da coerência das decisões judiciais.

2.1 A *RATIO DECIDENDI*

O aspecto primordial do precedente é conhecido como *ratio decidendi*; que é a fundamentação de uma determinada decisão e a argamassa para a construção de um julgado que pode ser utilizado em casos futuros de natureza análoga. Esta característica é o que leva o nascimento de um precedente, sendo o fato que guiou determinada decisão.

A *ratio decidendi*, portanto importa para aplicação da “expansividade” do precedente firmado, pois a própria decisão julgada serve como um liame para decisões futuras, que poderão possivelmente ser análogas a fatos delimitadores já discutidos quanto à razão de decidir.

Com efeito, a *ratio decidendi* tem o seu caráter transcendental e primordial visando casos futuros, pois alimenta os mesmos com preceitos basilares, para que possam em caso de razões análogas, serem guiados pelas linhas de fundamentação já discutidas anteriormente.

2.2 *OBITER DICTUM*

A *Obiter dictum* tem um caráter acessório quanto à fundamentação da interpretação jurídica que permite a realização de uma sentença. Sua essência consiste considerando que nem todas as teses jurídicas serem de utilidade ao precedente; servindo assim, como um possível direcionador a futuros posicionamentos de outra matéria. Como bem explica Soares (2014, p. 49): “Essa fundamentação acessória é parte da decisão, ajuda na formação da *ratio decidendi*, entretanto, não é parte dessas razões, contendo serventia somente suplementar”.

Dessa maneira o caráter da *obiter dictum*, tem uma característica meramente coadjuvante quanto à delimitação da decisão de determinado processo; entretanto, pode impulsionar posteriormente uma posição para nova lide, de outra matéria jurídica.

Numa forma mais direta, podemos dizer que a *obiter dictum* é o argumento de passagem utilizado pelo magistrado para chegar a uma decisão, como diz Leal (2006, p. 168-169): “Prescindível para deslinde da controvérsia”.

Tal teor de “fundamentação de passagem” não extingue o valor da *obiter dictum*; pois esta pode ser utilizada pelo tribunal num reforço argumentativo no julgamento de uma lide, surgindo como uma proposta de como se resolveria questão análoga ao que está sendo discutido. Por fim, seu caráter de relevância se dar pelas questões conexas ainda não suprimidas pelo Tribunal, sendo a *obiter dictum* um pressuposto de futura orientação.

2.3 AS DIFERENÇAS DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A sistemática de precedentes tem sua manjedoura no direito anglo-saxão, através da *common law* o jurisdicionado é pleno de criar direitos a partir de uma atividade judicial. Segundo, Nogueira: “Na *common law* o sistema de precedentes, tem uma enorme importância, como a preferência da aplicação no caso concreto futuro do que já foi decidido anteriormente” (2008).

Dessa maneira, é notório que o ato de decisões na *common law* é dotado de liberdade mais clara, onde princípios, costumes e precedentes servem de argamassa principal ao ato de julgar.

Em antagonismo a *common law*, temos o *civil law*, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, com o protagonismo maior da lei; aonde o magistrado delimita suas decisões quanto a vontade já codificada do legislador.

Levando em conta o precedente e a *ratio decidendi* no ordenamento jurídico brasileiro, até a vigência do Código de Processo Civil de 1973, como bem afirma Lima (2013, p. 180): “A análise dos fatos do caso litigioso, via de regra, sempre foi relegada a segundo plano pelos tribunais superiores; os quais são responsáveis mais diretamente pela formação do direito jurisprudencial”.

Sendo assim, tal tradição dos precedentes no ordenamento pátrio de *civil law*, sempre foi feita de forma superficial e atabalhoada; entretanto com o grau de protagonismo que tal sistemática apresenta no novo Código de Processo Civil, proporciona a efetivação de um jurisdicionado com decisões coerentes e estabilizadas plenamente possível.

O grau de grande relevância dessa sistemática da *common law*, trazida ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, pode ser comprovado no art. 927, inciso V do novo Código de

Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...),V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” (BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.)

Tal caráter de inspiração no direito anglo-saxão para o nosso ordenamento pátrio é uma forma explícita de benefício ao atual sistema jurídico do Brasil, levando em conta que as decisões estarão cada vez mais vinculadas ao sistema fundamentado das decisões, o que ocasiona a segurança jurídica.

Apesar do caráter antagônicos entre os dois sistemas (*common law* x *civil law*), e quem fale de uma total inaplicabilidade da sistemática dos dois sistemas juntos, o jurisdicionado do Brasil valorou o caráter de precedente no novo CPC, visando a maior aplicabilidade da justiça para enfrentar as demandas exorbitantes do judiciário.

Tal aspecto que deve ser ratificado, além dos já citados, é a crescente força do direito jurisprudencial (*common law*) em países como o Brasil, aonde impera o *Civil Law*, pois como bem afirma Lima (2013, p. 114):

A pretensão do resgate das raízes históricas de um sistema e a busca de seu isolamento, afastando técnicas jurídicas bem-sucedidas noutras nações parecem agredir valores básicos perseguidos pelo jurisdicionado com boas intenções, notadamente a segurança jurídica e a efetividade do processo.

Por fim, o novo Código de Processual Civil brasileiro, aplicando a interligação de sistemas de ordenamentos distintos, busca a efetivação da segurança jurídica como forma de aprimoramento do jurisdicionado; deve-se, portanto, extrair tudo aquilo que é útil de um regime diverso, de forma que o nosso sistema de *civil law* acabe buscando na *common law* uma forma de aperfeiçoamento, em prol da consolidação da evolução do nosso sistema jurídico.

O sistema processual brasileiro, opera sob a égide de influências, se baseando na *civil law* e na *common law*, surgindo como consequência um sistema único; tal característica fica mais latente com o novo Código de Processo Civil, com a valoração de precedentes; mas, tal característica singular, do nosso ordenamento processual, já existia no Código de Processo Civil de 1973.

O ordenamento brasileiro no CPC de 1973, sempre se valeu muito da opinião de seus doutrinadores, mas já existia a preponderância atribuída na jurisprudência brasileira, vide as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF), o que podemos analisar como uma forte influência do sistema da *common law*.

Com efeito, tal marca trazida por Fredie Didier (2015), chamada por ele de *Brazilian Law*, deve ser vista como um sistema híbrido, por suas singularidades surgidas a partir de suas influências em vários aspectos de outros ordenamentos.

Como bem afirma Didier (2015, p. 60):

Para bem compreender o direito processual civil brasileiro contemporâneo, não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o “dogma da ascendência genérica”, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia. Temos uma tradição própria e bem peculiar.

Tal característica *sui generis* do ordenamento processual brasileiro, advém da necessidade de se exercer o pensamento jurídico pátrio com peculiaridades, inerentes de um sistema com influências advindas tanto da *civil law* como da *common law*; que não impede a efetividade e segurança da nossa tradição processual.

O sistema processual brasileiro, portanto, com suas influências, ganha autonomia para o exercício de um ordenamento próprio; tal cenário fica mais latente com a valoração do sistema de precedentes legislada no novo Código de Processo Civil.

3 DA SUPERAÇÃO E DISTINÇÃO DE PRECEDENTES

Levando em conta o caráter já exaurido dos tópicos anteriores, que fornecem noções no que tange ao processo de formação de precedentes e interligação da sistemática da *common law* e *civil law*, deve-se levar em consideração também o caráter de superação e distinção dos próprios precedentes, que impedem o engessamento das decisões do jurisdicionado.

Tal cenário de análise é necessário, tendo em vista que países dependentes da sistemática de precedentes, não ficam a mercê da instabilidade e engessamento do jurisdicionado quanto a criatividade das decisões judiciais.

No cenário de superação de precedentes temos o *overruling*, com suas variações, como *overriding*, sendo que quanto à distinção temos o *distinguishing*, dos quais serão devidamente abordados ao longo desse artigo.

Entretanto o que deve ser levado em consideração tanto a superação ou distinção de precedentes, como bem afirma Lima (2014, p. 203):

Compreender de que maneira se modificam os princípios jurídicos encartados nas decisões judiciais sem que isso comprometa as bases do sistema, calcado em princípios como da previsibilidade e da estabilidade da jurisprudência e na isonomia entre os jurisdicionados.

Dessa forma, no cenário brasileiro processual, técnicas como a do *overruling* e *distinguishing*, afastam o caráter de imprevisibilidade das decisões, ao mesmo tempo em que, não engessam o jurisdicionado. Tal premissa é devido ao fato de ambas sistemáticas de precedentes, poderem respectivamente superar e distinguir um precedente já firmado.

A superação e distinção do precedente, portanto, tem como fito o auxílio das decisões, afastando completamente o caráter de inércia de criatividade do magistrado; pois o mesmo como autoridade, goza de capacidade de julgar, devendo se ater ao princípio da fundamentação, afastando-se da convicção pessoal e se atendo explicitamente ao direito propriamente dito.

A superação e distinção, com efeito, tende a respeitar a coerência jurídica das decisões e afasta o caráter de engessamento das decisões; pois respeita as vinculações anteriormente postas nos tribunais; contudo, tem brechas para distinção e superação de precedentes firmados por características de peculiaridade e de razão social; que fazem necessário o não seguimento a um determinado precedente.

Além disso, toda e qualquer distinção ou superação de precedente caminha ao lado da devida fundamentação; proporcionando ao cidadão, demandante de uma nova lide, segurança jurídica; pois o novo código ao vincular decisões dos tribunais, afasta o caráter de imprevisibilidade das sentenças.

3.1 DA SUPERAÇÃO POR OVERRULING

O *overruling* é uma espécie de superação de precedente, levando em conta que o firmado estar defasado, e há necessidade de supressão. Como bem afirma Nogueira (2010, p. 179): “Analisando a *ratio decidendi*, o tribunal verifica que não há mais motivos para manutenção daquele precedente”.

Com efeito, em tal superação de precedente ocorre a análise de uma nova *ratio decidendi* e posição do tribunal para a supressão de precedente antecedente, com o fito da prosperidade jurídica.

Tal existência de técnica de superação, portanto, está na incapacidade de adulteração da produção de matéria determinada, existindo apenas a capacidade por nova interpretação pelo próprio juízo estabilizador do precedente.

O *overruling* apenas acontece em detrimento de modificações que podem ocorrer numa sociedade, que está sempre em completa progressão e o jurisdicionado deve acompanhar sua evolução; sendo assim, tal superação de precedente, ao suprimir entendimento anterior, demonstra que a aplicabilidade desse não tem mais razão de vigência.

Quanto ao fato de se levar em conta o contexto social para a prática do *overruling*, mostra-se que motivação para tal superação seja real, com a devida fundamentação; e não somente, por motivos de convicções próprias, sem analisar a ordem social.

Ainda nessa linha de raciocínio, quanto a valoração do cenário social para aplicação de tal precedente, Donizetti (2015) aduz:

Através dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

Logo, tal técnica de superação de precedente deve ser feita, em regra, pelo próprio tribunal que estabiliza o precedente, tendo autonomia para analisar sua possível inutilidade com a devida fundamentação.

Com efeito, tal técnica de precedente está em consonância com a segurança jurídica, e leva em conta o contexto social vivido para superar o precedente, pois se a necessidade social na hora da formação do mesmo, diferir com o atual anseio social da demanda, faz com que haja a necessidade de superação de tal preceito.

3.1.1 ANTICIPATORY OVERRULING

Conforme já fora dito, o *overruling* é realizado pelo mesmo tribunal que estipula o precedente, pois só terão a competência para a supressão do seu próprio precedente anteriormente estabilizado.

Todavia, a estabilização de um precedente com sua plena eficácia para a sociedade, em tese, impede com o decorrer do tempo que o tribunal estabilizador volte a decidir o mesmo.

Não obstante, em um cenário atípico, um tribunal inferior, que não criou o precedente, e, portanto, incompetente para a superação do mesmo, refletindo que há nuances inéditas nos julgamentos da corte que estabilizou tal precedente, em seus posicionamentos em outros processos, que ocasiona de forma geral uma perspectiva que aquele precedente não está caminhando com o atual cenário social; pode dar ao tribunal inferior a plenitude para sinalizar o *anticipatory overruling*.

Quanto a sua aplicação no ordenamento brasileiro, Ataíde Jr. e Peixoto (2014, p.279), coadunam:

Defende-se, neste trabalho a possibilidade de aplicação do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. Presentes aqueles fundamentos que justificam a utilização do instituto, os tribunais estaduais ou os tribunais regionais federais, e, mesmo os juízes de primeira instância estariam autorizados a não aplicar os precedentes vinculantes dos tribunais superiores aos casos em julgamento.

Nessa mesma linha de ponderação, Marinoni (2010, p. 403), exaure que *anticipatory overruling*, é antecipação de uma corte inferior a superar um precedente firmado em um tribunal superior:

Entende-se por *anticipatory overruling* a atuação antecipatória das cortes de apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte.

Entretanto, ressalta-se o caráter excepcional de tal antecipação de mudança, pois os tribunais inferiores não tem competência, em regra, para a supressão de um precedente firmado em tribunal superior; podendo tão somente ser aplicado quando fica clara a corrosão do precedente anteriormente estabilizado, sendo necessária assim a imediata mudança da tendência jurisprudencial em arrimo com os pleitos do contexto social.

Dessa forma, um exemplo do que seria tal antecipação do precedente, é analisamos o cenário de um precedente firmado no Superior Tribunal de Justiça (STJ); fica defasado em virtude de lei nova, e o tribunal de determinada região acaba antecipando a superação do precedente firmado em virtude do novo cenário normativo.

3.1.2 PROSPECTIVE OVERRULING & PROSPECTIVE PROSPECTIVE OVERRULING

Como já podemos analisar, o *overruling* é a superação de um precedente atendendo o anseio do que ocorreu no contexto social, no caso do *prospective overruling*, temos a necessidade de superação de uma decisão; mas levando em conta a segurança jurídica, sendo um caso de superação com eficácia futura, não levando em conta a supressão de precedentes para casos antecedentes, sendo uma espécie de modulação de efeitos.

Por conseguinte, no *prospective overruling*, existe a sondagem dos efeitos da decisão, de modo prático explica Marinoni (2011, p. 255):

O Prospective Overruling, tem significado como possibilidade de prospecção dos efeitos de uma decisão daquela data para o futuro, não imaginando a superação para casos anteriores, mas somente para casos futuros, como uma evidente modulação de efeitos.

Ao passo que, considerando-se o livre convencimento, não há no novo Código de Processo Civil o caráter de extinção do princípio, pois a interpretação existirá de forma livre, porém fundamentada, em prol da segurança jurídica das decisões.

No mesmo teor temos uma modulação com a incidência do *prospective prospective overruling*, que se caracteriza com a superação do precedente, colocando uma data futura para a aplicabilidade de modificação decidida pela mesmo Tribunal que anteriormente fixara o precedente.

3.2 SUPERAÇÃO POR OVERRIDING

Temos ainda a superação parcial do precedente, nominada de *overriding*, tal característica se dar por um novo molde principiológico, que faz com que o precedente anterior não esteja mais consoante ao direito e a *ratio decidendi* que outrora supria.

Dessa forma, vemos um anseio de encaixe do precedente à nova norma legal, ao fato posterior a sua criação, pois levando em conta a própria *ratio decidendi*, a mesma torna-se obsoleta tendo em vista ao novo cenário, impedindo a o prosseguimento pleno do precedente.

4 DISTINGUISHING

De uma maneira direta podemos definir o *distinguishing* pela não aplicabilidade de uma nova demanda ao precedente já firmado, por haver uma peculiaridade ao caso concreto que o diferencie do precedente.

Dessa forma, podemos definir o *distinguishing* pelo enfretamento do precedente estabilizado a um novo caso, que apesar de análogos, põe em comparação os fatos e a *ratio decidendi* da demanda, mostrando-se incompatíveis.

Complementando o raciocínio, Redondo e Marinoni exaurem por *distinguishing* (2014, p.180):

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando há diferença entre o caso concreto em exame e o paradigma anterior, seja por que inexistência coincidência com os fatos que embasaram o *ratio decidendi*, seja porque, a despeito de eventual aproximação entre eles, há alguma peculiaridade no caso em julgamento que impõe a não aplicação do precedente.

Evidentemente, a utilização do *distinguishing* deve ser amplamente fundamentada, para afastar a aplicação do precedente ao possível caso concreto; ou seja, de forma que o livre convencimento do juiz exista, porém com a devida fundamentação.

Seguindo essa linha de pensamento, Duxbury (2008, p. 114, tradução nossa) afirma: “Percebe-se que a distinção entre os casos deve ser de relevo suficiente para autorizar a corte a não seguir o precedente, sob pena de irregular a operação de confronto entre os casos (...)”¹².

Por conseguinte, salienta-se que a aplicação de tal instituto processual deva caminhar ao lado da fundamentação, pois deverá existir para sua eficácia o estudo de diferenças entre a chamada *ratio decidendi* do precedente, com a ação nova.

¹² Texto original: “Realize that distinction between the cases must be of enough relead to allow the court not to follow the precedente, otherwise irregular confrontation operation between cases (...)”

Deve-se ater para a prática do *distinguishing* na delimitação da *ratio decidendi* a cada caso análogo ao precedente, pois quanto mais explícito o reconhecimento da *ratio*, mais fácil será à demais juízos inferiores a prática do precedente.

Sendo assim, em caso de decisão que leve em conta pela não utilização do precedente em prol das distinções com a nova demanda, valerá apenas para o caso discutido, com a permanência total do precedente para os demais casos em que *ratio decidendi* for concomitante.

A prática do *distinguishing* valora principalmente a fundamentação, e é uma forma exemplar de demonstração que os precedentes não possuem um caráter meramente delimitador e perigoso, no que tange ao engessamento das decisões do jurisdicionado.

5 DA NÃO ATENUAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ COM O SISTEMA DE PRECEDENTES

O sistema de precedentes, no novo Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, está em consonância com a liberdade de apreciação do magistrado para decidir; um exemplo é que haverá apreciação acerca de todas as provas e com a valoração sobre cada uma.

Tal valoração dos precedentes só tende a engradecer o sistema jurídico do país, tendo em vista a valoração das provas e da segurança jurídica; entretanto, o protagonismo dos precedentes tem gerado incessantes debates que precederam a vigência do novo código; juristas se degladiam quanto às problemáticas da possível atenuação do princípio do livre convencimento do juiz.

Entretanto, no novo ordenamento processual, não há mais como ignorar todas as provas, o que leva a necessidade de refutar os argumentos de cada uma delas, para construir uma decisão, sobretudo coesa.

O sistema de livre convencimento do juiz mescla-se com o sistema de precedentes no novo código, a fim de enriquecer o jurisdicionado pátrio, pois caminha em prol da maior segurança jurídica; não ocasionando qualquer inércia de criatividade de decisões, pois terá apoio do próprio sistema de precedentes.

Nessa linha reflexiva, há necessidade do jurisdicionado se valer do sistema de precedentes, em arrimo com o livre convencimento do magistrado, para evitar incertezas, como afirma Oliveira (2008, p. 81):

É difícil compreender que possa o poder público se comportar de modo desuniforme perante situações jurídicas equivalentes. Tal possibilidade produz incerteza e descrença dos cidadãos em relação às instituições públicas; atentando ainda contra os princípios fundamentais da carta política de 1988, a saber e com destaque, a isonomia, a legalidade, a impessoalidade e a moralidade administrativas.

Dessa forma, o livre convencimento caminha ao lado do objetivo de fortalecer as próprias sentenças, pois provas deverão ser acolhidas e apreciadas de forma homogênea, devendo ter análise comprobatória de forma plena e específica.

O livre convencimento compatibilizado com a valoração dos precedentes no novo código, não implicará em consequências nocivas ao jurisdicionado, no mesmo teor de Didier e Streck (2012, p. 131) afirma:

Parcela considerável dos teóricos ainda não conseguiu superar o modelo solipsista-cartesiano. Ou seja, acredita-se na necessidade de a instrução processual gerar ‘certeza’ na sua ‘convicção pessoal’ – e apenas nela – para que o juiz lavre sua sentença.

Ao passo que, considerando-se o livre convencimento, não há no novo Código de Processo Civil o caráter de extinção do princípio; pois a interpretação existirá, porém fundamentada, em prol da segurança jurídica das decisões.

5.1 DO NÃO ENGESSAMENTO DAS DECISÕES

Há um modelo de pensar pessimista quanto à nova sistemática do código, sob os argumentos de que teria acabado o livre convencimento de decidir do juiz, de uma forma, que o mesmo não trabalharia em plenas condições, pois ocasionaria o engessamento de formas de se sentenciar.

Contudo, existe um modelo reflexivo, que enxerga que a mescla do livre convencimento com a valoração do sistema de precedentes; tendo como consequência a maior segurança jurídica das decisões, ao passo que o magistrado poderá se convencer por qualquer motivo, desde que fundamentado, para sentenciar.

Tal reflexão pessimista de possível engessamento com o protagonismo dos precedentes no novo código é errônea; tendo em vista que o magistrado terá através da superação de precedente uma forma de sair da inercia de criatividade das decisões.

Com efeito, é notório que técnicas de precedentes possibilitam formas distintas de decisão do magistrado, tais como *distinguishing* e *overruling*, ao passo que não existe aprisionamento de ideias das decisões que seja nocivo ao jurisdicionado, pois suas formas de decisões podem se distinguir daquelas já vinculadas em um tribunal. A utilização do precedente ao caso em julgamento, como existente na *common law*, apenas vinculará e uniformizará decisões, assegurando força jurídica das decisões.

O fato é que o juiz como autoridade, permanece com sua capacidade de interpretação e análise das provas. Segundo Redondo e Marinoni (2014, p. 185): “Não há evidentemente um

engessamento do Juízo ou da Justiça”. Conseqüentemente, o magistrado não ficará no limbo da interpretação zero, como alguns defensores do livre convencimento afirmam, o novo sistema de precedentes vem para fortificar o jurisdicionado.

Além disso, o magistrado irá decidir, com maior fundamentação e vinculação jurisdicional, abalando para melhor o nosso jurisdicionado, conseqüentemente não há como reclamar de um sistema novo que fortalece provas e valora precedentes.

Não se pode afirmar assim, que sentenças estarão a partir de agora vinculadas a interpretação zero, pois será consequência do Novo Código de Processo Civil o fortalecimento do sistema de precedentes, inspirado na *common law*, e sabe-se de suas técnicas de superação, aonde possibilita-se ao magistrado formas diversa de decidir ao já vinculado em seu tribunal, ao passo que técnicas de superação e distinção de precedentes, como, *distinguishing* e *overruling*, democratizam e enriquece o jurisdicionado pátrio quanto a suas decisões.

Como bem define Lemos (2015, p. 446): “Com a ênfase dada pelo Código de 2015 para a formação e utilização dos precedentes, importante a forma como que os precedentes são aplicados posteriormente. Existindo diversas formas para sua utilização (...)”.

Dessa maneira, o sistema de precedentes é compatível ao livre convencimento, reafirmando o fito da segurança jurídica, caminhando para decisões mais lúcidas e enriquecidas de alicerces com base no direito e não em convicções meramente pessoais, não existindo qualquer possibilidade da inércia de criatividade das decisões.

5.2 DA VALORAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO

Conforme já fora dito, uma diferença do novo Código de Processo Civil de 2015, para o sistema do livre convencimento do Código de Processo Civil de 1973, é, portanto, a necessidade de apreciar todas as provas e não “livremente” uma prova em detrimento das demais. Na fundamentação a ser realizada no novo código, deve-se analisar todas as provas constante nos autos, com a necessidade de razões até para refutá-las. Tal arguição encontra alicerce no art. 371 do novo CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015).

No novo CPC ainda está explícito nos elementos da sentença, a necessidade de seguridade na hora de decidir e importância das técnicas de precedentes, tal como exauri o art. 489, I, V e VI (BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015):

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

(...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

Nesse ponto do raciocínio, no que tange a valoração das decisões pela fundamentação, Lima (2013, p. 159), exaure:

O fundamento a justificar a política de precedentes passa necessariamente pelo enfretamento do tema relativo ao princípio da segurança jurídica e todas as facetas que dele podem ser exploradas, dentre as quais, em especial a previsibilidade das decisões e a estabilidade da ordem jurídica.

É importante ratificar que toda a teia de reflexão do sistema de precedentes caminha ao lado do fundamento comprobatório e da força argumentativa, mas que nem tudo que consta na decisão serve para construir um precedente, como bem afirma Cross e Harris (2008, p. 40, tradução nossa): “Nem tudo que consta da decisão pode vir a construir um precedente, pois somente aquele fundamento que for considerado necessário à decisão é que integra a *ratio decidendi*, enquanto o restante não passará de *obter dictum*¹³”.

Com efeito, o cidadão tem como seu direito a identificação prévia de determinações jurídicas, em que pode estar sujeito em algum cenário fático, afastando assim o caráter de estranheza de qualquer decisão. Além disso, o quadro de fundamentação valora a demanda interposta, pois toda e qualquer prova terá que ser apreciada pelo órgão que protocola a sentença, e o mesmo deverá se basear e se fundamenta na mesma para decidir.

5.3 DA SEGURANÇA JURÍDICA DO JURISDICIONADO

O novo ordenamento processual mescla tal protagonismo dos precedentes com o livre convencimento, objetivando-se uma estabilização e coerência jurídica no jurisdicionado, em geral.

Em sua coluna semanal no portal Conjur, Streck (2015), por diversas vezes compartilhou do pensamento, que o livre convencimento estará no novo CPC, enraizado pela a segurança jurídica das decisões:

¹³ No original: “...not everything said by a judge in the course of his judgment that constitutes a precedente is that, among the propositions of law enunciated by him, only those which he appears to consider necessary for his decision are said to form part of the *ratio decidendi* and thus to amount to more than *na obter dictum*”.

Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do LC. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis.

A grande convicção do autor supracitado, é que valoração de um sistema de precedentes se faz necessária, tendo em vista erros narcisistas do passado: “[...] Uma democracia se faz aplicando o direito e não a convicção pessoal de um conjunto de juízes ou tribunais.” (STRECK, 2015, p. 131).

Existem opiniões antagônicas a respeito da nova sistemática de precedentes e quanto a sua aplicação ao livre convencimento, um lado reflete acusa atribuições negativas ocasionadas à possível mitigação do princípio, argumentando simplesmente que o engessamento do Juiz seria um atentado a criatividade de decidir do mesmo.

Aqueles que defendem a permanência do princípio do livre convencimento, esquecem-se de seus defeitos latentes ao longo da vigência do código de processo civil de 1973, como a falta de fundamentação adequada das decisões, que torna as mesmas vulneráveis a reformas.

É fato que com o novo ordenamento processual, busca-se uma diferenciação no que foi praticado no Código de Processo Civil de 1973 quanto às decisões, cheia de vícios quanto a sua fundamentação.

Na maioria das vezes as sentenças não procuram a verdadeira razão jurídica para estabelecer determinada decisão, conforme explica Humbach (2007, p. 109, tradução livre): “[...] Os julgadores, quando proferem suas decisões, não estão preocupados em distinguir aquilo que é verdadeiramente a razão jurídica que os levou a estabelecer aquela decisão e o que se trata apenas de esforço argumentativo¹⁴.

De modo que valoração da segurança jurídica tem como bem maior, a proteção do cidadão, ante permissividades legais compartilhadas no CPC de 1973, que davam esboço para a existência de decisões desuniformes nas demandas com caráter idêntico, sendo assim o novo Código de Processo Civil de 2015, tende a extirpar decisões imprevisíveis, sem qualquer linha de fundamentação jurídica específica.

¹⁴ Texto original: (...) when they issue their decisions, the judges are not concerned to distinguish what is the truly legal reason that led them establish that decision and it is only argumentative effort(...)”

6 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, o novo Código de Processo Civil de 2015 irá primar pelo sistema de precedentes, possibilitando o aperfeiçoamento do jurisdicionado através de técnicas de precedentes que evitam o engessamento das decisões, fortalecendo as mesmas, pois existirá a valoração da fundamentação.

Verificou-se, que as técnicas de superação e distinção de precedentes, são compatíveis com o nosso ordenamento processual, cabendo, nesta feita, a sua aplicabilidade aos casos processuais. Nada obstante ter raízes do sistema da *common law*, em razão o sistema brasileiro possuir uma condição *sui generis*, o uso nos tribunais brasileiros não é impedido.

O novo sistema de precedentes dá a previsibilidade de decisões ao nosso ordenamento processual buscando a segurança jurídica, de modo que a padronização protege os cidadãos de decisões imprevisíveis, sem qualquer vinculação anterior. Rebatendo o pensamento pessimista de que haverá um “engessamento de decisões” pela atenuação do livre convencimento do juiz, devemos analisar que tal premissa é totalmente equivocada, tendo em vista que a superação e distinção de precedentes, é um fiador do próprio ordenamento processual quanto as decisões estabilizadas, de forma que tais características suprem qualquer inércia do jurisdicionado quanto a criatividade de decidir. O jurisdicionado brasileiro sempre existiu com peculiaridades e com influências de vários sistemas jurídicos, seja no *civil law* ou *common law*; partindo desse pressuposto, não podemos acreditar que o sistema de precedentes valorado no novo código é incompatível com o ordenamento processual pátrio.

Verificou-se ainda no presente artigo, que a existência do livre convencimento, no novo Código de Processo Civil de 2015, caminhará em arrimo com os precedentes, sendo necessário, tendo em vista o Código de Processo Civil de 1973; onde nos deparávamos com situações incompreensíveis quanto a atividade jurisdicional, sendo latente em casos com situações jurídicas gêmeas, mas que recebiam e/ou recebem sentenças diferentes umas das outras. O aspecto primordial do novo código é a valoração da segurança jurídica, que será um contraponto a aspectos já argumentados, quando se falou que existiam decisões em que os fatos se fundavam em convicções pessoais, sobrepondo-se ao direito em si, permitindo várias decisões sem qualquer vinculação, mesmo com sua semelhança.

O grande vencedor da atualização processual são os próprios cidadãos, pois quanto a um dos seus grandes impactos ao jurisdicionado, será a impossibilidade de decisões imprevisíveis, quanto a casos análogos com precedentes já firmados anteriormente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. PEIXOTO, Ravi. **Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro**. Revista de Processo. Vol. 236, 2014.

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

BURIL, Lucas. **Afinal, o que é um precedente?** Publicado em 15 de maio 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2>>. Acesso em: 1 jan. 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4 th. Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.cit, p.40.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil I**. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil II**. 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Publicado no JUSBRASIL, disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HUMBACH, John A. **Whose Monet: an introduction to the American legal system**. New York: Aspen Publishers, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEMOS, Vinicius Silva. **Recurso e Processos nos Tribunais no Novo CPC**. Lexia, 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civil no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

_____. **Eficácia Temporal da revogação da jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol.100, n. 906, abr. 2011.

MENDES, Aluísio Gonçalves de castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito jurisprudencial**: Vol. 2. São Paulo: RT, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação dos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **Jurisprudência vinculante no direito norte americano e no direito Brasileiro**. São Paulo: Revista do processo. Vol. 33, n. 161, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Roberto Álvaro. **“Do formalismo no processo civil”: proposta de um formalismo-valorativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente Judicial no direito processual civil brasileiro, In: mendes, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2014.

SOARES, Marcos José Porto. **A ratio decidendi dos precedentes judiciais**. RBDpro. Revista Brasileira de Direito Processual. Ed. Fórum, n. 85, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP**. Publicado no CONJUR 23.03.2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. **O sentido comum teórico dos juristas e o princípio da “verdade real”: o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio.** Revista de Estudos Criminais. Vol. 44. 2012. Síntese.

A DECISÃO DE AFETAÇÃO: UMA POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

JULIANA DAL MOLIN DE OLIVEIRA LEMOS

julianadalmolin@hotmail.com

VINICIUS SILVA LEMOS

viniciuslemos@lemosadvocacia.adv.br

Faculdade Católica de Rondônia – FCR

Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON

RESUMO: Este artigo tem como objeto de estudo o instituto da decisão de afetação, presente em qualquer julgamento por amostragem, com uma positivação e detalhamento de suas diretrizes de forma minuciosa pelo novo código de processo civil. Além da verificação pormenorizada da incidência da decisão de afetação nos institutos de julgamento por amostragem: rito repetitivo em recursos excepcionais, repercussão geral no recurso extraordinário e o incidente de resolução de demanda repetitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão de Afetação, Amostragem, Novo CPC, Multiplicidade.

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios que o novo código de processo civil almeja é a resolução mais célere de matéria com multiplicidade de processos, apostando o texto em formas de julgamento por amostragem.

Na antiga codificação, esta espécie de julgamento já era contemplada pela repercussão geral, implementada em 2007 e pelo rito repetitivo no ano subsequente. Na prática, ambos os institutos deram resultados, mudando a forma dos julgamento recursal excepcional nos tribunais superiores. Entretanto, com a mudança normativa era necessário ir além, verificar os pontos omissos em ambas as formas já existentes, com a positivação mais detalhadas de todo o procedimento para a formação dos precedentes.

Havia, ainda, a necessidade de ir além, de inserir um novo instituto sobre julgamento por amostragem. Neste caso, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, uma nova espécie de julgamento para formação de precedente, todavia com competência voltada para os tribunais de segundo grau, antecipando essa forma de resolução para as instâncias inferiores.

Diante de todas as técnicas de formação de precedentes, um instituto comum entre todas é a decisão de afetação, o momento da delimitação material para a discussão processual e cognitiva do precedente vinculante que será futuramente formado.

Na antiga codificação não havia uma especificação detalhada deste instituto, mesmo sendo essencial para o início de qualquer julgamento de amostragem, sem uma visualização legal dos moldes de sua prolação.

Este estudo almeja aprofundar a análise sobre a preocupação, no CPC/2015, de estipular critérios e parâmetros para serem seguidos, fixando técnicas determinadas para este momento processual, com a definição clara do que é a decisão de afetação.

2 A MULTIPLICIDADE DE PROCESSOS PERANTE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O poder judiciário deve promover o acesso à justiça, possibilitando a todos que necessitam da intervenção estatal para a resolução de seus conflitos de interesses essa acessibilidade.

Apesar da necessidade do custeio da máquina pública pelo demandante, pelo fato de retirar este poder da inércia, para a resolução daquela lide, não se pode limitar o acesso ao judiciário das pessoas que não tem a possibilidade de arcar com os gastos processuais.

Mesmo a máquina judiciária contendo uma onerosidade, com a necessidade de pleitear o seu custeio, há a necessidade, como direito fundamental, de propiciar essa interlocução de acessibilidade com a sociedade, quando for o único caminho para a justiça.

Não somente o acesso à justiça pela forma da gratuidade, mas a constituição federal concedeu diversas maneiras de contemplar o jurisdicionado com uma acessibilidade maior ao judiciário, ampliando direitos, positivando a aplicabilidade do dano moral, permitindo uma base para o direito do consumidor, dentre outras medidas. Um leque bem maior de direitos para a sociedade, com um acesso ainda maior ao judiciário.

Sem reclames, mas com constatações, essa amplitude desembocou na sobrecarga do judiciário, com quase 100 milhões de processos¹⁵ para serem julgados por menos de 20 mil juízes. Um fluxo intenso de litigiosidade, como quase metade da população estivesse a litigar. Uma situação caótica.

Muitos desses processos são de matérias idênticas, com razões fáticas e jurídicas parecidas, como um comportamento litigioso gerando demandas em massa, seja em matérias do consumidor até em ações contra o poder público, com impacto em milhões de pessoas. Uma mazela diante de um judiciário emperrado em seu próprio funcionamento.

Desde a emenda constitucional de 2004, com estudos e medidas para aplacar essa excessiva litigiosidade, um caminho proposto para lidar com a multiplicidade de processos foi o julgamento por amostragem, a escolha de alguns processos sobre determinada matéria para uma análise pormenorizada e exaustiva, com reflexo nos demais com o mesmo conteúdo material.

Julgar menos nos tribunais superiores, contudo impactar mais a jurisprudência como um todo, criando precedentes para serem utilizados com maior força, impacto e ênfase pelos juízes e tribunais inferiores.

2.1 O julgamento por amostragem como solução para o excesso das demandas

Com o acúmulo de demandas nos tribunais, muitos deles com a mesma matéria, a legislação processual na última década evoluiu para uma técnica de julgamento por amostragem para um efeito em massa, com uma consequência em cascata, com o intuito de julgar-se menos, com uma minuciosidade maior neste momento judicante, para, após, com um resultado de precedente definido, somente aplicar nos demais casos massificados, sem a necessidade de um trâmite tão intenso.

a explosão dos denominados processos de massa, em que milhares de ações versam sobre matérias juridicamente idênticas, mas com pluralidade de partes e conseqüentemente recursos individuais, despertou no legislador a necessidade de um instrumento de contenção nos tribunais superiores, a fim de que a atividade

¹⁵ <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>

jurisdicional não fosse inviabilizada por força de uma completa obstrução dos tribunais. (LIMA, 2013, p. 280/281)

Uma real mudança no *modus operandi* recursal brasileiro. Uma tendência mundial para se julgar por amostragem, com um aspecto de maior participação da sociedade e esgotamento material em um só processo, para impacto em demais processos. Uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro.

Se há um julgamento por amostragem, o processamento da discussão material enseja uma “ainda mais ampla e prévia participação da sociedade civil e do próprio Estado no estabelecimento dos casos que, a final, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal por oferecerem repercussão geral.” (BUENO, 2014, p. 225/226)

O resultado do julgamento deste recurso ou recursos representativos da controvérsia definirá a posição sobre a matéria para os demais recursos com identidade material com estes, tornando, ainda mais importante este julgamento, servindo como uma amostra do direito que será base para a aplicação nos demais.

Não há mais como o judiciário encarar o julgamento individualizado de milhares de recursos idênticos, com a mesma matéria, aprofundando a tendência de julgar-se o mérito de poucos recursos selecionados, “devendo os demais ficar sobrestados, enquanto o recurso amostra não for julgado. Julgado o recurso amostra, os demais - que ficaram sobrestados - deverão seguir o mesmo resultado.” (CUNHA, DIDIER, 2012, p. 298).

É necessária a vinculação do precedente formado neste julgamento por amostragem para a utilização nos casos posteriores, para, de fato, diminuir a incidência de remessa de recursos aos tribunais superiores, bem como estancar a recorribilidade em questões já decididas em precedente, resolvendo materialmente aquela questão. Somente com a vinculação e a utilização posterior do posicionamento firmado no julgamento por amostragem que a própria existência desses procedimentos se legitima como uma possível solução para o excesso de demandas idênticas, minorando a letargia do judiciário.

3 A DECISÃO DE AFETAÇÃO NOS JULGAMENTOS POR AMOSTRAGEM

O julgamento por amostragem foi inserido no ordenamento primeiramente pela repercussão geral no recurso extraordinário e, logo após, ampliado ao rito repetitivos em ambos os recursos excepcionais. Uma necessidade para estancar a demasia de recursos nos tribunais superiores.

Com a nova codificação, a tendência aumenta com a inclusão do incidente de resolução de demandas repetitivas, ampliando o leque da existência do julgamento por amostragem também para os tribunais de segundo grau.

A importância desse modo de julgamento aumentou, com maior espaço para sua regulamentação, com mais detalhes, positivando questões que restavam abertas ou empíricas, melhorando os ritos e processamentos desses julgamentos, como no caso da definição sobre a decisão de afetação, legislando de forma a estipular com maior clareza sobre a existência e nuances deste instituto.

Não há como se pensar em julgamento por amostragem sem passar pela decisão de afetação, um instituto já existente no cotidiano dos tribunais acostumados com esta espécie de julgamento, mas sem estudos ou conceituações fáceis sobre este momento processual.

A decisão de afetação é um momento processual dos mais importantes para o julgamento por amostragem, justamente por ser a hora da delimitação material da questão de direito – federal ou constitucional – a ser julgado no precedente que futuramente será firmado. Com o estabelecimento claro dos limites materiais naquele rito de formação de precedente, há uma maior facilidade de enquadramento dos recursos sobre os mesmos parâmetros ali dispostos, alcançando a similitude fática e material quando houver a comparação entre as situações.

Como, no novo código, há algumas formas de julgamento por amostragem, com diferentes formas de processamento, em graus e instâncias diferentes, a decisão de afetação acaba por ter algumas mudanças e impactos diversos em cada uma das espécies destes julgamentos.

3.1 O julgamento pelo Rito Repetitivo

Como há uma grande quantidade de processos no Brasil que versam sobre algumas matérias idênticas, é necessário se possibilitar que os tribunais superiores julguem estas controvérsias, ao julgar alguns poucos recursos e esgotem as possibilidades materiais do tema, com a posterior aplicação do decidido em larga escala.

Uma busca pela celeridade processual, segurança jurídica e da razoável duração do processo.

O artigo 1036 estipula a possibilidade de um julgamento de um recurso, ou alguns recursos, representativo da controvérsia quando houver identidade de matéria e multiplicidade de processos, escolhendo pela atribuição de um rito especial ao recurso ao tribunal superior, neste caso específico, o recurso especial.

O recorrente não intenta um recurso especial com o pedido do rito repetitivo, essa possibilidade é atribuída pelo juízo competente, quando verificar a necessidade da mudança do

processamento normal de um recurso, para o julgamento via este rito repetitivo, de acordo com a verificação da multiplicidade e a identidade da matéria.

De certa forma, o recurso especial repetitivo acaba por ser um ou mais recursos que pela atribuição deste rito diferente, representam uma multiplicidade de recursos que possuem teses e fundamentos jurídicos idênticos, mas que aguardam o julgamento de alguns poucos recursos para depois serem aplicados nos demais.

3.1.1 Competências de atribuição do rito repetitivo

A atribuição do rito repetitivo pode acontecer em dois momentos processuais, seguindo o artigo 1036, §1º e §5º.

Um primeiro momento com a competência para o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, ao receber o recurso especial, verificando presentes os requisitos para a atribuição do rito repetitivo, seleciona dois ou mais recursos representativos da controvérsia jurídica apresentada, decidindo pela afetação, com a transformação daqueles recursos específicos em recursos especiais com rito repetitivo, com alteração no processamento.

Esse é o principal momento para a atribuição do rito repetitivo para o recurso especial, antes mesmo da remessa dos recursos ao STJ, que chegarão neste tribunal já contendo um rito diferente do recurso normal, com um julgamento por um colegiado maior.

No STJ, os recursos especiais são julgados pelas turmas, quando há um recurso especial com rito repetitivo, a competência é alterada para a seção, que é a junção das duas turmas que julgam determinada matéria, alterando o julgamento de um colegiado de 5 ministros para 10 ministros.

No antigo código, estipulado no artigo 543-C, também havia essa concessão de atribuição ao presidente dos tribunais de justiça ou tribunais regionais, entretanto, estes não a usavam de maneira eficaz ou em quantidade imaginada pelo legislador. O motivo é até entendível, pelo fato de que atribuir ao tribunal recorrido a mudança do rito normal ao repetitivo no STJ, necessita de uma apreciação de maneira profunda sobre a admissibilidade recursal, diante de várias atribuições dos presidentes ou vice-presidentes, na realidade, o que não era uma prática usual.

O complexo da manutenção dessa competência passa justamente nesse não funcionamento no cotidiano processual da atribuição pelos tribunais recorridos, e, se imaginarmos, que não há mais um juízo de admissibilidade na atual codificação, para a atribuição do rito repetitivo, o presidente deve analisar a admissibilidade, verificar a presença dos requisitos do rito repetitivo, para se manifestar. Um tanto contraditório, não há mais a competência para o presidente ou vice-presidente realizar a admissibilidade, com a função somente de intimar para as contrarrazões e remeter ao

tribunal superior, como exigir a atribuição do rito repetitivo, que demanda uma análise especial, detalhada e fundamentada?

Entendo que a situação não mudará no atual código, de igual forma, concordo que a possibilidade seja aberta aos presidentes que queiram proceder assim, apesar da inutilidade no cotidiano processual.

Da mesma forma da antiga codificação, no caso de nenhum presidente de tribunal recorrido atribuir o rito repetitivo, com a verificação da presença dos requisitos, algum relator de um recurso sobre a matéria, já no STJ, pode, de acordo com o artigo 1036, § 5º, atribuir o rito repetitivo, independentemente do presidente do tribunal recorrido. Ou seja, o relator tem total possibilidade de atribuir o rito repetitivo. Os ministros do tribunal superior tem maior amplitude de visualização sobre a multiplicidade e trâmite interno do tribunal.

Esta é a forma cotidiana da aplicabilidade deste instituto. Ainda, de acordo com o artigo 1037, §1º, o relator do recurso no STJ pode ainda realizar um juízo de valor sobre a decisão de afetação feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, caso não concorde com o rito repetitivo para aquela matéria, revoga essa decisão de afetação, comunicando o tribunal que a proferiu para a ciência desta revogação, com a consequência de retirada da suspensão dos processos daquele tribunal, com a volta de cada processo ao trâmite normal.

Dessa forma, por mais que o presidente ou vice-presidente realize a decisão da afetação, ao escolher e separar alguns recursos representativos da controvérsia, ainda passará pelo crivo e aceitação pelo relator do tribunal superior a verificação se foi apropriada e correta a decisão.

Um controle automático do tribunal superior sobre a decisão do tribunal anterior sobre o rito repetitivo.

3.1.2 Requisitos para atribuição do rito repetitivo

Para a possibilidade da atribuição do rito repetitivo, seja pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido ou pelo relator no tribunal superior, há a necessidade da conjunção de três requisitos.

Com a visualização da presença destes requisitos, há a possibilidade da alteração do rito normal de processamento recursal, para o rito repetitivo. Os requisitos são: a multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários, fundamento em idêntica questão de direito e admissibilidade positiva do recurso analisado.

Sem algum desses requisitos, não há a possibilidade da alteração do rito para o repetitivo, há a necessidade de todos os requisitos ao mesmo tempo.

3.1.2.1 Multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais

Quando se imaginou um rito para diferenciar um julgamento dos recursos excepcionais com a necessidade de uma celeridade processual, a multiplicidade de recursos foi um dos motivos ensejadores desse mudança na norma, que continua na atual codificação.

A existência de milhares de processos nos tribunais superiores é uma preocupação constante do judiciário. O que fazer com uma quantidade crescente de processos e recursos? Com essa dúvida, a via legislativa de criar mecanismos para julgar processos em massa se torna cada dia mais comum.

Com isso, para a possibilidade de alteração do rito normal do recurso especial para o repetitivo, há a necessidade de análise se existem múltiplas ações sobre aquela determinada matéria. Com essa multiplicidade é possível a atribuição do rito repetitivo, se for uma matéria sem uma multiplicidade, não há preenchimento dos requisitos para a alteração de rito.

3.1.2.2 Fundamento em idêntica questão de direito

Outro requisito necessário para a atribuição do rito repetitivo ao recurso excepcional é a existência de fundamento naqueles múltiplos recursos em idêntica questão de direito. Com a identificação do primeiro requisito da multiplicidade, há a conjunção de identidade de matéria entre estes recursos.

A questão de direito impugnada no recurso deve ter uma identidade com os demais recursos, para possibilitar, num primeiro momento, afetar essa matéria como um rito repetitivo, para posteriormente, com o julgamento recursal por amostragem, que os demais recursos com a fundamento idêntico usufruam da decisão do rito repetitivo.

Os recursos podem ter diferentes matérias, mas devem ter algum ponto em comum. Não há como exigir-se que o recurso somente fale daquela questão de direito, a cumulação de pedidos recursais é comum. O que importa é a identidade entre os recursos desta matéria afetada, a qual é atribuído o rito repetitivo.

Com essa identidade da questão de direito, os recursos aguardam a resolução pelo tribunal superior do julgamento por amostragem para utilizarem quando do julgamento de cada um deles.

3.1.2.3 Admissibilidade positiva do recurso para a concessão do rito repetitivo

O artigo 1036, § 6º delimita que para a concessão do rito repetitivo os recursos devem ser admissíveis. Um recurso somente é considerado como admissível se presente todos os requisitos de

admissibilidades inerentes à interposição deste. Sem o cumprimento da admissibilidade, não há possibilidade da atribuição do rito repetitivo.

Um recurso que falta admissibilidade é um recurso sem a possibilidade do tribunal responder o seu mérito, pela falta de requisito formal para seu conhecimento. Não há como atribuir um rito repetitivo a um recurso defeituoso em algum dos seus requisitos de admissibilidade, como um defeito de validade.

A regra do artigo 932, parágrafo único, conjugada ao artigo 1029, § 3º, valem para este caso, numa possibilidade de relativização do erro nos requisitos de admissibilidade, desde não repute em erro grave. Quando há uma possibilidade do recorrente sanar o vício da interposição recursal, o relator concede o prazo de cinco dias para saneamento de tal erro.

Sobre a hipótese da atribuição do efeito repetitivo, não vejo motivos para não aplicação da relativização dos requisitos, concedendo o prazo para o recorrente realizar o saneamento do vício da admissibilidade, com este ato realizado, cumprida a diligência pelo recorrente, possibilitando o conhecimento do recurso, tornando-o admissível, não há problemas processuais para a concessão do rito repetitivo, sendo totalmente plausível.

3.1.3 Decisão de afetação do rito repetitivo

Com a visualização da presença dos requisitos por quem tem a competência pelo enquadramento no rito repetitivo, há a necessidade da decisão de afetação, nos moldes do artigo 1037 especificando e delimitando a questão de direito sobre o qual o recurso tem atribuição do rito repetitivo.

Esta decisão tinha existência na antiga codificação, porém ganha um nome específico e uma preocupação maior nos limites específicos de sua estrutura, com a necessidade de estipulação de critérios fixos e objetivos para esta decisão.

A decisão de afetação é um momento importante para o rito repetitivo, é a decisão de delimitação da matéria para fins de definição do alcance e âmbito da atribuição do rito repetitivo. É a decisão de afetação que estipula a matéria a ser discutida nesse novo método de julgamento para aqueles recursos e a estipulação material da influência que o rito repetitivo traz aos outros recursos de matéria idêntica à espera da decisão deste recurso.

Sem a decisão de afetação, não há rito repetitivo.

Só há julgamento por amostragem com uma decisão que delimite a matéria afetada por este rito diferente, para visualização pelo colegiado que julgará a matéria. Somente conhecendo os

limites do que se julga, há a possibilidade de julgar a determinada matéria, sem avançar em assuntos e matérias que não são pertinentes àquela decisão.

Num segundo momento, os processos que não foram escolhidos como representativos da controvérsia não serão julgados, com a espera da resolução do rito repetitivo para, após, obterem um julgamento com base naquela decisão. A visualização se um processo deve aguardar ou não a resolução do rito repetitivo acontece com a comparação material entre cada processo e a decisão de afetação proferida para a atribuição do rito repetitivo.

Essa decisão segue critérios para a sua prolação, como a identificação com precisão da questão material a ser submetida para o julgamento repetitivo, com a consequência da suspensão dos demais processos pendentes desta matéria, em todo o território nacional, com a possibilidade de requisitar informações aos presidentes ou vice-presidentes de tribunais estaduais ou federais para a remessa de um recurso para a ampliação da representação da controvérsia.

A decisão pode ter três partes, a matéria afetada, a suspensão dos demais processos desta matéria e a possibilidade de ampliação da melhor compreensão da controvérsia com a remessa de mais recursos para julgamento. O intuito é, num primeiro momento, delimitar a matéria de forma clara e concisa sobre o que se julga de forma repetitiva, após, saber os limites da afetação para a suspensão dos demais processos e, por último, a ampliação da controvérsia com a remessa de mais recursos para análise, para melhor qualidade do julgamento e das teses jurídicas ali analisadas.

Sem a decisão de afetação não há como se pensar em rito repetitivo, não há delimitação material, tampouco possibilidade de julgar por amostragem, tamanha é a importância para este rito desse momento.

Uma decisão de afetação equivocada da matéria, ocasiona em um julgamento repetitivo complexo e sem muita representatividade, sem uma aplicação correta do direito. Por isso, a importância desta decisão de afetação.

3.1.4 Efeitos e impactos nos processos afetados

Os efeitos da atribuição do rito repetitivo sobre determinada matéria são visualizáveis de duas maneiras: afeta aos processos cujo recursos serão julgados em rito repetitivo e afeta aos processos que não serão julgados pelo rito repetitivo, mas que aguardam a resolução do rito repetitivo.

Para os poucos processos que serão julgados em rito repetitivo, o impacto processual inicial é a alteração da competência do julgamento recursal, saindo da turma do tribunal superior, para um colegiado maior, no caso do STJ, uma seção para o julgamento. Com essa mudança de competência,

todos os ministros que julgam essa matéria em seus órgãos de origem, participam desse julgamento. Com um número maior de ministros e a mudança de órgão, naturalmente o debate sobre o tema é bem maior, com uma importância mais complexa. Há todo um debate não somente entre os membros do órgão julgador, mas uma possibilidade de manifestação de terceiros, da sociedade e do ministério público, que almeja um esgotamento de toda discussão sobre esta matéria.

Com a afetação realizada, os demais processos sobre a mesma matéria são considerados como afetados, sofrendo uma suspensão no seu andamento processual, para sobrestamento e espera da decisão repetitiva, para posterior aplicabilidade.

Não há motivos para cada um destes casos prosseguirem o seu processamento de primeiro e segundo grau, se o tribunal superior julgará em modo repetitivo, com posterior posicionamento e aplicabilidade para estes casos.

A suspensão pela decisão de afetação pode acontecer com duas amplitudes: a decisão do presidente ou vice-presidente sobre a suspensão tem limitação territorial pela extensão do seu próprio tribunal, afetando somente os processos vinculados a este tribunal e a decisão do relator do tribunal superior com um alcance a todos os processos de todo o Brasil.

Com a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal requerido, ocorre a suspensão dos processos e recursos sobre a matéria afetada, porém, somente aos processos vinculados aquele tribunal, respeitando os limites da decisão estadual ou regional proferido pelo tribunal. Não há como uma decisão de um presidente de um tribunal com limitação territorial afetar processos que não tem vínculo com aquele tribunal, somente os processos vinculados ao referido tribunal tem enquadramento nesta decisão. O impacto processual da suspensão é delimitado pela área territorial do tribunal que decidiu pela afetação, ao menos neste primeiro momento.

Quando estes recursos representativos da controvérsia, com a decisão de afetação pelo presidente ou vice-presidente são distribuídos no tribunal superior, com o sorteio de um relator, este realiza a verificação de manutenção ou não da afetação. Se optar pela manutenção, deve ampliar a suspensão dos processos da matéria afetada para todo o território nacional, com um impacto maior do que a decisão de afetação inicial, que tinha uma delimitação territorial. Caso opte por não manter a decisão de afetação, revoga esta decisão, os seus efeitos e notifica o tribunal recorrido.

Se nenhum dos tribunais decide sobre rito repetitivo, o relator de um recurso especial sobre a matéria, caso verifique a conjunção de requisitos para a atribuição do rito repetitivo, decide pela afetação, com os limites materiais, mas, neste caso, com a suspensão e sobrestamento dos processos afetados em todo o território nacional, no próprio tribunal superior, nos tribunais de segundo grau, estadual ou regional, e, ainda, nos juízos de primeiro grau.

Todos os processos ficam parados, à espera do julgamento pelo tribunal superior, para posterior aplicabilidade neste processo sobrestado.

O impacto, nesta hipótese, é bem maior, com um alcance enorme, ao parar todo andamento processual sobre a matéria em todo o território nacional. Não há razão para que os processos afetados continuem a ter um trâmite processual, com uma possibilidade de decisões diversas sobre a matéria. A melhor alternativa é a espera por uma decisão repetitiva para uma aplicabilidade em larga escala com base nesta decisão.

3.2 A Repercussão Geral

Para o processamento do recurso extraordinário, com base na alteração realizada pela emenda 45/2004, foi inserida a necessidade da repercussão geral como requisito de admissibilidade específico para o conhecimento e julgamento deste recurso. A base conceitual da repercussão geral perfaz a necessidade da demonstração pelo recorrente da transcendência daquela causa para a sociedade, com impacto social, jurídico, econômico ou político.

O STF não julga qualquer processo, mesmo diante do cabimento do artigo 102, III da constituição federal. Para possibilitar o julgamento, o recurso deve conter um interesse maior do que simplesmente o interesse das partes sobre a determinada matéria. Com a “criação desse requisito é, a nosso juízo, elogiável, já que faz com que o Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema do País, só se debruce sobre causas realmente relevantes para a Nação.” (CAMARA, 2007. p. 141)

Por este interesse maior, o artigo 1035, § 1º, determina a necessidade de existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.” O recurso extraordinário perde a exclusividade de uma relevância interna para as partes, há a pertinência da matéria recorrida suscite questões relevantes, que impactem a sociedade ultrapassando as barreiras inter partes, com um interesse amplificada.

A repercussão geral é uma admissibilidade específica que serve como filtro para que o STF escolha o que lhe compete julgar, com uma relevância maior do que o próprio processo. Não importa para o julgamento do recurso extraordinário somente a existência de uma questão constitucional, mas, ainda, uma relevância daquela matéria para a sociedade. Se um processo tem questão constitucional pertinente ao enquadramento ao cabimento recursal, mas não tem êxito na demonstração da repercussão geral, o recurso extraordinário, mesmo com enquadramento de questão constitucional, não é julgado pela ausência de interesse daquela matéria jurídica para além das partes.

STF, com a inserção da repercussão geral substituindo a arguição de relevância, impõe cada vez mais como um tribunal de julgamento de questões constitucionais com relevância, não um tribunal para julgamento de processo para mero interesse das partes.

Não há uma prestação jurisdicional aberta para qual processo, mas somente aos processos afetos a uma relevância, neste caso, social, econômica, política ou jurídica.

A repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em discussão o conceito ou a noção de um instituto básico de nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, o de direito adquirido. Relevância social haveria numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc. Repercussão política haveria quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais. (MEDINA 2009. p. 202/203)

Uma questão constitucional pertinente somente a uma parte pequena da sociedade, ao não conter uma repercussão geral, não é julgada pelo STF. Essa ausência de repercussão geral em um recurso com questão constitucional comprovada, é uma ausência de jurisdição? Ocasiona prejuízo aos jurisdicionados? Se a parte interpôs recurso extraordinário, no mínimo, a prestação jurisdicional do duplo grau de jurisdição ocorreu, não pertinente a alegação da ausência de prestação jurisdicional, somente uma não relevância de uma manifestação pelo tribunal superior, com validade somente das decisões anteriores, com total prestação da jurisdição pelo judiciário como um todo.

A repercussão geral é um filtro processual de admissibilidade para o STF, com uma função de, além da própria devolutividade normal, delimitar a relevância das matérias constitucionais. Uma forma de delinear-se o que deve ser julgado e o que não deve. Admite-se assim, por vezes, uma questão legitimamente constitucional, mas não relevante para o STF, o que Cruz e Tucci define como “forçoso é reconhecer que, paradoxalmente, haverá também questões de índole constitucional “menos importantes” para os fins do recurso extraordinário, porque despidas de repercussão geral.” (TUCCI, 2008)

A junção de relevância com a transcendência revela a repercussão geral existente no recurso. Quando há só relevância, mas não transcendência, não há repercussão geral, tanto quanto vice-versa, há a necessidade da conjunção de ambas as hipóteses para alcançar a demonstração correta do instituto.

Também aqui o legislador infraconstitucional alça mão de linguagem propositalmente vaga, consentindo ao Supremo Tribunal Federal a aferição da

transcendência da questão debatida a partir do caso concreto. A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobrepõe para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso. (MARINONI, MITIDIERO, 2008, p. 37/38)

Os critérios acabam por conter uma certa subjetividade, algo que não se consegue visualizar de forma clara, mas simplesmente dependendo de cada situação em peculiar. No caso da transcendência, dividimos de duas formas: a quantitativa e a qualitativa.

3.2.1 A decisão de afetação na Repercussão Geral

Reconhecida a repercussão geral, a matéria reconhecida deve ser afetada, para uma delimitação de quais os fatos, os pontos materiais em que o STF manifestou pela relevância e transcendência. Cabe ao relator delinear de forma apurada, com detalhes, os limites da repercussão geral.

Essa decisão, no código de 2015, é definida como decisão de afetação, com a visualização da presença dos requisitos da repercussão, com especificação e delimitação da questão constitucional que detêm repercussão geral. A decisão de afetação da repercussão geral é um momento importante processualmente, quando se define o alcance e âmbito da atribuição da repercussão geral.

Como o STF declara que a matéria tem a repercussão geral, não há necessidade dos demais processos existentes sobre matéria idêntica continuarem a terem processamento nas instâncias anteriores se a tese firmada pelo supremo ainda será definida. Pertinente a suspensão dos processos para aguardo da decisão futura a ser proferida pelo tribunal superior.

Importante na decisão da repercussão geral é a estipulação material da influência sobre outros recursos de matéria idêntica que serão sobrestados para espera da decisão deste recurso. Somente conhecendo os limites do que se julga, há a possibilidade de julgar a determinada matéria, sem avançar em assuntos e matérias que não são pertinentes àquela decisão.

Sem a decisão de afetação corretamente aplicada, inócua seria a repercussão geral. Somente há julgamento por amostragem com uma decisão que delimite a matéria afetada por este rito diferente que julga um processo para impacto em outros processos à espera desse julgamento. Os tribunais inferiores e os juízes, para sobrestarem os processos da mesma matéria, necessitam do parâmetro dado pelo STF para enquadramento dos processos de igual matéria.

Os processos de matéria idêntica ficam no aguardo da resolução do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida para, após, obterem um julgamento com base naquela decisão, de acordo com o artigo 1040.

A importância da afetação, com a delimitação material e fática da questão constitucional reconhecida está na visualização por juízo inferior na aplicação da suspensão, para decidir se um processo deve aguardar ou não a resolução da repercussão geral, com a devida comparação material entre cada processo e a decisão de afetação proferida pelo STF.

Essa decisão segue critérios para a sua prolação, como a identificação com precisão da questão material a ser submetida para o julgamento por amostragem em repercussão geral, com a consequência da suspensão dos demais processos pendentes desta matéria, em todo o território nacional.

A decisão tem duas partes, a definição da matéria afetada e a suspensão dos demais processos desta matéria. O intuito é, num primeiro momento, delimitar a matéria de forma clara e concisa sobre o que se julga de forma repetitiva, após, saber os limites da afetação para a suspensão dos demais processos.

Sem a decisão de afetação não há como se pensar em repercussão geral, não há delimitação material, tampouco possibilidade de julgar por amostragem, tamanha é a importância dessa decisão e sua prolação correta para esse momento processual.

3.2.2 Os efeitos da repercussão geral positiva: suspensão dos processos com matéria idêntica

A repercussão geral reconhecida no recurso extraordinário resulta em efeitos processuais, como a consequência inerente ao próprio processo ao propiciar o julgamento pela turma ou plenário do STF, mas também resulta na transcendência dos efeitos da concessão dessa repercussão.

Com a concessão da repercussão geral ao recurso e a delimitação da matéria a ser julgada, o relator determina a suspensão em território nacional de todos os processos ainda pendentes idênticos aos pontos materiais afetados, com a paralisação do processamento, nos limites que decisão determinar, seja em primeiro, segundo ou grau superior, recursos ou não e até os outros recursos que encontram-se no próprio STF, nos moldes do disposto no artigo 1035, § 5º.

O intuito desta suspensão é sobrestar os processos em todo o território para não haja processamento desnecessário nos autos cuja a matéria está em análise pelo STF,

teoricamente até a decisão do recurso extraordinário com o reconhecimento da repercussão geral.

Se haverá uma decisão definitiva pelo STF, o prosseguimento da ação em primeiro grau, em fase recursal de segundo grau ou até mesmo no STJ e no STF se torna desnecessária, com a possibilidades de decisões antagônicas, divergentes e conflitantes, com mais recursos para impugná-las. Melhor a solução processual da suspensão para sobrestamento dos feitos para aguardar a decisão final do STF.

Entretanto, o artigo 1035, § 9º determina o prazo de um ano para o tribunal superior realizar o julgamento deste recurso com a repercussão geral reconhecida, caso não se consiga o julgamento dentro de um ano, o que normalmente não se consegue pelas experiências processuais atuais do STF, os processos suspensos voltam a ter o seu andamento normal, com o prosseguimento processual do momento em que ocorreu a suspensão, conforme o artigo 1035, § 10º.

Uma forma de pressionar o STF para um julgamento mais célere sobre os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

3.3 O julgamento por amostragem na forma do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Essa novidade processual criada no código de 2015 possibilita um procedimento em tribunais de segundo grau, estaduais ou regionais, julgarem demandas repetitivas, com âmbito territorial de seus limites de jurisdição, aumentando os institutos que julgam os processos de forma repetitiva.

Mesmo com a didática processual dos recursos repetitivos e da repercussão geral, a nova legislação primou por ampliar horizontes, incluindo os tribunais de segundo grau nesse processo de pensar a resolução de demandas repetitivas, aumentando o leque de órgãos com a finalidade de alcançar processualmente soluções para os litígios que se repetem no âmbito territorial. Incutir responsabilidades aos tribunais estaduais e regionais permite uma maior abrangência do código nesta nova etapa processual. Uma preparação maior para a resolução destes casos, desde os tribunais de segundo grau.

O instituto teve como inspiração um paralelo estrangeiro, o procedimento denominado de *musterverfahren*, oriundo do direito germânico, um procedimento de julgamento de processo-modelo, no “qual se elege uma “causa piloto” na qual serão decididos determinados aspectos gerais e comuns a diversos casos já existentes, sendo que a solução encontrada será adotada por todas as ações pendentes sobre o mesmo tema.” (AMARAL, 2011. p. 255/256)

A utilização no direito alemão serviu como base para a criação desta novidade legislativa do código de 2015. Foi instituída no ano de 2005, para a resolução de demandas específicas para o mercado de capitais, com um intuito bem delimitado e com aplicabilidade experimental. Com o êxito de algumas resoluções foi ampliada, não da forma ampla como foi criada na nossa legislação, funcionando com três fases distintas processualmente:

1) eleição da causa representante; 2) processamento da demanda perante o tribunal, com realização de audiências, produção de provas, e decisão resolvendo as questões de fato e de direito envolvidas na controvérsia; 3) julgamento posterior de todas as outras causas, sobrestadas em primeira instância, que serão decididas com base na decisão modelo prolatada pelo tribunal estadual. (NUNES, 2014)

O direito processual brasileiro adaptou este modelo alemão para uma realidade brasileira, a massificação de demandas, uma proliferação de processos com natureza material ou processual idênticas, abarrotando o judiciário de causas a serem decididas, com teses idênticas. No direito alemão, a visualização da quantidade de processos é bem menor, o que no Brasil tem causas com milhares ou milhões de demandas já distribuídas ou possíveis futuras demandas. Aqui, além de uma quantidade exacerbada de processos, da busca ao judiciário, trabalha de forma contrária uma jurisprudência claudicante, quase lotérica.

A ideia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. (CAMBI, 2001, p. 111)

Mesmo com certo êxito na aplicabilidade do rito repetitivo aos recursos excepcionais e o filtro da repercussão geral, o código cria uma alternativa de se pensar em resolução massificada antes, já em segundo grau, imbuindo mais tribunais nesta tarefa primordial, mas árdua.

3.3.1 A decisão de afetação no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O pedido de instauração do incidente tem endereçamento ao presidente do tribunal de segundo grau, que remete ao órgão responsável pela pacificação da jurisprudência naquele tribunal. Não há uma estipulação do órgão fracionário competente na legislação, impondo a responsabilidade ao órgão que incumbido normalmente da pacificação da jurisprudência daquele tribunal.

Neste caso, o regimento de cada um dos tribunais deve escolher o devido órgão. Num aspecto geral, *a priori*, deve ser o mesmo órgão responsável que antigamente era para julgar o

incidente de uniformização de jurisprudência e da assunção de competência, geralmente as câmaras reunidas, variando para cada tamanho e organização de tribunal.

A legislação infraconstitucional pode indicar o tribunal competente, seguindo as regras já traçadas pela Constituição Federal. O legislador deve apontar qual o tribunal competente, não estabelecendo qual o órgão interno do tribunal que deva realizar determinado julgamento. Se o órgão julgador, num determinado tribunal, é uma câmara cível, um grupo de câmaras, a corte especial ou o plenário, isso há de ser definido pelo seu respectivo regimento interno. O que importa é que o tribunal seja aquele previsto na Constituição Federal. (CUNHA, 2010, p. 139/174)

Distribuído para este órgão, com o sorteio de um relator dentre os membros deste colegiado, o pedido de instauração do incidente deve ser colocado em pauta para o julgamento da admissibilidade, baseando nos requisitos do artigo 976, I e II. Com o cumprimento destes requisitos, o incidente é instaurado, permitindo ao relator proferir decisão de afetação, determinando qual a questão de direito específica e delimitada do incidente de resolução de demandas repetitivas, denominada tese jurídica, com a consequente suspensão de todos os processos pendentes de julgamento pelo segundo grau, sobre matéria idêntica, com os limites da jurisdição territorial daquele tribunal, nos moldes do artigo 982.

Além da suspensão, o relator pode requerer informações de todos os órgãos que julgam aquela matéria, seja em primeiro ou segundo grau, com prazo de 15 dias para prestá-las, após, procede a intimação do ministério público para manifestar-se em igual prazo.

3.3.2 A possibilidade de ampliação ou prorrogação da suspensão

Com a suspensão decretada pelo relator do incidente, este comunica, primeiramente os órgãos competentes ao julgamento em primeiro e segundo grau nos processos normais, com ampla divulgação, cadastrando o incidente no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para as partes e demais interessados terem acesso às matérias afetadas, bem como o acompanhamento do incidente.

Os processos afetados ficam sobrestados pelo prazo de um ano para julgamento do incidente. Este prazo, estipulado no artigo 980, é padrão para todas as espécies de julgamento por amostragem no código de 2015. Um tempo razoável para o incidente ser processado, instruído e estar apto para julgamento, de outro lado, causa impacto nas partes pelo sobrestamento por este prazo, mas diante da possibilidade de solução para as demandas repetitivas, está dentro da razoabilidade.

Ultrapassado este prazo, os processos saem do sobrestamento com o devido prosseguimento do feito na mesma fase em que foi suspenso. Porém, o relator, caso entenda pertinente, pode, fundamentadamente, prorrogar a suspensão por mais tempo. Diferentemente das outras espécies

de julgamento por amostragem, há a possibilidade da prorrogação da suspensão, se o relator fundamentar neste sentido, pela necessidade da manutenção do sobrestamento.

Os legitimados para o pedido de instauração do incidente podem, se entenderem pertinente e visando resguardar a segurança jurídica, requerer ao tribunal superior competente para o julgamento daquela tese jurídica delimitada pelo incidente, para que amplie os efeitos da suspensão para todo o território nacional, com impactos em todos os processos individuais ou coletivos da questão de direito afetada. Há uma complexidade nesta hipótese pela decisão do tribunal superior ser sem um rito repetitivo ou sem um recurso excepcional sobre a questão, mas é possível e pertinente essa hipótese.

No entanto, não somente os legitimados do incidente instaurado podem requerer ao tribunal superior a ampliação da suspensão. O artigo 982, § 4º, permite a qualquer parte, em todo o território nacional, independente da limitação daquele tribunal do incidente, que tenha um processo com a mesma questão objeto do incidente, requerer a ampliação da suspensão para todo o Brasil, direcionando este pedido para o STJ ou o STF, de acordo com a tese jurídica definida no incidente, devendo também fundamentar o pedido e a comprovação da necessidade e requisitos.

4 CONCLUSÃO

A multiplicidade de demandas com matérias idênticas permeia o nosso cotidiano forense, abarrotando toda a estrutura do judiciário com diversas espécies de ações, desde a infinidade de ações sobre direito do consumidor até contra as esferas da fazenda pública, as maiores litigantes brasileiras.

Com este quadro de matérias que atingem milhões de indivíduos demandantes, com quase 100 milhões de demandas, o procedimento teve que realmente mudar para encontrar uma solução para essa multiplicidade. A prioridade pelo julgamento por amostragem é uma tendência mundial, como a forma de aplacar essa excessiva quantidade de processos com identidade material.

Evidentemente no Brasil não seria diferente e a legislação cumpre a sua função ao seguir, paulatinamente, essa tendência com a inserção, desde a década passada, de institutos que cumprem o julgamento por amostragem. O novo código ampliou este leque e regulamentou de maneira mais precisa o seu processamento, com o detalhamento dos institutos e fases processuais.

A decisão de afetação, cerne deste estudo, já existia na antiga codificação, com a utilização diante das formas de julgamento por amostragem existentes. Entretanto, a menção legal somente falava sobre o relator afetar, sem dispor como fazê-lo ou qual a importância, colocando como parte do rito, mas sem uma determinação de sua formalidade e limites.

Em toda espécie de julgamento por amostragem, a decisão de afetação tem importância suprema, com a necessidade de prolação concisa, clara e eficiente, para fixar parâmetros concretos e corretos do precedente a ser firmado futuramente. Cada instituto tem requisitos diferentes que permitem uma decisão de afetação prolatada de maneira diversa, com efeitos diversos e possibilidades interligadas a forma que o julgamento será realizado.

O novo código ampliou a importância da decisão de afetação, simplesmente ao mencioná-la de maneira clara, colocando-o como um instituto fundamental de qualquer julgamento por amostragem e determinando suas diretrizes em cada caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”**. Revista do Processo, ano 36, v.196, junho/2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105** de 16 de março de 2015.

_____. **Código de Processo Civil. Lei 5.869** de 11 de janeiro de 1973.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v.II. 14ª edição, Revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 786, abr. 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2010, v. 179.

_____. Recursos repetitivos. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/> Acesso em: 01 julho de 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5ª ed. Salvador: Podivm, 2012.

CARDOSO, Mauricio. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. 15 de setembro/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>> Acesso em 18 outubro de 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Ed. Saraiva. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**, 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**, 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido Revista Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merecer-compreendido>> Acesso em: 01 julho de 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211289535174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 julho de 2015.

A SUPRESSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BRENDA FERRARI LOTTO

bflbrenda@gmail.com

SILVIA CAROLINE DOS SANTOS MENDONÇA

silcasam@gmail.com

ULYSSES THIAGO MENDONÇA ARCANJO GUIMARÃES

utmag@hotmail.com

VALQUÍRIA BERTOLOTTI FLORENCE ALBUQUERQUE DA ROSA

valquiriabertolotto@gmail.com

ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BRUM¹⁶

andreluiz_brum@hotmail.com

Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho – ILES/ULBRA/PVH

RESUMO: Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, há que se verificar as alterações atinentes ao processo civil, bem como analisar as razões e objetivos do novo código. Isto porque o CPC define como tramita um processo, abrangendo prazos, espécies de recursos e competências. O novo texto legal parece reforçar as garantias constitucionais do processo, o contraditório e a ampla defesa, celeridade, moralidade, transparência nas decisões judiciais; além de, principalmente, alterar o atual sistema de recursos, reconhecido como um dos obstáculos à celeridade dos processos na esfera cível. E é exatamente quanto aos recursos que o presente estudo visa abordar, uma vez que os Embargos Infringentes já não constam no rol taxativo de recursos no novo dispositivo. Desta forma, é preciso analisar se os Embargos Infringentes deixaram de ser um recurso ou simplesmente se tornaram um incidente processual, bem como verificar se tal modificação contribui para o alcance dos objetivos apontados como justificativas para a aprovação do novo texto normativo. Para tanto, pesquisas foram realizadas, confrontando este recurso de acordo com o disposto no Código de Processo Civil e no Novo Código de Processo Civil. De tal análise, conclui-se que a sua supressão dos Embargos Infringentes criou a técnica de julgamento, que busca precipuamente a isonomia dos julgamentos proferidos em tribunais, e que por ser um ato processual praticado de ofício, torna o desenvolvimento processual mais célere.

PALAVRAS-CHAVES: Embargos Infringentes. Novo Código de Processo Civil. Supressão.

¹⁶ Orientador

1 INTRODUÇÃO

Considerando as mudanças sociais do país e a necessidade do direito brasileiro acompanhar tais mudanças, a fim de prestar a tutela jurisdicional de maneira mais célere e justa, o Novo Código de Processo Civil, após várias discussões e adequações ao projeto de lei inicial, foi aprovado em 16 de março de 2015 e entrará em vigor após um ano de sua aprovação.

Nos últimos dias este tem sido um dos assuntos mais abordados no meio jurídico e sobre vários aspectos, que vão desde a discussão sobre quais os objetivos das mudanças, quais são as efetivas mudanças, e, principalmente, se tais mudanças irão surtir efeito quando ao andamento processual. Assim, considerando o cenário atual e analisando o novo código, observa-se que uma das mudanças é a retirada dos Embargos Infringentes do rol taxativo de recursos cabíveis ao processo. Em decorrência disto, surge a necessidade de verificar se tal recurso deixa de existir no processo ou apenas perdeu tal classificação, passando a ser tratado de uma outra forma. E mais ainda, questiona-se se a possível substituição atende aos objetivos do novo código e se está de acordo com os princípios basilares do direito brasileiro, razão pela qual prosseguiremos a esta análise.

2 DESENVOLVIMENTO

Os Embargos Infringentes possuem origem em Portugal, quando era um recurso à execução da sentença, e logo após vieram a ser utilizados também contra decisões não transitadas em julgado. Nos seus primórdios, os embargos possuíam uma denominação de “reconsideração”, como uma maneira de se rever o que havia se decidido, mas não formando coisa julgada material. Tal cabimento foi estendido às causas criminais do processo penal pelas Ordenações Filipinas conforme “Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro” elucidado por Bueno (1959, p. 557).

Assim seguindo também leciona o doutrinador Antônio José de Souza Levenhagem (1977):

Pelo que consta, o seu surgimento ocorreu nos primórdios da monarquia portuguesa e isso se deu em consequência das falhas organizações judiciárias

vigentes. Como não havia regras especiais definindo atribuições, tornou-se praxe a permissão de as partes pedirem diretamente aos juízes prolatadores das sentenças para que as modificassem ou simplesmente as declarassem. Essa praxe de tal modo generalizou-se que acabou sendo oficializada pela Ordenação Afonsina.

No Brasil, tal modalidade de recurso só veio a fazer parte do ordenamento jurídico após a independência brasileira e através do Decreto de 20 de outubro de 1823 tais ordenações vigoraram no país. Contudo, como esta espécie de recurso era usada antes do transitado em julgado das sentenças, os Embargos Infringentes passaram a ser utilizados com o objetivo de procrastinar o processo, situação que provocou a sua inaplicabilidade em tais situações, de modo que passou a ser cabível apenas em casos limitados e expressos (HÜBNER; HEERDT, 2006).

De acordo com Cunha, citado por Levenhagem (1977), o Regulamento 737 de 1850 revelou "os contornos exatos do recurso ora em discussão". Visto que tal recurso era usado em caráter de declaração ou em restituição de menores, admitidos apenas contra instância de primeiro grau. Através desse regulamento passaram também a serem cabíveis em segundo grau, quando forem embargos de ordem modificativa, infringente do julgado e de restituição.

Durante a vigência da Monarquia no Brasil adquiriu-se uma nova regulamentação pelo Decreto nº 5.618, em 1874 que dispunha "que os embargos só passariam a ser admitidos nos acórdãos proferidos em causas cíveis em grau de apelação ou de execução e em certos processos crimes.

Após a mudança do regime de governo do Brasil para a República, a instituição do Decreto nº 763, editado na data de 19 de setembro de 1890, ordenou que viesse a ser aplicado o Regulamento 737 de 1850 a todas as causas cíveis, o que resultou na permanência apenas dos Embargos de Declaração e os de restituição de menores (HÜBNER; HEERDT, 2006).

Com a promulgação do Código de Processo Civil em 1939, durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, mas ainda sobre a presidência do mesmo, os embargos foram distribuídos em 2 espécies: os Embargos de Nulidade ou Infringentes do Julgado que visa reformar decisão de acórdão, e os Embargos de Declaração, que atua em primeira instância e visa questionar algo ato proferido pelo magistrado quando o mesmo proferir com obscuridade, contrariedade ou omissão (BRASIL, 1939).

Sobre tal situação, Moacir Amaral Santos (1997) leciona que:

O recurso foi distribuído em quatro modalidades: embargos infringentes, as causas de alçada; embargos infringentes a acórdãos, em grau de apelação ou em ação rescisória; embargos infringentes a acórdãos do Supremo Tribunal e embargos declaratórios.

Com o advento da lei 10.352/01, em seu art. 530, esses recursos passaram a ser cabíveis quando "o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência" (BRASIL, 1973).

Assim sendo, fica claro que para os Embargos Infringentes serem cabíveis deve haver o provimento da apelação por maioria de votos, com dois desembargadores votando a favor e um deles votando contra, concordando com o juiz de primeiro grau, devendo sempre versar sobre mérito, e a apreciação dele caberá somente pelo o que foi objeto do recurso. Ocorre que com as mudanças propostas com o Novo Código de Processo Civil brasileiro, os Embargos Infringentes passarão a não estar elencado no rol de recursos cabíveis ao processo, sendo o seu objetivo atingido sobre outra modalidade de ato processual, conforme será discutido adiante.

Ao falar sobre os objetivos do novo código, é preciso considerar que o direito é instrumento válido para a prestação da tutela jurisdicional e que para tanto precisa acompanhar as mudanças sócias, para que assim esteja caminhando lado a lado com a sociedade, atendendo às necessidades desta.

Ocorre que o direito possui certa dificuldade em acompanhar e atender a dinâmica das sociedades que se encontram em constante evolução. O Direito Processual Civil, conforme o entendimento de Buzanello (2013) não é exceção, demonstrada pelas modificações realizadas desde sua instituição, pois possuía muitos dispositivos inadequados ou até em desuso, resultando na necessidade de adaptação do nosso Código de Processo Civil às mais recentes tendências e alterações sociais.

Nos últimos anos o Código Processual Civil segue enfrentando dilemas em relação à tarefa de harmonizar a celeridade e a segurança na busca pela justiça plena, viabilizada nas regras dos processos. Isto decorre do fato de ao mesmo tempo em que a morosidade da Jurisdição constituir causa de transtornos graves às partes também não se despreza o objetivo de se obter a decisão mais justa às submetidas do Poder Judiciário, tornando possível o contraditório e a defesa de forma suficiente.

O velho dilema sempre retorna e as necessidades da dinâmica social cada vez mais complexa e o grande número de demandas sobrecarregando o Poder Judiciário reclamou revisão urgente das regras processuais.

Em virtude disto, se fez necessário um exaustivo trabalho, com fins de criar nova legislação. Assim, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) foi elaborado visando impedir os prejuízos decorrentes da vagarosidade do Judiciário, trazendo também novos mecanismos para aliar o justo à mobilidade. E isto, também alcança os Embargos Infringentes.

Segundo Lopes Filho (2010), o anteprojeto apresentado continha diversas inovações visando dar maior celeridade na tramitação dos processos, entendendo que o processo não é a finalidade, sendo apenas um meio para que se alcance um objetivo, que é o bem jurídico objeto da demanda. Desta forma, nada mais correto que se buscar maior celeridade e menor formalismo no desenvolvimento processual. A simplificação dos procedimentos e atos processuais fica evidente em todo o corpo do anteprojeto.

De acordo com Gonçalves de Castro e Ávila (2015):

O novo CPC baseou-se em inúmeros corolários, reduzidos a alguns tópicos programáticos que orientaram a elaboração dele, como por exemplo (a) a simplificação procedimental, (b) o prestígio ao contraditório, (c) o estímulo à uniformização da jurisprudência e à obediência aos precedentes, (d) a consagração e positivação das orientações doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias, e (e) a sistematização dos institutos.

Elpídio Donizetti (2011), membro da comissão de juristas nomeados pelo Senado Federal para elaboração do NCPC, quanto a sua criação, afirma que “o direito processual, portanto, deve privilegiar a importância dos resultados da experiência dos jurisdicionados com o processo, valorizando a instrumentalidade deste – período de instrumentalismo (ou teleologia) do processo”.

Portanto, com a constitucionalização dos ramos do direito presentes no nosso Ordenamento jurídico, o renomado doutrinador ora aludido também afirma que a metodologia do NCPC é a do neoconstitucionalismo, destacando-se a força normativa da Constituição e a concretização material dos Direitos fundamentais, correspondente ao neoprocessualismo, estudo do Direito Processual à luz do neoconstitucionalismo.

Sobre este aspecto, o mesmo Donizetti (2011) assim aduz:

Esse fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, além

de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (descodificação), ressalta o caráter publicístico do processo; isto é, o processo distancia-se de uma conotação eminentemente privada, deixa de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar justiça (valor eminentemente social).

A preponderância do interesse público sobre os interesses privados conflitantes manifesta-se em diversos pontos da nova dogmática processual, resultando no grande número de princípios fundamentais do processo que hoje permeia o ordenamento jurídico brasileiro

O NCPC deve prestar a concretização dos direitos fundamentais processuais, devendo ter o legislador infraconstitucional um esforço em transformar o acesso à justiça num direito ao processo justo, resguardando a tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

Para ElplídioDonizetti, sobre o NCPC:

A elaboração do projeto levou em consideração a todo instante a necessidade de organizar as regras do processo civil brasileiro, a fim de dar mais coesão ao sistema. (...)

A concessão de tutela efetiva, célere e adequada depende de esforço organizacional em todos os sentidos, de modo a concretizar a renovação que inspirou o CPC projetado.

O novo Código objetiva fazer com que os tribunais superiores profiram decisões para moldar o ordenamento jurídico, a fim de uniformizar e fortalecer as decisões judiciais, buscando evitar decisões contraditórias em casos semelhantes, além de prestigiar a segurança jurídica e concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia, os quais são direitos fundamentais, conforme disposição do art. 5º, XXXVI, CF/88, exigindo uma postura coerente da tutela jurisdicional (BRASIL, 1988). Tal posicionamento foi explicitado por Buzanello(2014). Neste mesmo sentido, o *caput* do artigo 847 do NCPC prevê ainda que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”.

Observe-se que, de acordo com Rizzo Amaral (2012), a tormentosa lentidão processual existente no Brasil ocasionada pela grande quantidade de recursos e a própria complexidade que advém das peculiaridades de cada recurso, fez com que o NCPC assumisse o desafio de tentar simplificar o sistema recursal do Processo Civil Brasileiro, tendo como exemplo a supressão dos Embargos Infringentes, entre diversas outras modificações, pretendendo proporcionar maior celeridade ao judiciário e destaque às questões coletivas.

É possível então perceber que o objetivo do Novo Código de processo Civil é organizar, unificar e simplificar o sistema processual civil brasileiro, conferindo maior coesão, celeridade, efetividade e funcionalidade ao sistema, aproveitando o processo de forma

plena, observando-se a segurança jurídica, através da uniformização da jurisprudência.

Visando tais objetivos, no tocante ao procedimento para os Embargos Infringentes, em linhas gerais e considerando o ordenamento processual civil ainda vigente, há a possibilidade de uma decisão ser embargada por infringência quando possuir voto vencido e for proferida por órgão colegiado, promovendo assim a reforma de sentença de mérito em grau de apelação ou mediante julgamento que dê procedência a ação rescisória, conforme disposto no art. 530, CPC (BRASIL, 1973). Em outras palavras, haverá cabimento quando se verificar a formação de empate entre os votos, isto é, dois votos vencedores contra o voto vencido do magistrado componente do órgão *ad quem*, juntamente com o posicionamento tomado pelo magistrado que formulou a sentença outrora impugnada.

Destarte, não será cabível o recurso em tela em casos de acórdão não-unânime, que confirme sentença ou reforme sentença terminativa. Vale ressaltar, também, que apenas será embargável a parte da sentença de mérito cuja reforma se deu por votação não-unânime, havendo, pois, a possibilidade de os Embargos Infringentes serem parciais ou totais. Sobre o assunto, assim esclarece Câmara (2010):

É fácil entender as razões que levaram o legislador a limitar o cabimento dos embargos infringentes em sede de apelação à decisão que, por maioria, reforma sentença de mérito. É que neste caso, se somarmos o juiz que proferiu a sentença reformada ao que proferiu voto vencido no julgamento da apelação, verificaremos que, uma vez ultimado o julgamento desse recurso, dois magistrados terão se manifestado, no mérito, em um sentido, enquanto dois outros (os que proferiram os votos vencedores na apelação) terão se manifestado em sentido diverso. Tem-se, assim, um verdadeiro empate, servindo os embargos infringentes para permitir o desempate no julgamento.

Entretanto, é preciso observar que a aprovação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 trouxe alterações quanto as espécies de recursos, de modo que os Embargos Infringentes foram suprimidos, não mais estando elencado no rol de recursos cabíveis. Tal observação pode ser verificada ao confrontarmos os artigos 496 do Código de Processo Civil de 1973 e o artigo 994 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 1973; BRASIL, 2015).

Ocorre que a lei em comento, que aprovou o novo código, entrará em vigor no dia 16 de março de 2016, extinguindo os Embargos Infringentes como uma espécie de recurso, visto que não mais consta no rol dos recursos cabíveis. Entretanto, os Embargos Infringentes estão mantidos como um procedimento inerente aos julgamentos, tanto na apelação quanto

na ação rescisória, e de modo inovador, também no agravo de instrumento, que reformem a decisão a respeito do mérito.

Sobre o novo procedimento, disposto no novo texto legal, assim regulamenta o art. 942:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial (BRASIL, 2015).

Portanto, o novo texto evidencia a intenção do legislador em manter os Embargos Infringentes sem, no entanto, resguardá-lo no sistema como um recurso. Ou seja, retira-se um recurso, porém mantém o seu objetivo, mas agora como um incidente ao processo, uma técnica de complementação de julgamento cujo processamento se dá por determinação legal, a qual dispõe inclusive sobre as hipóteses de cabimento. E quanto a isto, é possível concluir que o novo código elasteceu tais hipóteses ao incluir a possibilidade de aplicação da técnica aos agravos de instrumento.

Através da técnica substitutiva ora analisada, no julgamento da apelação, do agravo de instrumento ou da ação rescisória, se não houver unanimidade, será ele suspenso e prosseguirá apenas com a presença de outros julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, até então obtido antes da suspensão.

O grande questionamento que se faz é quanto a validade e viabilidade deste procedimento. Então para melhor entendimento quanto a supressão dos Embargos

Infringentes no novo código e sua substituição pela técnica de julgamento, é mister analisá-la à luz da teoria geral dos recursos. Para tanto, recorde-se inicialmente que recurso é o "remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna", conforme Moreira (2003).

Ainda assim, considere o que preleciona Donizetti (2014) ao relatar que "uma das características dos recursos é a voluntariedade. A parte que se sentir prejudicada com uma decisão judicial tem o ônus de recorrer, mas não há obrigatoriedade".

Dito isto, a supressão promovida parece pertinente, de acordo com o conceito de recursos, bem como a teoria geral dos recursos, visto que o novo procedimento adotado para a revisão das decisões não unânimes proferidas pelo tribunal acarreta a perda da voluntariedade, uma vez que não exige mais a provocação das partes, mas apenas a condição de estar diante de uma decisão não unânime que reformou sentença proveniente de apelação, conforme o *caput* do art. 955, NCPC.

Prosseguindo na análise perante a teoria geral dos recursos, a mesma prevê que este instituto está baseado no princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, implícito na Constituição Federal, que confere a garantia do devido processo legal. Para Sá (1999), o duplo grau de jurisdição consiste na "[...] possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior".

Então, embora os Embargos Infringentes ao serem extintos do NCPC tenham perdido a sua natureza recursal, ainda assim está sendo conferido, através da técnica de julgamento substitutiva, o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, uma vez que a matéria será reapreciada através do novo procedimento, conforme pode ser visto na redação do art. 955, §3º, NCPC.

E sobre o efeito devolutivo da matéria, percebe-se também que com a técnica de julgamento estabelecida ainda assim é possível verificar o respeito ao princípio do *tantum devolutum quantum apelatum*, que pelo entendimento de Donizetti (2014) permitirá que "todo e qualquer recurso devolva ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. A regra, portanto, é a devolução, a transferência ao tribunal de toda matéria impugnada".

Tal cenário, permite concluir que a supressão ora discutida e a implementação da nova técnica instituem, na verdade, uma forma de Embargos Infringentes de ofício, uma complementação de julgamento imperativa, cujo procedimento se dá por determinação legal, verificada no art. 955, §3º, NCPC, que se não atendida gera nulidade absoluta.

Ou seja, o anterior recurso de Embargos Infringentes no Novo Código de Processo Civil está representado como uma hipótese de incidência automática e obrigatória, com cabimento ampliado, pois continua sendo aplicável para julgamentos não unânimes proferidos em apelação e ação rescisória, mas agora também no agravo de instrumento, inovação da hipótese de cabimento apresentada no art. 955, §3º, III, NCPC.

Esta nova situação permite a alusão ao reexame necessário, que conforme Nery Junior (1999) “trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal, não sendo recurso por lhe faltar voluntariedade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos”.

Dito isto, seria razoável considerar que o NCPC estaria criando uma espécie de *Embargos Infringentes com remessa necessária*; pois a eficácia do acórdão não unânime está diretamente condicionada à imediata suspensão do julgamento para a sua reanálise em momento posterior por órgão superior ou com maior composição.

Depreende-se então que a supressão dos Embargos Infringentes do NCPC apenas mudou a natureza deste instituto, deixando de ser recursal para incidental, ou seja, com o novo código os Embargos Infringentes foram reduzidos a incidente da apelação, da ação rescisória ou do agravo de instrumento. Entretanto, isto não inviabiliza a busca por uma decisão mais amadurecida e unânime entre os membros do tribunal. Tal objetivo será alcançado de forma espontânea, não exigindo a provocação das partes, conferindo maior celeridade processual, atingindo-se assim um dos principais objetivos do NCPC.

Por fim, a supressão dos Embargos Infringentes mediante a redação do Novo Código de Processo Civil brasileiro está relacionada às normas constitucionais atinentes ao processo, que garante o duplo grau de jurisdição, obedecendo ao devido processo legal, com vistas à isonomia nos julgamentos, sem prejuízo ao contraditório e ampla defesa, visto que estará assegurado mediante a possibilidade de nova sustentação oral diante dos juízes convocados para permitir a eficácia da sentença.

3 CONCLUSÃO

Diante do ora exposto, é possível concluir que os Embargos Infringentes apenas foram retirados do rol de recursos no Novo Código de Processo Civil, tornando-se uma questão incidental ao processo, que, por ser um ato processual praticado de ofício, torna o desenvolvimento processual mais célere, visto que este é um dos principais objetivos no novo código aprovado. A sua supressão criou a chamada técnica de julgamento que busca precipuamente a isonomia dos julgamentos proferidos em tribunais, enaltecendo o princípio da oralidade mediante suas exigências procedimentais.

Assim sendo, a modificação do novo código, ora discutida, parece atender às necessidades sociais atuais, estando embasado nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e de acordo com os objetivos apresentados como justificadores da nova proposta.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Coleção de Leis [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1939. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 abr. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 559.

BUZANELLO, Grazielle Mariete. **Os objetivos do novo CPC e as alterações trazidas com a terceira onda de reforma e a valorização da jurisprudência**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46300&seo=1>>. Acesso em: 02 maio

2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Inovações do projeto: novo CPC só terá êxito se alterado serviços judiciários**. In: Consultor Jurídico, São Paulo, n. 20, dez 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-20/cpc-exito-acompanhado-alteracoes-servicos-judiciarios>>. Acesso em: 02 maio 2015.

GOLÇALVEZ DE CASTRO, Aluisio Mendes, ÁVILA, Henrique. **NOVA LEI: Algumas das principais alterações do novo Código de Processo Civil**. In: Consultor Jurídico, São Paulo, n. 31, jan 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 02 maio 2015.

HÜBNER, Daniela Lemos; HEERDT, Paulo. **Os Embargos Infringentes**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) –Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Atlas, 1977.

LOPES FILHO, Alexandre Pacheco. **Considerações sobre a reforma do processo civil brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8636>. Acesso em: 02 maio 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, N. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

RIZZO AMARAL, Guilherme. **SEGURANÇA JURÍDICA. Objetivo do projeto do novo CPC é desafogar o Judiciário**. In: Consultor Jurídico, São Paulo, n. 27, out 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/guilherme-amaral-objetivo-projeto-cpc-desafogar-judiciario>>. Acesso em: 02 maio 2015.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Moacir Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NO MOMENTO PROBATÓRIO DO PROCESSO E AS INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BEATRIZ BEZERRA PEREIRA DA COSTA
beatrizbpcosta@gmail.com
ROGÉRIO MONTAI DE LIMA
rogeriomontai@hotmail.com
Universidade Federal de Rondônia

Resumo: A utilização da rede mundial de computadores e das redes sociais alterou indubitavelmente a forma de interação da coletividade na sociedade atual e acompanhando essa evolução do coletivo, tem-se também a evolução da jurisdição contenciosa. Iniciando pela aplicação das leis existentes aos casos análogos ocorridos no "mundo virtual" e chegando ao ponto do presente processo: a utilização dos fatos acontecidos no mundo virtual como provas no mundo jurídico. A aplicação de provas colhidas na rede mundial de computadores e por consequência nas redes sociais está ganhando espaço e notoriedade há algum tempo na justiça brasileira. Diante dessas novas configurações sociais, o Novo Código de Processo Civil, não poderia manter-se a parte desse movimento e dentre tantas outras novidades que apresenta, trás a inovação legislativa de, por exemplo, possibilitar a produção de provas com a "reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie constituir prova dos fatos ou das coisas representadas" - incluindo a impressão de mensagens eletrônicas, sendo este último ponto a positivação do que já estava acontecendo por iniciativa dos órgãos judiciais, e que agora tornou-se mais uma garantia ao cidadão de ter seu direito a produção de provas efetivado e facilitado, o que culmina na prestação jurisdicional com maior proximidade a realidade daqueles que buscam no poder judicial a proteção de suas tutelas.

Palavras-chave: Processo Civil; Provas; Redes Sociais.

1 INTRODUÇÃO

Desde que a utilização da rede mundial de computadores foi difundida alterou-se a forma de circulação de dados, informações, produtos, e em seu ápice, alterou a forma da interação social. Essas possibilidades criadas pela rede mundial de computadores não só modificou os hábitos da sociedade como por consequência - e talvez até como um efeito colateral - a ampliação dos meios de formação de lides.

Na época da criação das principais legislações brasileiras não havia a ampla utilização dos meios virtuais, então conceitos como crimes cibernéticos, mensagens eletrônicas, e outros - que hoje são comuns - ainda não existiam, dessa forma foi necessário ter a adaptação da aplicação legislativa que era voltada apenas para o as lides de origem "real" para aquelas de origem virtual.

Da mesma forma que houve a necessidade da aplicação das tipificações penais para questões virtuais, houve também a necessidade da construção probatória para os casos ocorridos na rede mundial de computadores.

A propagação das redes sociais e de comunicação instantânea fez emergir a demanda não só do zelo da lei aos atos praticados na internet, como também a utilização deles como meio probatório.

2 UTILIZAÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL

A função do direito processual civil é a pacificação social com a solução das lides através da composição do processo para que seja encontrada a "verdade" e assim o juiz possa em sua sentença efetivar o direito material.

Para que atuação jurisdicional seja considerada válida é necessário que os direitos fundamentais relativos ao processo sejam garantidos, e dentre eles está o direito ao contraditório, expresso no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, de 1988 (CF/88) sejam respeitados.

A utilização das provas é parte fundamental do direito ao contraditório, pois é com a análise do conteúdo probatório que se chegará no fato ocorrido e na legislação a ser aplicada à lide, como ensina Marinoni:

o juiz, na atividade cognitiva do processo, tradicionalmente é visto como alguém que tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre esses a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção das regras aos fatos - também chamados de juízo de subsunção - extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador. (MARINONI, p 242 e 243.)

2.1 A verdade

No tocante ao encontro da verdade, Marinoni (p 242 a 248) apresenta que a divisão entre verdade material e verdade formal não satisfaz o conceito aplicado ao processo pois a adoção de qualquer um dos termos é contraditório com o que é aplicado no direito atualmente, posto que a verdade material "é perfeita correspondência entre a realidade e a idéia que dela se faz" (MARINONI p. 245).

Portanto, segundo a corrente supramencionada, por mais que o ideal seja que no processo se tenha essa perfeita correspondência, a proteção aos direitos de intimidade, silêncio, e ao direito de não produzir provas contra si mesmo, faz com que os meios probatórios sejam tolhidos e que possa se ter a relativização da coisa julgada.

Ao passo que se tratarmos a verdade buscada no processo como a verdade formal que seria aquela "limitada, própria de processos que trabalham com interesses disponíveis" ou seja, nesse conceito respeita-se a limitação imposta, por exemplo, pela vedação a provas obtidas por meios ilegais, mas ao assumir que o processo aceita uma verdade limitada, há a suposição, por parte de Marinoni (pagina 246) que poderia ser entendido que "há processos que pretendem a verdade, enquanto outros trabalhariam com a não verdade, e portanto, alguma espécie de falsidade", o que não pode ser admitido no meio jurisdicional.

Dessa forma, assim como o já citado autor (p.248), entenderemos que o termo verdade será aplicado para o resultado da tentativa judicial de aproximar-se da realidade e recusar construções probatórias que resultem em situações que tendenciosamente são contrárias à realidade verificada.

2.2 Finalidade da prova no direito processual

Assim, tendo se tornado inviável determinar a finalidade da prova como o descobrimento da verdade, surge a teoria ensinada por Didier (p 50 e 51) de que a finalidade da prova é:

convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, e permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.

O doutrinador afirma essa posição pois antes de ir a juízo, as partes junto de seus procuradores devem analisar as alegações dos fatos e das provas que tem a respeito desses

fatos tem realmente valor legal, além de analisar se a tese jurídica que os fatos e as provas permitem sustentar, pois é possível que a parte descubra em juízo que as provas produzidas são insuficientes para demonstrar o fato com convicção, como por exemplo no caso de uma testemunha, que pode no momento de seu depoimento mostrar que não tem conhecimento sobre o evento, ou que tenha entendido o evento que presenciou de forma diversa da parte.

3 APLICAÇÃO DA PROVA RETIRADA DE REDE SOCIAL

O código de processo civil mantém o sistema que permite ao juiz "atribuir às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto"(DIDIER, P 102). As provas retiradas de redes sociais são consideradas provas documentais. Tanto quando a aplicação delas não tinha previsão legal quando agora que foi positivada pelo Novo Código de Processo Civil.

Didier ensina que "prova documental é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos" (DIDIER, p 177) e dessa forma a utilização das provas retiradas de ambientes eletrônicos é uma prova documental e pode ter seu valor analisado em juízo.

Na justiça do trabalho, por exemplo, temos vários casos que apontam o que os fatos extraídos das redes sociais constituíram prova documental:

Os documentos de fls. 123/124, extraídos da rede social instagram também descortinam a realidade do exercício autônomo da profissão, sendo certo que o reclamante oferece a prestação de serviços na casa do cliente, ao ar livre, em espaços públicos ou em academias, inclusive com metodologia própria que não necessariamente aquela adotada pela reclamada (#limiteextremo #treinonoparque #doggipersonal #treinoemcasa #treinofuncional #traininggroup #trainamentofuncional). PROCESSO 00442-2014-012-10-00-5 RO (3ª turma) , publicado em 12/11/2015 no DEJT)

Nesse caso utilizou-se de fotos e das expressões utilizadas pelo usuário da rede social para descaracterizar o vínculo empregatício que o mesmo buscava provar, ou seja a prova documental produzida em redes sociais pelo demandante foi utilizada pelo demandado e valorada pelo juiz como prova do que era realmente ocorrido.

Outro caso ainda na justiça do trabalho onde foi amplamente utilizado as redes sociais, foi o julgado dos desembargadores da 3ª turma do TRT 10ª Região, que ao julgar se a

demandante, uma DJ, possuía vínculo empregatício com a Demandada - uma casa de shows - utilizou-se da agenda postada pela demandante em suas redes sociais para demonstrar que a autora não se apresentava em sua casa noturna das 22h às 6h da manhã, como alegado.

Além disso, à fl. 43, a reclamada junta cópia de impressão da página de rede social do reclamante, onde se observa sua agenda de shows, no período do suposto vínculo empregatício com a ré, em que se verifica que o autor realizava mais de um evento por dia, em locais diferentes.

O reclamante impugna tal documento, argumentando ter alterado sua agenda em razão da ausência de pagamento da reclamada, contudo, sua alegação diverge da agenda descrita no documento. Não houve qualquer cancelamento de evento no estabelecimento reclamado, conforme se observa à fl. 43.

Ora, o autor alega ter laborado das 22h às 6h da manhã no estabelecimento da reclamada e publica agenda de apresentações em até três locais no mesmo dia, o que é incompatível para a atividade prestada pelo autor, mesmo que prestadas antes das 22h. (PROCESSO 01107-2013-002-10-00-6 RO (3ª turma) , publicado em 19/12/2014 no DEJT)

Em uma terceira lide, agora em matéria processual as dessa vez um julgado relativo ao direito penal, considerou

Ademais, considerações outras acerca dos demais dados da instrução que foram incluídos nos autos, como o teor de mensagens trocadas pela vítima ou as comunidades em redes sociais (HABEAS CORPUS Nº 292.756 - SP (2014/0086656-9), publicado em 17/12/2014 DJe)

Nota-se que da utilização de tal meio probatório em matéria criminal que o meio eletrônico é reconhecido amplamente reconhecido como meio de produção de provas documentais.

3 SIGILO DE CORRESPONDÊNCIAS

Ainda sobre o tema é de fundamental importância ressaltar que apesar de ser autorizado a constituir prova documental as mensagens eletrônicas também se tem a proteção dada pela Constituição Federal de 1988 que aponta como um dos direitos fundamentais o sigilo à correspondência.

Diferencia-se a violação por exemplo, de mensagens enviadas à redes sociais cujo conteúdo é público para todos que utilizam aquela rede, daquelas postagem - que mesmo sendo feita em grupo de grande número de pessoas - não tem o alcance equivalente ao de uma postagem ao público, ou seja, pode-se caracterizar que uma postagem do "facebook" ou do "instagram", por serem de acesso a todos os usuários da rede, de uma mensagem

enviada em algum grupo do "whatsapp", como afirma a entrevista fornecida pela Magistrada Rosarita Caron onde a mesma diz:

Uma coisa é você divulgar no Facebook algum fato em relação a alguma pessoa, numa rede mundial que todo mundo pode ter acesso. Outra coisa é o Whatsapp, no qual para participar de um grupo você tem que ter permissão

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Código de Processo Civil trouxe no tocante as provas documentais, apresenta no artigo 422 a seguinte redação:

Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

No tocante a mensagens eletrônicas, traz no § 3º do supracitado artigo a positivação dos atos praticados pelos órgãos julgadores mencionados: "§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica"

Essa positivação, apesar de não apresentar novidades fáticas, trouxe a segurança jurídica para a sociedade - que atualmente produz grande parte de suas comunicações por meio de mensagens eletrônicas, e aqui merece destaque a utilização das Redes Sociais para tal fato - constituirão provas em qualquer meio jurídico. Ao passo em que trouxe a segurança jurídica para o direito a produção de provas, há ao mesmo tempo a necessidade de ser ponderado e estudado de que forma a proteção a intimidade será mantida e aplicada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Poder Legislativo, Brasília, DF, D.O.U de 17 de mar. de 2015, p. 1

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus nº 292.756 - SP** (2014/0086656-9), Sexta Turma Julgado Publicado em 17 de dezembro de 2014 no DJe. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1372593&num_registro=201400866569&data=20141217&formato=PDF> Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região, **Acórdão da 3ª turma 00442-2014-012-10-005 RO** 12ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Publicado em 13/11/2015 no DEJT. Disponível em:

<http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php?tip_processo_trt=RO&ano_processo_trt=2015&num_processo_trt=5170&num_processo_voto=422653&dta_publicacao=13/11/2015&dta_julgamento=04/11/2015&embargo=&tipo_publicacao=DEJT&termos=rede%20social%20%22rede%20social%22> Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região, **Acórdão da 3ª turma 01107-2013-002-10-00-6 RO**, 2ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Publicado em 19/12/2014 no DEJT. Disponível em:

<http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php?tip_processo_trt=RO&ano_processo_trt=2014&num_processo_trt=4065&num_processo_voto=395771&dta_publicacao=19/12/2014&dta_julgamento=10/12/2014&embargo=&tipo_publicacao=DEJT&termos=rede%20social%20%22rede%20social%22> Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

CARON, Rosarita. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://sintese.jusbrasil.com.br/noticias/126057259/trt10-postagens-em-redes-sociais-podem-servir-de-prova-em-acoes-judiciais>> Acesso em 08 de fevereiro de 2016.

DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ed. Salvador: Edi Jus Podivm, 2015.

MARINONI; Luiz Guilherme, ARENHART; Sérgio Cruz, MITIDIERO; Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

ASPECTOS INOVADORES NA REGULAÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC)

SANDRA MARIA DANTAS MARTINS FERREIRA
BRUNA DA SILA ALVES
JORRANA DE OLIVEIRA DA SILVA
LEONARDO BRANDALISE MACHADO
VINICIUS SILVA LEMOS¹⁷
sandra.m.dantasmartins@gmail.com
Faculdade de Rondônia - FARO

RESUMO: No desenvolvimento do presente artigo, busca-se a compreensão da prova documental, com destaque para as inovações trazidas pela regulação da matéria no Novo Código de Processo Civil (NCPC), iniciando com a definição do conceito de documento em confronto com o significado de instrumento, seguido pela contextualização do tema numa visão mais aproximada dos critérios legais fixados para a formação, apresentação e determinação da força probante dos documentos públicos e particulares. Trata-se da produção da prova documental em coligação com os aspectos procedimentais tendentes a assegurar a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a atividade probatória das partes, ressaltando o papel e os limites da atuação do juiz na eventual requisição de certidões e procedimentos administrativos. Discorre-se quanto à possibilidade de juntada de novos documentos, com acréscimo dos “conhecidos, acessíveis ou disponíveis”, depois da petição inicial ou da contestação, desde que preservada a boa-fé das partes envolvidas, e também acerca da contraprova. Por último, examina-se o procedimento relativo ao incidente de falsidade documental.

Palavras-Chave: Prova documental. Documento público. Documento particular. Força probante.

¹⁷ Orientador

1 INTRODUÇÃO

A disciplina da prova documental pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC) apresenta alguns aspectos inovadores que merecem destaque no estudo desse importante meio de prova, tendo em vista as garantias constitucionais do processo e os fins sociais e econômicos que nortearam a elaboração do novo diploma processual civil.

O tratamento dado pelo NCPC à prova documental aponta não somente os critérios sobre a origem e formação do documento público como também define as situações a serem consideradas na determinação da autoria e autenticidade do documento particular.

Da mesma forma, estabelece a força probante das declarações contidas em documentos públicos sobre fatos ocorridos na presença dos agentes, enquanto nas declarações feitas em documentos particulares, que se presumem verdadeiras em relação ao signatário e, se referentes à ciência de um fato, provarão apenas a ciência declarada, mas não o fato mencionado.

Já a produção da prova documental, segundo o NCPC, deve ser realizada com observância do contraditório, destacando-se nesse ponto a impugnação qualificada como “arguição de falsidade”, meio hábil para obter declaração judicial de falsidade de um documento público ou particular.

Na realização deste trabalho utilizou-se pesquisa bibliográfica, incluindo o exame da legislação pertinente, com base no Método Indutivo. Para o tratamento dos dados colhidos, aplicou-se o Método Cartesiano e, em alguns pontos, dependendo do resultado da análise, a base lógica indutiva.

2 CONFIGURAÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o conceito amplo de documento é definido “como qualquer coisa capaz de representar um fato, não havendo nenhuma necessidade de a coisa ser materializada em papel e/ou conter informações escritas”. E quanto ao entendimento predominante na prática judicial brasileira, explica:

Apesar de o conceito restrito representar a ampla maioria das espécies de documentos na praxe forense, o direito brasileiro adotou o conceito amplo, sendo significativa a quantidade de diferentes espécies de coisas que são consideradas como documentos para fins probatórios no processo judicial. Até mesmo as representações obtidas por meio eletrônico são considerados documentos, tais como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidos por via eletrônica.¹⁸

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único (E-book). 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p 1004-5

Como já ocorria no Código de Processo Civil de 1973, agora, também por expressa disposição do art. 1º do NCPC, a prova documental deve ser compreendida, num primeiro momento, em consonância com o devido processo legal, delineado pela conjugação dos princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, sem prejuízo da garantia de razoável duração do processo.

Tamanha a importância da paridade de armas entre as partes, que o legislador do NCPC preferiu explicitar que compete “ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º). É por meio da atividade probatória desenvolvida no espaço processual que as partes exercem o direito de “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (NCPC, art. 369).

A disciplina da prova documental pelo NCPC encontra-se na Seção VII, artigos 405 a 438, nas Subseções: I - Da Força Probante dos Documentos; II - Da Arguição de Falsidade; e III - Da Produção da Prova Documental. Os artigos 439 a 441, da Seção VIII - Dos Documentos Eletrônicos, falam resumidamente da utilização de documento eletrônico no processo convencional, referindo-se à produção e conservação desses documentos na forma da legislação específica.

Da leitura dos artigos que regulam a prova documental, compreende-se que ali o conceito de *documento* foi amplamente utilizado em sentido estrito, ou seja, cuida pormenorizadamente “dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado pela palavra escrita, em papel ou outro material adequado”, deixando de lado a compreensão mais ampla de *documento* como qualquer coisa que seja capaz de transmitir diretamente o registro físico de um fato.¹⁹

O único ponto em que a disciplina da prova documental do NCPC faz referência a documento em sentido mais amplo, com registro de fatos por outros meios que não a palavra escrita, diz respeito à reprodução mecânica fotográfica, cinematográfica ou de outra espécie, incluindo fotografias digitais e extraídas da rede mundial de computadores (art. 422).

Em matéria de compreensão da prova documental no processo civil, mostra-se necessário ter em conta o significado do termo *instrumento*, utilizado no art. 406 e em vários outros dispositivos do NCPC. Quanto a isso, Moacyr Amaral Santos ensina que documento, em sentido genérico, “é a coisa representativa de um ato ou fato”, enquanto o *instrumento* é um documento escrito, feito para servir “de prova do ato nele representado”.²⁰

Acerca do mesmo ponto, explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 78.

²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 10.ed. atual.vol.2. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 394-5.

Caso o documento seja produzido, já tendo o objetivo de provar determinado ato, será considerado um instrumento, mas, não tendo tal finalidade específica, embora em momento posterior até possa vir a ser considerado como prova num processo judicial, ter-se-á somente um documento, e não um instrumento, como ocorre numa carta ou e-mail tendo como conteúdo algum fato ou ato.²¹

A distinção entre documento e instrumento tem relação com a finalidade, com o aspecto formal e com o tipo do fato objeto da prova documental a ser concretizada.

3 FORMAÇÃO E APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS

O NCPC, na Seção “Da Prova Documental”, dispõe conjugadamente sobre a força probante dos documentos públicos e particulares, definindo também os critérios de validade para a formação do documento particular.

Consoante disposição da parte inicial do art. 405 do NCPC, o documento público faz prova da sua própria formação. Por outro lado, o “documento feito por oficial público incompetente”, quando assinado pelas partes, “tem a mesma eficácia probatória do documento particular” (art. 407).

Já a formação do documento particular, de acordo com o art. 410 do NCPC, depende de que seja ele (a) feito e assinado pelo autor; (b) escrito por conta do autor e por ele assinado; ou (c) composto e produzido por ordem do autor, embora não seja por ele assinado, em face da experiência comum, tais “como livros empresariais e assentos domésticos” (art. 410).

A lei presume autêntico o documento particular com firma do signatário reconhecida por tabelião, aqueles com autoria identificada por qualquer meio legal de certificação, inclusive digital, e os que não forem impugnados pela parte que tenha que suportar os efeitos decorrentes do documento apresentado (NCPC, art. 411).

Com ressalva de eventuais impugnações, podem ser apresentados como se originais fossem (NCPC, arts. 422 a 425): (a) reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie; (b) valendo como certidões, reproduções dos documentos particulares, fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, se o escrivão ou o chefe de secretaria certificar a conformidade com o original; (c) cópia de documento particular conferida e certificada pelo escrivão em conformidade com o original; (d) certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; (e) traslados e certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; (f) reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, p. 1004.

cartório com os respectivos originais; (g) cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial, declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade; (h) extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem; e (i) reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, nas condições estabelecidas.

No tocante à forma de apresentação de prova por documento redigido em língua estrangeira, cabe destacar que “somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado” (NCPC, art. 192, parágrafo único).

4 FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS

Embora não seja reconhecida hierarquia entre os meios probatórios, a força da prova documental, adequada, pertinente e suficiente, é muito intensa no tocante à consistência e rapidez do convencimento sobre a verdade dos fatos a serem provados.

O documento público, consoante art. 405 do NCPC, “faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”. No ponto, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

Há, pois, presunção de autenticidade do documento público, entre as partes e perante terceiros, fato que decorre da atribuição de *fé pública* conferida aos órgãos estatais. Esses documentos contêm afirmações que conferem: (a) às circunstâncias de formação do ato, como data, local, nome e qualificação das partes etc; e (b) às declarações de vontade que o oficial ouvir das partes.²²

Sobre a presunção de veracidade dos documentos públicos, conforme esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves, “atinge somente os fatos que tenham ocorrido na presença do oficial público, e não os fatos trazidos ao seu conhecimento pelas partes”.²³

Assim como ocorre com o documento particular, cessa a fé do documento público se for declarado judicialmente falso. A falsidade, segundo a lei, pode ocorrer pela formação de “documento não verdadeiro” ou por alteração de “documento verdadeiro” (NCPC, art. 427).

Os critérios de definição da força probante do documento particular são fixados pelo art. 408 do NCPC e seu parágrafo único, segundo o qual as declarações “do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”. Se do

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum, p. 946.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, p. 1005.

documento constar “declaração de ciência de determinado fato”, tal declaração provará somente a “ciência, mas não o fato em si”.

Sobre a veracidade das declarações contidas no documento particular, mesmo em relação ao NCPC, continua atual o ensinamento de Moacyr Amaral Santos no sentido de que:

As declarações, que se presumem verdadeiras, são as dispositivas e enunciativas diretas. As enunciativas diretas, máxime quando apenas referentes à ciência relativa a determinado fato, valem como simples declarações, e como tais são havidas provadas. O fato declarado, entretanto, depende de prova pelos meios regulares, recaindo o ônus da prova em que seja interessado na sua veracidade.²⁴

Eventual dúvida quanto à data do documento particular, no caso de divergência entre os litigantes, será resolvida mediante utilização de todos os meios em direito admitidos (NCPC, art. 409, *caput*).

Perante terceiros, o documento particular será tido como datado (parágrafo único - I a V): (a) no dia em que foi registrado; (b) desde a morte de algum dos signatários; (c) a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários; (d) da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; e (e) do ato ou do fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

Ainda quanto aos documentos particulares, merece destaque a força probante atribuída (a) às cartas e registros domésticos; (b) à nota aposta pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada; e (c) aos livros empresariais contra seu autor, admitida a contraprova (NCPC, arts. 415 a 417).

5 PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

Sobre a compreensão do que se deve entender como “produção de prova documental”, Humberto Theodoro Júnior explica que:

Produzir prova documental é fazer com que o documento penetre nos autos do processo e passe a integrá-lo como peça de instrução. O novo Código especifica, no art. 434, os momentos adequados para a produção dessa prova, dispondo que os documentos destinados à prova dos fatos alegados devem ser apresentados em juízo com a petição inicial (art. 320), ou com a resposta (art. 335).²⁵

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, p. 403.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum, p. 965.

Junto com essa diretriz, o art. 434 do NCPC estabelece que tanto no momento da petição inicial quanto da contestação, os documentos consistentes em reprodução cinematográfica ou fotográfica serão juntados nas mesmas oportunidades ali indicadas, mas sua exposição será feita em audiência com prévia intimação das partes (parágrafo único).

Por sua vez, o art. 475 do NCPC estabelece “uma série de hipóteses em que se admitirá a juntada de documentos após a petição inicial e a contestação, exigindo que a juntada extemporânea seja analisada à luz do princípio da boa-fé consagrada no art. 5º do Novo CPC”.²⁶

É possível a juntada de documentos novos a qualquer tempo depois de proposta ou contestada a ação, desde que se destinem “a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos” (NCPC, art. 435).

De modo inovador, o parágrafo do art. 435 do NCPC deixa clara a permissão para juntada de “documentos formados após a petição inicial ou a contestação” ou que venham a ser “conhecidos, acessíveis ou disponíveis” depois de praticados tais atos, desde que provado o impedimento para juntada em data anterior, observada a boa-fé do interessado.

Além da exigência genérica de instrução da petição inicial e da contestação com os documentos destinados à prova do alegado, há situações específicas em que o NCPC exige a instrução do requerimento inicial com a prova documental, tais como para a concessão de tutela de evidência, na forma do art. 311, inciso IV, e na formulação de reclamação para o tribunal (NCPC, art. 988, § 2º).

Como não poderia deixar de ser, a produção da prova documental deve ser realizada sob o crivo do contraditório, podendo a parte contra quem foi produzida (a) questionar sua admissibilidade; (b) sua autenticidade; e (c) também suscitar a falsidade da prova produzida, diretamente ou mediante incidente de argüição de falsidade (NCPC, arts. 436, I a IV, e 437).

Daniel Amorim Assumpção Neves assinala que:

O art. 436 do Novo CPC prevê as possíveis reações positivas da parte à juntada de documentos pela parte contrária. Poderá impugnar a admissibilidade da prova documental, levantando tanto questões como o momento de juntada e a pertinência da prova com o objeto da demanda. Outra reação prevista é a impugnação da autenticidade do documento, apontando vício formal do documento.²⁷

A participação do juiz na produção da prova documental, prevista no art. 438 do NCPC, não deve ser vista como uma determinação para que o juiz assumo o lugar do autor ou do réu na tarefa de apresentar nos autos as provas tendentes à demonstração das alegações das partes. É o que se

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, p. 872

²⁷ Idem, p. 1014

depreende da advertência de que “não é lícito à parte transformar o juiz num mero preposto para obtenção de quaisquer certidões”.²⁸

6 ARGUIÇÃO DE FALSIDADE

Como uma forma qualificada de impugnar a prova documental, a arguição de falsidade tem por objetivo fazer cessar a fé do documento público ou particular por meio de uma declaração judicial de falsidade, consoante previsão do art. 427 do NCPC.

A arguição de falsidade pode ser oposta na contestação, na réplica ou no prazo de quinze dias da intimação de juntada de documentos impugnado, e “será resolvida como questão incidental”, a menos que a parte requeira ao juiz que “a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19” (NCPC, art. 430, parágrafo único).

Se decidida a arguição de falsidade como questão principal, a eventual declaração de falsidade constará “da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada” (NCPC, art. 433).

Exceto quanto à exclusão da prova pericial, quando “a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo”, cabe ao arguente expor “os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado” (NCPC, 431 e 432, parágrafo único).

Por último, cabe lembrar que por se tratar de “questão prejudicial fática, a falsidade documental será enfrentada de qualquer forma pelo juiz quando arguida por qualquer das partes”, e sua decisão como questão principal depende apenas de pedido expresso, caso em que incidirá a “autoridade da coisa julgada”.²⁹

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como no Código de Processo Civil de 1973, a regulação da prova documental pelo NCPC mantém-se a linha de correlação com as garantias constitucionais do contraditório da ampla defesa, no espaço da paridade de armas utilizadas pelas partes, sem prejuízo do respeito ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Mesmo sem reconhecimento explícito, em boa parte das demandas judiciais a força dos documentos manifesta-se de forma muito intensa e bastante convincente acerca da verdade dos fatos por eles representados. Daí a relevância do minucioso regramento do NCPC acerca da formação

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, p. 967.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, p. 1010.

e da força probante dos documentos públicos e particulares, incluindo a disciplina sobre juntada aos autos de documento redigido em língua estrangeira.

Entre as disposições sobre a produção da prova documental no NCPC, destaca-se inovação oportuna relativa à possibilidade de apresentação de documentos “conhecidos, acessíveis ou disponíveis” depois da petição inicial ou da contestação, mediante prova do impedimento de juntada em data anterior, observada a boa-fé do interessado.

Na arguição de falsidade, submetida ao contraditório, a parte poderá requerer sua decisão “como questão principal”, caso em que a eventual declaração de falsidade constará do dispositivo da sentença, sujeitando-se à formação da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.html>. Acesso em: 21 out. 2015.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico**: Explicação das Normas da ABNT . 17ª.ed. Porto Alegre: Déctilo Plus, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único (E-book). 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras **Linhas de Direito Processual Civil**. 10.ed. atual.vol.2. São Paulo: Saraiva, 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS EFEITOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NAS MODALIDADES DE RECURSOS

ABNER VINÍCIUS MAGDALON ALVES
AMANDA ELISE DOS SANTOS
EDUARDA RODRIGUES ROSA
dudarrosa@hotmail.com
GLEIZILANDRE DELANEI DE SALES
ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BRUM³⁰

Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho – ILES/ULBRA/PVH

RESUMO: O presente trabalho tem o escopo de analisar os principais recursos existentes no Caderno Processual Civil de 1973, fazendo uma análise comparativa com os que entrarão em vigor a partir do próximo ano com o novo Código de Processo Civil e identificar suas principais alterações que visam simplificar o sistema recursal, promover a celeridade e a economia processual, garantindo assim uma justiça eficaz. A comparação será realizada por meio de quadros sinóticos, visando garantir uma melhor didática. Neles estarão contidas as previsões legais de cada recurso, seu cabimento, motivação, dentre outras características que se julgarem importantes.

Palavras-chaves: Recursos. Código de Processo Civil. Inovações.

³⁰ Orientador

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o atual sistema Judiciário brasileiro é de extrema morosidade, o que acaba acarretando um desdouro e insatisfação por parte da população. A maior parte dos processos que estão abarcados no Poder Judiciário são processos Cíveis, e foi justamente esse um dos pontos alvos do Legislativo Brasileiro ao elaborar o novo Código de Processo Civil.

Visando isso e outros benefícios mais, o CPC/2015 surgiu como uma saída à não possibilidade de se atender todas as necessidades da população para com o Poder Judiciário de forma eficiente e eficaz, o que acabava gerando, em muitos casos, uma injustiça.

Dentre alguns pontos importantes que virão com o novo Código estão: julgamento de recursos de maneira cronológica; existência de multa quando forem identificadas tentativas recursais, com o único objetivo de retardar o processo e o acatamento dos magistrados de jurisprudências dos órgãos superiores, mesmo que não estejam vinculados em súmulas.

Por fim, o objetivo deste trabalho é conceituar os principais recursos e diferenciá-los analisando a pretensão do legislador de reatar a fé no Poder Judiciário, derrubando sua morosidade e formalismo, que há muito tempo, infelizmente, imperam no Direito Brasileiro.

2 RECURSOS CABÍVEIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os recursos aplicáveis no Código de 73 estavam disciplinados no artigo 496 sendo: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e extraordinário. Sendo que para o agravo existem quatro modalidades: a) agravo retido; b) agravo de instrumento; c) agravo na forma do artigo 544 e d) agravo na forma do §1º do artigo 557. Já com o CPC/2015, visou-se, simplificar o sistema recursal, sem gerar qualquer restrição ao direito de defesa, portanto serão cabíveis os recursos: apelação; agravo de

instrumento; agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário; embargos de divergência.

2.1 Apelação

A parte que interpõe o recurso deve indicar os nomes e sua qualificação, os fundamentos de fato e de direito e fazer pedido de nova decisão. A apelação cível não pode ser genérica, devendo especificar quais pontos da sentença devem ser anulados ou reformados pelo Tribunal.

Com o advento do CPC/2015, a apelação passa a poder questionar não apenas a sentença, mas todas as decisões interlocutórias da etapa cognitiva, exceto aquelas que permitiam agravo de instrumento. Tais questões devem ser suscitadas como preliminar na apelação ou em suas contrarrazões para que possam ser apreciadas.

O juízo de admissibilidade não é mais realizado em primeira instância, que apenas colhe as razões e contrarrazões. Há juízo de retratação, que será realizado antes da admissibilidade do recurso, apenas nos casos de indeferimento, improcedência liminar ou qualquer caso de sentença terminativa.

Quadro nº 1

-	CPC – 73	CPC – 2015
Previsão Legal	496, I, 508, 513, 514, I a III e 520, I a VII.	1009 a 1014.
Cabimento	Contra sentença	Contra sentença
Prazo	15 dias	15 dias
Mudanças Importantes	A principal mudança é que as questões não arguidas anteriormente no processo, não precluem e poderão ser feitas nas razões da apelação.	

2.2 Agravo Retido

É o recurso interposto contra decisão interlocutória cuja apreciação não é feita de imediato, mas somente no julgamento de eventual apelação, disposto no artigo 523 do CPC. O agravo retido é processado nos mesmos autos do processo principal, devendo ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação das partes. Porém, contra as

decisões proferidas em audiência, o agravo retido deverá ser interposto de forma imediata e oral, sendo vedada a sua interposição por escrito.

De acordo como o NCPC, extingue-se o agravo retido, bem como a preclusão em 1º grau. Permanece, contudo a possibilidade de impugnação por agravo de instrumento para decisões com carga de antecipação de tutela, cautelar e executória.

2.3 Agravo de Instrumento

Agravo de Instrumento é uma modalidade de recurso, com certo grau de celeridade, cabível contra as decisões interlocutórias suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação a uma das partes, cuja apreciação precisa ser feita de imediato pela instância superior.

Com a vigência do NCPC, o agravo de instrumento terá cabimento restrito às hipóteses previstas em lei, no art. 1015 e outros casos expressamente referidos em lei.

Quadro nº 2

-	CPC – 73	CPC – 2015
Previsão Legal	496, II, 522, 524 a 529, 475-H; 475-M, § 3º; 475-O, § 2º, II, 497	1015 a 1020
Cabimento	Contra decisões interlocutórias	Contra decisões interlocutórias
Prazo	10 dias	15 dias
Mudanças Importantes	Aumento do prazo em 5 dias e o rol de cabimento, que agora passou a ser taxativo, utilizado para casos urgentes e com sustentação oral.	

2.4 Agravo Interno

Agravo interno é recurso interposto para impugnar decisão monocrática proferida por magistrado de Tribunal, Relator. É o também chamado "agravo regimental", previsto nos regimentos internos dos tribunais estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do agravo interno é levar a decisão ao conhecimento do órgão colegiado competente a fim de que este se manifeste a favor ou contra. O prazo para a sua

interposição é de 5 (cinco) dias, a partir da publicação da decisão monocrática.

No novo Código o agravo interno poderá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias. Após as contrarrazões, o relator poderá se retratar. Do contrário, será apreciado pelo órgão colegiado. E quando houver a inadmissibilidade ou negativa de provimento do agravo interno gera imposição de multa de 1% a 5% ao agravado.

Quadro nº 3

-	CPC – 73	CPC - 2015
Previsão Legal	557, § 1º, 545, 120, parágrafo único e 532	1021
Cabimento	Contra decisões unilaterais de Desembargador Relator	Contra decisões unilaterais
Prazo	5 dias	15 dias
Mudanças Importantes	Além de triplicar o prazo, a inadmissibilidade ou negativa de provimento do agravo interno gera imposição de multa de 1% a 5% ao agravado.	

2.5 Embargos Infringentes

É o recurso utilizado contra acórdão não unânime que tiver reformado a sentença de mérito, em grau de apelação, ou que tiver julgado procedente a ação rescisória. A finalidade dos embargos infringentes é de promover o reexame dos acórdãos proferidos com divergência nos votos dos Desembargadores. Os embargos infringentes sempre tiveram sua existência questionada, pois era tido como culpado de um retardamento desnecessário na tramitação do feito, no NCPC ele desaparece do nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, as decisões não unânimes terão a mesma eficácia daquelas decididas unanimemente, somente podendo ser reformadas pelo mesmo órgão prolator da decisão, em caráter excepcional, pela via dos embargos de declaração.

2.6 Embargos de Declaração

Os Embargos de Declaração ou Embargos Declaratórios servem para que uma das partes envolvidas no processo judicial requeira ao magistrado para que este reveja alguns aspectos de uma decisão proferida. Esse pedido deverá ser feito quando for verificado em determinada decisão judicial, a existência de omissão, contradição ou

obscuridade.

Após a interposição dos Embargos de Declaração e análise do pedido, o magistrado poderá exercer o juízo de retratação, ou seja, sanar alguma falha existente em seu pronunciamento, a pedido de uma das partes.

Quadro nº 4

-	CPC – 73	Novo CPC - 2015
Previsão Legal	496, IV, 535, I E II, 536, 538	1022 a 1026
Cabimento	Contra qualquer decisão	Contra qualquer decisão
Prazo	5 dias	5 dias
Mudanças Importantes	Verificado o caráter protelatório do embargo, aplicar-se-á uma multa de 2% do valor da causa, o que antes era 1%.	

2.7 Recurso Ordinário

O recurso Ordinário é um mecanismo utilizado na hipótese de decisões denegatórias de mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção em tribunal superior. Segundo Araken de Assis, o Recurso Ordinário pode ser conceituado como:

É o meio impugnativo de motivação livre que serve para atacar resoluções judiciais heterogêneas, acórdãos denegatórios de *writs* constitucionais (tais como "habeas corpus" e mandado de segurança) e sentenças proferidas nas causas constitucionais, bem como decisões interlocutórias originárias dessas cujo julgamento compete, no Brasil, ao STJ ou ao STF. (ASSIS, 2007. p. 643).

Quadro nº 5

-	CPC – 73	CPC - 2015
Previsão Legal	496,V, 536, 539, I e II, e 102, II, alíneas a e b, 105, II, alíneas a, b e c, da CF/88	1027 e 1028
Cabimento	Rol taxativo do art. 539	Mesmas hipóteses do art. 1027
Prazo	15 dias	15 dias
Mudanças Importantes	Prevê expressamente que os autos serão remetidos ao Tribunal Superior, independentemente do juízo de admissibilidade.	

2.8. Recurso Especial e Extraordinário

O Recurso Especial é utilizado nas causas decididas, em única ou última

instancia, pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, ou nos Tribunais Regionais Federais, quando: a decisão contrariar tratado ou lei federal, ou ainda negar-lhes vigência; a decisão julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou a decisão que der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Necessariamente a decisão recorrida deve ter sido proferida por tribunal, não sendo possível nem admitido contra decisão de juízo de primeiro grau de jurisdição, logo não há Recurso Especial contra decisão emanada de Turma Recursal do Juizado Especial Criminal. Nesse sentido o STJ editou a súmula 203 que menciona: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais”.

Para a interposição do recurso especial é exigido que somente poderão ser alegadas matérias de direito e a parte sucumbente deve ter esgotado os recursos ordinários, além da previsão de que a matéria objeto do recurso tenha sido examinada pelo Tribunal de origem.

Já o Recurso Extraordinário está previsto no artigo 102, III da Constituição Federal, também possui seu procedimento regulado pela Lei 8038/90, sendo competente para seu julgamento o Supremo Tribunal Federal. Este recurso é cabível contra as decisões de última ou única instância que: contrariarem dispositivo da Constituição Federal; declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgarem válida, lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição Federal ou julgarem válida lei local contestada em face de lei federal.

Os pressupostos de admissibilidade para o Recurso Extraordinário também se demonstram fechados com o claro intuito de dificultar a sua impetração, logo bastante semelhante aos pressupostos do Recurso Especial, quais sejam: deverão ser esgotados todos os recursos ordinários, em consonância com a súmula 207 STJ, deverá haver prequestionamento, de matéria infraconstitucional, sendo rigorosa a exigência de regularidade procedimental.

Tratando-se de Recurso Extraordinário, é imprescindível que o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional discutida no caso, conforme dispõe a lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso. Para que seja examinado esse requisito a decisão deve ser fundamentada por dois terços de seus

membros. O requisito supramencionado (repercussão geral) é regulamentado pela Lei 11.418/06.

Quadro nº 6

-	CPC – 73	CPC – 2015
Previsão Legal	496, VI e VII, 539, I e II, 541, 508, 542 e 102 da CF.	1029 a 1035.
Cabimento	Rol do 539.	Rol do art. 1029.
Prazo	15 dias.	15 dias.
Mudanças Importantes	No CPC/2015, existirá a necessidade da existência do prequestionamento de matéria Constitucional no processo, para ser aceito.	

2.7 Embargos de divergência em REsp e RE

Embargos de divergência é um tipo de recurso utilizado para contestar a decisão de uma turma do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial ou em agravo de instrumento, ou do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento que divergir de decisão de outra turma ou do plenário. Não cabem embargos se a jurisprudência do plenário ou de ambas as turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, salvo o disposto no art. 103 do Regimento Interno do STF.

Uma importante distinção entre os embargos de divergência e os embargos infringentes é que no último caso a razão se dá em função de acórdão não unânime, ou seja, a divergência ocorre entre os magistrados integrantes do mesmo órgão julgador (turma ou grupo de câmaras). Já nos embargos de divergência, o desacordo ocorrerá entre magistrados de diferentes órgãos julgadores, ou seja, entre câmaras ou turmas. Neste caso a divergência é externa e não interna ao órgão.

No CPC/2015, merece destaque a ampliação das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, permitindo sua interposição sempre que houver tese jurídica divergente no STF e no STJ, independentemente do tema versar sobre mérito, requisitos de admissibilidade ou mesmo da matéria ser objeto de recurso especial ou de outra espécie recursal, não obstante a interposição do recurso, o fato de as decisões divergentes terem sido formalizadas no exercício da competência recursal ou originária do Tribunal.

Quadro nº 7

-	CPC – 73	CPC - 2015
Previsão Legal	496, VII, 546 e súmula 456 do STF.	1043 a 1044.

Cabimento	Rol do 546.	Rol do 1043.
Prazo	15 dias.	15 dias.
Mudanças Importantes	Hipóteses de cabimento ampliadas e possibilidade de confronto de teses jurídicas em julgamentos de recursos e ações de competência originária do tribunal.	

3 CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil trouxe consigo diversas mudanças sobre inúmeros temas. Percebemos ao estudá-lo, que seu intuito foi a simplificação dos procedimentos jurisdicionais e a liberdade para as partes, que inclusive terão a possibilidade de acordo com juiz à respeito de atos e procedimentos processuais. Além disso, alguns princípios que vinham sendo rotineiramente utilizados foram consagrados em seu texto legal.

Ao longo deste artigo, analisamos principalmente as variações voltadas aos procedimentos recursais, onde destacaram-se, por exemplo: a extinção do Agravo Retido e dos Embargos Infringentes; as multas em recursos comprovadamente protelatórios e a unificação dos prazos recursais para 15 dias (com exceção do Embargo Declaratório).

Concluimos com o entendimento de que o novo Código tem o escopo da celeridade do processo em face à morosidade judiciária. Mesmo com diversas críticas no meio jurídico a respeito de algumas mudanças, consideradas inadequadas por alguns, ou até mesmo os já existentes projetos para reformá-las, esperamos que suas modificações sejam capazes de, novamente restabelecer a crença da população no Poder judiciário e efetivar justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 16 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Lei 13.105, 17/03/2015. Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 11/09/2015.

DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18 ed., v. II, São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 4 ed., v. II, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Resumão Jurídico 11 de Processo Civil*. 10 ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados Ltda, 2008.

CELERIDADE E AS INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL

KARINA MARIA DA SILVA
silvakarinamaria@live.com
ROGÉRIO MONTAI DE LIMA ³¹
Universidade Federal de Rondônia – UNIR

RESUMO: Diante da notória insuficiência e ineficácia do sistema processual vigente, e do anseio pela mudança neste cenário, em 2014 foi aprovado um Novo Código Processual, cujo escopo é alcançar a efetiva celeridade e justiça no âmbito processual. Este artigo objetiva analisar alguns institutos inovadores do novo código de processo civil, priorizando à visão acerca do possível impacto de tais institutos na duração razoável do processo.

Palavras-chave: celeridade; Novo Código de Processo Civil; razoável duração do processo.

³¹ Orientador.

1 INTRODUÇÃO

A jurisdição é o poder, atividade, e função, pelo qual o Estado toma para si a responsabilidade de proferir decisão com caráter definitivo, acerca de determinada lide, por meio da aplicação do direito ao caso concreto, e pelo qual visa solucionar conflitos e promover a pacificação social. O poder judiciário incumbe-se desta árdua missão, contudo, ao longo dos anos esta atividade tem perdido confiabilidade, dentre outros motivos, pela morosidade na prestação jurisdicional ocasionada pela grande quantidade de processos.

Os dados do levantamento anual Justiça em Números, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, ilustram este cenário. Conforme o relatório, no ano de 2015 o Brasil atingiu a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça³². Isso significa uma relação de um processo para cada 2 habitantes.

Imperioso destacar que o Poder Público exerce influência direta em tais estatísticas, tendo em vista que considerável parcela das demandas envolve a Administração Pública direta e indireta. Exemplo disso são as execuções fiscais, consideradas um dos principais motivos para o congestionamento do Judiciário³³.

Em que pese o aumento da produtividade do judiciário, o crescimento no número de processos é constante. Assim, a demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática.³⁴

Por esta razão, a busca por novos meios de solução de conflitos e de diminuição das demandas já existentes é fundamental. O Novo Código de Processo Civil – NCPC, aprovado em dezembro de 2014, e com vigência em março de 2016, traz a expectativa de mudar o cenário processual brasileiro, conceder maior celeridade, justiça, e promover a diminuição dos processos que atualmente encontram-se estagnados no Judiciário brasileiro.

Na declaração do ministro Luiz Fux, Presidente da comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto do Novo Código, é possível aferir o objetivo primordial do novo ordenamento, qual seja conferir celeridade e efetividade à prestação jurisdicional de modo que o processo se adeque ao melhor atendimento das necessidades sociais.

³² CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. Acesso em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>

³³ Agência CNJ de Notícias. Número de processos baixados no Poder Judiciário cresce pelo 4º ano seguido <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido>>

³⁴ GRECO, Leonardo. P.29

A exposição de motivos do anteprojeto cita como principais fatores impeditivos da celeridade processual o excesso de formalismo nos procedimentos, o excesso de recursos e a litigiosidade excessiva.

Para atingir tais objetivos e solucionar os problemas existentes, o Código Processual de 2015 trouxe diversas inovações, dentre as quais destacamos: a) o negócio jurídico processual; b) a implantação de um procedimento único; c) incentivo à conciliação d) o incidente de resolução de demandas repetitivas, e) a obrigatoriedade dos precedentes, f) extinção de recursos.

Algumas destas mudanças serão brevemente tratadas a seguir, priorizando a análise no que diz respeito às suas influências na razoável duração do processo.

2 METAMORFOSE PROCEDIMENTAL: O PROCEDIMENTO ÚNICO E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Destaca-se inicialmente a unificação dos diversos tipos procedimentos – ordinário, sumário, especial - que, a partir do novo código, passam a ser um só³⁵, adaptável pelo magistrado, conforme às especificidades do direito material discutido na causa.

Essa mudança, apesar de aparentemente pequena, se mostra benéfica no que diz respeito à economia processual, visto que o juiz, ao promover o saneamento do processo, pode adequá-lo à causa, juntamente com as partes, extinguindo etapas desnecessárias e priorizando o atendimento do objetivo fundamental de resolução da lide.

Conforme salienta Leonardo Greco, a metamorfose procedimental não prejudica o devido processo legal, desde que seja proporcionado prévio conhecimento às partes:

A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes.

Nesse íterim verifica-se a importância de participação ativa das partes no processo, algo que possui fundamental importância para efetividade de tais mudanças. O próprio código ressalta

³⁵ Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

este dever de cooperação³⁶, e vai além, prevê a possibilidade de modificação procedimental por iniciativa própria das partes.

O chamado “negócio jurídico processual” consiste na possibilidade, conferida às partes de convencionar sobre ônus, deveres, faculdades e poderes processuais, antes ou durante o processo e desde que a causa verse sobre direitos que admitam a autocomposição, nos termos do artigo 191 do NCPC.

Em regra as partes já são responsáveis por delimitar e orientar boa parte do processo, tendo em vista que a jurisdição está subordinada aos princípios da inercia e da adstrição do magistrado aos limites da lide proposta pela parte interessada.

Contudo, uma vez direcionado o processo passa a ser conduzido pelo Estado-juiz, tendo em vista que seu adequado provimento representa interesse estatal.

Assim, como um dos institutos mais inovadores trazidos pelo código, a novidade rompe com o paradigma publicista reinante em nosso direito processual civil³⁷, no qual as normas antes de direito público e cogentes não poderiam ser alteradas, agora passam a ser estipuladas pela livre vontade das partes.

No que diz respeito à aplicabilidade da transação processual, esta foi limitada à direitos que admitem a autocomposição, ou seja, é restrita à direitos disponíveis via de regra patrimoniais, de modo que não poderia ser utilizada por exemplo em questões que dizem respeito à direito de família ou à dignidade humana.

Ressalta-se que a transação quanto à técnica processual e a privatização do processo têm limites objetivos no “núcleo essencial” previsto pelo devido processo legal³⁸.

Ora, não seria razoável permitir que as partes alterassem livremente o processo, suprimindo garantias constitucionais, por exemplo. Esta limitação encontra embasamento nos artigos 1º e 8º do novo código e na própria hierarquia das normas.

Uma vez respeitadas tais limitações, através da transação as partes poderiam convencionar acerca de poderes, deveres, modo dos atos. Poder-se-ia alterar prazos para manifestações, renunciar recursos às instâncias superiores, priorizar a forma simplificada de alguns atos.

Entretanto, vislumbra-se que a criação de um procedimento diferente para cada processo pode atrapalhar o serviço dos fóruns que já se encontram abarrotados e mal conseguem dar conta dos poucos procedimentos já existentes. Como seria possível manter o controle de citações, intimações e atos de ordem especial para cada processo, dentre milhares existentes?

³⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. A Privatização Da Técnica Processual No Projeto De Novo Código De Processo Civil. p. 341

³⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. Op.cit.

Além disso, inegável o fato de que, apesar de falar-se em “partes”, estas atuam e são representadas por seus advogados, de forma que a atuação deles é capaz de repercutir com grande impacto na resolução do litígio, não se pode desprezar, portanto, que a possibilidade de existir diferença qualitativa entre advogados opostos pode trazer maiores benefícios a determinado litigante, desequilibrando a relação processual³⁹.

É preciso afirmar que apesar da incerteza quanto à aplicação da transação processual, sua utilização impensada desencadeia a possibilidade de causar mais malefícios que benesses para o processo.

O novo Código de Processo Civil avança em proporcionar maior participação à todos os sujeitos processuais, e em ampliar as possibilidades de organização e “enxugamento” do processo com vista a concentrar os esforços em uma satisfatória decisão de mérito.

Para isso é fundamental a harmoniosa interação e cooperação dos sujeitos processuais, que devem estar voltados, também, à busca pela razoável e justa solução do litígio.

3 UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES E INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

Grandes apostas do novo código, a implantação do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e da obrigatoriedade de precedentes intenta solucionar, com menor dispêndio de tempo, a grande quantidade de demandas similares existentes no judiciário. Além de atender aos princípios da igualdade e da segurança jurídica permitindo que um mesmo direito seja julgado da mesma forma.

Inspirado no direito alemão, o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas⁴⁰ visa possibilitar o julgamento coletivo de processos, de primeiro grau, que versem sobre a mesma questão de direito e que possuam potencial risco aos princípios supracitados, em razão de julgamentos diferentes.

O amplo rol de legitimados enfatiza a aposta dos legisladores neste instituto, o incidente poderá ser instaurado: pelas partes, pelo juiz, pelo Ministério Público, pela Defensoria, no Tribunal local.

Quanto ao tempo para julgamento, o NCPC dispõe que deverá ser realizado no prazo de 6 meses a contar da instauração do incidente, possuindo preferência sobre outros julgamentos.

³⁹ Moreira, José Carlos Barbosa O neoprivatismo no processo civil, 1931. Acesso em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;5000729916>>

⁴⁰ NCPC - Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

Todavia esta norma tende à ser inobservada em razão da grande quantidade de processos já existentes e da realidade fática de nossos tribunais.

Tome-se como exemplo o prazo para julgamento comum de demandas que, com a alteração do Código processual passou de 10 para 30 dias. Sabe-se entretanto que na praxe processual um processo concluso pode levar vários meses para ser julgado.

Sob essa ótica um processo relativamente simples, e que poderia ser solucionado em poucos meses no juízo de primeiro grau, pode estender-se por um prazo ainda maior.

Além disso, ressalta-se que a extensão da decisão, em regra é limitada à área territorial de competência do tribunal julgador, ou seja, tribunais de localidades diferentes podem decidir de forma diversa, mantendo à disparidade de entendimentos.

Excetua-se desta regra de competência apenas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal ou pelos Tribunais Superiores, de forma que concentra-se o poder decisório nestes órgãos, o que, mais uma vez, contribui para morosidade, em razão do excesso de processos.

A exposição de motivos do Projeto de Lei 8046/10 destaca, em diversos momentos, a importância da uniformização da jurisprudência como forma de promover a harmonia entre a Lei e a CF/88.

Sob este enfoque, o artigo 926 do NCPD determinou que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente por meio da edição de enunciados de súmula que correspondam a sua jurisprudência dominante⁴¹, os quais deverão ser observados nas instâncias inferiores, na forma do art. 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Verifica-se assim a imposição de uma dupla obrigação: a criação pelos Tribunais Superiores, de súmulas e orientações que representem o entendimento consolidado, e o respeito, pelos juízos inferiores, à estas decisões, devendo observá-las ao julgar casos semelhantes. Conferindo assim, força normativa aos precedentes dos Tribunais.

⁴¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Conforme ensina o professor Fredie Didier Junior⁴², precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos; ou seja, os precedentes possuem conceituação ampla na qual pode-se adequar qualquer decisão, extraindo-se dela seus elementos fundamentais: a) circunstância fática e b) a tese jurídica utilizada para solucionar o caso concreto.

Jurisprudência é o conjunto de decisões semelhantes, que podem portanto, decorrer da aplicação reiterada de um mesmo precedente. Por sua vez, as súmulas são o “resumo” de um entendimento dominante, consolidado perante um Tribunal.

No Brasil, e no sistema da *civil law*, em geral, os precedentes não possuem força normativa, as súmulas e os entendimentos jurisprudenciais não vinculam as decisões dos juízes de primeiro grau, que decidem conforme seu livre conhecimento.

A utilização obrigatória de precedentes judiciais sempre foi mais frequente em países que utilizam o sistema do *common law*, ocorre que o neoconstitucionalismo permitiu uma aproximação deste com o sistema *civil law*, aplicado no Brasil, de modo que atualmente ambos os sistemas possuem uma tendência à valorização dos precedentes e uniformização das decisões judiciais, com vistas a promover a segurança jurídica dos litigantes.

Como exceção, algumas reformas processuais brasileiras⁴³ já haviam implementado a vinculação de algumas decisões, qual seja a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e as decisões em recurso extraordinário e repetitivo de controvérsia.

Ainda assim, persistiram os diferentes posicionamentos entre juízos, e até mesmo entre Tribunais. Situação esta que acarreta insegurança jurídica ao sistema, posto que, jurisdicionados em situações idênticas são compelidos à obedecer regras diferentes.

Diante disso, compreensível o enfoque do novo código ao implantar a obrigatoriedade de precedentes judiciais, *stare decisis*⁴⁴, visando uniformizar a jurisprudência nos tribunais.

A parte principal do precedente é a sua *ratio decendi*, qual seja, a fundamentação ou tese jurídica utilizada para decidir o caso concreto. Esta tese deverá ser utilizada para o julgamento de casos semelhantes, desde que devidamente observadas as circunstâncias fáticas de cada caso.

À semelhança do que atualmente ocorre com as súmulas vinculantes, as quais muitas vezes são utilizadas como fundamentação suficiente para causas que não possuem semelhança com aquela

⁴² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. II. 6. ed.. JusPodium, 2015, p.441.

⁴³ Emenda Constitucional nº 03/1993, Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁴⁴ Conforme Elpídio Donizetti, (op. cit.) O *Stare decisis* é entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior.

utilizada quando da criação do entendimento sumular, precedentes podem ser aplicados sem a devida observância.

Isso porque, em que pese o §1º do artigo 926 determinar a motivação adequada das decisões na forma dos artigos 10 e 489 §1⁴⁵,

Por esta via de resolução, cria-se o perigo de retirar do magistrado a autonomia de suas decisões. Nesse sentido, alerta Elpídio Donizetti:

Antes de adotarmos um sistema de precedentes, é necessário que se promovam a familiarização e a compreensão do tema entre os operadores do direito e que se deem condições ao magistrado para que este exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas, mas sim com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados.⁴⁶

Com efeito, o novo código trouxe um importante instituto de uniformização jurisprudencial, entretanto limitou-se quanto à normatização e regramento efetivo acerca de seu funcionamento, o que pode gerar confusão e conseqüente ineficácia do dispositivo.

4 CONCLUSÃO

O novo código de processo civil trouxe instrumentos com o objetivo de atender/solucionar alguns dos maiores problemas da Justiça Brasileira, almejando assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Leonardo Greco ressalta a importância desta garantia:

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.⁴⁷

⁴⁵ Art. 489 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴⁶ DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil p.3. Acesso em <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>

⁴⁷ GRECO Leonardo. Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo, 2002. Acesso em: www.mundojuridico.adv.br

De fato, torna-se necessário ver o processo não só como uma coisa das partes⁴⁸, mas como algo de interesse primordialmente público, em seu sentido amplo. Isso porque cada demanda movimenta a máquina processual, custeada por toda população, e, ainda, uma decisão pode impactar outras, principalmente ao nos depararmos com a força obrigatória dos precedentes e o novel instituto de resolução de demandas repetitivas.

Enfatiza-se que, atualmente, até mesmo um processo simples gera um alto custo ao Estado. Conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA no ano de 2011, um processo de execução fiscal geraria um custo médio de R\$ 4.685,39⁴⁹ e teria a duração média de aproximadamente 8 anos. Isto levando-se em consideração um processo onde nem mesmo há fase de conhecimento.

Ainda assim, este mecanismo por muitas vezes é movimentado por casos aparentemente simples, como briga entre vizinhos⁵⁰, passíveis de conciliação e incompatíveis com a necessidade de litigar, gerando por sua vez custos desnecessários ao Estado.

Em vista de casos como estes, há que se ver com bons olhos o incentivo aos meios alternativos de resolução de conflitos⁵¹ previamente à apresentação de contestação em audiência. Imperiosa a mudança cultural brasileira que está acostumada à litigar e buscar no judiciário respostas para questões cotidianas.

Mister criar novos olhos para o processo, repisa-se que este deve ser tido como interesse de todos, observado desde o início seu impacto na sociedade, posto que, a partir do momento que a lide é submetida à Justiça, o assunto perde o caráter meramente privado e é convertido em matéria de interesse geral⁵².

Ainda que não se possa prever a totalidade dos reflexos e impactos do novo sistema processual, é certo que o alcance da efetiva prestação jurisdicional será consequência direta da participação, interesse, boa-fé e cooperação dos atores processuais – partes, juízes, advogados, auxiliares, e da sociedade como um todo, pois uma legislação por si só não é capaz de modificar a realidade fática.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? Revista da EMERJ, v.1, n.3, 1998, p.18

⁴⁹ IPEA, Custo Unitário do Porocesso de Execução Fiscal na Justiça Federal, 2011 P.9 Acesso em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>

⁵⁰ TJ-SP - Apelação: APL 9120288532002826 SP 9120288-53.2002.8.26.0000; TJ-PR - Apelação Cível: AC 6625534 PR 0662553-4;

⁵¹ O novo código estabelece um momento obrigatório de conciliação, criando inclusive as figuras do mediador e conciliador judicial. Conforme arts. 1§3 § 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial;

⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op.cit. p.19

Sendo assim, ressalta-se a importância de abertura para o diálogo entre os atores e sujeitos processuais, com vistas à não somente discutir os aspectos processuais do novo código, mas os limites e possibilidades da autocomposição em relação ao caso concreto, principalmente em relação às demandas que envolvem o Poder Público.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NA EXECUÇÃO DE ALIMENTO

QUEROLAINE APARECIDA PAIVA MARTINS

q-paiva-martins@bol.com.br

VINICIUS SILVA LEMOS⁵³

Faculdade de Rondônia - FARO

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade tratar o impacto da lei 13.105 de 2015 o novo código de processo civil no direito de família que trouxe um dos impactos mais significativos do NCPC, com ênfase de suma importância na execução de alimentos. Pode-se exaltar que não há nada mais urgente do que o direito ao alimento, sua importância deriva de assegurar a vida e garantir a sobrevivência. Tal importância teve um reflexo em uma promulgação da PEC 047 de 2013 a chamada PEC da alimentação, seu tema central foi responsabilizar o Estado pela alimentação do povo. Contudo embora algumas mudanças ocorrido com o novo código manteve o que estabelecia o código de 73, que é o cumprimento de sentença nos próprios auto. Entretanto para que tal sentença seja cumprida deve-se observar o que trata a súmula de nº 309 do Superior Tribunal que estabelecer o número de parcelas alimentares que deverá ser exigidas na execução de alimento pela modalidade coercitiva. É notório que o NCPC veio com o papel fundamental de acrescenta de maneira positiva todo o andamento na execução de alimento, garantindo por meio de sua execução um direito mínimo de existência e substabelecimento humano, com o objetivo de assegurar uma alimentação adequada tanto no ponto de vista na quantidade como na qualidade.

Palavras-chave: alimentos; execução; cumprimento de sentença.

1 INTRODUÇÃO

É concisa a importância do alimento, uma vez que este proporciona os recursos necessários de quem não podem provê-las por recursos próprios. O alimento no direito corresponde a uma necessidade para a satisfação do mínimo para sua existência devida por outrem. Não o bastante, é necessário entender que a prestação do alimento não deve se dar somente de auxílio ou para suprir as necessidades vitais, mas principalmente garantir a conservação social e moral do alimentado. O direito ao alimento tem um fundamento amplo no direito, contando assim com a proteção jurídica de que se pretende a pessoa à sua dignidade. Tem-se em uma visão ótica e constitucionalizada que todos os meios e valores indispensáveis para que o ser humano se desenvolva de forma digna podem ser entendidos como alimentos.

Vislumbrando tal importância o Novo Código de Processo Civil traz em sua atualização uma oportuna e preciso avanço na maneira de se institui e cobrar dívida alimentícia, Prestigiando mecanismos extrajudiciais prévios para composição de conflitos desta natureza. Se o objetivo do novo código foi trazer modificações e beneficiar os andamentos dos processos. Não é diferente com as alterações que trouxe acerca da redução do número de ações de conhecimentos em trâmite nas varas de família. Além da celeridade no andamento dos processos, a nova codificação do novo código proporcionara grande economia por parte do credor e devedor, não penderá em torno de uma longa e demorada ação de alimentos. Que sempre envolve despesa de honorários, gastos processuais e produção de cansativa prova em audiência.

Yussef Said Cahali salienta que:

O ser humano em sua dependência do alimento é constante, posta como condição e essencial para existência da vida humana Dada à importância é imprescindível um olhar jurídico, e os cuidados jurídicos para assegura o direito indisponível e indispensável sobre o alimento.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A luz da constituição federal de 1988, com o intuito de trazer mais segurança jurídica ao alimentado, foi criada a PEC 047/2003 que alterou o art. 6º da constituição, mudando sua redação incluindo como direitos sociais o direito à alimentação. O Congresso

Nacional promulgou no dia 4 de fevereiro, a proposta de Emenda à Constituição (PEC) 047 DE 2003, também chamada de PEC da alimentação. A partir da promulgação desta PEC o Estado torna-se responsável pela “alimentação do povo”.

Constituição Federal de 1988

São direitos sociais, a educação, a saúde, à alimentação, o trabalho, à moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma da constituição.

Reconhecer a alimentação como direito fundamental além de ser um avanço social, significa reagir contra os valores que tem gerado uma série de violações de direitos humanos. Quando inserimos alimentação na constituição usamos a legalidade, um instrumento, para apoiar lutas pelos direitos inerentes a igualdade. A constituição nada mais é do que um argumento, que possibilita à defesa para assegurar a igualdade inerente a todo aquele que necessita da alimentação e não pode por si só assegurá-la para sua sobrevivência.

A partir do momento em que a alimentação passou a encontrar previsão no texto constitucional como um direito social, e não exclusivamente nas leis ordinárias, a preocupação com uma boa alimentação acaba por fazer parte de todo programa de saúde pública do Estado. O não cumprimento do direito na obrigação de alimento adequada por parte do Estado constitui um ilícito.

A segurança alimentar e nutricional consiste na realização de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como bases práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que seja social econômica, ambientalmente e sustentável (BRASIL, 2014)

A legislação brasileira criou e manteve instrumentos judiciais que permitem a população exigir do Estado atenção aos seus direitos humanos. A ação civil pública é um instrumento previsto na constituição que pode ser usada para garantir o direito à alimentação. Sendo assim nota-se a grande importância que tem o direito ao alimento. É visto que a constituição trata os alimentos de forma ampla, envolvendo todas as classes e grupos que eles necessitam. Apesar de o direito ao alimento ser amplo, abrangendo a⁵⁴

⁵⁴ É concisa a intenção do legislador em tentar garantir a eficácia ao cumprimento de sentença. Vale ressaltar que o novo Código, é fruto de uma obra humana, tornam-se assim sujeitas a

esfera constitucional, ele torna-se mais específico quando tratado pela execução de alimentos no novo CPC.

3 PRINCIPAIS MUDANÇAS ALUDIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo código de processo civil o qual entrou em vigor no corrente ano trouxe importantes alterações a respeito da execução do cumprimento de sentença alimentícia. Verificando o legislador ao elaborar os artigos, uma preocupação maior em garantir segurança aos beneficiários. Tratando-se assim com mais rigor a prestação alimentar.

Quando se falar em prestação de alimentos, deve-se pensar em uma obrigação contínua, uma vez que garante a subsistência do alimentado. O que implica em uma prestação da obrigação periódica.

Segundo Orlando Gomes disserta:

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. O direito a prestação do alimento é Pessoal; b) Intransferível; c) Irrenunciável; d) Imprescritível; e) Impenhorável e não pode ser objeto de compensação, ou transação.

Visto que as novas redações, com ajustes dos conceitos relacionados à sentença e a extinção ou não do processo, procura molda-se a ideia de que a execução passa a figura como fase do processo posterior a sentença, sem instauração de novo processo, com nova petição inicial nova citação. Os dispositivos relativos à liquidação e execução da sentença condenatória, que anteriormente encontrava-se no Livro do Código de Processo Civil, que tratava do processo de execução (livro II). Foram recolocados para o (livro I), que trata do processo de conhecimento.

Sendo assim, o novo conceito de sentença condenatória, como título executivo judicial, abrange “a sentença proferida no processo civil que reconheça a obrigação de fase, não fazer, entregar coisa, pagar quantia”. Buscou-se fazer com que a execução (agora cumprimento) da sentença condenatória seja realizada sem a instauração de um novo processo.

imperfeição, ainda que o novo código esteja em vigo, ainda assim não é uma completa segurança jurídica, ou constituirá por si só um remédio para todos os males que afligem a justiça brasileira.

A expressão cumprimento de sentença revela uma nova postura metodológica da codificação processual, reforçada pela própria inserção das normas. Isso porque o cumprimento da sentença é um prolongamento natural do processo originário que dispensa a propositura da execução.

4 APLICAÇÃO Á EXECUÇÃO DE ALIMENTO

Valendo-se da aplicação das novas regras alimentares à execução por quantia (cumprimento de sentença) aos casos de condenação à prestação de alimentos teve algumas alterações. Sendo assim, é de grande valia ressaltar que continua sendo aplicado o rito especial do Art. 733 do Código de processo civil. Contudo é preciso ressaltar a súmula nº 309 do STJ prevê que: “O débito alimentar que autoriza a prisão do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores que venceram no curso do processo”.

Contudo a jurisprudência pacificada do STJ sugere que o rito especial da execução de alimento com cominação de prisão, refere-se a três prestações anteriores. Art. 528 § 7º “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”

Novo código de Processo Civil. Art. 528

No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimento, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

5 DA PREVISÃO DA PRISÃO CIVIL POR INADIMPLEMENTO

Sendo assim, a partir das novas regras, implantadas pelo novo código. O juiz verificando o inadimplemento do devedor efetuará o protesto judicial, isso quer dizer que: Caso o executado no prazo de três dias não efetue o pagamento ou ainda não prove que efetuou o devido pagamento, terá seu nome incluído no banco de dados do SPC e do SERASA, gerando o cadastro de inadimplementos. No entanto, o legislador tratou, de dar alternativas para que a prestação de alimentos fosse assim assegurada, por meios do desconto na folha de pagamento, com o desconto de até 50% de seu vencimento líquido.

Visto que o salário líquido equivale ao que o devedor recebe, descontadas a penas, taxas legais e contratuais com o empregador. O valor considerado para fins dos descontos é

levado em consideração o valor bruto, subtraído os descontos legais. O Art. 528 § 1º assegura que “caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no Art. 517”.

Portanto, antes mesmo da prisão civil, sejam alimentos fixados de forma definitiva ou alimentos provisórios, o juiz determinará o protesto da decisão que fixou de alimentos. Trata-se de maneira bem clara, de um novo mecanismo coercitivo, pois o protesto pode ocasionar problemas na vida cotidiana do devedor de alimentos.

Com tudo é suma importância destaca a distinção entre o protesto na execução de cobrança de alimento para as demais. Nas outras decisões condenatórias, há a necessidade do trânsito em julgado, uma vez na execução de alimento não necessita, especialmente para execução de alimento provisório.

Considerando a relevância do alimento de suma importância, necessário a sobrevivência do credor. O direito processual trata esse débito de forma diferenciada, buscando a satisfação do credor com maior efetividade possível. Com a anuência do novo código a sobrevivência do alimentando e o dever de prover do alimentante, existe, como é notório, a previsão de prisão civil do devedor de alimentos no caso do inadimplemento voluntário. No entanto, o foco da punição pelo não pagamento da pensão alimentícia não é a prisão em si, mas sim compelir o devedor para que arque com o débito alimentar.

Com efeito, o juiz poderá fixar alimentos, provisórios ou definitivo, por meio de ato judicial. No tocante a título judicial, não há dúvidas de que provisório ou definitivo sempre comportará a execução, que a partir da adoção do processo sincrético, passou a ser por meio da fase do cumprimento de sentença, que poderá ser instaurado para o pagamento de pensão alimentícia fixada por sentença que poderá ser exigido o pagamento de pensão.

O art. 528 *Caput* NCPC assegura que:

No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz a requerimento do exequente mandará o executado pessoalmente para em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Sabe-se que o inadimplemento da obrigação alimentar autoriza a decretação da prisão civil do devedor prevista no § 3º do Art. 528 “Se o executado não pagar ou se a

justificativa não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decreta-lhe a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) anos”.

6 DO DESCONTO NOS VENCIMENTOS DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

O desconto dos vencimentos do devedor é uma novidade trazida pela lei 13.105 de 2016, essa inovação possibilita o desconto do devedor. Por óbvio de devedor assalariado, e ainda aquele que recebe aposentadoria ou pensão, os descontos podem chegar até 50% de seus vencimentos líquidos.

Art. 529, § 3º nos traz a seguinte redação

Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou renda do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somando à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Sendo assim, se um devedor de alimento passa a receber salário, poderá haver, além do desconto em folha das parcelas mensais, um desconto adicional em relação às parcelas devidas. Ou seja, na prática um devedor que tenha que pagar 30% de seus vencimentos mensalmente (quanto à parcela mensal) poderá ter mais 20% de desconto para pagamentos parcelados dos alimentos vencidos.

É notório a preocupação do legislador em assegurar uma alimentação como fator social e essencial à aquele que devido circunstâncias não pode se dispor sozinho. Trata-se de um meio mais eficaz para satisfazer o crédito alimentar. Em razão de sua natureza sub-rogatória, atua independentemente da vontade do devedor, que não precisa ser intimado pessoalmente sequer do deferimento da medida. Basta o credor requerer ao juiz, por meio de simples petição, o envio de um ofício ao empregador com determinação de desconto em folha.

Ainda que a prisão seja, um marco nessa nova codificação do novo Código, o juiz ainda tem três formas de aplicar a sanção caso ocorra o inadimplente. São eles: (i) Protesto da decisão judicial (ii) Prisão civil em regime fechado (iii) Possibilidade de desconto em até 50% dos vencimentos líquidos, no caso da execução de assalariado, aposentado e pensionista.

7 MEIO DE COBRANÇA

Com o advento do NCPC, a matéria estará pacificada, uma vez que a execução fundada em títulos executivos extrajudicial contenha obrigação alimentar. Na execução de alimento por título judicial deverá o juiz mandar citar o executado, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, prova que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Fica a critério do credor optar pelo processamento da execução sob o rito que gera penhora de bens, em vez de prisão civil, a citação do devedor será para “pagar dívida, no prazo de 3 (dias), contando da citação”.⁵⁵

É conciso que o cumprimento de sentença por penhora de bens já era prevista no código de 73 (setenta e três). Entretanto veio com novidade no novo código, possibilitando o cumprimento de sentença sob pena de prisão; colocando um ponto final na necessidade de citação do executado para a prisão de sentença de alimentos.

Ademais, o cumprimento de sentença definitiva ou de acordo judicial deve ser providos nos mesmos autos da ação de alimentos. A execução dos alimentos provisórios e da sentença sujeita a recurso, se processa nos autos apartados. Por outro lado, para o executado o acordo extrajudicial é necessário o uso do processo executório autônomo. As mudanças continuam quanto a citação no processo de execução, em sua forma geral passou a ser permitida sua realização via postal.

Jurisprudência STJ proferiu a seguinte decisão:

A validade da citação de pessoa física, pelo correio, está vinculada à entrega da correspondência, registrada diretamente ao destinatário, de quem deve acolhida a assinatura no recibo. Não bastando, pois, que a carta a penas se faça chegar no endereço do citado.

É notório que o legislador manteve o critério, no caso de pessoa natural ser o citando, que ele próprio assine o recibo. A jurisprudência não admitindo a teoria da aparência no caso da pessoa física tomou a decisão anterior citada. Ainda que o novo código tenha se valido da citação via postal; não sendo o suficiente para garantir uma segurança e a

⁵⁵ A nova lei processual observou, a necessidade de promover de forma célere e efetivar a obtenção do direito material, por aqueles que necessitam da verbas alimentares. A prioridade de que se reveste o crédito alimentar se reproduziu no singular tratamento que lhe foi ortogado. Mais que impor sanção como é o caso da prisão por inadimplência alimentar, o objetivo é assegurar o direito do alimentado.

certificação da citação do executado, o Art. 249 do NCPC discorre que: “A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei; ou quando frustrada a citação pelo correio”.

8 MEDIDA COERCITIVAS: DA PRISÃO

É cediço que na execução de alimento o foco é a própria subsistência do alimentando, tanto é que a constituição não admite como sanção, mas a título executivo de coerção, a prisão civil do alimentante devedor. O § 3º do art. 528 NCPC ao tratar do cumprimento ou execução de título judicial, manteve a prisão civil do inadimplente pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Em sintonia com a súmula 309 STJ, o novo Código veio expressamente discorre que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante compreende até 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo.

9 COAÇÃO PESSOAL

A luz da constituição federal (5º, LXVII) ao limitar a proibição de prisão por dívida á obrigação alimentar, reconhece sua relevância. Mesmo com aval constitucional. O Código de processo civil fala em prisão de 1 à 3 meses (CPC 733, § 1º). Enquanto a lei de alimentos limita o tempo de custódia em sessenta dias. Devido essa divergência parte da doutrina entende que, a parte final do caput do artigo 19 da lei de alimentos estaria revogado pelo dispositivo do novo Código. Porém esse forma de pensar não é majoritário na jurisprudência. A tendência é não permitir que o tempo de prisão exceda o prazo de 60 dias, por se tratar de providência executiva que deve ser promovida pelo menos gravoso ao devedor.

Foi a jurisprudência quem limitou o uso da via executória do aprisoamento à cobrança de dívida das três últimas prestações vencidas. A justificativa é que: A dívida acumulada por longo período perde de indispensabilidade para garantir a sobrevivência do credor. O objetivo do legislador não é impor a penas as sanções que venha sofrer o devedor do alimento. Visto que uma vez preso, o alimentando continuará sem seu direito assegurado. As sanções implicam praticamente com o fundamento de mostrar ao devedor

uma posição rígida da lei, frente à sua inadimplência, caso contrário, talvez não seria possível ter como assegurado o direito ao alimento.

10 EXPROPRIAÇÃO

Por construção jurisprudencial, as parcelas alimentares vencidas há mais de três meses só podem ser cobradas pela via expropriatória. Quando a obrigação é imposta judicialmente – em sede liminar ou por sentença – o adimplemento cabe ser buscado pela modalidade do cumprimento da sentença. Se a obrigação foi assumida extrajudicialmente, cabe execução por quantia certa contra devedor solvente.

A lei 11.382/2006 veio com o intuito de modificar a execução dos títulos extrajudiciais. Ela trouxe uma nova disciplina para a fase de expropriação e pagamento, alterando alguns dispositivos. Alterando inúmeros dispositivos do CPC que se aplicam, indistintamente, tanto ao processo de execução de títulos extrajudiciais, como ainda à nova sistemática de cumprimento das decisões judiciais. Para destacar esta ideia, não há diferença alguma, na fase quase que final da execução, quanto aos atos que serão realizados, em função da natureza do título executivo, ou seja, se judicial ou extrajudicial.

Em outras palavras, a alienação é sempre alienação (particular ou pública); a adjudicação é sempre ela própria; o usufruto de imóvel ou de empresa é instituto unívoco; tudo isso, pouco importando se o título executado é judicial ou extrajudicial.

11 CONCLUSÃO

Sendo assim, os progressos operados na lei processual civil ao advento no novo Código, conferiram um tom da nova sistemática para execução de alimentos. É notória toda evolução e mudanças que trouxe o Código Processual Civil de 2015, uma vez que o grande objetivo, era garantir um mínimo de dignidade que pode viver, quem dispõem do alimento, e por si só não pode provê-las. Além do mais a garantia de uma segurança jurídica tenha sido sem sombras de dúvida o principal motivo e alterações do NCPC.

Contudo, ao longo do tema e sem deixar cair em dormência o principal objetivo da obrigação alimentar; qual seja a manutenção do ser humano necessitado para que este possa usufruir do mínimo possível a uma vida digna. O Estado através do legislador constituinte elabora diversas normas legais para que, em caso de descumprimento de tal

obrigação. O inadimplemento passa ser compelido, coagido a exercer a prestação do alimento.

Como bem desenvolvido no decorrer do trabalho, tão importante é a prestação alimentar, uma vez que este se encontrar preconizado na Constituição Federal, não é atoa, a Carta Magna funciona como um auxílio, um guia da segurança e da importância que o alimento. Se o principal escopo do direito é a busca da pacificação social, nada mais plausível do que inicia essa busca da total desvinculação de preceitos arraigados que não mais são semelhantes com os ditames cruéis da vida moderna.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Cumprindo a Sentença de acordo com a lei nº 11.232/2005**. Portal da Justiça.

BARIONI, Rodrigo. **A competência na fase do cumprimento da sentença**. In: HOFFMAN Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Processo de Execução Civil. Modificações da lei 11.232**. São Paulo.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da Sentença Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MADALENO, Rolf. **A execução de alimentos pela via da dignidade humana**. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Alimentos no Código Civil**. São Paulo

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Processo de Execução, Parte Geral. 3ª. Edição. São Paulo: RT, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6

SHIMURA, Sérgio. **A Execução da Sentença na Reforma de 2005 (Lei11.232/2005)**

DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL

ISABELA MELO TOZZO

tozzoisabela@gmail.com

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA⁵⁶

rogeriomontai@hotmail.com

Universidade Federal de Rondônia - UNIR

RESUMO: O anseio social pelo efetivo resguardo dos direitos e garantias previstos em nosso ordenamento jurídico atrelado à credibilidade e idealização de justiça depositada no magistrado, tendem a monopolizar o judiciário como único meio hábil e seguro para dirimir conflitos. Por conseguinte, decorrência lógica desse fenômeno é a superlotação de processos nas varas por todo país, o que acaba por obstar a celeridade em casos que, por muitas vezes, poderiam ser facilmente terminados. Dessa forma, a fim de disseminar na cultura do brasileiro métodos alternativos para resolução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça e agora também o novo Código Processual Civil passaram a tratar incisivamente das audiências de conciliação e mediação com treinamento para os profissionais da área e previsão muito mais expressiva na legislação.

Palavras-chave: Resolução de conflitos; conciliação; mediação; novo Código Processual Civil.

⁵⁶ Orientador. Magistrado, Docente do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia e líder do grupo de Pesquisa Grandes Transformações do Direito Processual. Doutorando em Direito Público pela UNESA/RJ

1 INTRODUÇÃO

Dentre as reformas em nosso ordenamento jurídico objetivadas pelo Novo Código Processual Civil há de se destacar a busca pela efetiva realização da função social do processo. Sendo, pois, inclusive, munindo o judiciário de melhores ferramentas a fim de resolver conflitos de forma pacífica, célere, efetiva.

Os números exorbitantes de processos ajuizados Brasil adentro são reflexo do depósito de ideal de justiça embutido pela sociedade no poder judiciário. Em contrapartida, o excesso de serviço acaba tornando-o moroso e burocrático. O cenário é paradoxal, o próprio acesso à justiça parece impedir o acesso à justiça.

Dessa forma, *a priori*, para desafogar o judiciário, os métodos alternativos de resolução de conflitos começam a fazer parte do cenário nacional viabilizando meios mais informais, rápidos e seguros para resolução de conflitos.

Para tanto, se faz essencial a relevância dada ao tema pelo novo Código Processual Civil (CPC), que traz em enfoque as audiências de conciliação e arbitragem, temas esses de grande relevância academicamente. É que os métodos alternativos de resolução de conflito são vistos por alguns estudiosos como o futuro no direito brasileiro. Veja-se, em médio prazo tais métodos auxiliariam a conter/acelerar os milhares de processos judiciais hoje ajuizados e em longo prazo seriam alternativa àqueles que buscam dirimir conflitos sem a necessidade de adentrar na esfera judicial.

2 DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não muito tempo atrás o acesso à justiça era atrelado automaticamente tão somente à inafastabilidade do controle jurisdicional e garantia da via judiciária, sendo que só poderia ser alcançado através de ações do Estado.

No auge da Constituição Francesa de 1946 e o crescente estudo dos direitos humanos, o acesso à justiça passa a ser visto sob o viés da possibilidade de ingresso de qualquer pessoa no poder judiciário como também sob o viés de direito fundamental da mesma.

A repercussão dos anseios mundiais chegou ao Brasil à passos curtos. O acesso à justiça se limitava àqueles que detinham condições financeiras para arcar com tal gasto. O instituto da justiça gratuita e o estabelecimento das defensorias públicas, foram, sem sombra de dúvidas, essenciais para a superação deste obstáculo.

Entretanto, resolvida a questão da oportunização de pleito, o óbice ao acesso à justiça passa a ser a morosidade enfrentada pela resposta do judiciário. A partir de então, entram em cena as formas alternativas de resolução de conflitos, os chamados equivalentes jurisdicionais, dentre eles as audiências de conciliação e mediação. Sobre a temática, leciona o professor Fredie Didier Jr:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de autocomposição, com a participação de um terceiro. (2015, p. 275)

3 DO CONCILIADOR E DO MEDIADOR

A atuação do conciliador e do mediador se faz deveras importante tanto para dirimir conflitos de forma mais célere, como também na eficácia de suas audiências, com a redução do desgaste emocional dos interessados e a construção de soluções adequadas às necessidades de ambos. Posto isso, há que se salientar a tênue linha que separa ambos, sendo expressamente indicada no novo Código Processual Civil.

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 houver 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 houver 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.(BRASIL, 2015, grifo nosso)

Do exposto, depreende-se que ao conciliador convém buscar a comunicação entre as partes, sugerindo soluções ao litígio, sendo a relação das mesmas pontual, sem relação anterior. Já o mediador atua de forma muito menos incisiva quanto à sugestão de soluções para o litígio, buscando tão somente facilitar o diálogo entre partes que já vinham mantendo relação continuada no tempo.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) indica, pela natureza da atividade desenvolvida por estes profissionais, a mediação para questões de conflitos na área da família e a conciliação para questões na área comercial e do consumidor. É que a objetividade dos casos envolvendo comércio e o consumidor dá maior liberdade ao profissional para atuar, diferentemente da sensibilidade necessária aos casos de família.

Por fim, em muito o conciliador e o mediador se assemelham. É que em termos práticos dificilmente um profissional acaba não “adentrando ao mérito” do outro profissional. No caso do mediador, que atuaria quase como um gestor, tão somente conduzindo as audiências de forma a facilitar o diálogo, muitas vezes acaba por, mesmo que inconscientemente, aplicar seu juízo de valor na condução do litígio.

4 DO PROCESSO CIVIL DE 1973 A 2015

O Código Processual Civil de 1973 já dispunha acerca das audiências de conciliação. Ocorre que a realidade de expressiva parte dos operadores do direito se limitava a cumprir o disposto na lei como mera praxe processual, não sendo a busca pela conciliação algo intrínseco à cultura brasileira, e isso em muito se dá pela descredibilidade que infelizmente é subjugada a tal instrumento.

A fim de iniciar nova era na conciliação e mediação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou em 2010 a Resolução nº 125, que determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Paralelamente a isso, a promoção de cursos a fim de melhor capacitar os profissionais da área de modo a criar na sociedade, tanto para aqueles que buscam melhor

forma de dirimir seus conflitos quanto para os operadores do direito, um sentimento de maior conforto e confiança para com tais mecanismos. É que é cultural do brasileiro o depósito de extrema convicção no que é decidido pelo magistrado e parte disto se vale pela formação e saber jurídico destes profissionais, sendo, assim, totalmente compreensível que muitos optem pelo litígio, pelo embate, ao invés de buscar soluções alternativas para resolução de conflitos.

Desta forma, a partir de 2010 foi dada largada a uma série de iniciativas visando inserir esses métodos alternativos no gosto da sociedade, com a criação de locais próprios para tanto e a capacitação de seus profissionais.

Posteriormente, de modo a devidamente privilegiar os esforços do CNJ e dar a importância que o tema merece, o novo Código Processual Civil passa a tratar muito mais enfaticamente das audiências de conciliação ou de mediação, reservando um capítulo específico para tanto.

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

(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

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

II - quando não se admitir a autocomposição.(BRASIL, 2015, grifo nosso)

Agora a audiência de conciliação ou mediação passa a ser regra geral, não vindo a ocorrer apenas caso ambas as partes manifestarem de forma expressa seu desinteresse pela mesma ou em casos em que não se admite a autocomposição.

Além do mais, a inserção pelo art. 174 também do novo CPC da conciliação e mediação no âmbito administrativo, com a determinação de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras para tanto, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos nesta esfera.

Portanto, a tentativa do legislador é desfazer a cultura desses métodos como pura e simples praxe processual, passando as audiências de conciliação e mediação a integrar muito mais sensível e expressivamente a prática forense.

5 CONCLUSÃO

Mais que meros métodos alternativos para resolução de conflitos, a conciliação e a mediação representam novos horizontes do direito brasileiro na busca pelo efetivo acesso à justiça.

É evidente que mudanças de tamanho calibre levam tempo para se consolidar. É preciso muito mais que determinação legislativa para tanto, é preciso desenvolver sistemas profissionalizantes eficientes para quem for atuar como conciliador e mediador a fim que adquiram a credibilidade necessária para a disseminação de tais alternativas.

Posto isso, a ênfase dada pelo novo Código Processual Civil, tendo as partes que expressamente se manifestarem caso não desejem audiência de conciliação ou mediação, demonstra a pretensão do legislador em enraizar no ordenamento jurídico brasileiro tais métodos.

A conciliação e a mediação devem, na maioria esmagadora dos casos, serem vistas como possibilidade certa e não apenas como mais um tópico na petição inicial manifestando pelo desinteresse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015.

BUZANELLO, Grazielle Mariete, Os objetivos do novo CPC e as alterações trazidas com a terceira onda de reforma e a valorização da jurisprudência. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14285#_ftnref2> Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Mediação**: uma “alternativa” razoável ao processo judicial?. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, volume XIV, p 213, julho a dezembro de 2014.

PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. Disponível em <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Novo Código de processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2016.

DOS RECURSOS: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E DE 2015

ANA ELISA SILVA MIRANDA
anaelismrd@gmail.com

Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho – ILES/ULBRA/PVH

RESUMO: Os recursos excepcionais, terminologia essa que compreende o recurso especial e o recurso extraordinário, são meios de impugnação de decisões judiciais previstos na Constituição de 1988. O presente estudo visa a analisar as principais inovações que dizem respeito a esses recursos trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação não só à teoria geral, mas também às regras que lhes são específicas. Para isso, utiliza-se o método de abordagem dialético, de modo a permitir a exposição de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais antagônicos, contrapondo-se os argumentos apresentados pelos diferentes setores jurídicos. Inferiu-se, da análise do tema, que a norma em questão tentou implementar o modelo do formalismo democrático e, por meio dos postulados que guiaram sua elaboração, trouxe o ideal de maior celeridade, ainda que de forma indireta, garantindo, ainda, o acesso à justiça, não obstante as mitigações efetuadas pela Lei n. 13.256, de 2016. Esse quadro resultou na instituição de parâmetros que contribuirão para a evolução do sistema recursal especial sem, contudo, ignorar a realidade fática brasileira.

Palavras-chave: Processo civil. Código de processo civil de 2015. Recursos excepcionais. Recurso Especial. Recurso Extraordinário.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 2015). De modo a delimitar o assunto, este estudo se propõe a avaliar as inovações trazidas pelo referido Código com relação à temática dos recursos especiais.

Serão trabalhadas as hipóteses de que o CPC de 2015 trouxe inúmeras alterações quanto aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, as quais se traduzem como inovação legislativa; bem assim que a lei em questão simplesmente reafirmou, em sua maior parte, o regramento atual.

Como objetivo geral, serão avaliadas as principais mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 com relação aos recursos excepcionais. De maneira específica, são escopos deste estudo analisar pontualmente os dispositivos legais mais relevantes trazidos pelo novo *codex* a respeito do tema, bem como examinar sua percepção pela Academia e pelos setores jurídicos.

Com relação à metodologia empregada, o presente estudo usará as técnicas de investigação consistentes em pesquisa bibliográfica, de modo a estabelecer um compêndio de posicionamentos jurídicos a respeito do tema, bem como pesquisa documental, caracterizada pela análise de legislação e jurisprudência pertinentes ao assunto.

Será utilizado o método de abordagem dialético, já que o presente trabalho lidará com discussões técnicas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, havendo a necessidade de contraposição dos argumentos trazidos pelos diferentes setores jurídicos. De forma a auxiliar o processo de pesquisa, será utilizado o método de procedimento comparativo, visto que haverá a análise do CPC de 1973 em paridade com o CPC de 2015, no tocante à temática dos recursos excepcionais e com foco nas inovações trazidas por este último diploma.

Necessário salientar a relevância do tema para a seara acadêmica, pois, em razão de ser matéria recente, a quantidade de estudos sobre o tema é limitada. Dada a complexidade do assunto, os cursos jurídicos precisarão de embasamento científico, obtido por meio de estudos específicos e dotados de profundidade teórica. Além disso, há a necessidade de esclarecimentos acerca dos procedimentos utilizados pelos tribunais

superiores brasileiros no âmbito recursal, já que a práxis forense contribui para a formação de entendimentos jurisprudenciais e para a inovação legislativa.

2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:

2.1 Regulamentação pela redação original do Código de Processo Civil de 2015

Inicialmente, mostra-se cabível delinear alguns pontos relativos ao art. 1.025 do CPC de 2015. Apesar de ser dispositivo não pertencente à parte do diploma destinada à abordagem do RE, esse artigo reflete consideravelmente em seu procedimento, pois passou a admitir o prequestionamento ficto, encampando entendimento do STF. Assim, estará atendido o requisito do prequestionamento nas hipóteses em que houver a oposição de embargos de declaração contra decisão que contenha erro, omissão, obscuridade ou contradição, por mais que tais embargos sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior os considere existentes (CARNEIRO; PINHO, 2015, p. 464).

Outra modificação observada encontra-se no art. 1.029, §3º, o qual estabelece que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (este último nos casos referentes ao recurso especial) poderá desconsiderar vícios formais de recursos que foram interpostos tempestivamente ou determinar sua correção, desde que não os repute graves (COSTA MACHADO, 2015, p. 21).

A norma em questão é polêmica, por trazer a possibilidade de que recursos que não suprem requisitos de admissibilidade sejam tolerados pelo órgão *ad quem*. Para Figueiredo (2015, p. 1.231), a regra merece elogio. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 543), o dispositivo faz parte de um conjunto de regras que pressupõem a caracterização do STF e do STJ como Cortes de interpretação e de precedentes, não mais como simples Cortes de controle e jurisprudência.

Seguindo-se na análise, observa-se que foi mantida a atribuição somente de efeito devolutivo para os recursos extraordinários, não havendo efeito suspensivo. Todavia, o art. 1.029, §5º, estabelece os momentos em que será possível requerer a concessão deste último efeito, bem como a competência para julgar tal requerimento. A norma ora analisada dispõe que tal pedido deve ser dirigido ao juízo *ad quem* (se o RE tiver sido interposto, mas

não distribuído), ao relator (se já tiver havido distribuição) ou ao presidente/vice-presidente do tribunal local (se o recurso ter sido sobrestado no julgamento por amostragem) (NEVES, 2015, p. 513).

O doutrinador citado no parágrafo anterior avalia que a regra instituída pelo art. 1.029, §5º, merece elogios por afastar a necessidade, antes existente, de manejar a ação cautelar incidental para obtenção de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (NEVES, 2015, p. 513). Cuida-se de uma tentativa de reduzir o rigor formal da lei de modo a facilitar o andamento processual.

A redação original do parágrafo único do art. 1.030 eliminava expressamente o juízo de admissibilidade *a quo*, sendo que tal análise a respeito do cabimento ou descabimento do recurso seria realizada tão somente pelo Supremo Tribunal Federal (FIGUEIREDO, 2015, p. 1.232)⁵⁷.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 548), o fim do juízo de admissibilidade buscava dar celeridade ao trâmite processual, vez que, em tese, a denegação do processamento de um recurso pelo juízo *a quo* implica tão somente na extensão do rito, já que a parte insatisfeita, em regra, recorre da decisão denegatória, sendo que este recurso invariavelmente termina sendo julgado pelo juízo *ad quem*.

Por outro lado, é inegável que a extinção do juízo de admissibilidade incipiente causaria considerável impacto no STF, visto que este passaria a receber recursos de forma indiscriminada, sem que tenham passado por uma prévia avaliação judicial. Daí a resistência dos representantes de órgãos judicantes em aceitar como positiva essa ideia. Neves (2015, p. 512), explica a razão para o repúdio de parte da doutrina ao mencionar que “se os tribunais superiores já reclamam do volume de trabalho, a retirada desse filtro no segundo grau piorará exponencialmente a situação. Certamente será uma alegria para os advogados, mas os tribunais superiores terão que se preparar para o aumento substancial de recursos”.

Ainda, o CPC de 2015 extinguiu a possibilidade de interpor recursos na modalidade retida. Tal modalidade contribuía para a dilação do rito processual. Assim, com sua eliminação, o novel regramento buscou tornar a justiça mais eficiente, priorizando mecanismos que agilizem a tramitação dos processos (OLIVEIRA, p. 12).

⁵⁷ Dispositivo alterado pela Lei n. 13.256, de 2016. A mudança é abordada na última seção do trabalho.

Outra inovação foi instituída no art. 1.032 do digesto de 2015. Tendo em vista que a diferença entre questões constitucionais e infraconstitucionais nem sempre é evidente, o que dificulta a escolha da via recursal (se deve ser manejado REsp ou RE), esse dispositivo possibilita que, caso o STJ considere a matéria abordada no Resp como sendo intrinsecamente constitucional, pode remeter o recurso para julgamento no STF. Assim, será concedido prazo para o recorrente aditar o recurso, demonstrando a repercussão geral e manifestando-se sobre a questão constitucional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 549).

A norma expressa no parágrafo anterior versa acerca do princípio da fungibilidade, cuja aplicação em termos de recursos extraordinários apresenta grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Tal discussão passa, finalmente, a ser matéria pacificada legalmente, tendo o legislador optado pela celeridade e redução de formalismos. Para Xavier (2015, p. 813), a sistemática anterior, em que por vezes o recurso extraordinário não era conhecido por não ter ocorrido violação direta ao texto constitucional, era, em última análise, uma negativa de prestação jurisdicional, que é inadmissível em um estado democrático de direito.

Pela mesma lógica explanada anteriormente, o art. 1.033 possibilita que o Supremo, caso entenda que a matéria exposta no recurso extraordinário apresenta ofensa reflexa, o que exige a interpretação de lei ou de tratado, remeta o recurso ao STJ. Frisa-se, todavia, que não é possível reencaminhar os autos do STJ ao STF caso aquele tribunal entenda não ser hipótese de interpretação de lei ou tratado. Assim, deverá necessariamente julgar o RE (COSTA MACHADO, 2015, p. 21).

Prosseguindo-se, o art. 1.034 do Código de 2015 contribuiu definitivamente para a superação de dois entendimentos sumulados. A referida norma preconiza que será admitida a devolução de todos os fundamentos do capítulo impugnado da decisão, não apenas daqueles exaltados pelo recorrente nas suas razões recursais. Tal quadro ocasiona a extensão da dimensão vertical do efeito devolutivo dos recursos, esvaziando as Súmulas 283 do STF e 126 do STJ (FIGUEIREDO, 2015, p. 1.235).

Frisa-se, todavia, que esse efeito devolutivo não deve ser interpretado de modo a permitir-se sua aplicação de modo exacerbado no processo. Não é, assim, automática. Pelo contrário, essa profundidade do efeito devolutivo depende de estar o processo maduro o

suficiente para julgamento, pois sendo necessária a produção de provas com relação a fundamentos e questões ainda não decididas, o efeito não será gerado. Trata-se de uma regra geral dos recursos, aplicável, assim, ao RE (NEVES, 2015, p. 513).

Com relação ao pressuposto geral da repercussão geral dos recursos extraordinários, o Código de 2015 passa a não mais exigir que seja arguida como preliminar na peça recursal, bastando que possa ser identificada ao longo das razões recursais (art. 1.035, §2º). Ampliou-se, ainda, o rol de hipóteses em que é presumida, o qual passará a abarcar os casos de recursos que atacam decisões contrárias a precedentes do STF, que contrariam tese fixada em julgamento de casos repetitivos⁵⁸, bem como que questionam decisão que tenha reconhecido inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 1.035, §3º) (CARNEIRO; PINHO, 2015, p. 470).

3 DO RECURSO ESPECIAL

3.1 Regulamentação pela redação original do Código de Processo Civil de 2015

Inicialmente, cumpre mencionar que o legislador deu longa e profunda disciplina ao agravo em recurso especial e extraordinário, conforme art. 1.042, bem como aos embargos de divergência, nos termos do art. 1.043 do CPC de 2015 (COSTA MACHADO, 2015, p. 21). Merece destaque o art. 1.043, IV, que passou a autorizar o manejo desses embargos também em sede de ação originária (FIGUEIREDO, 2015, p. 1.253).

Outro ponto a ser abordado é o incidente de coletivização de demandas, introduzido pelo CPC de 2015, em seus arts. 1.036 a 1.041. O incidente em questão poderá ser utilizado tanto em sede de REsp quanto de RE. A positivação desta regra demonstra a tendência do direito brasileiro de primar cada vez mais pela uniformidade a ser conferida por juízes a questões idênticas (PORTO; MATIAS; PAVAN, 2014, p. 130).

Dessa forma, verifica-se que houve uma tentativa de minorar a força do formalismo e estabelecer um procedimento similar àqueles utilizado pelo sistema *Common Law*, em que a análise das matérias é feita, na maior parte das vezes, utilizando-se precedentes e julgamentos conjuntos de ações repetitivas. Contribuiu-se, assim, de acordo com Carneiro e Pinho (2015, p. 473), para a melhora da uniformização da jurisprudência e

⁵⁸ Dispositivo revogado pela Lei n. 13.256, de 2016. A mudança é mencionada na última seção do trabalho.

para a concretização dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável dos processos.

Segundo o magistério de Theodoro Júnior (2015, pp. 137 – 138), o CPC de 2015 passou a prever expressamente o princípio da razoável duração do processo. Este, todavia, não deve ser compreendido apenas com relação ao aspecto da agilidade, mas também no tocante à solução integral do mérito, que se consubstancia na satisfação do direito da parte. Assim, busca-se o máximo aproveitamento da atividade jurisdicional com a aplicação do novo formalismo democrático (formalismo conteudístico).

A lógica supramencionada tem especial relevância para a nova forma do recurso especial, tendo em vista que foram estabelecidos mecanismos que buscam relativizar o formalismo de modo a permitir às partes o acesso à justiça. É o que ocorre, por exemplo, com a possibilidade de desconsideração de vício formal, já abordada em linhas anteriores, que, segundo Xavier (2015, p. 812), indica de modo nítido a superação da criticada jurisprudência defensiva dos tribunais superiores em sede recursal.

Houve, portanto, evolução da ciência jurídica no tocante à percepção do formalismo em recursos especiais. Primeiramente, vigorou no país o formalismo exagerado, que era observado entre as décadas de 1950 e 1980, período este em que a quantidade de recursos pendentes de julgamento no STF era vertiginoso, o que demandava maiores rigores para limitar o acesso das partes àquele tribunal. Em seguida, a própria lei passou a atenuar os rigores formalistas, mantendo, porém, sua essência. Hodiernamente, com a entrada em vigor do CPC de 2015, passou-se à fase do formalismo democrático, que une a necessidade de proporcionar ágil resposta judicial aos conflitos com a necessidade de garantir o acesso às Cortes superiores de justiça.

4 DAS MODIFICAÇÕES INSTITUÍDAS PELA LEI N. 13.256, DE 2016

A Lei n. 13.256, sancionada em 4 de fevereiro de 2016, alterou a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) antes que esta última entrasse em vigor. O objeto principal da primeira norma é a regulamentação do procedimento referente ao REsp e ao RE.

Dentre as modificações, algumas não guardam direta relação com o sistema recursal especial, embora possam influenciá-lo. A primeira diz respeito à retirada da obrigatoriedade de observância da ordem cronológica de conclusão de processos quando do julgamento destes (art. 12 do CPC de 2015). A nova lei determina que o julgador dê preferência a agir dessa forma, mas não mais o compele a seguir tal procedimento. A doutrina jurídica, em grande parte, apoiava a inovação trazida pela redação original do CPC de 2015, pois, conforme aponta Figueiredo (2015, pp. 50 – 51) e também Neves (2015, pp. 37 – 38), a regra salvaguardava a garantia fundamental da igualdade.

Todavia, é possível identificar o motivo pelo qual os órgãos judiciários empregaram resistência a esse dispositivo. De acordo com Neves (2015, p. 38), o fato de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os próprios tribunais imporem metas de julgamento focadas tão somente na quantidade de feitos (e não em outros fatores, como a complexidade das causas) faz com que a maior parte dos magistrados dê preferência ao julgamento de processos mais simples, por serem menos trabalhosos e apresentarem problemática de mais rápida resolução. É possível mencionar ainda o seguinte entendimento, o qual reforça a percepção ora exposta:

[...] Não é difícil identificar os motivos que levaram a cogitar essa norma, dados os diversos episódios em que os jurisdicionados não possuem ciência dos reais motivos de atraso na prestação jurisdicional.

[...]

Aqui é que se encontra a necessária indagação: o estabelecimento de um padrão cronológico e seu respectivo padrão de exceções é suficientemente democrático? Para o paradigma de Estado Democrático de Direito brasileiro e as garantias fundamentais assumidas constitucionalmente, pode-se dizer que esta regra privilegia o princípio da isonomia e mesmo da duração razoável do processo. As exceções (artigo 12, § 2.º do CPC 2015) atuam exatamente no sentido de impedir que a regra seja insensível a casos simples (inciso I, IV), às hipóteses para as quais o entendimento jurisdicional já estará, de toda forma, engessado (incisos II e III), ou quando o Estado-juiz possivelmente tenha errado (incisos V e VI), exista esforço nacional consoante metas do CNJ (inciso VII), assim como naquela situação em que o juízo esteja perante clamores jurisdicionais urgentes (incisos VIII e IX) (PADUA, 2016, pp. 63 – 64).

Ademais, a redação original do *codex* de 2015 determinava que o escrivão ou chefe de secretaria deveria obedecer à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais (art. 153 do CPC de 2015). Por meio da Lei n. 13.256, de 2016, a regra foi flexibilizada, sendo estabelecido que o escrivão agirá preferencialmente desta norma. Retirou-se, assim, a imperatividade do comando. Para

Didier Júnior (2015, p. 151), esse dispositivo era um complemento do anterior (que determinava a cronologia quando do julgamento), tendo em vista que o objetivo desta última seria esvaziado se o chefe de secretaria também não estivesse a ela submetido.

Em seguida, a lei procede às alterações na seção relativa aos recursos especiais. Primeiramente, houve a revogação do §2º do art. 1.029 do CPC de 2015. Tal norma vedava, segundo Xavier (2015, p. 811), que o tribunal inadmitisse um recurso fundado em dissídio jurisprudencial alegando tão somente que as circunstâncias que envolvem os casos são diferentes sem, contudo, demonstrar a distinção.

Além disso, houve mudança na forma de interposição do requerimento para concessão do efeito suspensivo aos recursos especiais (art. 1.029, §5º, I e III, do CPC de 2015). Após a modificação, no período compreendido entre a interposição e a publicação da decisão de admissão, o pleito deve ser formulado perante o juízo *a quo*. No período compreendido entre a publicação da decisão de admissão e a distribuição, o pedido deve ser feito perante o tribunal superior respectivo.

A alteração seguinte afeta o *caput* do art. 1.030 do CPC de 2015, tendo ocorrido ainda o acréscimo de incisos e parágrafos ao dispositivo. A nova regra estabelece que haverá juízo de admissibilidade incipiente em sede de RE e REsp. Assim, o legislador passou a regular a atuação do presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, que poderá realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao tribunal superior respectivo, desde que atendidos os requisitos legais. Previu-se, ainda, a possibilidade de interposição de agravo ou agravo interno contra essas decisões, a depender da hipótese (BRASIL, 2016).

O fim do juízo de admissibilidade *a quo* era defendido por parte da doutrina. Para Oliveira (p. 13), o não conhecimento dos recursos, com base em justificativas estritamente formais, caracteriza-se como verdadeira restrição de direitos e tem como objetivo desafogar o judiciário sem, todavia, apreciar a lide e seu impacto para as partes. Nas palavras da autora, “o defeito de forma, mesmo quando irrelevante à solução da causa, serve como justificativa para que o direito material [...] nem sequer seja apreciado. Por meio do formalismo exagerado, o Judiciário resolve **livrar-se** de uma imensidão de processos [...]” (grifo do autor).

Tecendo crítica a respeito do tema, Padua (2016, pp. 81 – 82) afirma que a introdução de filtros nos recursos dirigidos aos tribunais superiores é conveniente para que

seja estabelecida certa seletividade nos julgamentos. O recurso especial, por exemplo, poderia ter um novo requisito (a exemplo da já superada arguição de relevância da questão federal), assim como o recurso extraordinário tem a repercussão geral. Entretanto, essa mudança deveria ocorrer pelo meio legislativo adequado, que não seria a lei ordinária.

Apesar de haver essa solução, o legislador preferiu, por meio da Lei n. 13.256, de 2016, reintroduzir o juízo de admissibilidade incipiente antes que o CPC de 2015 entrasse em vigor, o que, segundo o autor supramencionado, é um sistema falido, “com vistas unicamente ao sufocamento de demandas, pouco se preocupando se o tribunal *a quo* esteja verdadeiramente atuando como tribunal *ad quem*” (PADUA, 2016, pp. 81 – 82).

A lei sob análise também traz modificações no art. 1.035 do CPC de 2015, tendo ocorrido revogação do inciso II do §3º e a modificação da redação de seu §7º (BRASIL, 2016). Por fim, houve a revogação do §10, o qual preceituava que cessaria a suspensão dos processos que versem sobre a matéria que teve repercussão geral reconhecida, caso o processo principal não fosse julgado em até um ano (BRASIL, 2016).

Com relação ao art. 1.036 do CPC de 2015, houve a modificação da redação de seu §3º. Assim, da decisão que indeferir o requerimento de inadmissão de REsp ou RE, cujo sobrestamento tenha sido ordenado, em razão de intempestividade, caberá tão somente o agravo interno e não mais o agravo previsto no art. 1.042.

Quanto ao art. 1.038, alterou-se seu §3º. Antes, a referida norma rezava que o acórdão prolatado em sede de recurso excepcional repetitivo deveria abordar a questão jurídica controvertida por completo, mediante a análise de todos os fundamentos invocados, sejam favoráveis ou contrários. Pela nova regra, bastará a análise dos argumentos principais (CARNEIRO; PINHO, 2015, p. 476; BRASIL, 2016).

A percepção da Academia a respeito da Lei n. 13.256, de 2016, mostra-se negativa. Para Padua (2016, p. 93), essa norma, que chama de “reforma do CPC de 2015”, pode ser considerada um indicativo da preferência do legislador (e do próprio Poder Judiciário, que, por meio de seus membros, exerceu influência sobre a elaboração da norma ora examinada) por assumir mais ações rescisórias do que recursos.

Observa-se, assim, que as alterações trazidas pela nova lei têm caráter mais político do que jurídico, traduzindo a apreensão dos órgãos judiciários em instituir um novo

modelo para o qual a própria estrutura burocrática brasileira, construção administrativa resultante de décadas de formalismos exacerbados, não estaria preparada.

5 CONCLUSÃO

Consoante o exposto ao longo do trabalho em epígrafe, o recurso extraordinário e o recurso especial são instrumentos impugnatórios que buscam submeter matérias de direito à apreciação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Código de Processo Civil de 1973 trouxe consigo normas de caráter procedimental filiadas à ideia do formalismo antigo, de modo que o trâmite dos referidos recursos ocorria sempre respaldado pela necessidade de dificultar ou até mesmo impedir o acesso das partes aos tribunais superiores, como forma de atenuar a sobrecarga destes.

O CPC de 2015, por sua vez, em sua proposta original, trouxe à baila o novo formalismo, também chamado de formalismo democrático, segundo o qual as regras procedimentais têm importância para impor ordem ao processo, mas não devem ser utilizadas com o objetivo de restringir o acesso à justiça. Preservar-se-ia, assim, a garantia da celeridade ao mesmo tempo em que seriam promovidos os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A Lei n. 13.256, sancionada em 4 de fevereiro de 2016, tornou sem efeito muitas das proposições originais que buscavam implementar o formalismo democrático no Brasil. Dessa forma, houve um retorno parcial à noção de formalismo exagerado antes vigente, o que se observa, por exemplo, pela reinstituição do juízo de admissibilidade incipiente dos recursos excepcionais. Houve ainda o esvaziamento de alguns institutos voltados à celeridade, como é o caso da derrubada da regra referente à ordem de julgamento de processos.

Infere-se, do exame das inovações trazidas pelo legislador no código processual sancionado em 2015, bem como na Lei n. 13.256, de 2016, que houve tentativa, embora branda, de instaurar no Brasil sistema menos formalista ao mesmo tempo em que se busca delimitar o amplo e irrestrito acesso às Cortes superiores. Entretanto, apesar de muitos dos preceitos trazidos pelo CPC em sua proposta original terem sido mitigados pela lei supramencionada, entende-se pela prevalência da interpretação de que as novas regras do

processo civil constituem-se como inovação legislativa, não apenas como mera reprodução de preceitos antes vigentes.

Acredita-se que o Código de Processo Civil de 2015, não obstante as discussões doutrinárias e resistência de parte dos órgãos judiciários em aceitar os ideais por ele trazidos, trará maior celeridade para o sistema recursal especial brasileiro de forma indireta. Isso porque a supressão de mecanismos que afetam diretamente a extensão temporal do processo não foi concretizada, mas, por outro lado, os preceitos relativos à simplificação de requerimentos e a ideologia de maior cooperativismo entre partes e julgador certamente contribuirão, na prática, para a desconsideração de exigências demasiadas, privilegiando-se, assim a solução da lide.

Com relação ao acesso à justiça, conclui-se que o CPC de 2015 não trouxe limitações a tal postulado, vez que inexistente acréscimo, por essa norma, de requisitos de admissibilidade. Com efeito, a reintrodução do juízo de admissibilidade *a quo* não pode ser entendida como limitação de alcance aos tribunais superiores, por se tratar de sistemática já vigente no regramento anterior. Por outro lado, a implementação de regras como a fungibilidade de recursos especiais caracteriza-se como fator importante para privilegiar o acesso das partes ao STJ e ao STF, atenuando, de certa forma, a jurisprudência defensiva dessas Cortes.

Pelo exposto, levando-se em consideração a relevância dos recursos excepcionais tanto para concretizar o direito das partes quanto para a construção da teoria jurídica, haja vista serem instrumentos de notória discussão do direito em sua essência; considerando-se, ainda, a necessidade de estabelecimento de filtros que permitam ao Poder Judiciário limitar seu acervo para que tenha condições fáticas de desempenhar sua função constitucional; depreende-se que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu parâmetros que permitirão a evolução do sistema recursal especial brasileiro sem ignorar as adversidades fáticas que lhe são inerentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 fev. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Novo Código de Processo Civil**: Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Novo CPC**: sintetizado e resumido. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord.). **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

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

OLIVEIRA, Marina Alves de. **O processo cooperativo e a superação do formalismo excessivo nas decisões judiciais**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marina%20Alves%20%20vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2016.

PADUA, Átila de Andrade. **O recurso e o razoável**. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista, Franca, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135888/padua_aa_me_fran.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 mar. 2016.

PORTO, Ítalo da Justa; MATIAS, João Luís Nogueira; PAVAN, Luana. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo CPC: o common law no direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 121-145, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/91>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

XAVIER, José Tadeu Neves. Anotações aos artigos 1.029 a 1.034. In: Ordem dos Advogados do Brasil. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf> . Acesso em: 4 mar. 2016.

EXCLUSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES: CELERIDADE PROCESSUAL OU INSEGURANÇA JURÍDICA?

DAIANA ALMEIDA DE BRITO
daihdaiana@gmail.com.

ERIKA BRENDA DO NASCIMENTO ARANTES
brenda_pvh@hotmail.com

PATRÍCIA SILVA CAVALCANTE
patty_scav@hotmail.com

ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BRUM
andreluiz_brum@hotmail.com

Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho – ILES/ULBRA/PVH

Resumo: O Recurso de Embargos Infringentes, meio utilizado para fazer do voto vencido o vencedor em acórdãos não unânimes e reformar a sentença de mérito em grau de apelação, ou ainda quando o magistrado tiver julgado procedente ação rescisória é o objeto do presente artigo, e fazia parte dos instrumentos disponíveis para recorrer elencados no Código de Processo Civil de 1973. Entretanto, tal código foi revogado. A revogação tem como foco viabilizar a celeridade e economia processual, entre o até então vigente Código de Processo Civil de 1973 quando comparado ao Novo Código de Processo Civil – NCPC no que tange aos recursos disponibilizados às partes. Dentre as alterações destaca-se a extinção dos Embargos Infringentes, implicando em modificações processuais e um aparente contraponto entre a celeridade e a segurança jurídica. Assim, este artigo tem por objetivo demonstrar os motivos que ensejaram a exclusão dos Embargos Infringentes no NCPC, bem como, sua influência no curso processual, questionando a divergência de princípios e interesses processuais.

Palavras- chave: Embargos Infringentes. Recurso. Novo Código de Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

Quando se busca a tutela jurisdicional para dirimir conflitos há a possibilidade de recorrer da decisão dada pelo julgador. Tal instrumento é o recurso, que Elpídio Donizetti conceitua como

Recurso, numa acepção técnica e restrita, é o meio idôneo para provocar a impugnação e, conseqüentemente, o reexame de uma decisão judicial, com vistas a obter, na mesma relação processual, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração do julgado (DONIZETTI, 2014, p. 760).

Assim, o recurso é o meio para revisão de uma decisão judicial seja para esclarecê-la, reformá-la, invalidá-la ou ainda integrá-la. É o instrumento disponível as partes para que exerçam de forma eficaz o duplo grau de jurisdição.

O Código de Processo Civil de 1973 – CPC, em um rol taxativo, aduzia quais os recursos existentes no então vigente processo jurídico brasileiro: Apelação, Agravo, Embargos Infringentes, Embargos de Declaração, Recurso Ordinário, Recurso Extraordinário, Recurso Especial e Embargos de Divergência em Recurso especial e em Recurso Extraordinário. Por outro lado, existem recursos em legislação extravagante, uma vez que não se trata de elenco *numerus clausus*.

O presente artigo volta os olhos aos Embargos Infringentes em contraponto a normativa do Novo Código de Processo Civil - NCPC.

Consiste em instrumento processual usado pelas partes, terceiro interessado e Ministério Público, diante de um acórdão não unânime, resultante do julgamento de apelação ou de decisão procedente a ação rescisória. É um recurso que busca fazer o voto vencido passar a ser o voto vencedor. Há quem diga que esse recurso é apenas um meio protelatório, outros entendem que ele traduz a segurança jurídica. Fato é que com a vigência no NCPC este recurso não está mais disponível às partes.

Tal supressão implica em algumas consequências no mundo jurídico, em que pese à via recursal, relacionada ao instituto do duplo grau de jurisdição.

Desse modo, este artigo tem como objetivo contrapor a exclusão dos Embargos Infringentes do NCPC, bem como analisar o novo método. Para tanto, o estudo será desenvolvido vislumbrando no primeiro momento a história jurídica de tal recurso,

posteriormente, sua aplicação conforme o Código de Processo Civil anterior, e por fim a sua exclusão, seguida da criação de um novo procedimento a ser utilizado pelos Tribunais.

2 DOS EMBARGOS INFRINGENTES

O Recurso Embargos Infringentes, com gênese no direito português, entrou no rol dos recursos brasileiros com edição da Lei n. 319, de 25/11/1936, no art. 5º, parágrafo único, que previa a possibilidade de Embargos de Nulidade ou Infringentes no caso de não haver dupla conformidade ou quando excedido o valor de vinte contos de réis (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 236).

Desde a entrada na norma processual o recurso em questão sofreu diversas modificações, em especial em seu campo de abrangência. Tal fato decorreu de ao longo do tempo ser mitigado, restringindo-se as decisões, não unânimes, proferidas em Apelação, Ação Rescisória e em Mandado de Segurança (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 236).

Em 2001, os Embargos Infringentes, então previsto no art. 530 do CPC, sofreu mais uma modificação; desta vez a Lei n. 10.352/2001 limitou, sua interposição às decisões de acordões não unânimes, que reformarem, em sede de Apelação, a sentença de mérito ou houver julgado procedente Ação Rescisória.

Em 2009, face ao entendimento sumulado n. 169 no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e no Superior Tribunal Federal (STF), súmula n. 597, no art. 25, da Lei n. 12.016/09, vedou-se expressamente intentar Embargos Infringentes em Mandado de Segurança.

No cenário processual brasileiro, até então vigente, os Embargos Infringentes eram utilizados contra acórdão não unânime que reformar, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

Pois bem, como qualquer recurso, esse é caracterizado pela voluntariedade, ou seja, ninguém é obrigado a recorrer, sendo uma faculdade do autor, réu, terceiro interessado ou Ministério Público (MP); para obstar o trânsito em julgado ou a preclusão.

A voluntariedade que caracteriza os recursos é intimamente ligada ao direito de ação, entendido como direito público e subjetivo de provocar o Estado em busca de uma prestação jurisdicional (DONIZETTI, 2014, p. 580). Nesse sentido aponta a Constituição Federal acerca da inafastabilidade da prestação jurisdicional (BRASIL, 1988). Na ordem

processual, por sua vez, impera o princípio da correlação entre o pedido e a prestação (BRASIL, 1973).

Na visão de Amendoeira Junior, recorrer não é um direito ou um dever, mas um ônus da parte, já que seu manejo trará benefícios ao que recorrer e a sua falta somente a ele acarretará prejuízos (2012, p. 14).

É de se destacar, ainda, a inércia da jurisdição, também decorrente do direito de ação. Recorrer é uma faculdade que cabe somente à parte interessada que verá seu direito não precluso ou transitado em julgado.

3 EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Consoante o artigo 530, do CPC/1973, caberia Embargos Infringentes contra acórdão não unânime que reformar, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Deve ser restrito à parte ou capítulo que verse a matéria objeto da divergência.

Marcus Gonçalves aduz que

Para que caibam os embargos infringentes, é preciso que tenha havido pelo menos um voto vencido, que tenha divergido da conclusão da maioria. **Contra acórdão unânime, os embargos infringentes não são cabíveis. O voto vencido será de grande relevância para a interposição do recurso, porque fixará os seus limites: o conteúdo dos embargos deverá ater-se àquilo que foi objeto da divergência, não podendo ultrapassá-lo** (GONÇALVES, 2013, p. 365, grifo do autor).

Recebido o recurso pelo Tribunal abre-se vista para contra-arrazoar, pelo prazo de 15 (quinze) dias, para as partes ou terceiro interessado, e 30 (trinta) dias para o MP. Por conseguinte, o relator apreciaria se admissível o recurso. Caso não admitido, caberia Agravo Interno devendo ser interposto em 5 (cinco) dias. Sendo recebido, seriam processados e julgados conforme regimento do Tribunal, que poderia prever um novo relator para o julgamento dos Embargos, se possível, que o relator não tivesse participado do julgamento anterior. Sendo a divergência original na reapreciação não cabível novos embargos infringentes (BUENO - a, 2014, p. 141/142).

Portanto, o recurso em questão era de competência exclusiva dos tribunais, devendo ser interposto ao juízo *a quo* no prazo de 15 dias, dirigido ao redator – se possível, e

desde que expresso no Regimento Interno do Tribunal, que o relator não tenha participado no julgamento anterior – com o objetivo de fazer o voto vencido ser o voto vencedor, provocando um reexame do acórdão, podendo ensejar na modificação da decisão.

4 EMBARGOS INFRINGENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O objetivo primeiro da reforma do Código de Processo Civil é celeridade e economia processual, por isso dentro da Exposição de Motivos do Novo CPC destaca-se: “simplificar resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal” (SENADO FEDERAL, 2010, p. 14).

Simplificar o sistema recursal em nenhum momento significa restrição ao direito de defesa ao contrário, busca-se maior rendimento e eficácia na resolução dos litígios, não deixando de lado a peculiaridade de cada processo analisado individualmente.

Desde o Código de Processo Civil de 1973 pensa-se em extinguir os embargos infringentes da modalidade de recursos sob o seguinte argumento

A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por longo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão (BUZAID, 1964, p. 36).

Posterior a reiteradas discussões entendeu-se pela permanência no rol dos recursos com a seguinte redação: “Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência” (BRASIL, 1973).

Porém, a Lei n. 10352/2001 restringiu mais um pouco a abrangência do recurso que passou a ser cabível nos acórdãos não unânimes que houverem reformado em grau de apelação, a sentença de mérito, bem como nas ações rescisórias que tiverem sido julgadas procedentes, permanecendo com a seguinte redação

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado

procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão distribuídos à matéria objeto da divergência (BRASIL, 2001).

Ainda no meio de muitas discussões e posicionamentos, no ano de 2009, com a edição da Lei n. 12.016, no art. 25, vedou-se expressamente a possibilidade de intentar Embargos Infringentes em Mandado de Segurança “não cabem no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes” (BRASIL, 2009).

Pois bem, a permanência ou exclusão dos Embargos Infringentes do ordenamento processual é uma discussão tipicamente doutrinária,

Muito se discute se os embargos infringentes devem ser mantidos ou banidos do nosso ordenamento. Se, de um lado, a existência de mais de um recurso pode aplicar o retardamento do processo, por outro, os altos índices de acolhimento dos embargos mostram que se justifica a sua manutenção (GONÇALVES, 2013, p. 364).

Conforme os ensinamentos do Doutrinador Marcelo Negri (2007, p. 126/127) são três as modalidades dos posicionamentos doutrinários face à exclusão dos embargos infringentes:

4.1 Os que optam pela extinção dos embargos infringentes

Neste grupo destacam-se os doutrinadores como Sergio Bermudes, Egas Moniz Aragão, Humberto Theodoro Junior (apud Negri 2007, p. 124/125). Para eles não persiste a permanência dos embargos infringentes por ser objetivo da reforma processual a busca pela celeridade processual.

No mesmo sentido, Alexandre Câmara (2013, p. 114) defende a abolição total dos Embargos Infringentes “não parecendo adequado que mero fato de ter havido voto divergente em um julgamento deva ser capaz de permitir a interposição de recurso contra a decisão proferida”.

Logo, tais doutrinadores utilizam como argumento para extinção dos Embargos Infringentes a necessidade de reduzir a quantidade de recursos objetivando celeridade processual.

4.2 Os que são a favor da manutenção:

Nesse entendimento podemos citar Fredie Didier Júnior e Cunha (2010, p. 216), onde defendem que é importante para o ordenamento processual à manutenção do recurso, pois este possibilita a supressão de desacerto ou desequilíbrio no julgamento do colegiado

O antigo dilema entre a celeridade processual e a segurança jurídica tem mantido os embargos infringentes na sistemática recursal brasileira. Opta-se pela segurança jurídica em detrimento da celeridade processual, pois, não raras vezes, quem mais bem aprecia a causa, percebendo determinado detalhe, sobre tudo em matéria de fato, é o prolator do voto vencido. (...) Sua manutenção garante, ademais, a segurança jurídica, porquanto a possibilidade de desacerto ou desequilíbrio no julgamento colegiado é eliminada pela interposição dos embargos infringentes (DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, 2010, p. 216) (grifo nosso).

É com base no instituto da segurança jurídica, e na premissa de evitar injustiças sociais ou controvérsias jurisprudenciais que este grupo defende a permanência dos Embargos.

4.3 Os ecléticos, por sua vez, apoiam a manutenção dos embargos para alguns casos e a extinção para outros:

Amparados no radicalismo das correntes anteriores para os ecléticos mantém-se o recurso, entretanto, somente para certas hipóteses de cabimento

[...] vem forte na procura de se estabelecer um equilíbrio, separando as hipóteses consideradas boas para o sistema processual daquelas indesejáveis, em um misto de manutenção e extinção do recurso. Nesse sentido, sem dúvida, revela-se a posição mais sedutora e a que, em nossa opinião, melhor atende, atualmente, aos jurisdicionados (NEGRI, 2007, p. 127).

Os que discordam nessa linha optam pelo meio termo, ou seja, não se excluem os Embargos, mas a permanência implica sua limitação.

5 A SUBSTITUTA DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Diante do exposto anteriormente, resta o questionamento se a supressão dos Embargos Infringentes do NCPC não geraria insegurança jurídica ou se ensejaria tão somente em celeridade processual.

Pois bem, a celeridade processual para Puccinelli Junior

revela a preocupação do legislador com a demora na prestação jurisdicional. Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que acelerem e não travem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida. A busca deve ser a da obtenção dos melhores resultados possíveis, com a máxima economia de esforços, despesas e tempo (2014, p.49).

Já a segurança jurídica é o alicerce do direito, no caso em tela, da possibilidade de recorrer. “A busca por um julgamento mais célere, mais ágil, reconhecendo-se os meios necessários para a obtenção desta finalidade, [...] não pode colocar em risco o ideal de segurança jurídica” (BUENO-b, 2014, p. 103).

Em análise a supressão dos Embargos Infringentes o legislador trouxe no NCPC um novo tratamento ao acórdão de apelação que resultar em decisão não unânime, neste o relator declarará o voto vencido, integrando-o no acórdão, inclusive para fins de prequestionamentos, art. 941, §3º NCPC.

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento (BRASIL, 2015).

Ainda em substituição aos Embargos Infringentes o art. 942 do NCPC, traz um incidente processual que terá de ser praticado de ofício, sob pena de nulidade absoluta, face à acórdão de decisão não unânime.

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão,

colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial (BRASIL, 2015).

A seção especial, prevista no NCPC vem para substituir os Embargos, que segundo Nelson Nery Junior (2015, p. 941) depois de muitos pedidos de retorno dos EI, confrontados com muitos problemas práticos a eles ligados optou-se pela criação da seção especial. O novo procedimento foi criado sob a justificativa de que não havia razão para completa supressão dos Embargos, além do mais, economizará o tempo gasto para interposição de contrarrazões ao recurso, bem como o de avaliação prévia de sua admissibilidade (Nelson Nery Junior apud RSCD, p. 60, 911/912).

Portanto, com o novo meio instituído no NCPC, constado a divergência de votos no julgamento de Apelação, oriunda de decisão de mérito, de Ação Rescisória e de Agravo de Instrumento o relator, de ofício, deverá, se possível na mesma seção, prosseguir novo julgamento, caso contrário designará nova seção (regulamentada pelo Regimento Interno do Tribunal) constituída por novos relatores, em quantidade suficiente para reverter à decisão, devendo as partes, o terceiro interessado e o MP sustentar oralmente suas razões diante do novo julgamento.

Logo, não haverá insegurança jurídica já que o legislador ao retirar o recurso de Embargos Infringentes colocou a disposição da parte outra forma, que dirá mais benéfica e célere, para solucionar a divergência de votos.

6 CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil, tem por enfoque simplificar e tornar mais célere o processo. Entrou em vigor em 18, de março de 2016, diga-se de passagem, causando polêmicas no meio jurídico.

A nova redação dada ao NCPC inseriu institutos, mitigou o alcance de alguns e excluiu outros, exemplo deste último são os Embargos Infringentes suprimidos do ordenamento, sob o entendimento de que só a normativa brasileira vislumbra tal recurso, que os Embargos Infringentes causam retardo processual, apenas prolatando o caminho da eficácia das sentenças.

Entretanto, surge um conflito aparente, já que alguns doutrinadores entendem que o princípio da segurança jurídica deve prevalecer ao da celeridade processual, porque, nada obsta que o resultado de uma demanda célere cause nas partes a insegurança jurídica ou ainda a mitigação dos meios de defesa.

Mas como exposto neste artigo, a exclusão dos embargos não lesionará o direito das partes uma vez que há uma alternativa, aparentemente, mais célere para revisar o julgado que tiver divergência de votos na busca de fazer o voto vencido ser o voto vencedor, porém sem caráter recursal por ser de ofício.

Pois bem, a supressão dos Embargos Infringentes auxiliará na almejada celeridade e economia processual, sem atingir de forma negativa a segurança jurídica, qual seja o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição e os meios suficientes para tanto.

Bem, como dito a priori, o objetivo do NCPC é a celeridade processual, e desta forma os legisladores entendem que o novo caminho para os acórdãos não unânimes resultará em um percurso processual mais célere sem prejudicar a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Manual de direito processual civil**: teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações impugnativas autônomas; liquidação e cumprimento da sentença. 2 vol. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 04/05/2015, 15h.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10/05/2015. 21h

_____. **Lei 10.352 de 26 de dezembro de 2001. Alteração do Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm#art530. Acesso em: 04/05/2015, 17h.

_____. **Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009. Mandado de segurança individual e coletivo**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 13/05/2015, 16h.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 25/05/2015, 13h.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 597. Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=somula_501_600. Acesso em 13/05/2015, 15h.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 169. São inadmissíveis embargos infringentes no processo de Mandado de Segurança**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=s%FAMula+169&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 13/05/2015, 15h.

_____. **Código de Processo Civil: anteprojeto** / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 10/05/2015, 22h.

BUENO-a, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais 5 vol. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____-b, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**; ed. 8, vol. 1, rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BUZAID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, 1964. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2>. Acesso em 04/05/2015, 14h.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____, Fredier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18. ed. rev., ampl. e atual, especialmente de acordo com as Leis n01 12.424/2011, 12.431/2011 e Lei n. 12.810/2013 - São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGRI, Marcelo. **Embargos Infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Lei 13.105/2015. 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2014.

IMPLICAÇÃO HERMENÊUTICA DIANTE DA LEI 13.105/2015 - REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE A INOVAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LUCIANA DA LUZ PEREIRA

analuz.luci@yahoo.com.br

Faculdade de Rondônia – FARO

ADRIANA HONARATO PRIETO DAS NEVES

adryanaprieto@gmail.com

Faculdade de Rondônia – FARO

RESUMO: Como é possível abordar e identificar a atuação da hermenêutica de forma prática no Projeto do novo Código do Processo Civil? Essa é uma questão chave que será tratada no trabalho, entretanto temos como ponto de partida a tarefa de apresentar desde a etimologia da palavra hermenêutica para melhor compreensão. Pois o objetivo desse artigo implica em reconhecer a importância da interpretação, sendo que esta pode se manifestar com pré-conceito e com determinado nível de verdade ou pensamento ultrapassado, assim o segredo é que sempre há uma pré-compreensão anteriormente. E nesse sentido, a tarefa da hermenêutica segundo Gadamer, não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge compreensão. Nesta pesquisa também trataremos como referência alguns teóricos para somar com uma breve discussão sobre a abordagem filosófica em relação ao surgimento do Processo Civil. E nas últimas linhas será analisado os riscos de desconsiderar o espaço hermenêutico no projeto do Novo Código do Processo Civil.

Palavras-chave: Hermenêutica, Novo Código, Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade que o código do Processo Civil passou por uma fase de transição, sendo assim, é pertinente investigar a atuação da Hermenêutica, enquanto preocupação epistemológica dentro e durante esse processo, sabemos que a palavra hermenêutica provém do grego *Hermeneúein*, *interpretar*, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e de Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Habitado na terra, era um deus próximo à humanidade, o melhor amigo do homem. No primeiro momento, será abordado brevemente a representação e importância da hermenêutica, bem como, a etimologia dessa palavra para melhor compreensão, embora a questão principal não se reduz a investigação da hermenêutica jurídica e seu percurso histórico durante algumas fases, pois sabemos, por exemplo, que durante a Idade Moderna, temos a influência do positivismo sociológico, durante o século XIX, as influências do neopositivismo lógico no início do século XX e somente no final deste século, surgiram as influências das teorias da argumentação jurídicas.

Essa linha de raciocínio vai direcionar ao desenvolvimento da pesquisa no sentido de identificar termos que instigaram o questionamento, discussão que representaram riscos de cair em uma armadilha hermenêutica ou falácia semântica, por isso o interesse é verificar as formas de interpretação e sentido de termos do novo projeto do código do processo Civil que foram analisadas, combatidas e expungidas do novo CPC. Nesse caso, quando envolvemos a linguagem e o sentido das palavras ou ciências a referência é a hermenêutica.

2 DEFINIÇÃO DA HERMENÊUTICA

Segundo Habermas a hermenêutica representa a mais importante forma de interpretação do sentido das palavras e ciências. “A palavra ‘Hermenêutica’ tem sua raiz no deus da mitologia grega ‘Hermes’. A imagem do deus alado está ligada a ‘apoio, cipo, coluna’”.⁵⁹ Este representa o deus egípcio, que fazia a interpretação entre a linguagem dos deuses e a dos homens comuns. Hermes é considerado o mensageiro dos deuses. A norma é fruto de Hermes por meio da efetivação do sentido de um texto atribuído pelos deuses. Para executar essa verificação é necessário destacar alguns aspectos ou considerações de alguns

⁵⁹ BRANDÃO, J de S. Mitologia grega. Vol.2, Petrópolis: Vozes, 1987, p.181

intelectuais sobre este conceito, temos, por exemplo, o fenomenólogo Paul Ricoeur, segundo ele, a hermenêutica é definida como fonte de compreensão linguística que serve de base para a concepção de todos os tipos de interpretação de textos.

Uma das teorias que serve de exemplo e pode ser relacionada ao tema é sua teoria da ação, na qual aborda a dialética entre a explicação e o compreender, bem como, as noções de causa, lei, ato, explicação, intenção, motivo e projeto. O termo “causa” se refere a independência entre os antecedentes e os consequentes, sendo que cada um pode ser individualizado sem referência ao outro, Porém, o mesmo não vale para o projeto da ação: “não posso identificar um projeto sem mencionar a ação que farei: há uma ligação lógica e não causal”. Seguindo a mesma linha de raciocínio, não é possível enunciar os motivos da ação sem conectá-los à própria ação-alvo.

A conclusão de Paul Ricoeur consiste em que há interseção entre teoria dos sistemas e a teoria da ação. Em outras palavras, “a noção de texto é um bom paradigma para a ação humana, por outro, a ação é um bom referente para toda uma categoria de textos. No que diz respeito ao primeiro ponto, a ação humana é, em muitos aspectos, um quase texto.” Assim, a teoria da ação “da lugar à mesma dialética da compreensão e da explicação que a teoria do texto” (RICOEUR, [198?], PP. 176-177).

Relação entre compreensão e explicação - A compreensão esta no campo das Ciências Humanas / A explicação esta no campo das ciências naturais. Existe uma ligação entre as duas noções. A compreensão auxilia a explicação que em um processo dialético e no circulo hermenêutico possibilita a interpretação. Visto eu não há uma única interpretação verdadeira. Os textos são plurívocos, por vários motivos, sendo provável descobrir a validade ou invalidez de determinada interpretação, a qual passa pelo critério de probabilidade. Contudo, a interpretação mais válida e provável é aquela que possui como critério a intersubjetividade. A função filosófica para Paul Ricoeur implica na clarificação, de “reconhecer e distinguir os jogos de linguagem”(Ricoeur, [198?], p.171). Essa é uma das condições que servirá como suporte para nossa problemática.

3 ABORDAGEM FILOSOFICA SOBRE AORIGEM DO PROCESSO CIVIL

Grande parte dos doutrinadores ao tratarem das questões administrativas e regulamentações da justiça necessariamente apresenta como ponto de partida as normas

jurídicas processuais, em especial a origem. Contudo, aqui será feito um elo com a Hermenêutica jurídica e lógico que a linguística não esta ausente desse campo de investigação, mas independente desse fator, sabemos que toda pesquisa seja escolar com os primeiros passos na elaborações de trabalho e sobretudo os trabalhos acadêmicos com respeito as regras em todos os aspectos na elaboração das pesquisas científicas que exige rigorosidade e prudência ao utilizar alguns termos, bem como, “afirmar, contradizer, negar, e outros” Embora ciente desses e outros critérios, mediante análise de obras de vários doutrinadores é possível assegurar que o teor filosófico sempre está presente em seus argumentos, em todos sem exceção.

Entretanto, podemos citar alguns autores, Francesco Carnelutti, Arruda Alvim Netto, Giuseppe Chiovenda, Ada Pellegrini, José Dias Marques, Alfredo Rocco, Ugo Rcco, Moacy Amaral, Santos e outros do campo do Direito. Assim, mesmo sendo evidente a atuação filosófica, parece inútil enfatizar os doutrinadores, mas por outro lado é de fundamental importância esse destaque, pois serve como fonte de fundamentação da análise.

Partindo desse raciocínio, temos como exemplo o Capítulo I da obra Teoria Geral do processo de José Eduardo Carneira Alvim, na qual é tratado sobre a Propedêutica Processual, no primeiro instante é feito uma análise dos conceitos processuais básicos, onde envolve a necessidade, bem, utilidade, interesse, conflito de interesse, pretensão, resistência e lide.

Essa temática é extensa com varias linhas de pensamento e opções de fonte, mas não é aleatório que o autor demonstre preferência em destacar Aristóteles, um dos mais expressivos filósofos gregos da antiguidade. A justiça é um tema de destaque no livro *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, segundo ele a justiça é o principal fundamento da ordem do mundo, todas as virtudes estão subordinadas à justiça e exatamente nesta obra ele apresentou um estudo sobre o que seria a justiça corretiva, que em sua concepção implica entre o intermédio entre perda e ganho⁶⁰.

Por conseguinte o histórico da mediação a qual o ordenamento jurídico brasileiro segue enquanto método alternativo para resolução de conflitos vem desde a justiça corretiva de Aristóteles, que visava corrigir as transações entre os indivíduos, uma das condições da justiça corretiva era a intervenção de um terceiro e equidistante dos problemas nas relações interpessoais, responsável por decidir as mais variadas formas de conflito na busca do meio

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultura, 1987.

termo, daí temos suas teorias a qual não será tratada, pois não faz parte da proposta desse trabalho.

Todavia, podemos entender que Carreira Alves ao citar Aristóteles, seu interesse é fundamentar o conceito do ser humano, a final, o que é o homem? Quais as suas características distintivas? O homem em sua essência é um ser que tem alma ou espírito, elege valores e atua de acordo com eles, possui inteligência teórica e sentimentos superiores, vive em sociedade e tem uma história, porque é capaz de evoluir constantemente, cria bens culturais e faz uso de uma linguagem convencional. Juntando essas respostas é possível afirmar que a linguagem convencional, bem como as normas e valores que regem a conduta de um indivíduo ou grupo, são bens culturais em decorrência da vida em sociedade; toda cultura é histórica em sua origem e em suas projeções. Assim, antropologicamente o homem é um ser material, constituído de matéria viva e complexamente organizada e diferente dos animais, o homem é um ser racional, capaz de refletir, emitir juízos, dominar e transformar a natureza, por meio de suas conquistas técnica e científica. O homem não só é capaz de refletir e raciocinar sobre o meio em que vive e sobre os outros seres, mas acima de tudo, possui a competência de conhecer e compreender a si mesmo, por isso é um ser psíquico, dotado de personalidade e entre outras inúmeras características, o homem é um ser social.

É possível verificar que os animais passam a viver juntos para sobreviver e manter as espécies e quando essa convivência é ameaçada, eles se manifestam movidos unicamente por instinto, lutam entre si sobrevivendo somente os mais aptos. Os seres humanos também se associam uns aos outros, sendo que não existe nenhum indivíduo fora do convívio social, devido a vários fatores, pois a coexistência e a cooperação entre os indivíduos e grupos são indispensáveis para a construção e desenvolvimento das diferentes instituições sociais e políticas, proporcionando o bem comum. A sociabilidade é inerente ao ser humano e garante a perpetuação de sua história, compartilhar experiências passadas e presentes, no sentido de esquematizar realizações futuras e para isso utiliza como ferramenta indispensável o uso da linguagem. Segundo alguns autores, a linguagem é um fenômeno eminentemente social, decorrente da convivência humana, que possibilita a comunicação escrita e oral entre os homens. E através da linguagem é possível a transmissão da cultura, a conservação do passado, o registro do presente e a construção do futuro. A comunicação

pessoal e social é intermediada pelo uso que os homens fazem da língua, nas suas mais variadas formas. Essa análise evidencia o argumento fundamental do trabalho, tendo em vista que de fato a essência filosófica jamais será desvinculada do campo do direito, pois essa ela é fonte que investiga os fenômenos, por exemplo, a convivência harmoniosa resulta da associação permanente entre indivíduos diferentes e é exatamente o homem que estabelece normas, padrões de conduta, promulga leis que regulam a vida em sociedade. Dessa forma, além de ser social, o homem é um ser político.

Quem contempla um agrupamento social verifica que ele revela aos olhos do observador os homens com suas necessidades, os seus interesses, as suas pretensões e os seus conflitos. Estes conceitos não são criados ou moldados pela teoria geral do processo nem patrimônio exclusivo dela, mas que Carnelutti, no âmbito da teoria geral do direito, submeteu a uma rigorosa análise de síntese.⁶¹

Sendo a necessidade, a lei natural do ser humano, que procede do instinto, na qual a sensação natural é o prazer. “Sendo a necessidade satisfeita mediante determinados elementos, emerge, em seguida, conceito de *bem* ou *bem da vida*.”⁶² ou seja, segundo o autor é tudo que é apto a satisfazer uma necessidade tanto material, como vestuário, transporte e outros, como imaterial como a honra, amor, liberdade, paz e felicidade. Já a utilidade é a capacidade ou aptidão do bem para satisfazer uma necessidade, diferente do interesse que implica no juízo formado por alguém a cerca de uma necessidade ou sobre o valor de um bem, enquanto meio de satisfação de uma necessidade mediata ou imediata. E assim, temos o conflito que decorre da disputa de interesses tanto subjetivo, quanto intersubjetivo, porém, a pretensão é o modo de ser do Direito subjetivo, equivale da oposição ou resistência. E finalmente, o conflito de interesse qualificado por uma pretensão assistido a *lide*.⁶³

Quanto à origem do processo é possível resgatar desde a Grécia antiga, raras referências que são exatamente os princípios, que ficavam distantes das superstições e dos preconceitos, por outro lado buscavam as formas de conhecimentos lógicos, desde as teorias Aristotélicas com princípio do contraditório, temos também Eurípedes, Aristófanes e Sêneca que deram origem a audiência bilateral, chegando ao direito comum como um

⁶¹ ALVIN, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 1.

⁶² *Ibid.*, P. 2.

⁶³ *Op. Cit.*, Teoria Geral do Processo. p.6

princípio de direito natural. Durante o período primitivo na Roma, a lei era das XII Tábuas Hespanha, Antônio Manuel é um dos autores que tratam desse histórico. Não será pertinente estender sobre esse processo histórico, pois o que de fato interessa é centralizar a questão da hermenêutica enquanto, um processo ontológico linguístico que se desenvolveu desde a metafísica clássica, onde as coisas, o conhecimento, tudo era unificado em sua essência, tudo tinha sentido, após essa fase, por volta do século XVII com o grande filósofo da modernidade René Descartes, surge a subjetividade e o paradigma da metafísica moderna, nessa fase o homem que dá sentido as coisas, tudo muda e perde seu verdadeiro sentido, a linguagem passa ser condição para justificar o mundo. Já no final do século XIX e início do século XX surge o movimento do Neopositivismo lógico em que os sentidos não estão só a cabeça ou consciência do sujeito. Esta é a breve abordagem filosófica que serve de ponte para lançar o questionamento de como é possível identificar a atuação da hermenêutica de forma prática no Projeto do Novo Código do Processo Civil

4 O PERIGO EM DESCONSIDERAR O ESPAÇO HERMENÊUTICO NO PROJETO DO NOVO CPC

Sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil, um das preocupações do Dr. Lenio Luiz Streck⁶⁴, foi analisar a dogmática jurídica, evitando um possível retrocesso por meio de uma Hermenêutica de bloqueio. Nesse sentido o foco principal foi o poder discricionário investido do livre convencimento, princípio no qual o juiz não fica limitado ao formalismo da lei ou do laudo pericial gerado nos autos, podendo o juiz analisar o caso e julgar de conforme sua concepção.

Um dos aspectos defendidos e considerados após muitas discussões já no próprio projeto do novo CPC foi o abandono do livre convencimento o que não é sinônimo de decisão fundamentada, muito pelo contrário, consiste em uma leitura idealista o que forma uma dicotomia entre normas e fatos, uma perspectiva monológica e solipsista da questão que desconsidera que a normatividade é uma construção intersubjetiva interna à realidade.

Assim o perigo de desconsiderar o espaço hermenêutico citado anteriormente, implica no fato de que nenhum sentido se constrói fora deste “espaço” hermenêutico, e tratar do livre convencimento é correr o risco de seguir um caráter performativo irreflexivo

⁶⁴ Professor de Programa de pós-graduação, doutor e pós-doutor em e Direito, Procurador de Justiça (MP/RS) e presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica.

em relação a essas tradições, paradigmas e precompreensões, é também correr o risco de perpetuar, dessa forma, preconceitos e práticas institucionais com as quais se pretendia romper exatamente por meio de uma reforma da lei. Essas representam as considerações de Lenio, pois segundo ele:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão. (STRECK, 2011, P. [?]).

Contudo essas foram suas sugestões e justificativas, para excluir do projeto as expressões como o livre convencimento ou livre apreciação e que foi aprovada, em termos gerais, pelo Deputado Relator. Essas contribuições do autor são pertinente ao nosso trabalho, enquanto análise significativa, por compreender e respeitar a atuação da filosofia no Direito, ainda que muitos autores não demonstre essas preocupações, o fato é que as perspectivas teóricas se apropriam das reflexões filosóficas, dando espaço para a composição de uma hermenêutica jurídica alinhada com o contexto histórico presente nas atuais concepções da filosofia hermenêutica.

Segundo alguns estudiosos o ponto de vista hermenêutico-crítico, a “realidade” não é um obstáculo, mas é constitutiva, reflexivamente, do processo hermenêutico de efetivação da normatividade. Lenio cita Friedrich Müller ou Ronald Dworkin, que consideram que a “a realidade em si” não existe, a realidade é uma construção hermenêutica; o que há são tradições, paradigmas, précompreensões, permanentemente em disputa e em conflito, dessa e nessa mesma realidade, em face do horizonte de uma história efectual enquanto aprendizado social de longo prazo, cujo sentido permanece também em aberto.

Contudo, a decisão fundamentada não acontece aleatória, mas inserida em um contexto-institucional, no qual a decisão do juiz deve ser apoiada. A final de contas, decidir

imparcialmente é uma tarefa complexa, possui varias exigências entre elas, habilidade de adotar uma postura reflexiva em meio as próprias précompreensões, e demais exercícios práticos, senso de dever, aprendizado institucional e debate público, segundo Lenio o resto é desculpa para fugir da responsabilidade.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o presente trabalho, notamos que a hermenêutica jurídica apresentou um percurso seguido de influências históricas, no qual o Direito Processual acompanhou apresentando uma trajetória seja ela imanentista, autonomista ou conceitual científica e instrumentalista, onde cada período possui suas características específicas, suas alterações e influências.

Então tendo como referência o Projeto do novo CPC é possível identificar a implicação da hermenêutica, enquanto conquista das contribuições do Dr. Lenio Streck que combateu o que ele chama de sujeito solipsista, fonte de investigação epistemológica da filosofia da consciência. O sujeito solipsista segundo o autor é produto da modernidade é exatamente aquele sujeito que se basta, viciado em si mesmo, diz o mundo a partir dele mesmo. Sendo esse um problema do Direito no qual o juiz decide como ele quer, sujeitando as pessoas ao que ele quer.

Embora declarando que esta decidindo conforme o direito, mas por meio de sua consciência, e daí surge a questão: em que consiste a consciência do juiz? É possível que a partir da sua consciência, possa valer mais que um conjunto de consciência? E a intersubjetividade? O sujeito solipsista representa o sujeito autoritário, isso na filosofia já foi derrotado a muito tempo. Isso cabe uma longa discussão, mas não vamos entrar nesse debate, pois o que vale enfatizar é que depois de muita contestação, o relator do Projeto, Dep. Paulo Teixeira, por meio do consentimento de um dos protagonista do projeto, Fredie Didier, aprovou sua orientação da retirada do livre convencimento.

O que antes prescrevia no artigo 378 “O juiz apreciará livremente a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” E o artigo 401 prescrevia que “A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz” e o artigo 490 indicava que “A segunda

perícia não substituía a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra.” Então, foi exatamente essa expressão do livre convencimento ou livre apreciação que foi excluída do projeto. Como podemos identificar nos artigos 371, 479, 480 e demais artigos do Novo código do Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ALVIN, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultura, 1987.

BRANDÃO, J de S. **Mitologia grega**. Vol.2, Petrópolis: Vozes, 1987.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Brasília: Unb, 1985.

GADEMER, George-Hans. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Meurer. Ver. Trad. Enio Giachini. 3. Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Pensamento pós-metafísico – estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

RICOEUR, Paul. **Teoria das interpretações**. Lisboa 70, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações Hermenêuticas**. Texto. Ano 52. Número 206. abri./jun. 2015.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1999.

INICIAÇÃO A NOVA CONCEPÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDA JURIDICA COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

NADILSON MARIANO SIQUEIRA

nadilson_@outlook.com

Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR

ROGERIO MONTAI DE LIMA

rogeriomontai@hotmail.com

Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao mundo jurídico nacional uma nova concepção arquitetônica no processo civil, levando este definitivamente para o século XXI, tanto com seus avanços quanto com seus retrocessos, e um desses tópicos de grande alteração foi quanto às características da desconsideração da personalidade jurídica, na qual se insere uma série de fatores que podem sopesar para a interferência do contraditório, ampliando a ampla defesa e aceitando algo jamais inimaginado na doutrina nacional, a desconsideração da personalidade jurídica em sua ótica inversa, havendo controvérsia na doutrina que com o tempo tendem a se pacificarem.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração; Pessoa Jurídica; Código de Processo Civil; Direito; Procedimento.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo concentra-se no estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua desconsideração de modo inversa, partindo-se da concepção de noções gerais de personalização e pessoa jurídica, para que assim, adentrar ao universo disregard doctrine e inverse disregard no Código de Processo Civil de 2015.

Nesta concepção, buscam desenvolver, do modo mais completo possível, as principais características das teorias da desconsideração de personalidade jurídica. Ao longo da exposição, polemicas da doutrina serão expostas com o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, permitindo que se transmitam os pontos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de maneira mais contextualizada com o cenário jurídico brasileiro e em sua nova visão analítica em conjuntura e suas devidas alterações.

Assim, faz-se necessário investigar a forma como os principais tribunais vêm tratando o tema, verificando o fenômeno e suas principais características e seu funcionamento a partir de março de 2016.

2 NOÇÕES BASICAS E EFEITOS DA PERSONALIZAÇÃO JURÍDICA

É importante ressaltar que o proposito de titularizar a pessoa jurídica, com obrigações e deveres no ordenamento jurídico pretende distingui-la da pessoa física que por de trás a movimentação, na tentativa de criação de uma maior segurança jurídica para o investidor e que estimule o desenvolvimento econômico de determinada região.

Tal personalização funda direitos e apresenta efeitos de caráter necessários, haja vista que as relações se tornam próprias do ente personalizado. No plano processual se analisa uma sutil mudança, tendo em vista que a titularidade de transação não se faz em nome do titular da personalidade jurídica, mas sim da pessoa jurídica.

Assim, ao contrair obrigações de ordem pessoal, a pessoa jurídica passa a responder, de forma completa sobre seus atos e acordos, tendo consciência de que caso haja qualquer problema de natureza contratual com onerosidade, sofrerá com o próprio patrimônio.

Ensina o ilustre professor Fran Martins⁶⁵:

constituída a pessoa jurídica, passa ela a ter patrimônio próprio. [...] Esse patrimônio pertence à sociedade e não aos sócios; é justamente a totalidade do patrimônio que vai responder, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade.

Em análise simples após a exposição, se verifica que o sujeito passivo da relação obrigacional que responde pelos débitos. A concepção de que os bens e direitos são distintos advém deste gatilho jurídico criado para a proteção do indivíduo e sua proteção.

3 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE

O gatilho da diferenciação entre a pessoa jurídica criada e a pessoa física que a criou pode levar a gerar uma conduta viciada, repleta de abusos e vícios. Importante ressaltar que nem todas as personalidades jurídicas tem o intuito de fraudar algo, mas um grupo pode, usando deste artifício, se locupletar para benefício próprio, prejudicando outrem.

O seu deslocamento da sua função legal ocorre justamente por existir a distinção entre a pessoa jurídica e os sócios, dispondo de personalidade e patrimônio próprios, não podendo ser vista como apenas uma modalidade existente para prática de atos fraudulentos, abusivos e, ainda, constituir obstáculo à satisfação dos créditos dos credores lesados, em hipótese alguma tal ente pode ser criado com o simples fim de impedir absolutamente o atendimento dos interesses e créditos das partes adversas.

Essa utilização forçou a doutrina a desenvolver as teorias que viabilizaram a cobertura dos prejuízos causados. Assim, surgiram na doutrina processual internacional a *disregard doctrine* ou *disregard entity*, visto que a personalização e conseqüente autonomia patrimonial não devem corresponder, de forma necessária, a limitação da responsabilidade dos integrantes. Assim, nascendo à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, autorizando, em alguns casos a autonomia patrimonial.

Em consonância com o *disregard doctrine*, a doutrina nacional desenvolveu a Teoria Maior⁶⁶ da desconsideração da personalidade jurídica, nessa visão o rompimento do

⁶⁵ *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193;

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, pp. 35-37;

véu da personalidade vincula-se à fraude ou abuso, caracterizando um desvio de uso de seu fim. É de importância vital informar que o uso desse gatilho é excepcional, e a simples impontualidade não se perfaz como ponto para a desconsideração, ato de grande fratura no direito.

A possibilidade, caso não se comprove a fraude ou abuso por parte da personalidade jurídica pelo não pagamento do crédito vencido, o credor pode buscar por outros modos o pagamento (multa, juros moratórios, correção moratória, sistema de proteção ao crédito – CADIN, SPC, SERASA), mas não pelo disregard doctrine⁶⁷.

Nesse sentido, é o entendimento amplamente majoritário do STJ⁶⁸:

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por "possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada", o que, a toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 693.235/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 30/11/2009).

Pela segurança contra possíveis excessos, a Teoria Maior ofereceu mais segurança, compreendendo a regular utilização da pessoa jurídica e, meios coercitivos de obtenção dos créditos devidos.

⁶⁷ Boeira, Alex Perozzo. Artigo: "A desconsideração da personalidade jurídica, noções gerais e questões controvertidas à luz da doutrina e da jurisprudência" –, publicado na revista da AGU.

⁶⁸ <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+693.235&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> – acessado em 14 de Janeiro. 2016

Entretanto, no direito brasileiro, se fundou uma segunda teoria, sendo esta a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, cuja sua incidência, por mais restritiva que seja, pode ser observada em situações de conflito em que os bens jurídicos envolvidos representam interesses diversos.

Conceituando a Teoria Menor, a execução do patrimônio do sócio se faz pela impontualidade da satisfação do crédito. A ação, como bem ensina o eminente mestre Fabio Ulhôa Coelho⁶⁹, compreende a demonstração da ausência de bens sociais (insolvência, falência ou confusão patrimonial entre a Pessoa Física e a Pessoa Jurídica) e a solvência dos sócios atribuindo-se a esses a obrigação da pessoa jurídica, sem realizar investigação escrupulosa acerca da utilização fraudulenta/regular ou do abuso.

Em caso paradigmático na jurisprudência nacional, o STJ perfilhou a Teoria Menor⁷⁰:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar à pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

⁶⁹ *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 46;

⁷⁰ <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004> - acessado em 16 de Janeiro. 2016

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004 p. 230).

No Brasil, a escalada legal da desconsideração da personalidade jurídica se faz visível a olhos nus, entretanto, com o advento do Código Civil de 2002, art. 50⁷¹, tal lei passou a legislar sobre as relações de natureza privada cível, tendo como pressuposto excêntrico o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, permitindo assim, que tenha a possibilidade real que tais créditos recaiam sobre os sócios administradores por atos relacionados com a pessoa jurídica.

4 RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA

Questão de bastante controvérsia na doutrina e jurisprudência é quanto à responsabilidade de um ex-sócio de uma pessoa jurídica que tenha dívidas com diversos credores. Nessa perspectiva, o TJ do Rio Grande do Sul adota uma linha que permite a ramificação dos posicionamentos em pelo menos três diferentes linhas de raciocínio.

Guarda relação com a época da constituição do título executivo, não se caracterizando quando se constitui o título depois de sua saída regular da sociedade, não sendo em nenhuma hipótese a desconsideração para recair para tal pessoa física⁷².

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO E DE PENHORA DE BENS DO EX-SÓCIO QUE REGULARMENTE RETIROU-SE DA SOCIEDADE. CONSTITUIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO VÁRIOS ANOS APÓS A RETIRADA REGULAR DO SÓCIO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE FRAUDE PELO SÓCIO QUE SE RETIRA DA SOCIEDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, POR DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL, ELEMENTO NECESSÁRIO AO ESTENDER OS EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES AOS BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGO 50 DO CÓDIGO

⁷¹ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁷² Boeira, Alex Perozzo. Artigo: "A desconsideração da personalidade jurídica, noções gerais e questões controvertidas à luz da doutrina e da jurisprudência" –, publicado na revista da AGU.

CIVIL 2003. PESSOA JURÍDICA QUE CONTINUOU NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES VÁRIOS ANOS APÓS A RETIRADA DOS SÓCIOS. FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70019912542, QUE VÃO ADOTADAS COMO RAZÕES DE DECIDIR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70027571447, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 21/11/2008).

Se na época do ajuizamento da ação o interessado ainda era sócio da empresa, deve responder pelo título executivo e pela execução, podendo haver a desconsideração da personalidade para recair em seu nome.

EMENTA: PROCESSO DE EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EX-SÓCIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Afastamento da preliminar de não conhecimento do recurso. 2. Somente pode ser admitida a superação da personalidade jurídica quando presentes os requisitos previstos pelo art. 50 do Código Civil, que pressupõe a ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, visando a coibir abuso por parte dos sócios e administradores da sociedade empresarial, o que não se caracteriza simplesmente com a tramitação do processo executivo durante período considerável de tempo, sem a satisfação do crédito. Agravo de instrumento conhecido e provido. (Agravo de Instrumento Nº 70014954119, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 14/06/2006).

E a ultima, importa mencionar entendimento jurisprudencial que, pressupondo decisão anterior de desconsideração da personalidade jurídica, afasta a inclusão automática do ex-sócio em execução, uma vez não demonstrada a prática de abuso ou fraude.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EX-SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A desconsideração da pessoa jurídica *não implica a inclusão automática do ex-sócio no polo passivo da demanda, pois o efeito da medida excepcional atinge tão-somente os bens do patrimônio particular daqueles sócios que praticaram atos de forma abusiva ou fraudulenta*. In casu, inexistem provas de que a cessão de quotas societárias teria sido pactuada para que os antigos sócios se esquivassem de eventual execução. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70023725823, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/09/2008).

Vale ressaltar que no Direito Tributário, que bebe de forma sedenta no direito Processual Civil, por parte da União, se considera a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para o sócio quando, no tempo da dívida a pessoa física fazia parte da gerência da empresa, cabendo assim, mesmo com alterações posteriores, tal redirecionamento, devendo recair sobre os administradores da época, inviabilizando a nulidade posterior dos atos praticados pela Fazenda Nacional.

5 NOVA CONCEPÇÃO ORIUNDA COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Numa mudança de Código, muito se extingue, surge e se altera no que tange à desconsideração da personalidade jurídica, houve mudanças sutis que abrem o espaço para o dialogo e as discursões, discussões essas que são extremamente boas para o bom direito e para a o regular cumprimento deste.

O novo código regula o procedimento aplicável à desconsideração da personalidade jurídica, em seus artigos 133/137, introduzindo importante adequação formal ao instrumento.

Uma série de diplomas legais rege tal matéria, o CDC, em seu art. 28, autoriza a aplicação do gatilho “em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, ou quando “houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”, permitindo, ainda, a desconsideração “sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores” (art. 28, §5º, CDC)⁷³.

No direito Tributário também se admite a desconsideração (arts. 134 e 135 CTN), dando inclusive oportunidade do STJ apontar⁷⁴:

A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade

⁷³ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

⁷⁴ <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300220444&dt_publicacao=12/12/2014> acessado em 01 de março. 2016.

institucional ou a confusão patrimonial. (REsp 1306553/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014).

Para haver a desconsideração da personalidade jurídica, as instâncias ordinárias devem, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos objetivos sem os quais a medida torna-se incabível” (REsp 1098712/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 04/08/2010)

Segundo Paulo Roberto Pegorano Junior⁷⁵, a vivência forense tem mostrado que a apreciação da desconsideração acaba adotando a “teoria menor” para os executivos fiscais e as execuções trabalhistas e a “teoria maior” para as execuções cíveis, embora o STJ tenha, no discurso, a tese da aplicação da “teoria maior”, é a menor que foi adotada pelo ordenamento brasileiro, e seguido, por exemplo, no Direito Tributário.

O procedimento, fruto da ausência de regramento, vinha sendo pelo deferimento da desconsideração sem o prévio e amplo contraditório, em posição reiterada acolhida pelo STJ:

Esta Corte firmou entendimento de que é prescindível a citação prévia dos sócios para a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo forçosa a demonstração do efetivo prejuízo advindo do contraditório diferido (AgRg no REsp 1459831/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 28/10/2014)⁷⁶.

Partindo do ponto de assegurar o contraditório do novo código processual civilista, este deixou de forma explícita a proibição das decisões sem que uma das partes seja previamente ouvida (art. 9º, NCPC)⁷⁷, deixando a compreensão de que a nova exigência de que a instauração incidental do pedido implique a “citação” do sócio para que este se manifeste, podendo requerer provas no prazo de 15 dias, conforme o (art. 135, NCPC)⁷⁸.

Segundo o art.134,§2º do CPC⁷⁹, caso na petição inicial tenha sido requerido o incidente de desconsideração, o incidente é dispensado, no caso em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, respeitando assim o contraditório aqui imposto, entretanto, no caput

⁷⁵ Pegorano, Paulo Roberto Artigo. “A desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil” –, publicado na revista de Direito Processual da UERJ.

⁷⁶ <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401431186&dt_publicacao=28/10/2014> acessado em 02 de março. 2016.

⁷⁷ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

⁷⁸ Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

⁷⁹ 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. § 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.

do art. 134 a desconsideração se admite “em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, criando assim um problema existencial, um vácuo legal.

No que tange a apresentar na petição inicial a inclusão do sócio, demonstrando que a empresa não mais funciona de forma plena conforme as especificações legais gera uma problemática, haja vista que o direito de preferêcia poderá acabar sendo desfeito, podendo assim o sócio apresentar os bens primeiramente da empresa, respeitando o rito preferencial, conforme o art. 795, CPC⁸⁰, tal gatilho caberá exclusivamente ao autor, haja vista que incluindo, deve pontar os pontos que comprovem, não o fazendo de forma simples e sem comprovação documental que tal empresa não mais existe, apenas no papel.

Durante o prazo de 15 dias, o sócio terá que comprovar de forma contundente que a sua não pratica que configura o desvio de finalidade ou confusão patrimonial (personalidade jurídica inversa), como sendo uma execução, tendo que ser prova documental, caso haja mais de um sócio, prazo comum, não se aplicando causa de aumento de prazo, conforme art. 229, CPC⁸¹, caso não apresente defesa, entra-se no quesito da revelia, com a presunção de veracidade dos fatos alegados.

O art. 133, §2º⁸² trouxe à tona a questão da desconsideração inversa, que já vinha sendo admitida pelo STJ, e agora de forma legal, sendo a confusão patrimonial entre os bens do sócio e os bens da empresa, existindo uma fuga daquele para este, deixando assim a empresa sem nenhum tipo de bens para que resguarde a empresa numa possível execução cível ou mesmo fiscal, esta ultima mais severa, assim, comprovada tal hipótese de fuga, cabe no CPC/15 à desconsideração da personalidade jurídica, na modalidade inversa, para justamente atacar os bens e suprimir os débitos contraídos pela pessoa jurídica.

⁸⁰ 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

⁸¹ Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento. § 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles.

⁸² 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. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Conforme pensamento de Wambier⁸³, admitindo-se a instauração de incidente em qualquer tempo, fase ou grau de jurisdição, é de excepcionar a instauração na fase do recurso especial ou extraordinário, posto que não se outorgou competência constitucional ao STJ ou STF para apreciação da matéria, sem contar a natureza devolutiva destes recursos.

Não se verifica no novo ordenamento jurídico processual a quebra do entendimento do STJ sobre a questão da interrupção da prescrição em relação ao redirecionamento para o sócio⁸⁴.

O Superior Tribunal de Justiça possui o firme entendimento de que a citação da sociedade executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal, que deverá ser promovida no prazo de cinco anos, prazo esse estipulado como medida de pacificação social e segurança jurídica, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais. (AgRg no Ag 1421601/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 27/03/2015).

O art. 134, §1º⁸⁵, deixa clara a questão organizacional do fórum, tendo que este, após a instauração do incidente, deve comunicar ao distribuidor para as anotações devidas, dando assim a possibilidade de conhecimento da causa para o terceiro e assim evitar fraude e falta de publicidade nos atos praticados no âmbito do poder judiciário.

Admitindo, o processo será suspenso, conforme o art. 134, §3º⁸⁶. O incidente pode ser decidido nos mesmo autos, a não ser que tal implique em tumulto processual por complexidade e extensividade da questão, entretanto, caso tenha sido formulado na própria inicial, não existe necessidade de suspensão exatamente pelos fatos aqui já narrados (art. 134, §3º).

Questão controvertida no CPC/15 que merece uma ponderação é sobre a condenação sucumbencial no incidente de descon sideração, haja vista sendo procedente, a condenação se dará na própria sentença, ou, caso se trate de processo executivo ou já em

⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 24 de março. 2016.

⁸⁴ <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101372983&dt_publicacao=27/03/2015> acessado em 02 de março. 2016

⁸⁵ Art. 134. O incidente de descon sideração 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.

⁸⁶ § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

execução, até mesmo no pedido feito em petição inicial, existe a possibilidade de honorários. A questão, tendo o terceiro sido citado, produzido defesa e comprovando que não era caso de desconsideração, quem provocou arque com os valores ali aferidos, podendo se enquadrar em enriquecimento ilícito por parte do autor da ação, haja vista que cabe a ele o impulso para tal incidente que pode ter causado danos econômicos e de natureza patrimonial para o sócio.

6 CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil veio com o intuito de aumentar o poder do contraditório no processo civil na tentativa de uma maior transparência, entretanto, um dos grandes problemas da justiça nacional, como o tempo de tramitação dos processos, sofrerá mais com o novo ordenamento.

A defesa de um processo justo, limpo e democrático é a linha mestra de raciocínio de um código em muitos aspectos revolucionário, tirando do arbítrio jurisprudencial a fixação de critérios para coloca-los na lei, um passo crucial para um direito com maior segurança jurídica, nesse contexto, a desconsideração da personalidade jurídica que no NCPC implantou veio com uma série de mudanças que necessitam ser estudadas mais a fundo e compreendidas melhor com o tempo, haja vista que o estudo do código se faz em conjunto, conectando as matérias e as linhas de raciocínio, não sendo uma matéria de leitura por pontos isolados.

REFERÊNCIAS

Curso de Direito Comercial. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193;

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, pp. 35-37.

Boeira, Alex Perozzo. Artigo: “A desconsideração da personalidade jurídica, noções gerais e questões controvertidas à luz da doutrina e da jurisprudência” – publicado na revista da AGU <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+693.235&aplicacao=processos.ea>

&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> – acessado em 14 de Janeiro. 2016

Curso de Direito Comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 46;

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004> - acessado em 16 de Janeiro. 2016

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300220444&dt_publicacao=12/12/2014> acessado em 01 de março. 2016.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802260398&dt_publicacao=04/08/2010> acessado em 01 de março. 2016

Pegorano, Paulo Roberto Artigo. “A desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil” – publicado na revista de Direito Processual da UERJ.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012> acessado em 02 de março. 2016

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401431186&dt_publicacao=28/10/2014> acessado em 02 de março. 2016.

(Coord.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 24 de março. 2016.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101372983&dt_publicacao=27/03/2015> acessado em 02 de março. 2016

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A DIFERENÇA ENTRE A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O AUXÍLIO DIRETO

VIVILENE GARCIA FERREIRA

vivigarciaf@gmail.com

WALTER GUSTAVO LEMOS⁸⁷

Faculdade Católica de Rondônia - FCR

RESUMO: O contexto de globalização, no qual o fluxo de bens e pessoas é intenso e contínuo, exige uma adaptação do próprio direito. Colher uma prova no Japão ou citar uma pessoa na Holanda é algo não tão incomum nos dias atuais e isso requer uma estrutura jurídica mais ágil. Desse incremento das relações entre os Estados decorrentes da globalização, surge a necessidade de cooperação entre as Nações. Contudo, a inegável sobrecarga de competência e a imposição de padrões rígidos compromete a almejada celeridade dos processos de cooperação jurídica internacional no Brasil. Neste aspecto, a cooperação entre os Estados deve ser tida como uma obrigação entre as nações, e não mera faculdade. No presente artigo, defenderemos a aplicabilidade do procedimento de auxílio direto, especialmente na viabilização de cumprimento de medidas cautelares (emergenciais) em matéria civil. A nova ferramenta de cooperação jurídica ganhou maior importância e destaque com a promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que trouxe em seu Capítulo II (Da Cooperação Internacional), especificamente no artigo 28, a hipótese da autoridade judiciária brasileira deferir o procedimento de auxílio direto. Espera-se que o presente trabalho sirva de subsídio para esclarecer dúvidas acerca do objeto em análise, colaborando para uma Cooperação Jurídica Internacional efetivamente célere e eficaz.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional. Matéria Civil. Auxílio Direto. Obtenção Transnacional de Provas.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo apresenta como eixo central uma reflexão acerca da importância da cooperação internacional no contexto jurídico contemporâneo, do ponto de vista teórico e prático, destacando-se o auxílio direto como instrumento de cooperação jurídica entre ordenamentos distintos, sobretudo, em matéria civil.

O núcleo central que será abordado na presente pesquisa, que sugere um estudo sobre a cooperação jurídica internacional em matéria civil, é chamar a atenção para a importância do auxílio direto como meio legal para obtenção transnacional de provas, para a comunicação de atos processuais (citações, intimações e notificações) e, em certas hipóteses, para a obtenção de medidas cautelares e de decisões de tutela antecipada no juízo brasileiro.

Com a previsibilidade legal do procedimento de auxílio direto, poder-se-á tornar eficiente e ágil o intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos, ou ainda, entre órgãos judiciais e administrativos de Estados distintos.

O que se pretende, portanto, é analisar a hipótese da autoridade judiciária brasileira em procedimento que não demande cumprimento de decisão de autoridade estrangeira; deferir o procedimento de auxílio direto ou assistência direta, a fim de atingir-se uma efetiva integração jurisdicional e administrativa entre Estados soberanos distintos.

E, considerando que o jurista tem o dever de buscar soluções para que possam ser eliminados, ao menos em parte, os males acarretados pela demora do processo, sabido que, como dizia Carnelutti, “processo é vida”, procura-se impingir ao presente trabalho tal ousadia.

2 ASPECTOS GERAIS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Em virtude das crescentes relações entre os Estados que se deu por meio da globalização, surge à necessidade de cooperação entre as nações. Isso se deve ao fato de as transformações ocorridas nas sociedades afetarem os ordenamentos jurídicos, os quais são forçados a amoldarem-se às novas realidades. Neste sentido, a cooperação entre os Estados deve ser tida como uma obrigação entre as nações, e não mera faculdade.

A intensificação das relações internacionais no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, segundo Eduardo Felipe P. Matias, deve-se, principalmente, a dois fatores:

O primeiro relaciona-se com a consciência do Estado quanto ao fato de que não são autossuficientes, de que o isolamento representa um retrocesso e de que o crescimento está vinculado à cooperação. O segundo fator é a coexistência de múltiplos Estados independentes⁸⁸.

Esse contexto fez com que os Estados se deparassem com problemas que não seria possível resolver sozinhos, ou, pelo menos, resolveriam melhor por meio da cooperação.

Cooperação pressupõe trabalho em conjunto, colaboração. É nesse sentido que toda e qualquer forma de colaboração entre Estados, para a consecução de um objetivo comum, que tenha efeitos jurídicos, denomina-se cooperação jurídica internacional.

Cooperação jurídica internacional, que é a terminologia consagrada, significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Tradicionalmente também incluiria nessa matéria o problema da competência internacional. Além disso, hoje há novas possibilidades de uma atuação administrativa do Estado nessa matéria, em modalidades de contato direto entre os entes estatais.

Carolina Yumi de Souza refere-se a cooperação jurídica internacional como:

um intercâmbio entre estados soberanos, destinando-se à segurança e à estabilidade das relações transnacionais. Tem por premissas fundamentais o respeito à soberania dos Estados e a não impunidade dos delitos. Em sentido lato, engloba todos os atos públicos (legislativos administrativos e judiciais). [...] compreende os atos judiciais não decisórios, de mera comunicação processual (citação, notificação e intimação) e decisória, além daqueles destinados à instrução probatória⁸⁹.

3 O AUXÍLIO DIRETO: O AUXÍLIO DIRETO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO

Em 2004, o Ministério da Justiça constituiu Comissão de Especialistas para elaborar um anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional, em matéria cível e criminal.

⁸⁸ MATIAS, Eduardo Felipe. A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 206.

⁸⁹ SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.71 - maio-junho, São Paulo: RT, 2008, p. 300.

A questão mais explosiva desse anteprojeto do Ministério da Justiça está no procedimento denominado "assistência direta" ou "auxílio direto", que possibilita o intercâmbio direto entre autoridades administrativas e judiciais de estados diversos, ou até mesmo entre juízes, sem o rótulo de carta rogatória ou interferência do STJ.

A propósito, a Resolução 09, do STJ, de 04.05.2005, no seu art. 7º, parágrafo único, prevê que:

Os pedidos de Cooperação Jurídica Internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento do auxílio direto.

O paradigma que pode ser citado para o "auxílio direto" é o "auxílio judiciário mútuo", previsto na Convenção de Auxílio Judicial Mútuo da União Europeia, cujo art. 3º, I, dispõe que:

O auxílio mútuo também é concedido em processos instaurados pelas autoridades administrativas para fatos puníveis nos termos do direito do Estado-Membro requerente ou do Estado-Membro requerido, ou de ambos, como infrações a disposições regulamentares e, quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, especialmente e, matéria penal”.

No Brasil, a Constituição Federal prevê dois procedimentos de cooperação jurídica internacional em matéria civil que reclama, no território nacional, algum tipo de atuação judicial: a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira (art. 105, I, “i”).

A cooperação que reclama atuação apenas de agente administrativo brasileiro é realizada independentemente de carta rogatória, homologação de sentença estrangeira ou extradição. Tal modalidade de cooperação pode facilmente ser enquadrada no "auxílio direto" previsto no art. 7º, parágrafo único, da Resolução 09 do STJ.

O auxílio direto tem por objeto, segundo o Ministério da Justiça:

O auxílio direto diferencia-se dos demais mecanismos porque nele não há exercício de juízo de delibação pelo Estado requerido. Não existe delibação porque não há ato jurisdicional a ser delibado. Por meio do auxílio direto, o Estado abre mão do poder de dizer o direito sobre determinado objeto de cognição para transferir às autoridades do outro Estado essa tarefa. Não se pede, portanto, que se execute uma decisão sua, mas que se profira ato jurisdicional referente a uma determinada questão de mérito que advém de litígio em curso no seu território, ou mesmo que se obtenha ato administrativo a colaborar com o exercício de sua cognição. Não há, por consequência, o exercício de jurisdição pelos dois Estados, mas apenas pelas autoridades do Estado requerido⁹⁰.

⁹⁰ JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo. Disponível na Internet: <<http://www.ambito->

É, pois, o instrumento por meio do qual a integralidade dos fatos é levada ao conhecimento de judiciário estrangeiro para que profira decisão que ordene ou não a realização das diligências solicitadas. O auxílio direto passivo não enseja a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o parágrafo único do art. 7º da Resolução STJ n. 9, cabendo ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, do Ministério da Justiça, as providências junto às autoridades competentes para o seu cumprimento.

Podem ser objeto de auxílio direto a comunicação de atos processuais (citações, intimações e notificações), a obtenção de provas e, em certas hipóteses, a obtenção de medidas cautelares e de decisões de tutela antecipada. Tratados específicos trazem algumas medidas específicas que podem ser obtidas por esse mecanismo. É o caso, por exemplo, das decisões de busca, apreensão e retorno de crianças ilicitamente subtraídas do convívio de um dos pais, nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000).

Ao contrário do que ocorre nos mecanismos tradicionais de cooperação, onde o pedido de cooperação enseja apenas um procedimento, o auxílio direto origina obrigatoriamente dois procedimentos. O primeiro deles nasce com o pedido de cooperação lavrado pela autoridade requerente e, após análise e seguimento pelas autoridades competentes, chega às autoridades do país requerido para formar o *procedimento internacional* do auxílio direto. Em busca do atendimento do pedido, devem tais autoridades buscar o início do procedimento pertinente, que pode ser judicial ou administrativo. Este segundo é um *procedimento nacional*, portanto. Assim é que o auxílio direto, na verdade, forma-se a partir da junção de dois procedimentos específicos e separados: o procedimento internacional, também chamado genericamente de pedido de cooperação ou pedido de auxílio jurídico (este último especialmente no auxílio direto em matéria penal) e o procedimento nacional. O procedimento nacional, por sua vez, pode ser um *processo administrativo*, um *incidente processual judicial específico*, como os pedidos do Ministério Público Federal para a obtenção de quebras de sigilo bancário no Brasil ou uma *ação judicial*, a exemplo do que ocorre com as ações de busca, apreensão e retorno movidas pela União nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

Dessa maneira, o procedimento de auxílio direto permitiria uma classificação. O auxílio direto que envolvesse a atuação de juiz nacional, como, por exemplo, para atos de comunicação processual ou atos de natureza probatória, poderia ser denominado “auxílio direto judicial”; já o auxílio direto que envolvesse a atuação de órgão da Administração Pública, a exemplo de investigações conjuntas do Ministério Público ou de autoridades policiais, poderia ser denominado de “auxílio direto administrativo”. Portanto, as últimas considerações são as seguintes: o auxílio direto, no Direito brasileiro, é o procedimento destinado ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos de Estados diversos, independentemente de carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira, sempre que reclamar de autoridades nacionais atos sem conteúdo jurisdicional.

O auxílio direto judicial, de competência de juízes de 1ª instância, é o procedimento de jurisdição voluntária destinado ao intercâmbio direto entre juízes, sempre que reclamar de juízes nacionais, atos sem conteúdo jurisdicional.

O auxílio direto administrativo é o procedimento administrativo destinado ao intercâmbio direto entre órgãos da Administração Pública, ou entre juízes estrangeiros e agentes administrativos nacionais, sempre que reclamar atos administrativos de agentes públicos nacionais.

O julgamento do auxílio direto judicial no Brasil é entregue aos juízes federais de 1ª instância, nos termos do artigo 109 da CF, seja porque figuram como parte o Ministério Público Federal ou a União, seja porque a medida busca cumprir tratado do qual o Brasil é parte.

À luz das regras constitucionais vigentes e, ainda, de princípios do Direito Internacional Privado, nada impede que apenas a cooperação que reclame jurisdição nacional seja alvo de reconhecimento perante o STJ.

Sobre as outras modalidades de cooperação, que dependem de atos judiciais sem conteúdo decisório, tais como os atos judiciais de comunicação ou de natureza probatória, ou ainda os atos administrativos, não reclamam, necessariamente, o procedimento da carta rogatória ou da homologação de sentença estrangeira.

Nesse ponto, merece aplausos o art. 7º, parágrafo único, da Resolução 09 do STJ, que, embora sem força de lei, é forte indicativo de posicionamento jurisprudencial que se

avizinha quanto à cooperação direta de atos judiciais sem conteúdo decisório ou de atos administrativos.

Entretanto, tanto a jurisdição executiva quanto a jurisdição de urgência, decorrentes ou no interesse de jurisdição cognitiva estrangeira, deveriam ser postuladas perante o juízo nacional que fosse competente para a matéria, segundo a legislação processual interna.

Por outro lado, felizmente o texto do substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, relator do Projeto do novo CPC no Senado (PLS 166/2010) – cuja comissão de juristas que o elaborou, foi presidida pelo Ministro Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça, trouxe em Capítulo II (Da Cooperação Internacional), especificamente no artigo 27, a hipótese da autoridade judiciária brasileira deferir o procedimento de auxílio direto.

O texto em questão está no novo código de processo civil, que em sua publicação, trouxe em seu artigo 28 do Capítulo II, o seguinte enunciado:

Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto:

I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;

II - colheita de provas e obtenção de informações;

III - homologação e cumprimento de decisão;

IV - concessão de medida judicial de urgência;

V - assistência jurídica internacional;

VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Portanto, por conta da necessidade de estabelecimento de regras e procedimentos específicos que possibilitem e facilitem o acesso à justiça para além das fronteiras, a promoção da Cooperação Jurídica Internacional passou a ser prática imprescindível aos Estados soberanos que buscam credibilidade no contexto internacional em matéria civil, via procedimento de auxílio direto ou cooperação direta.

Ainda observou-se que a cooperação judicial precisa acompanhar a crescente internacionalização das relações econômicas e sociais, e desenvolver mecanismos que permitam o máximo de agilidade no trâmite internacional das referidas medidas. A necessidade de uma providência internacional no curso de um processo judicial não pode ser prejudicada em sua viabilidade pelo elevado custo ou tempo de duração.

4 SUBMISSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES NO JUÍZO BRASILEIRO, OBTENÇÃO TRANSNACIONAL DE PROVAS E O AUXÍLIO DIRETO.

Valendo-nos da clássica distinção entre os conceitos, será cabível a concessão de tutela cautelar, quando comprovado, além de *fumus boni iuris*, o risco à efetividade do processo, não havendo, assim, satisfação do direito material que se pretenda tutelar. A tutela antecipada, por seu turno, será cabível quando estiver em risco de perecimento o próprio direito material alegado pelo autor. Trata-se, pois, de tutela satisfativa, através da qual serão antecipados os efeitos de futura sentença de procedência do mérito.

A partir de 1994, nosso sistema passou a conviver com dois regimes distintos: de um lado, o da tutela cautelar (com os requisitos clássicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*) e, de outro, o da tutela antecipada (baseada na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa). Embora positiva, a mudança trouxe consigo dificuldades de distinção. Não raro, pleiteava-se tutela cautelar quando na verdade o que se pretendia era a satisfação imediata do direito e vice-versa. E, costumeiramente, essa incerteza levava ao indeferimento da medida.

Passados vinte anos, o novo CPC adota um sistema muito mais simples. Ele unifica o regime, estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Ou seja, ainda que permaneça a distinção entre as tutelas, na prática os pressupostos serão iguais. Com efeito, o parágrafo único do art. 294 deixa claro que a tutela de urgência é gênero, o qual inclui as duas espécies (tutela cautelar e tutela antecipada). Já o art. 300 estabelece as mesmas exigências para autorizar a concessão de ambas.

Mas não é só. Além de um regime jurídico único, outra grande vantagem é a dispensa de um processo cautelar autônomo. Com efeito, a Lei nº 13.105 de 2015 permite que as medidas provisórias sejam pleiteadas e deferidas nos autos da ação principal. A regra é clara: após a antecipação ou a liminar cautelar, o autor terá prazo para juntar novos documentos e formular o pedido de tutela definitiva. Ainda que os prazos sejam distintos (15 dias na antecipação e 30 dias na cautelar) em ambas as hipóteses o pedido principal será formulado nos mesmos autos, sem necessidade de um novo processo ou do pagamento de novas custas processuais.

Após essas ligeiras noções com as medidas cautelares, é necessário saber qual o procedimento utilizado na obtenção transnacional de prova, ou seja, quando um Estado solicita a outro que obtenha ou produza determinada prova é necessário estabelecer observar-se-á o procedimento do Estado requerente ou do Estado requerido.

Em regra, os procedimentos atinentes à obtenção de prova, bem como os meios adequados para essa busca, são regidos pelo ordenamento jurídico do Estado requerido. Mas o Estado requerente pode solicitar ao Estado requerido que utilize um procedimento especial, previsto no ordenamento daquele para a obtenção da desejada prova.

O Estado requerido, por sua vez, somente pode obstar tal requisição se o procedimento for completamente incompatível com seu ordenamento jurídico, ou por expressa proibição, ou violação da ordem pública; ou, então, por barreiras intransponíveis de ordem prática.

Aspecto questionado e não tratado pelos diplomas internacionais e comunitários é a obtenção de prova pelo Estado requerido por meio que seja ilícito no Estado requerente. Nesse caso, a boa prática demanda que o Estado requerente determine na comunicação (carta rogatória, ou outro instrumento lícito de comunicação judicial) que o Estado requerido não utilize o meio de prova considerado ilícito, como forma de preservar a validade da prova que se deseja.

Nos procedimentos acerca da obtenção de provas no Brasil, distinguem-se duas situações. A primeira, como visto, é a forma tradicional, pela qual o pedido é formulado pela via da rogatória. A segunda alude à possibilidade de que solicitações de cooperação, que não ensejem juízo de delibação, sejam encaminhadas pela via do auxílio direto. Pretende-se que, nos caso em que a autoridade estrangeira deseja informações sobre o andamento de processos no Brasil que não esteja sob segredo de justiça, não haja necessidade de se adotar a via da carta rogatória. Esta tampouco será exigida quando a solicitação de prova a ser produzida no Brasil demandar somente a cognição do juiz brasileiro, desde que não se trate de conferir eficácia a ordem emanada de juízo estrangeiro.

Assim, o auxílio direto serve para atos de cooperação que prescindam do exequatur do Superior Tribunal de Justiça, para os quais os juízes nacionais passam a ter inteira liberdade de apreciação e decisão. O instituto difere da carta rogatória porque nesta, a medida decorre de decisão da autoridade judicial estrangeira, tomada em processo do

qual o juiz nacional não tem conhecimento ou, tampouco, qualquer poder além de conceder ou negar o cumprimento daquilo que lhe foi rogado.

Nas palavras do novo CPC:

Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos:

I - obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso;

II - colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira;

III - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Então, se algum advogado de outro País, como o Sudão, tiver que citar alguma pessoa no Brasil, ele poderá fugir do procedimento de delibação do STJ, e por meio do auxílio direto solicitar que o Brasil, sob sua própria jurisdição e suas regras, ordene a citação daquela determinada pessoa.

A diferença é fundamental, se a citação fosse por meio do procedimento da carta rogatória, o cumprimento da citação se daria por meio das regras que um juiz do Sudão estabeleceu, de forma que teria que passar pelo crivo do STJ. Agora, se for por meio do pedido de auxílio direto, o Sudão abre mão do poder de dizer o direito (Jurisdição) para que o Brasil diga o direito no caso concreto, de maneira que o STJ não precisa avaliar nada, visto que será o próprio Estado brasileiro que estará exercendo a Jurisdição.

A cooperação internacional muitas vezes se confunde com o auxílio direto, porém, existem alguns pontos que os distinguem. O primeiro deles é que o auxílio direto é utilizado quando a medida não decorrer diretamente da autoridade jurisdicional estrangeira, a qual será submetida a juízo de delibação no Brasil. O segundo ponto é que a cooperação internacional, “na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática”⁹¹. O terceiro ponto são os objetos desses institutos, enquanto a cooperação internacional tem por objetos: I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II - colheita de provas e obtenção de informações; III - homologação e cumprimento de decisão; IV - concessão de medida judicial de urgência; V - assistência jurídica internacional e VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira, o auxílio direto tem por objeto: I - obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos

⁹¹ Artigo 26, § 1º-LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

ou jurisdicionais findos ou em curso; II - colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; III - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da necessidade de estabelecimento de regras e procedimentos específicos que possibilitem e facilitem o acesso à justiça para além das fronteiras, a promoção da Cooperação Jurídica Internacional passou a ser prática imprescindível aos Estados soberanos que buscam credibilidade no contexto internacional.

Nesta perspectiva, a presente pesquisa propôs-se a identificar e avaliar a postura das autoridades judiciárias brasileiras frente ao fenômeno da Cooperação Jurídica Internacional, bem como considerar se pode um juízo nacional ser provocado no interesse de estado estrangeiro em cooperação jurídica internacional em matéria civil, via procedimento de auxílio direto ou cooperação direta.

O denominado "auxílio direto" ou "assistência direta" é o destinado ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos de Estados diversos, independentemente de carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira, sempre que reclamar de autoridades nacionais atos sem conteúdo jurisdicional e sem o rótulo de carta rogatória ou interferência do STJ.

Art. 28. Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

Percebeu-se que podem ser objeto de auxílio direto a comunicação de atos processuais (citações, intimações e notificações), a obtenção de provas e, em certas hipóteses, a obtenção de medidas cautelares e de decisões de tutela antecipada.

Semelhantemente, a coleta da prova transnacional que não decorrer de cumprimento de decisão do Estado de origem, pode se fazer diretamente pela autoridade judiciária brasileira, podendo ser colhida por autoridade administrativa.

O auxílio direto que envolvesse a atuação de juiz nacional poderia ser denominado de "auxílio direto judicial"; já o auxílio direto que envolvesse a atuação de órgão da Administração Pública poderia ser denominado de "auxílio direto administrativo".

Em linhas conclusivas, entendemos que o auxílio direto é o caminho para evitar o colapso da máquina judiciária brasileira e para que o STJ possa cumprir efetivamente o seu dever institucional de, com presteza e celeridade, dar resposta efetiva aos pedidos de Cooperação Jurídica Internacional.

Neste aspecto, à luz da Constituição Federal, poderá um juízo nacional, que não seja o STJ ou mesmo uma autoridade administrativa, em procedimento que não demande cumprimento de decisão de autoridade estrangeira, ser provocado no interesse de estado estrangeiro em Cooperação Jurídica Internacional em matéria civil, via o procedimento de auxílio direto ou cooperação direta.

Portanto, apesar de algumas semelhanças, os institutos de cooperação internacional e auxílio direto são diferentes nas aplicações e nos objetos que cada um deles tratam.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de; GAMA JUNIOR, Lauro. *Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=51>. Acesso em 15/05/2016.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Novo CPC regulou normas de cooperação internacional de forma sistemática*. Disponível na Internet: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-17/fabio-bechara-cpc-pacificou-normas-cooperacao-internacional>>, Acesso em 15/05/2016.

JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. *O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo*. Disponível na Internet: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9943#ftn10> Acesso em 13/05/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Revista dos Tribunais, 2015.

MATIAS, Eduardo Felipe. *A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 206. 2005.

RIBEIRO, Ivan Moraes. *Você sabe o que é Cooperação Jurídica Internacional no novo CPC?* Disponível na Internet: <<http://www.capitaljuridica.com.br/artigo.php?id=15>>, Acesso em 15/05/2016.

SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.71 - maio-junho, São Paulo: RT, 2008, p. 300.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, EM ESPECIAL A DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WILLIAN DA SILVA MAGALHÃES

kingmaga@hotmail.com

PATRÍCIA DE OLIVEIRA FRANÇA⁹²

Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar as disposições normativas do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) que combatem a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nessa baila, jurisprudência defensiva é conceituada como sendo toda a decisão exarada pelas nossas Egrégias Cortes Superiores (STF e STJ), que supervalorizam, em detrimento da análise do mérito dos recursos excepcionais, os aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais desses recursos. Tal comportamento possui um nítido propósito, que é desafogar as Cortes diante da enorme quantidade de recursos que chegam diariamente para julgamento. Ocorre que todo esse cenário de valorização ao formalismo exacerbado, desenvolvido durante a vigência do CPC de 1973, foi duramente atingido com a entrada em vigor do novo CPC, o qual previu importantes institutos, dentre os quais, o princípio maior da primazia do julgamento do mérito, que combatem diretamente tais decisões formalistas. Assim espera-se uma verdadeira mudança

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Combate. Jurisprudência defensiva. Superior Tribunal de Justiça.

⁹² Orientadora

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar as disposições normativas do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) que combatem diretamente a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça.

Sob esse prisma, imperioso se faz identificarmos de que forma a comunidade científica conceitua tal instituto, e Faria (2012) conceitua jurisprudência defensiva como “a tentativa desesperada, e orientação velada da jurisprudência de brechar, a todo custo os recursos excepcionais, evitando que os mesmos desemboquem nas Cortes Superiores”.

No mesmo sentido Oliveira (2014) conceitua jurisprudência defensiva como sendo o posicionamento dos Tribunais que criam armadilhas para que os recursos interpostos não ultrapassem o juízo de conhecimento. Concluindo que por intermédio desse posicionamento cria uma interpretação restritiva dos requisitos legais de admissibilidade dos recursos, que acaba por estabelecer novas condições para que o recurso apresentado possa ter o seu mérito analisado.

Nesse ínterim, um grande exemplo de tais decisões obstativas encontra-se no entendimento, já superado, do STJ de denegar o seguimento do Recurso Especial pelo simples fato de ter havido equívoco no recolhimento das custas processuais através da Guia de Recolhimento da União Simples, em vez de Guia de Recolhimento da União Cobrança, (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Ocorre que todo esse cenário de valorização ao formalismo exacerbado foi implementado durante a vigência do Código de Processo Civil revogado, e com a entrada em vigor da Lei n. 13.105/15 que institui o novo Código de Processo Civil, desde 18 de março de 2016, um novo cenário será delineado.

Afirma-se isso, pois o NCPC, através de uma técnica sofisticada, previu o princípio da primazia do julgamento de mérito, o qual reza que *o magistrado antes de proferir decisão sem resolução de mérito, deverá conceder à parte oportunidade para corrigir eventual vício, conforme se extrai, dentre outros, do teor dos art. 4º, 6º, inciso IX do art. 139, 318, Parágrafo único do art. 932 e do §1º do art. 938, todos do NCPC.*

Deste pano de fundo que surge a questão-problema deste trabalho: as novas disposições do NCPC combaterão com efetividade as decisões obstativas da análise do mérito dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores? Nessa trilha o estudo busca analisar todos os institutos previstos pelo NCPC, em especial o princípio da primazia do julgamento de mérito, que atacam frontalmente aquelas decisões formalistas.

Pelo exposto, salienta-se que o presente trabalho será de grande relevância para o meio acadêmico, pois possibilitará uma melhor compreensão da problemática da jurisprudência defensiva, bem como das novas disposições do novo Código de Processo Civil que as combatem diretamente.

No tocante ao procedimento metodológico aplicado para a realização deste trabalho será utilizado o método dedutivo, que se iniciará de uma contextualização geral para só depois tratar do tema central e mais específico.

O tipo de pesquisa científica será a exploratória aplicada, tendo como característica o estudo das legislações aplicadas, doutrinas, jurisprudências, trabalhos acadêmicos dentre outros.

Quanto à técnica de pesquisa, serão realizadas pesquisas bibliográficas, tomando-se por base o que já foi publicado em relação ao tema, de modo que se possa delinear uma nova abordagem sobre o mesmo, chegando a conclusões que possam servir de embasamento para pesquisas futuras.

O trabalho foi organizado em quatro capítulos para melhor compreensão do tema proposto.

No primeiro capítulo encontra-se a explanação da parte introdutória do tema.

No segundo capítulo será apresentado o conceito da Jurisprudência defensiva, bem como serão demonstrados todos os julgamentos das Egrégias Cortes Superiores, a saber o STJ e o STF que a caracterizaram.

No terceiro capítulo serão apresentadas as novas disposições normativas do novo Código de Processo Civil (NCPC) que combatem essa jurisprudência excessivamente formalista, em especial o princípio da primazia do julgamento de mérito.

No quarto e último capítulo serão demonstradas as conclusões obtidas pelo estudo apresentado, no sentido de que o panorama atual do apego ao formalismo

exacerbado quando do julgamento dos recursos excepcionais será alterado frente as novas disposições do NCPD que combatem expressamente a jurisprudência defensiva.

2 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Neste item será focalizada, a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, notadamente do Superior Tribunal de Justiça.

Atualmente, o Poder Judiciário passa por grandes modificações e experimenta uma inserção sem precedentes na vida institucional brasileira. Cada vez mais, os cidadãos buscam resolver suas celeumas litigiosamente no Poder Judiciário. Nesse processo de enxurrada de demandas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), exerce um papel crucial, pois é a Corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito.

Nesse sentido, Macedo (2015) ressalta que “o STJ é a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais, não relacionadas diretamente à [Constituição Federal de 1988](#)”. E conclui que “como órgão de convergência da Justiça comum, aprecia causas oriundas de todo o território nacional, em todas as vertentes jurisdicionais não-especializadas”.

Nessa baila, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), possuem um considerável acervo processual. Dados estatísticos demonstram que para o STF, no ano de 2013 foram distribuídos 27.528 processos, já no ano de 2014, foram 57.799 processos (STF, 2016). No âmbito do STJ, para o ano de 2014, foram distribuídos 386.426 processos, já no ano de 2015, 408.434 processos foram distribuídos (STJ, 2016).

A partir dos dados colacionados no STF, composto por 11 ministros, constatou-se que o número de processos anuais para cada julgador, passou de 2.502, no ano de 2013, para 5.254 processos no ano de 2014. Já no STJ, cuja composição é de 33 ministros, o número de processos anuais para cada julgador, passou de 11.709, no ano de 2014, para 12.376 processos no ano de 2015.

Diante disso, constata-se que, a cada ano, o número de processos distribuídos às Cortes Superiores vem aumentando vertiginosamente, o que, associado à manutenção do número de julgadores, poderá ocasionar um verdadeiro colapso ao Poder Judiciário. Frisa-se que esse estouro que houve de demandas judiciais no Brasil, foi causada, sobretudo, pela cultura de litigância, que somente enxerga na jurisdição contenciosa o único meio capaz de solucionar as controvérsias existentes.

No mesmo sentido, Filho leciona (2012, p. 34-35):

Porém, ainda nesse mesmo cenário também é possível detectar uma supervalorização dos métodos oficiais distribuidores de justiça, fato este que se concretiza com o depósito de esperanças individuais e coletivas no Poder Judiciário, visto como um verdadeiro superórgão [sic] capaz de resolver todas as diferenças existentes entre os indivíduos. No descrito contexto edifica-se a crise do sistema judicial brasileiro, especialmente pela sua incapacidade em atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira.

Segundo essa linha de raciocínio, Filho (2012, apud SALLES, 2006, p. 39) conclui dizendo que essa cultura da litigância pregou uma pecha na ideia coletiva de que toda e qualquer demanda necessitaria ser judicializada e resolvida de forma coercitiva, renegando-se, com isso, os outros meios de solução de conflitos, como o da arbitragem e o da mediação, e.g., que auxiliariam sobremaneira o judiciário na pacificação social dos conflitos.

Por outro lado, conforme exposto alhures, a crescente judicialização experimentada pelo Brasil, não está atrelada somente à questão da cultura da litigância, pois seria por demais reducionistas outorgar ao Poder Judiciário a raiz dessa litigiosidade exacerbada. Segundo Filho (2012, p.38), essa problemática possui motivações de origens variadas, como os elementos familiares, religiosos, políticos, históricos e éticos. E conclui que é preciso, pois, levar em conta todos esses elementos no processo de estudo da expansão da judicialização dos conflitos.

Ocorre que ao contrário do que se esperava, a expansão das demandas judiciais foi encarada de forma negativa pelas Cortes Superiores que, para enfrentá-la, criaram centenas de entendimentos modelo, onde o formalismo exacerbado prevalecia sobre qualquer análise de mérito das demandas, de sorte que tais entendimentos, muito criticados pela doutrina brasileira, ficaram conhecidos como jurisprudência defensiva.

Nessa baila, jurisprudência defensiva passou a ser conceituada como sendo toda decisão judicial que, a margem da lei, criava entraves ou armadilhas para obstar a análise de mérito dos recursos, conforme se observa a lição dos doutrinadores abaixo descrita:

Denomina-se jurisprudência defensiva o posicionamento dos Tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ), que coloca aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais como obstáculo para o exame de mérito dos recursos. Tal comportamento possui um propósito claro, que é desafogar as cortes diante da enorme quantidade de processos que chegam diariamente para julgamento. (FREITAS, 2012, p.1).

No mesmo raciocínio, Oliveira (2013, p.1) leciona que a jurisprudência defensiva a atividade dos tribunais de criarem métodos para que os recursos interpostos não ultrapassem o juízo de conhecimento:

Basicamente, denomina-se de jurisprudência defensiva a atividade dos Tribunais de “instituírem” armadilhas para que os recursos interpostos não ultrapassem o juízo de conhecimento. Por intermédio de uma interpretação restritiva dos requisitos legais de admissibilidade, os quais se mostram deveras abstratos e metamorfoseados a fórceps em conceitos jurídicos indeterminados, além de muitas vezes controvertidos entre as turmas que compõe a Corte ou entre as próprias Cortes (rememore-se, v.g., o entendimento divergente entre STJ e STF a respeito do prequestionamento), os Tribunais acabam por estabelecer novas condições a serem cumpridas para que a irresignação apresentada possa ter o mérito analisado. (OLIVEIRA, 2014, p.1).

Feitos estes esclarecimentos prévios, passemos a abordar algumas das decisões nominadas de jurisprudência defensiva exaradas pelas Egrégias Cortes Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça.

A primeira decisão trazida à baila, refere-se ao antigo entendimento, já superado⁹³, do STJ de denegar o seguimento do Recurso Especial pelo simples fato de ter havido equívoco no recolhimento das custas processuais através da Guia de Recolhimento da União Simples, em vez de Guia de Recolhimento da União Cobrança, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREPARO. COMPROVAÇÃO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. NÃO OCORRÊNCIA. GUIA DE RECOLHIMENTO DIVERSA. DESERÇÃO. SÚMULA 187/STJ. 1. No caso, o recolhimento do preparo (custas e porte de remessa e retorno) foi efetuado por meio das guias de recolhimento GRU Simples, e não das guias de recolhimento GRU Cobrança, contrariando o previsto na Resolução STJ n. 1/2014. 2. Consolidou-se nesta Corte de Justiça a compreensão de que o recolhimento do preparo em guia diversa daquela prevista na resolução em vigor no momento da interposição do recurso leva ao reconhecimento da deserção. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Outra decisão caracterizada como jurisprudência defensiva encontra-se no entendimento consolidado, tanto do STJ quanto do STF, de não se admitir, em sede excepcional, recurso que não esteja assinado pelo procurador do recorrente, por considerá-lo inexistente, porém,

⁹³ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1498568/SP, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015 e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 711.391/MT, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 14/12/2015.

em sede ordinária, o entendimento é de que tal erro se trata de uma mera irregularidade, passível de correção, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL SEM ASSINATURA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação segundo a qual é inexistente recurso apresentado na instância especial sem a assinatura do advogado da parte. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2016).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. [...] 2. Recurso extraordinário sem assinatura. Inexistência. 3. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Efeitos infringentes. Não configuração de situação excepcional. Impossibilidade. 4. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Como se observam nos entendimentos colecionados acima, assim como em outros, a jurisprudência defensiva prega, de forma contundente, o formalismo exacerbado, em vez de concorrer para a justa solução do direito.

Quanto à questão do formalismo excessivo aplicado nas decisões das Cortes Superiores, Hirsch (2007, p. 120) aborda que o formalismo é uma patologia na realidade brasileira que, em vez de concorrer para o desenvolvimento do direito, aniquila o próprio direito de fundo, atrasando de forma desproporcional a solução das demandas judiciais, e que o sistema brasileiro possui meios suficientes para superar esse formalismo, porém necessitaria de uma profunda mudança de mentalidade, primeiro dos juízes e tribunais e, após, dos legisladores e administradores.

Em severas críticas à jurisprudência defensiva também, Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva, lecionam que tais decisões deturpam a imagem dos Tribunais Superiores que deveriam atuar com retidão em fiel cumprimento à lei, senão vejamos:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei, (AMARAL; SILVA, 2013, p. 6 Apud MEDINA, 2013).

Nessa linha, Alexandre Freitas Câmara, lecionada que as decisões obstativas do exame de mérito, sempre estiveram presentes nos Tribunais Superiores, e a sua existência acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça⁹⁴, como podemos verificar abaixo:

Não obstante isso, sempre foi muito grande o número de decisões obstando o exame de mérito (de processos e de recursos), o que gerou até mesmo um movimento nos tribunais que ficaria conhecido como “jurisprudência defensiva. A existência de uma jurisprudência defensiva, porém, com a criação de obstáculos ao exame do mérito de processos e recursos, acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça [...]. (CÂMARA, 2016, p. 20).

Pelo exposto, imperioso salientar que com a entrada em vigor do NCPC (Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), afastou-se boa parte dessas decisões obstativas dos recursos, bem como superou diversas súmulas que também dificultavam a análise do mérito dos recursos, conforme abordaremos no próximo capítulo.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei nº 13.105, sancionada em 16 de março de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016, que instituiu o novo Código de Processo Civil, vem provocando uma grande expectativa na comunidade jurídica brasileira quanto a sua efetividade no combate à jurisprudência defensiva. Por outro lado, a revogação do Código de Processo Civil de 1973 - Código de Buzaid - depois de quatro décadas de vigência e muitas reformas legislativas, apresentou-se como uma mudança necessária diante de um cenário de profundas alterações socioculturais.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, que expressamente garante o direito de acesso à jurisdição, surgiu uma maior conscientização dos cidadãos, com o conseqüente crescimento no volume e na complexidade das demandas submetidas ao Poder Judiciário. Tal fenômeno, aliado a uma economia de massa, ao crescimento populacional e à falta de estrutura, tem gerado enormes dificuldades para a garantia da efetiva prestação jurisdicional.

O NCPC, portanto, surge voltado para uma tutela dos direitos de forma satisfativa e que observe a garantia da razoável duração do processo. Vale dizer, mais do que apenas declarar o direito, a jurisdição agora deverá atender às exigências da esfera material (princípio da primazia do julgamento de mérito), o que decreta de morte toda jurisprudência que privilegiava o formalismo exacerbado em prol do julgamento de mérito dos recursos.

Sobre o princípio da primazia do julgamento de mérito Câmara leciona (2016, p.21):

⁹⁴ O direito de acesso à Justiça possui previsão expressa no inciso XXXV, do art. 5º da CF/88 e no art. 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

Pois o art. 4º do CPC de 2015 faz alusão a dois princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior) e o da *primazia da resolução do mérito*. É que o aludido dispositivo expressamente afirma que “[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” [...] Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o *princípio da primazia da resolução do mérito*. Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva [...]

Por sua vez, Cunha (2016, p. 134) também leciona:

O art. 4º do novo CPC estabelece que as partes têm direito de obter em prazo razoável “a solução integral do mérito”. Além do princípio da duração razoável, pode-se construir do texto normativo também o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito.

Feitas essas breves notas introdutórias, passaremos agora a tratar especificadamente das disposições do NCPC, mormente as disposições que se aplicam especificadamente à análise dos recursos dirigidos às Cortes Superiores e que combatem a jurisprudência defensiva desses Tribunais, em especial a do STJ, pois foi nesse ponto, qual seja, em sede de recurso, que a jurisprudência defensiva mais se desenvolveu.

A primeira dessas disposições encontra-se prevista no art. 932, Parágrafo único, do NCPC, senão vejamos: “Art. 932. Incumbe ao relator: [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

No mesmo sentido da regra expressa no art. 932 do NCPC, o art. 938, §1º também prescreve que uma vez “constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido 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”.

A segunda disposição do NCPC aplicável ao julgamento dos recursos encontra-se expressa no Art. 1.003, §6º, a qual prescreve que incumbe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. A ausência desta comprovação no momento da interposição do recurso, porém, não acarreta a inadmissão automática do recurso, pois o relator, antes de proferir decisão de não conhecimento do mesmo, determinará a intimação do recorrente

para produzir a prova em cinco dias, senão vejamos: “Art. 1.003. [...] § 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.”.

No mesmo sentido da regra da comprovação da tempestividade dos recursos é a norma contida no art. 1.003, §4º do NCPC, senão vejamos: “Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem”. Restou-se com isso superada a Súmula 216 do STJ, a qual previa que a tempestividade do recurso seria aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data de entrega na Agência dos Correios.

A terceira disposição aplicada aos recursos refere-se à previsão contida no art. 1.007, §§2º e 4º, por força da qual o recorrente deverá ser intimado, no caso de insuficiência de preparo, para complementar o depósito no prazo de cinco dias, e no de não comprovar no ato de interposição, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, deverá ser intimado para realizar o recolhimento em dobro, verificando-se, com isso, a preocupação do NCPC com a observância da primazia da resolução de mérito, bem como com a necessidade de se combater condutas protelatórias, restando-se com isso superada a Súmula 187 do STJ, a qual previa que seria considerado deserto o recurso interposto ao STJ, quando o recorrente não recolhesse, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos, conforme veremos:

Art. 1.007. 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. [...] § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. [...] § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

Tratando-se ainda sobre a questão do preparo do recurso, destaca-se o disposto no art. 1.007, § 7º, que reza que “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”. Nesse ponto, Câmara (2016, p. 24) leciona que “elimina-se, aqui, aquela que talvez tenha sido a principal causa de prolação de decisões afinadas com a ‘jurisprudência defensiva’: a dos erros no preenchimento de guias de recolhimento de custas.

Quanto ao Recurso Especial e o Recurso Extraordinário encontramos NCPC o disposto no art. 1.029, § 3º o qual prescreve que “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Quanto a esse dispositivo Câmara leciona (2016, p.24):

Tempestivo que seja o recurso excepcional, porém, o STF e o STJ deverão (e não simplesmente poderão, como consta da literalidade do texto normativo, eis que evidentemente não se trata de faculdade do órgão jurisdicional, mas de um dever que lhe é imposto por princípios fundamentais do ordenamento processual) desconsiderar vícios menos graves (como seria uma diferença ínfima entre o valor do preparo recolhido e o efetivamente devido) ou determinar sua correção (como se daria, por exemplo, no caso de não estar indicado o endereço eletrônico onde encontrado acórdão invocado como paradigma em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, o que afrontaria a exigência formal resultante do disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC de 2015).

Por fim, encontramos no art. 1.032 do NCPC outra regra de aplicação do princípio da primazia do mérito, trata-se da inovadora regra de conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa, senão vejamos: “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional”.

De leitura cristalina, percebe-se que o disposto no art. 1.032 do NCPC determina que, no caso de o relator do Recurso Especial entender que este versa sobre questão constitucional, não deverá declará-lo inadmissível, mas conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, a fim de em seguida remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. De sua vez, se o STF reputar reflexa a ofensa à Constituição da República alegada em recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, deverá remetê-lo ao STJ para julgamento como recurso especial (CÂMARA, 2016, p. 25).

Ressalta-se, nesse ponto, que existem muitas outras disposições previstas no NCPC que se referem ao princípio maior da primazia do julgamento do mérito, e que se aplicam também, mesmo que de forma indireta ao tema do julgamento dos recursos dirigidos às Egrégias Cortes Superiores, conforme veremos.

O art. 76 do NCPC o qual prescreve que uma vez “Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício”, acabou por superar a Súmula 115 do STJ, a qual previa que na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

Outro dispositivo digno de nota encontra-se no art 218, §4º, o qual prescreve que “os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. [...] § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”, acarretou também a superação da Súmula 418 do

STJ, que previa que os recursos interpostos antes da publicação dos respectivos acórdãos pelos Tribunais serão considerados intempestivos.

Conforme exposto alhures, verifica-se que o novo Código de Processo Civil apresenta pontos elogiáveis, principalmente os referentes aos dispositivos que combatem diretamente a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, porém, somente isso não bastará para que possamos alterar esse quadro de decisões formalistas, é preciso também que, não só a comunidade científica, mas também toda sociedade mude sua forma de agir e pensar, como, e.g., utilize-se cada vez mais dos meios alternativos prescritos no NCPC para a solução pacífica dos seus conflitos.

4 CONCLUSÃO

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, imperou no nosso ordenamento jurídico inúmeras decisões que privilegiavam sobremaneira o formalismo em prol do direito material das demandas.

Conforme exposto alhures, atualmente, o Poder Judiciário passa por grandes modificações e experimenta uma inserção sem precedentes na vida institucional brasileira. Cada vez mais, os cidadãos buscam resolver suas celeumas litigiosamente no Poder Judiciário.

Ocorre que ao contrário do que se esperava, a expansão das demandas judiciais foi encarada de forma negativa pelas Cortes Superiores que, para enfrentá-la, criaram centenas de entendimentos modelo, onde o formalismo exacerbado prevalecia sobre qualquer análise de mérito das demandas.

Nessa baila, a jurisprudência defensiva configurou-se no estabelecimento de filtros ilegítimos por parte dos Tribunais para que o mérito dos recursos a eles dirigidos não fossem conhecidos.

Um grande exemplo de tais decisões encontra-se no antigo entendimento, já superado, do STJ de denegar o seguimento do Recurso Especial pelo simples fato de ter havido equívoco no recolhimento das custas processuais através da Guia de Recolhimento da União Simples, em vez de Guia de Recolhimento da União Cobrança.

Outra decisão caracterizada como jurisprudência defensiva encontra-se no entendimento consolidado, tanto do STJ quanto do STF, de não se admitir, em sede excepcional, recurso que não esteja assinado pelo procurador do recorrente, por considerá-

lo inexistente, porém, em sede ordinária, o entendimento é de que tal erro se trata de uma mera irregularidade, passível de correção.

Ocorre que desde 18 de março de 2016, vige no sistema jurídico brasileiro o novo Código de Processo Civil, o qual trouxe inúmeras disposições que combatem diretamente a chamada jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, em especial a do STJ.

O princípio vetor responsável por todas essas novas disposições anti-formalistas, é o chamado princípio da primazia do julgamento de mérito, o qual encontra-se espalhado em inúmeras disposições do NCPC, e que vem provocando uma grande expectativa na comunidade jurídica brasileira quanto a sua efetividade no combate a essas decisões formalistas.

Um dispositivo onde tal princípio encontra-se inserido, é no art. 1.007, §§2º e 4º, do NCPC, por força da qual o recorrente deverá ser intimado, no caso de insuficiência de preparo, para complementar o depósito no prazo de cinco dias, e no de não comprovar no ato de interposição, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, deverá ser intimado para realizar o recolhimento em dobro, restando-se com isso superada a Súmula 187 do STJ, a qual previa que seria considerado deserto o recurso interposto ao STJ, quando o recorrente não recolhesse, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

Além disso, o estímulo à solução consensual das controvérsias foi uma importante contribuição do NCPC à tentativa de redução da elevada litigiosidade presente no Brasil.

Portanto, o novo Código de Processo Civil representa um momento histórico para o Estado democrático de direito, pois foi o primeiro Código construído e aprovado em um regime governamental livre o que certamente impactará positivamente na efetivação do acesso à justiça, concretizando os direitos fundamentais do cidadão brasileiro, porém, não se pode olvidar que a simples previsão de novas disposições no Código de Processo Civil, não mudará, por si só, esse quadro de decisões que supervalorizam o formalismo em prol do direito material, pois além disso, necessitará de uma verdadeira mudança cultural de toda sociedade para o trato da solução de seus conflitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A Jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores: A doutrina utilitarista mais viva que nunca. In: ECONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23, 2014, Florianópolis. **Processo e Jurisdição II: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=198>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Jurisprudência defensiva no projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/70)**. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,jurisprudencia-defensiva-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-pls-1662010,47276.html>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Constituição (1988). [Constituição da República Federativa do Brasil](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. [Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. [Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Código de Processo Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 606.623/RJ, Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª REGIÃO), Brasília, DF, julgado em 08/03/2016. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=assinatura&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1481433/ES, Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, julgado em 20/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=assinatura&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 922056, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Brasília, DF, julgado em julgado em 16/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28assinatura%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/lwokdn5>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região**. Edição Especial, São Paulo, Ano XXVII, 128, p.19-24, Jan./Mar. 2016. Disponível em: < <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=2561>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicus Furtado et al. **O novo CPC: breves anotações para a advocacia**. Disponível em:< <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160215-01.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

FARIA, Marcio Carvalho. **Novo CPC vs. A jurisprudência defensiva**. In: *Revista de Processo*, v. 210, p. 263-302, Ago 2012.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A Cultura da Litigância e o Poder Judiciário: Noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça brasileira. In: ECONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21, 2012, Uberlândia. **Anais eletrônicos do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

FREITAS, Theonio. [O novo CPC e a jurisprudência defensiva](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 20, n. 4319, 29 abr. 2015](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

HIRCH, Fábio Periandro de Almeida. **Ofensa Reflexa à Constituição**: Críticas e propostas para a jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal brasileiro. 2007. 209 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10783> >. Acesso em: 08 mar. 2016.

MACIEL, José Alberto Couto. **O princípio da primazia da resolução de mérito no novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**. Disponível em:< <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234658,91041-O+princípio+da+primazia+da+resolucao+de+merito+no+novo+CPC+e+sua>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. [STJ REsp 1.498.623: jurisprudência defensiva e ilusória evolução](#). Disponível em: < <http://portalprocessual.com/stj-resp-1-498-623-jurisprudencia-defensiva-e-ilusoria-evolucao/>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DO RIO GRANDE DO SUL. **Novo Código de Processo Civil anotado**. Disponível em:< http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas Processuais**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/> >. Acesso em: 08 mar. 2016.

O PARADOXO DA PRETENSÃO DE SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DE LUHMAN SOBRE SOCIEDADE E DIREITO

BRUNO CARLOS PASTORE
brunopastore@gmail.com
Faculdade de Rondônia - FARO

RESUMO: O Direito pode ser visto como um grande sistema jurídico-normativo destinado a ordenar a sociedade, com vistas a combater o caos social. A Jurisdição pode ser encarada como um sistema do Direito que objetiva fazer valer, de forma concreta, aquela ordem, que visa a paz social. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil), pode ser vista como método da jurisdição civil, como um subsistema normativo. Segundo renomados doutrinadores, o novo *Codex* haverá de simplificar o processo, torná-lo mais coeso e seguro, daí contribuindo para a missão da Justiça de pacificação social. Com tais conceitos em mente, busca-se extrair da teoria de Niklas Luhmann sobre a sociedade e o direito uma visão do paradoxo que há nessa pretensão de simplificação das relações sociais judicializadas. O excesso de princípios e regras jurídicas disputando incidência normativa nos casos concretos é abordado como paralelo ilustrativo do paradoxo em foco.

Palavras-chave: Novo CPC. Complexidade. Luhmann. Sociedade. Direito

1 INTRODUÇÃO

A exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (CPC) promete que este Diploma simplificará a relação de conflito que se desenvolve perante o Poder Judiciário. Argumenta-se que a codificação processual revogada já estava toda remendada, gerando certa complexidade na sua interpretação e aplicação, de modo que não mais atendia as expectativas dos jurisdicionados por um processo mais simples e resoluto.

Niklas Luhmann é um grande sociólogo alemão que desenvolveu uma teoria própria sobre a sociedade a partir do pensamento sistêmico. Ele aborda como a quebra da complexidade social gera complexidades sociais; ele acentua de forma peculiar um paradoxo. Pretende-se aplicar sua teoria sobre o discurso de que o novo CPC simplificará a relação jurídica processual, que é uma relação em contraditório entre os membros da sociedade.

Tal sobreposição tórica é feita, ao final, com base nas teorias normativas em torno da dicotomia entre regras e princípios jurídicos.

2 CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA PROCESSUAL DE DIREITO E SOCIEDADE E EXPECTATIVAS DO NOVO CPC

É consensual na doutrina processual clássica o discurso de que a vida em sociedade pressupõe normatização do comportamento. Surge o direito como conjunto de normas gerais, abstratas e positivas disciplinadoras da vida social. Daí o famoso brocardo jurídico *ubi jus, ibi societas; ubi societas, ibi jus*. O direito e a sociedade, sob essa ótica, podem ser ilustrados como faces da mesma moeda; um pressuposto do outro.

Considerando a complexidade com que se travam as relações sociais, é impraticável evitar conflitos a respeito dos mais variados aspectos das normas jurídicas, as quais fixam pautas de condutas que, naturalmente, podem ser descumpridas. Eis que o direito, enquanto mecanismo essencialmente abstrato de controle social, por si só, é incapaz de sujeitar as pessoas aos seus comandos normativos.

Surge, então, a jurisdição. Um poder e dever do Estado no escopo de “restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade” (CARNELUTTI, 1956, p. 3), mediante a tão falada hoje “justa composição da lide”.

O Código de Processo Civil, nessa esteira, consiste no conjunto de normas que regulamenta o principal método estatal de composição dos litígios⁹⁵; é o mais importante instrumento da jurisdição, visto que abarca a maioria das espécies de conflitos.

Tamanha abrangência calha no acúmulo de demandas sob gestão da jurisdição civil. Os processos ficam parados⁹⁶, gerando um enorme problema social, na medida em que os conflitos não são resolvidos e, pior, vão se transformando no transcorrer do tempo, de modo que a Justiça não consegue acompanhar o dinamismo social acelerado. A indefinição prolongada da questão social judicializada pode agravar a tensão entre os litigantes e tornar mais difícil a pacificação social.

O Poder Judiciário brasileiro está mergulhado em descrédito popular. Sua lentidão e ineficiência prática no cumprimento de seu mister de pacificação social o leva a índices alarmantes de insatisfação social⁹⁷.

São tais questões, além de outras obviamente também importantes, que direta e indiretamente motivaram a elaboração do novo Código de Processo Civil. Na respectiva exposição de motivos é categoricamente afirmada a sua aptidão para um processo mais célere, justo, rente às necessidades sociais, menos complexo, menos burocrático; é expressamente afirmado ter-se operado uma simplificação do sistema processual que, mais coeso, permitirá ao juiz centrar sua atenção de modo mais intenso no mérito da causa. Vejamos um trecho síntese da exposição de motivos:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

⁹⁵ Art. 15 do novo CPC: “Na ausência de normas que regulamentem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

⁹⁶ Segundo pesquisa divulgada pelo Ministério da Justiça (Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Brasília: Ideal, 2007, p. 23, apurou-se que simplesmente 80% a 95% do tempo total de tramitação dos processos se deve ao cumprimento de rotinas internas do cartório.

⁹⁷ Nas palavras de LUIZ FUX, Ministro do STJ, o qual integrou a comissão de juristas destinada à elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil: *É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.*

O que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado “processo de resultados” (THEODORO JR, 2015, p. 29):

É, destarte, uma regulamentação nova, comprometida com a instrumentalidade, adequada à realização plena e efetiva do direito material em jogo no litígio, singela, clara, transparente e segura quanto ao procedimento o que se pode esperar de um novo Código, que seja superior às vaidades do tecnicismo e que seja concebido com firmeza, objetividade e coerência com o programa moderno de *processo justo*, que, enfim, os órgãos encarregados da prestação jurisdicional se preparem, convenientemente, para pô-lo em prática, com fidelidade à letra, ao espírito e aos propósitos da reforma.

Para uma expectativa de que o novo CPC reduzirá a complexidade do sistema processual mais importante do Brasil e, doravante, teremos uma jurisdição civil mais simples, célere e eficiente, menos tecnicista e burocrática, com maior potencial de composição dos litígios e pacificação social⁹⁸. Esse é um discurso compartilhado pela comunidade jurídica processual atual, ecoa nas academias e palestras, nos livros e artigos, embora de forma bem borbulhante ainda.

3 O PARADOXO DA QUEBRA DA COMPLEXIDADE EM NIKLAS LUHMANN

A abordagem que adiante se faz sobre a sociedade e o direito baseia-se na obra “Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica” (LOPES Jr., 2004).

Para compreender a sociedade e o direito em Luhmann é preciso falar de sistema e ordem social – ordem essa histórica, emergente e mutável. Ele teoriza acerca da gênese e manutenção da ordem social partindo do que vai chamar de “complexidade” e “dupla contingência”.

Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos possíveis, uma infinidade de fenômenos sem sentido e função, onde o cenário é confuso, irreal e carente de limites, com tantas variáveis que impraticável ou impossível processá-las; não nos

⁹⁸ Esse argumento de pacificação social já poderia ter sido substituído pelos manuais. Não é heresia ou excesso afirmar - contrariando a teoria geral do processo segundo doutrinadores tradicionais - que a jurisdição não pacifica a sociedade, ms apenas elimina conflitos no mundo jurídico. O conceito de paz social é muito abrangente, dependendo dos mais variados pontos de vista, tal como o religioso, o filosófico, o sociológico e o jurídico. Assim, a concepção jurídica de paz social só pode ser apreendida juridicamente, apenas em seu próprio mundo jurídico (virtual) realiza pacificação. Quando, aliás, pessoas humanas entram em disputa judicial, tal como dois vizinhos litigando sobre direito de vizinhança, por exemplo, dificilmente estarão em paz nos seus relacionamentos intersubjetivos após o trânsito em julgado da sentença.

deparamos ainda com uma situação de realidade e de ordem social, mas sim de caos puramente. O caos se opõe à ordem social e essa ordem haverá de surgir, portanto, em meio ao caos.

Esse caos se quebra quando seleciono um dos mundos possíveis e, assim, reduzo a complexidade inerente, daí surgindo a ordem. Uma vez se introduza alguma forma de ordem nessa ausência de contornos, tem-se a diminuição da complexidade a partir da afirmação de uma preferência, tornando um dos mundos virtuais como real. Assim vislumbra-se o início da sociedade.

A dupla contingência, por sua vez, pode ser explicada partindo-se de uma situação hipotética originária de contato entre dois indivíduos no âmbito dessa complexidade ainda não reduzida em forma alguma. Devido à ausência de expectativas quanto ao comportamento alheio, espera-se o inesperado, isto é, nada é previsível onde tudo é possível e, assim, não há comunicação, de sorte que a desordem segue da desordem não rompida, até que uma ação, afirmação ou preferência instala algum tipo de ordem, propondo a comunicação.

A comunicação, portanto, quebra a dupla contingência na relação intersubjetiva entre os sujeitos. Mas num estado puro de complexidade não ocorre, naturalmente, essa quebra, pois a ordem é que fixa expectativas e as mesmas ainda não existem nesse cenário imaginário.

Tratando-se de comunicação, os sistemas sociais se estruturam de expectativas. Ali onde reduzida a complexidade aparece o esperável. As expectativas devem ser comuns e compartilhadas, expectativas de expectativas, solucionando assim o problema da dupla contingência.

Nesse raciocínio, a comunicação é o elemento fundador do social, de sorte que, para Luhmann, não é a soma de indivíduos que forma uma sociedade. Esta é formada por comunicação, que gera comunicação a partir de comunicação.

A comunicação é redução da complexidade (caos), de sorte que existem reduções após outras, sucessivas e contínuas delimitações do possível, formando sistemas e subsistemas sociais, entre os quais está o direito e, dentro dele, o ramo processual que, por sua vez, tem origem científica vinda de uma desvinculação do ramo substancial ou material –

é como se uma célula se dividisse em duas – de forma curiosamente paradoxal, no sentido de reduzir e criar complexidade ao mesmo tempo.

A figura de um organismo vivo é ilustrativa dessa teoria. Uma célula pode ser vista como aquilo que se diferencia do meio no qual está inserida, tendo capacidade de autorreprodução e dependendo, para isso, apenas de suas próprias operações internas, realizando com o meio externo apenas trocas.

O ordenamento jurídico surge como um sistema cogente, composto de comunicação especializada, formando ali uma sociedade própria.

Toda essa engrenagem de sistemas é consequência da modernidade. Não no sentido de desenvolvimento social como evolução ou progresso qualitativo, mas sim do ponto de vista puramente sistêmico, e que segue na prática social em forma de desencaixes, formando um tecido social imprevisível e complexo; muito dinâmico e acelerado na era digital de hoje.

Nessa abstração, se concebe o direito como sistema social. Sua função é produzir, segundo sua programação de sentido: legalidade/ilegalidade ou juridicidade/antijuridicidade. Isso faz através dos seus mais variados mecanismos, ou seja, por meio de suas operações internas – autolegitimação.

O direito cria direito a partir do direito e de forma institucionalizada. O direito faz nascer o conflito quando o define com tal, depois procura resolvê-lo através de suas próprias operações. Daí se pode afirmar que o direito é um sistema autopoietico ou autoreferencial.

É nesse sentido paradoxal que o direito, para Luhmann, é capaz de reconstruir um novo sentido para o direito a partir do próprio direito.

É a partir de suas próprias estruturas que o direito faz o acoplamento estrutural com outros sistemas, filtrando e absorvendo aquilo que é necessário para suas estruturas desenvolverem a autopoiesis. Nesse processo, o sistema usa seu código binário para bloquear, pelo fechamento operativo e sem isolar-se do meio, as perturbações provenientes do ambiente ou de outros sistemas.⁹⁹

Decisão legítima, do ponto de vista social, seria aquela que se admite sem crítica. Toda legitimação é autolegitimação, não existe legitimador comum ou superior. A extensão do consenso no meio social se vê favorecida por um mecanismo adicional, fruto da modernidade, a institucionalização. O direito criou várias instituições sociais. Consistem elas

⁹⁹ <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1524/1528> (Acesso em 07.09.2015)

na generalização de consenso pressuposto: os indivíduos consentem por antecipação nos resultados do funcionamento institucional. O critério legitimador da atividade institucional é o procedimento. Os órgãos jurisdicionais são um exemplo bem nítido. Quando o direito produz o direito valendo-se dessas instituições jurídicas, criadas pelo próprio sistema jurídico, estamos diante do fenômeno da jurisdicização¹⁰⁰ (HABERMAS, 1981, p. 522-547).

As instituições jurídicas trabalham com a normatividade, uma função relacionada à reprodução de expectativa de comportamento generalizada de modo congruente no temporal, material e social, com dinamismo. A segurança que torna esperável o comportamento próprio e alheio sob pautas comuns é possível graças ao direito.

A alteração de normas é regida por normas – somente a partir do direito se produz o direito. A própria jurisprudência produz norma, sendo um subsistema do direito, e assim temos uma concepção Luhmanniana da sociedade e direito, com algum enfoque processual.

A sociedade pressiona o sistema jurídico para que abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade, isso requer um aumento da complexidade do sistema, traduzido-se em jurisdicização, o que o novo CPC acabou por operar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto como Niklas Luhmann e processualistas modernos concebem a sociedade e o direito, importa confrontar a expectativa de que o novo CPC simplificará o sistema processual civil¹⁰¹ e, conseqüentemente, melhorar a qualidade da tutela jurisdicional¹⁰², de sorte a alcançar a pacificação social¹⁰³.

¹⁰⁰ “A expressão *jurisdicização* refere-se de maneira geral ao facto, que se pode observar nas sociedades modernas, de o direito escrito ter tendência a aumentar. Este aumento corresponde a dois fenômenos: a *expansão* do direito, ou seja: a regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais, e a *densificação* do direito, ou seja: a decomposição, por especialistas do direito, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses normativas mais especificadas”.

¹⁰¹ O CPC é a possibilidade de simplificarmos, desburocratizarmos todo o processo civil. Abre a perspectiva concreta de uma justiça mais veloz, mais célere, que é uma das mais importantes e antigas reivindicações da sociedade brasileira — comentou o senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES) durante a votação da proposta. In: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/02/senado-avanca-na-modernizacao-de-codigos-legais>

¹⁰² Essa tutela, por sua vez, será legítima na medida em que permite a participação das partes através do procedimento realizado em contraditório, associada à observância da legalidade inerente à garantia do devido processo legal. Nesse sentido, o processo só será justo quando o juiz, atento à disciplina legal, possibilitar a participação adequada e equilibrada dos indivíduos. (PINHO, 2012)

¹⁰³ “A *pacificação* é o escopo magno da *jurisdição* e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício)” (GRINOVER, 2009, p. 384)

A paz social é conceito doutrinário que se traduz na teoria de Luhmann como redução da complexidade. O juiz, ao aplicar o direito ao caso concreto, simplifica todas as questões envolvidas na complexa relação jurídica processual mediante uma programação bipolar: procedência ou improcedência (parcial ou total). A paz não é tomada como tranquilidade e segurança das pessoas.

É justamente em conferir certeza e concretude ao direito no caso concreto que reside a função de pacificação social afeta à jurisdição. Essa pacificação corresponde à quebra da complexidade a partir do próprio direito, daí sua autopoiesis.

Doutrinadores trilham um caminho essencialmente dogmático, comprometido em analisar o novo CPC intrinsecamente quanto à sua coerência e coesão sistêmica, comparando-o com o Código revogado para afirmar que houve simplificação. Sob um ângulo diferente, porém, é possível entender que continua-se produzindo legalidade/ilegalidade, procedência/improcedência ou provimento/improvemento, com base na autopoiesis do direito.

Humberto Theodoro Jr (2015), Fredie Didier Jr. (2015), Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (2015), Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2015) são uníssonos em afirmar que o novo CPC confere aos princípios força normativa diretamente incidente sobre os casos concretos judicializados.

Ocorre que a regra, diferente do princípio, é que tem uma função redutora da complexidade, conferindo ao sistema normativo maior segurança jurídica. O comando normativo da regra é bipolar no regramento do comportamento do destinatário (jurídico ou antijurídico; legal ou ilegal; tudo ou nada), como num procedimento de subsunção *silogístico* (ALEXY, 1988, p. 9-10).

Mas, segundo a concepção de normatividade atual do direito brasileiro, a regra não tem preferência diante de um princípio, embora este seja essencialmente mais amplo, abstrato e vago em delimitar o comportamento. Didier (2015, p. 41) afirma que “o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica”.

A Carta Magna está recheada de princípios. É consagrada na doutrina como dotada de força normativa própria, autônoma e diretamente incidente sobre as questões sociais judicializadas. É comum assistirmos juízes decidindo com base puramente em princípios, mediante um exercício argumentativo de interpretação quanto aos efeitos que eles devem

irradiar sobre o caso individualizado, assim aplicando o direito e, em tese, pacificando a sociedade.

A doutrina do novo CPC mantém em seu dogma todos os princípios processuais do CPC revogado e, não bastasse a grande quantidade, anuncia ainda outros novos, princípios e subprincípios, todos como tendo força normativa própria e direta.

Todo esse emaranhado de normatividade, pois, só tem a complicar o sistema processual. Um dos novos princípios, por exemplo, é o do “autorregramento da vontade do processo”, que permitirá aos litigantes flexibilizar o procedimento e, nisso, torná-lo, sob certo ponto de vista, mais complexo. Como visto na teoria de Luhman, a quebra da complexidade é paradoxal, pois também cria complexidade.

De toda sorte, usando-se a teoria de Alexy ou a de Dworking, a partir do momento em que se concebe o Direito como um conjunto de regras e princípios, o conjunto de normas que se reconhecem como válidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos pontos de conflito. (DIDIER, 2015, p. 42)

Os princípios têm importância função na atividade jurisdicional, pois vivemos numa evolução social constante e dinâmica, de modo que as regras não alcançam o fato social e, assim, os juízes têm nos princípios conceitos mais abrangentes para aplicar o direito ao caso concreto. O problema é que a racionalidade necessária nessa tarefa é igualmente trajeto amplo, dando margem a múltiplos entendimentos.

Assim, não se pode negar o potencial de gerar-se mais insegurança jurídica com tamanha consagração dos princípios, num efeito contrário ao propósito de pacificação social.

A insegurança jurídica no Brasil atualmente é avassaladora. Um advogado jamais pode dizer ao seu cliente que a causa é ganha, embora a regra possa ser clara. Fredie Didier adverte (2015, p. 42) – acerca do que a doutrina vem chamando de neoconstitucionalismo, neoprocessualismo ou formalismo valorativo – sobre os abusos, excessos e incompreensões que o oba-oba (SARMENTO, 2009) em torno dessas transformações tem causado.

Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas “novidades”: a) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no ordenamento jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; b) supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia

e à separação dos poderes; c) supervaloriza-se a *ponderação* em detrimento da *subsunção*, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema.

Considerando a consagração da força normativa dos princípios no novo CPC, que inclusive cria princípios novos e amplia já existentes, o paradoxo da pretensão de simplificação mostra-se confrontado de modo consistente. Essa abertura para os princípios é chamada de “panprincipiologismo” (STRECK, 2010). Adverte-se:

A crítica ao positivismo literalista na aplicação das normas não nos leva ao extremo oposto, que é uma nova forma de discricionariedade/decisionismo judicial: agora não mais quando há lacuna/antinomias, mas em qualquer caso. (HUMBERTO Jr., 2015, p. 62)

O novo CPC reconhece a força normativa da Constituição Federal¹⁰⁴ e consagra de forma expressa os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade¹⁰⁵, que servem de mecanismo de solução quando ocorre colisão entre princípios. Isso demonstra como a teoria dos princípios está bastante ampliada e complexa como fenômeno jurídico, sendo perfeitamente visualizável na prática forense, ora de maneira positiva, ora negativa, dependendo do ponto de vista.

É claro que os princípios têm importantíssima função na atividade jurisdicional, pois vivemos numa evolução social constante e dinâmica, de modo que as regras não alcançam o fato social e, assim, o juiz tem nos princípios conceitos mais abrangentes. O problema é que a racionalidade necessária nessa tarefa é igualmente trajeto amplo, dando margem a múltiplos entendimentos, ao sabor e sentido do julgador.

Assim, não se pode negar o potencial de gerar-se mais insegurança jurídica com tamanha consagração dos princípios, num efeito contrário ao propósito de simplificação.

A percepção do uso cada vez mais frequente de princípios como fundamento da aplicação do direito foi um dos pilares da elaboração do novo CPC. A pretensão pode ser boa, mas o paradoxo surge qualificado, principalmente após compreender a teoria de Luhmann sobre o surgimento e manutenção da sociedade, bem como o fenômeno abstrato de quebra da complexidade e, ainda, a autopoiesis do direito.

¹⁰⁴ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁰⁵ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. Vol. I. Roma: Società Editrici del Foro Italiano, 1956
- Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. - Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DONIZETTI, Euplídio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Tendências da juridicização*. Tradução de um capítulo de Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns – Band 2 -zur Kritik der funktionalista, Frrankfurt am Miam, Suhrkamp, 198*.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. I – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.
- NIKLAS Luhmann: *Do Sistema Social á Sociologia Juridica/André-Jean Arnaud, Dalmir Lopes Jr. Organizadores; traduções de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andrea da Silva Manão , Flavio Elias Riche*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: Teoria Geral do Processo – São Paulo: Saraiva, 2012*.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades – Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Jus Podivm, 2009.
- STREC, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANTONIO VALDEMIR SOUZA SILVA

sousapvhw@hotmail.com

Faculdade de Rondônia – FARO

ERISON RAMOS

eriramos@bol.com.br

Faculdade de Rondônia – FARO

LORENA MARTINEZ ZANFERRARI

lorena.zanferrari@msn.com

Faculdade de Rondônia – FARO

SONHA MARIA SILVA DE AZEVEDO

sonhaazevedo@yahoo.com.br

Faculdade de Rondônia – FARO

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil (NCPC) trouxe importantes alterações no que diz respeito ao andamento processual. Uma delas é a imposição do legislador na aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no tramite dos processos. Em resumo, trata-se do dever de diálogo entre juiz e partes, incluídos, nesse contexto, o direito da parte de ser informada quanto aos pedidos que tenham sido formulados pela parte contrária, assim como de todos os subseqüentes atos do procedimento, de modo que possa reagir quando for necessário ou adequado e apresentar sua defesa de forma ampla. Estão igualmente protegidos por essas garantias todos aqueles que de algum modo participem do processo, na condição de terceiros ou assistente. Este princípio é considerado por muitos um dos mais imprescindíveis. Sendo considerado um dos únicos presentes de maneira integral em todos os processos e um dos mais respeitados entre os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: princípios, processo, contraditório, isonomia.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa busca verificar a sistemática da Lei 13. 105/2015 no âmbito do princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificando as principais inovações do Novo Código de Processo Civil – NCPC assim como destacar a importância da vinculação do magistrado quanto a esses princípios e como a Constituição influenciou sobremaneira fazendo com que eles fossem cravados no Novo Código de Processo Civil.

No mérito, o estudo proposto por esta Pesquisa tem como base a relevância da pesquisa que na concepção de Cardoso (1995 p.15), destaca com relação a esse tema que: “independentemente do tema escolhido e do tipo de pesquisa conduzido, o pesquisador deve obedecer aos critérios de relevância, contribuição, originalidade e viabilidade, para que seu trabalho não seja infrutífero”.

No caso deste estudo o tema há de ser considerado relevante, pois se encontra em perfeita aderência às ações afetas à atual legislação sendo assim utilizado o método dedutivo baseando-se na pesquisa bibliográfica.

Método proposto pelos racionalistas Descartes, Spinoza e Leibniz que pressupõe que só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro. O raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. Usa o silogismo, construção lógica para, a partir de duas premissas, retirar uma terceira logicamente decorrente das duas primeiras, denominada de conclusão. (GIL, 1999; LAKATOS; MARCONI, 1993)

Esta pesquisa segue o método indutivo e outros auxiliares e será discutido com base na metodologia de pesquisas doutrinárias, consultas a artigos científicos publicados na internet. Em seguida, será apresentada a revisão literária, que será a base para a produção de resultados da pesquisa que terá como parâmetro a comparação do CPC/73 e o NCPC.

2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO E DA AMPLA DEFESA

A doutrina moderna defende que a legitimidade do processo e, conseqüentemente, da decisão judicial, está pautada na observância do contraditório e da

ampla defesa. Nesta senda, Niklas Luhmann afirma: “(...) a cooperação das partes na formação da decisão judicial serve como válvula de escape para ressentimentos e crítica, absorve objeções e promove assim a hipótese, ou pelo menos a possibilidade, de estabelecer a decisão definitiva¹⁰⁶”.

Sobre o tema, Eduardo Cambi também se posiciona:

“(...) embora o procedimento não assegure a exatidão, mas a mera presunção de exatidão do conteúdo da decisão, o modo como disciplina o exercício do poder, mediante a aplicação das garantias constitucionais e o estímulo à efetiva participação dos sujeitos interessados, faz com que o resultado do processo se torne legítimo, vinculando os seus participantes. Afinal, o que caracteriza o processo é a celebração contraditória do procedimento, isto é, o efetivo exercício das situações jurídicas ativas e passivas¹⁰⁷”.

Esse é o princípio que garante a justiça o contraste entre as partes, a chance de provar a verdade e praticar o real exercício do direito. O juiz deve dispor esses meios as partes e participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório.

Este princípio é considerado por muitos um dos mais imprescindíveis. Sendo considerado um dos únicos presentes de maneira integral em todos os processos e um dos mais respeitados entre os princípios constitucionais. Não se resguarda apenas ao processo mas a toda a sociedade, que o tem, como direito fundamental, ultrapassando qualquer barreira, seja ela legal ou moral. O princípio do contraditório é a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e princípio da igualdade das partes.

Ademais, também se tornou importante para a realização de outros princípios constitucionais, como o da isonomia, do direito de ação e do devido processo legal. O art. 9º do CPC, determina que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, com o que se proíbe decisão-surpresa do juiz¹⁰⁸.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, pp.76-77.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

¹⁰⁸“Refere-se o art. 9.º do CPC/2015 àquela que, segundo pensamos, é a manifestação mais básica do contraditório: o direito de ser ouvido. A garantia do contraditório, no entanto, é mais ampla, e compreende também o direito de influir decisivamente nos destinos do processo. Há, pois, o direito de ser ouvido, de se manifestar, e de ter suas manifestações levadas em consideração.”

O novo Código de Processo Civil, finalmente sancionado em 16 de março de 2015 — *Lei 13.105* —, não descurou a moderna linha principiológica que advém do texto constitucional. Pelo contrário, destacam-se em sua redação inúmeras regras que, a todo o momento, procuram assegurar o devido processo legal aos litigantes. Até porque, os fundamentos de um diploma processual devem se nortear, em primeiro lugar, nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal.

3 CONCLUSÕES

Destarte, com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas várias modificações, dentre elas, uma que mais se destaca é a do valor atribuído ao princípio do contraditório, elevando-o ao seu valor constitucional. Atribuindo uma maior efetividade em sua aplicação pelo julgador. Portanto, imperioso que as disposições legais sejam aplicadas de forma efetiva, para que se obtenha uma verdadeira prestação jurisdicional eficaz. Cabendo a nós, como sujeitos de direito, zelar e velar pela sua aplicação.

O princípio do contraditório e da ampla defesa vem esculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º inciso LV, que assevera que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Desse modo, a Constituição Federal não apenas assegurou o contraditório e a ampla defesa como também ampliou sua aplicação nas várias matérias jurídicas e processuais e no âmbito administrativo. Já era de se esperar que o Novo Código supervalorizaria esses dois princípios, visto que a própria Constituição as deixam expressas como garantia fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Novo Código de Processo Civil/ Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curria, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva, 2015

JUNIOR, José Ribamar Veloso. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497> Acessado em: 08/08/2016.

LEITE, Ruano Fernando da Silva. Princípio do Contraditório. Jurisway. São Paulo. 2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=754 . Acesso em: 08/08/2016.

MAIA, M. M. A. F. C. O contraditório e a ampla defesa sob a ótica neoconstitucionalista do processo à luz do paradigma pós-moderno do Direito (de acordo com o Novo CPC). Jus Navigandi. São Paulo. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44129/o-contraditorio-e-a-ampla-defesa-sob-a-otica-neoconstitucionalista-do-processo-a-luz-do-paradigma-pos-moderno-do-direito-de-acordo-com-o-novo-cpc/1> Acesso em:08/08/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. Em: garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, E. L. da; MENEZES, E. M. ***Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação.*** 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. 138 p. Disponível em: https://projetos.inf.ufsc.br/arquivos/Metodologia_de_pesquisa_e_elaboracao_de_teses_e_dissertacoes_4ed.pdf. Acessado em: 08.08.2016

WAMBIER, L. R. O contraditório e o Projeto do Novo CPC. 2013. Disponível em:<<http://luizrodrigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943488/o-contraditorio-e-o-projeto-do-novo-cpc>> Acesso em: 08/08/2016.

O SANEAMENTO COMPARTILHADO COMO TÉCNICA CONCRETIZADORA DA DEMOCRACIA PROCESSUAL

JANAÍNA PEREIRA SILVA

szjanapereira@gmail.com

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA

rogeriomontai@hotmail.com

Universidade Federal de Rondônia - UNIR

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o processo sob uma perspectiva dinâmica de cooperação processual. Para tanto, foram pesquisados os modelos processuais liberal, social e democrático, sendo constatada a correlação entre o paradigma processual e a cultura social e constitucional da sua época. Ademais, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, questiona-se sobre a possibilidade de um modelo que propicie a participação ativa de todos os sujeitos processuais, concluindo por uma técnica de colaboração processual, chamada de saneamento compartilhado. Os métodos utilizados na pesquisa foram o bibliográfico e documental.

Palavras-chave: processo, saneamento, cooperação.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de convivência social e a vida em grupos ou comunidades vêm desde os primórdios da humanidade e, para possibilitar esta convivência harmoniosa, necessário se fez o estabelecimento de normas e regras básicas a solucionarem os conflitos naturalmente daí decorrentes.

Nessa esteira, os principais modelos processuais (liberal e publicista) já não se prestam a dirimir as questões sociais no grande volume em que se apresentam atualmente.

Especificamente no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a cidadania e a dignidade da pessoa humana foram eleitas fundamentos do Estado Democrático de Direito. A Carta Magna elencou também como objetivo fundamental uma sociedade livre, justa e solidária.

Não sendo possível, desse modo, conceber um novo modelo de processo sem a atuação efetiva de todos os sujeitos processuais. Aspira-se por uma concepção que privilegie as melhores ideias precedentes, mas que inove o modo de pensar o processo.

É patente que não se pode descartar todo o caminho evolutivo processual. Todo modelo teve seu benefício, sua relevância e suas críticas, porém tudo foi necessário para o engrandecimento de um conhecimento processual apto a acompanhar a mutação e multiplicação dos litígios sociais.

Nessa perspectiva, é necessário compreender a concepção liberal e social em uma relação de complementaridade a fim de alcançar a efetiva segurança jurídica das decisões, através de uma participação em contraditório dos sujeitos processuais para realizar um processo mais célere, justo e satisfativo ao lume dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo na dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, não se apresenta plausível enaltecer uma autonomia integral das partes na condução do processo. Muito menos um protagonismo, privado ou público. É imprescindível uma relação de interdependência entre os sujeitos processuais, na qual o Estado-Juiz busca a pacificação social e os litigantes a solução que melhor se adequa à lide posta em juízo.

Essa relação plural foi denominada pela doutrina alemã de comunidade de trabalho, a qual reestruturada em uma perspectiva constitucional democrática não somente exige a

cooperação de todos os envolvidos no processo, mas cria mecanismos de controle e fiscalização.

Trata-se de um sistema efetivo de freios tanto para o Magistrado que não mais dirigirá o processo solitariamente quanto para as partes que deverão observar a razoabilidade, a boa-fé objetiva e o devido processo legal, assim como todos os outros princípios decorrentes deste nas tratativas procedimentais.

O processo visto sob a égide dos valores constitucionais e concebido em uma estrutura policêntrica, cujos efeitos notoriamente transcendem as partes envolvidas, impõe a implementação de condições para que todos os sujeitos processuais atuem não apenas na formação de convencimentos, mas dos próprios provimentos jurisdicionais.

Nesse diapasão, em nosso país, merece menção o novo Código de Processo Civil de 2015, o qual, dentre outras, trouxe a grande inovação chamada de saneamento compartilhado.

Sem dúvidas, que esta novidade trazida pelo código processual de 2015 será alvo de inúmeros estudos ante a sua flagrante importância para a comunidade jurídica, precipuamente que desta temática decorrerão imensuráveis benefícios para uma atuação realmente ativa e compartilhada de todos os envolvidos em uma demanda judicial.

2 DO LIBERALISMO AO SOCIALISMO PROCESSUAL – BREVE PANORAMA HISTÓRICO

O processo, sob a perspectiva liberal clássica, foi idealizado como instrumento de resistência da burguesia em face das arbitrariedades do Estado Absolutista. Acreditava-se, na época, que o desenvolvimento, notadamente o econômico, somente seria possível com a limitação da atividade estatal e a plena garantia da autonomia privada.

Nessa conjuntura,

O Estado, então, era visto como um inimigo, que chancelava desigualdades de direitos em favor do clero e da nobreza, os quais não pagavam qualquer tipo de impostos, ao mesmo tempo em que tinha total ingerência sobre a economia e a autonomia dos cidadãos. Fazia-se necessário, portanto, contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias¹⁰⁹.

¹⁰⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. Universidade do Vale do Itajaí. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 16, nº 2,

Todavia, a concepção privatista orientou-se pela legalidade exacerbada, erigindo a separação dos poderes e a submissão integral aos limites da lei como mecanismos capazes de garantir as liberdades individuais e o equilíbrio político. Nesse sentido, leciona Alexandra Gato Rodrigues e Cristiano Becker Isaia que:

Esta nova forma estatal [liberal] se caracteriza pela subordinação total ao direito, pois exige que sua atuação seja nos exatos limites do poder conferido pela lei, buscando limitar o poder do Estado e garantir um conjunto de direitos individuais. Assim, a separação de poderes é o mecanismo capaz de garantir a liberdade pelo equilíbrio político, todavia, privilegia o Poder Legislativo, que representa o espaço institucional legítimo de limitação do poder estatal e de positivação dos direitos individuais por meio de um processo legislativo conduzido por representantes populares¹¹⁰.

Torna-se evidente, portanto, que no período privatista as questões processuais giravam em torno de uma perspectiva privada de conflitos, quais sejam, posse, propriedade, contratos, sucessões e família¹¹¹.

Nesse ínterim, a atuação do Estado ficou subordinada à lei, a qual refletia os interesses da classe burguesa e se destinava a resolver os conflitos dessa classe, impondo ao Estado e, por corolário, o Judiciário uma posição estática, atuando apenas quando provocado, sem a possibilidade de interpretar a lei, que era aplicada ao caso concreto exatamente como estava redigida.

Dierle Nunes¹¹², com maestria, informa que:

[...] delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora, liberais (liberalismo processual), quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal) e,

mai-ago 2011. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>. Acesso em 09.07.2016.

¹¹⁰ RODRIGUES, Alexandra Gato; ISAIA, Cristiano Becker. A necessária evolução do processo civil no estado brasileiro: um panorama jurisdicional democrático. Revista de Derecho y Cambio Social. Lima, Peru, n° 38, ano XI, 2014. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista038/A_NECESSARIA_EVOLU%C3%87AO_DO_PROC_ESSO_CIVIL_NO_ESTADO_BRASILEIRO.pdf. Acesso em: 12.07.2016.

¹¹¹ NUNES, Dierle. Para além do Novo Código de Processo Civil... e para sua leitura. Publicado em 08.01.2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>. Acesso em: 08.07.2016.

¹¹² NUNES, Dierle. Comparticipação e Policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 22.06.2016.

especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz.

Não havia espaço para o impulso oficial. Os atos processuais eram dominados pelas partes, sendo o processo a demonstração da autonomia privada, cuja função era tão somente declarar o direito posto no texto legal.

Noutras palavras, “o processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes”¹¹³, as quais desenvolviam uma competição individual perante um juiz, cuja função era tão somente garantir a observância às regras.

Entretanto, essa preocupação demasiada com a estrita observância da lei, sem qualquer possibilidade de conformação interpretativa com o caso concreto, atribuiu ao judiciário a tarefa de salvaguardar o produto legislativo das interferências políticas e das reais desigualdades que permeavam a sociedade.

Com efeito, a dimensão privatista do processo idealizou de forma errônea uma igualdade formal, crente que a autonomia privada plena, olvidando as particularidades de cada grupo social, seria suficiente para superar quaisquer desigualdades entre os indivíduos, o que resultou na inviabilidade de compensações, através de procedimentos processuais.

Dessa forma, no início do século XIX, percebeu-se o surgimento de outra necessidade: a igualdade material. Noutras palavras, com o fim da primeira Guerra Mundial, a sociedade da época começou a despertar para o óbvio: um Parlamento composto apenas por burgueses, legislando conforme seus interesses, estava longe de garantir às minorias um modelo legislativo adequado tampouco um processo isonômico.

A partir dessa ideia, o modelo processual até então disseminado (privatista liberal) já não se prestava a dirimir questões sociais. Havia a necessidade do intervencionismo estatal para assegurar os direitos fundamentais, de modo que o processo passou a ser visto como meio de transformação social.

Segundo Jorge Reis Novais¹¹⁴:

Isso tudo implica uma alteração radical na forma de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo *ethos político* calcado na concepção da

¹¹³ NUNES, Dierle. 2008, online.

¹¹⁴ NOVAIS apud ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz, op. cit., online.

sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social.

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário ganhou relevo, ou melhor, partiu de uma posição estática, meramente declaratória (princípio dispositivo), para um dirigismo processual, utilizando-se do princípio inquisitório para investigar a verdadeira situação jurídica existente e garantir equilíbrio entre as partes processuais, seja buscando esclarecimentos, seja evitando enganos na condução do processo que inviabilizassem o julgamento.

Ademais, ao processo foram reconhecidas novas finalidades, dentre as quais é possível destacar a política, a econômica e a social. Tal fenômeno ficou conhecido como socialismo processual, o qual foi adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 e 1973, inspirado nas ideias de Chiovenda, Bulow e Dinamarco.

Todavia, junto com a participação mais efetiva do Judiciário, também chamada de ativismo judicial, surgiu grande preocupação no que concerne ao monopólio da condução do processo, suscitando, inclusive, o caráter arbitrário de algumas decisões e, por corolário, colocando em xeque o protagonismo judicial como medida de democracia.

Comungando dessa preocupação, Dierle Nunes afirma que a implementação de um protagonismo judicial “conduzirá ao solipsismo judicial e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico”¹¹⁵.

Contudo, como o próprio autor ressalta em suas obras, não é possível olvidar que os modelos processuais, liberalista-privatista e publicista-estatalista, foram de suma importância para a revolução dos cenários históricos nos quais estavam inseridos.

O primeiro viabilizando a libertação do Absolutismo, através da subordinação à lei, sem qualquer possibilidade de valoração. O segundo possibilitando a persecução da justiça social, através da criação da norma para o caso concreto, ante a interpretação teleológica e a atuação dinâmica do Estado-Juiz.

Decerto que em “tempos de nova legislação processual (o Novo Código de Processo Civil) devemos olhar para o passado, de modo a aprender com o mesmo e se evitar percalços que tendemos a reproduzir”¹¹⁶, ressaltando o ilustre professor Dierle Nunes que:

¹¹⁵ NUNES, 2008, op. cit., online.

¹¹⁶ NUNES, 2015, op. cit., online.

Tal advertência é mais que necessária quando vemos hoje, de um lado, juristas defendendo em vertente estatalista o reforço do papel dos Tribunais Superiores (de seu protagonismo judicial) em face DA (sic) grande ênfase no estudo do Direito jurisprudencial e, como decorrência, a defesa de (discutíveis) virtudes dos referidos órgãos de vértice (sem controle processual pelas garantias constitucionais e por uma teoria adequada de precedentes) e, de outro, dentro de uma vertente liberal-privatista, juristas ressuscitando algumas teorias da vontade (já abandonadas pelos próprios civilistas no estudo da autonomia privada) para a defesa de uma flexibilização integral (privatista) do regramento processual, especialmente em decorrência da ampla cláusula de negociação processual trazida na nova lei (art. 189 do Novo CPC)¹¹⁷.

Assim, buscando analisar um novo paradigma processual, adotado pelas constituições a partir do século XX, notadamente a brasileira de 1988, passemos ao próximo capítulo.

3 PROCESSO DEMOCRÁTICO

A Constituição da República Federativa do Brasil ao eleger o Estado Democrático de Direito como sistema jurídico-normativo inaugurou um novo paradigma processual, assim entendido na sua acepção reflexiva como conjunto de ideias, princípios e regras juridicamente estruturado e coordenado entre si.

Seguindo essa concepção, Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda¹¹⁸, partindo dos ensinamentos de Bretas, afirmam que o:

Estado Democrático de Direito não é modelo ou matriz disciplinar, mas antes, um grande princípio reluzente, fruto da articulação dos princípios do Estado Democrático e Estado de Direito (BRÊTAS, 2012, p. 121-130), em torno do qual giram os demais princípios, uma vez que se busca, através deste Estado, assegurar o exercício pleno de direitos sociais e individuais, como valores supremos de uma sociedade pluralista.

Sob esse prisma, o processo passa a ser não um instrumento de resolução de conflitos, mas mecanismo de garantia da efetivação dos direitos fundamentais. Noutras palavras, “o instituto que pode tanto garantir a preservação dos direitos fundamentais

¹¹⁷ Id. 2015, online.

¹¹⁸ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; MIRANDA, Isabella Carolina. O processo constitucional e a proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. São Paulo. Revista de Direito Brasileira, v. 14, nº 6, mai/ago 2016. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/154/259>. Acesso em: 11.07.2016.

quanto ofertar condições e métodos para a sua concretização não é outro senão o Processo Constitucional”¹¹⁹.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, que elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aliado aos princípios fundamentais do direito de petição, obtenção de certidões, processamento por autoridade competente, contraditório e ampla defesa, razoável duração do processo, remédios constitucionais, dentre outros, não é possível conceber um modelo processual sem atuação efetiva de todos os sujeitos processuais.

Nesse sentido, entendendo que o processo civil não deve ser visto como mecanismo no qual se implementa uma superioridade, mas visualizando-o como terreno fértil para o desenvolvimento de uma relação cooperativa, participativa, Dierle Nunes e Alexandre Bahia¹²⁰ defendem que:

o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas. O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais.

Outrossim, Espindola e Santos¹²¹ acrescentam que:

o processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser entendido como uma *parceria de singularidades*, ou seja, uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes. Implica, nesse sentido, compreender que nem as partes, nem o juiz solitariamente, em *monólogos articulados*, é capaz de atingir o melhor resultado do processo, restando daí a necessidade de trabalhar em conjunto.

Ademais, Humberto Theodoro Júnior¹²² ao evidenciar a missão do processo, qual seja, garantir uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva, compreende que:

¹¹⁹ Id. 2016, online.

¹²⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n^o 101, jul/dez 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>>. Acesso em: 02.07.2016.

¹²¹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz, op. cit., online.

o "processo justo", nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos, na formação do julgado. O "processo justo", como adverte Comoglio, não convive com a possibilidade de julgamentos "de surpresa", qualquer que seja o seu conteúdo.

Desse modo, o processo visto sob a égide dos valores constitucionais e concebido em uma estrutura policêntrica, cujos efeitos notoriamente transcendem as partes envolvidas, impõe a implementação de condições para que todos os sujeitos processuais atuem não apenas na formação de convencimentos, mas dos próprios provimentos jurisdicionais.

Mas afinal, como garantir o exercício desse papel participativo? Decerto que é necessária uma técnica processual dinâmica, que oportunize a divisão de tarefas e a cooperação processual entre partes, advogados e juízes, não em sentido de sujeição, mas de interdependência para a solução do litígio.

4 O SANEAMENTO COMPARTILHADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Lei 13.105/2015, de certo modo, atendeu aos clamores do atual paradigma constitucional ao prevê, em seu artigo 357, §3º, o denominado saneamento compartilhado do processo quando a causa apresentar complexidade na matéria de fato ou de direito.

Tal dispositivo apresenta um verdadeiro dever de colaboração, determinando que o juiz conduzindo o processo de maneira democrática designe audiência para que o saneamento seja feito em conjunto com os litigantes.

Em sua magnífica obra, Paulo Hoffman¹²³ com entusiasmo pontua que:

Não somente se pode exigir das partes tal comportamento [cooperativo], mas, sem dúvida alguma, também o juiz tem o dever de veracidade e de colaboração com elas. Talvez isso, sim, possa ser encarado como 'real novidade', como forma de 'enterrar' a visão do 'juiz de pedra', do 'juiz Pilatos', distante e desinteressado, como se o processo fosse exclusivamente 'coisa das partes'.

¹²² JÚNIOR, Huberto Theodoro. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>. Acesso 04.07.2016.

¹²³ HOFFMAN, Paulo. Saneamento Compartilhado. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 46-47.

De fato o dever de cooperação previsto não apenas no capítulo de providências preliminares e saneamento (art. 357, §3º, CPC), mas, também, no capítulo das normas fundamentais do processo civil (art. 6º, CPC) ganha contornos relevantes, posto que está diretamente vinculado aos princípios constitucionais do processo civil.

Nesse momento processual, em decisão dialógica e com base em um contraditório dinâmico, serão resolvidas as questões processuais pendentes, se houver; delimitar-se-ão as questões de fato sobre as quais recairão as provas, especificando os meios probatórios admitidos, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova; delimitar-se-ão ainda as questões de direito relevantes para a decisão de mérito e, por corolário, a decisão da lide, assim como poderá ser designada audiência de instrução e julgamento, caso seja necessário.

Ademais, a decisão de saneamento do processo com a participação dos litigantes não deve ser reservada apenas às matérias com alto grau de complexidade.

Ao revés, o enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis encampa o entendimento no sentido de que a “audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

Ressalta-se, ainda, que na visão de Humberto Theodoro Júnior, a fase preparatória do processo para debate dos pontos controvertidos:

pode auxiliar em muito numa adequação do modelo cognitivo brasileiro para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico¹²⁴.

Seguindo o mesmo raciocínio, Paulo Hoffman defende que:

Somente pela comparticipação em contraditório dinâmico e com a adequada utilização do saneamento valorativo se pode obter uma tutela jurisdicional plena e justa, assim como a concessão de oportunidade para que as partes se manifestem e discutam a causa diretamente com o juiz acarrete diminuição de recursos contra as decisões proferidas, além de impedir a realização de provas inúteis, diante da maior probabilidade da existência de consenso entre elas¹²⁵.

Assim, à guisa de exemplo, tomemos uma demanda em que o objeto seja indenização por danos materiais, na modalidade de danos emergentes e lucros cessantes, decorrentes da entrega de um maquinário que apresentou desempenho incompatível com o esperado pelo comprador. Nesse caso, como poderia o magistrado proferir sua decisão?

¹²⁴ Júnior, Humberto Theodoro. op. cit., online.

¹²⁵ HOFFMAN, Paulo. op. cit. pág. 139.

Deveria aguardar que as partes apresentassem as provas que achassem devidas e, somente no momento da sentença decidir com base nos critérios do ônus da prova?

Decerto que se trata de uma lide que exige uma participação dinâmica das partes e do magistrado. É óbvio que o juiz não conhece profundamente de todas as circunstâncias que acontece na sociedade e, isso ressalte-se sem nenhum demérito ao mesmo, cotidianamente em diversas situações quem possui conhecimento técnico e fático da situação são as partes envolvidas.

Assim, revela-se conclusão lógica que a cooperação dinâmica de todas as partes e magistrado invariavelmente demonstra-se a forma mais eficaz de condução do processo, de modo a produzir decisões mais justas, céleres e em consonância com a realidade fática, notadamente do Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a pequena explanação aqui realizada conclui-se que algumas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 podem implementar efetivamente a técnica de saneamento compartilhado como concretizadora da democracia processual.

Verificou-se que a inovação normativa respondeu aos anseios dos jurisdicionados com um serviço judicial de qualidade, através de uma decisão mais justa e construída a efetiva participação de todos os sujeitos envolvidos no processo.

Confirmou-se, ainda, que a normatização do saneamento compartilhado demonstrou um prestígio as partes, alinhando o processo civil à previsão inserta no texto constitucional, de modo a respeitar e reconhecer a importância de todos os envolvidos em uma demanda judicial.

Dissertou-se que os principais modelos processuais já registrados na história tiveram a sua importância e contribuição para a evolução da ciência processual em busca do acompanhamento da cultura social.

Por fim, examinou que o saneamento compartilhado representa um reconhecimento das partes, advogados e juízes como atores sociais em busca de um processo ideal, traduzido naquele que ao mesmo tempo revela-se justo, célere e efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: D.O.U. 17.03.2015.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz. **O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial**. Universidade do Vale do Itajaí. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 16, nº 2, mai-ago 2011. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>.

HOFFMAN, Paulo. **Saneamento Compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

JÚNIOR, Huberto Theodoro. **Processo Justo e Contraditório Dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>.

NUNES, Dierle. **Comparticipação e Policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil**. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 101, jul/dez 2010. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>.

NUNES, Dierle. **Para além do Novo Código de Processo Civil... e para sua leitura**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; MIRANDA, Isabella Carolina. **O processo constitucional e a proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. São Paulo. Revista de Direito Brasileira, v. 14, nº 6, mai/ago 2016. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/154/259>.

RODRIGUES, Alexandra Gato; ISAIA, Cristiano Becker. **A necessária evolução do processo civil no estado brasileiro: um panorama jurisdicional democrático**. Revista de Derecho y Cambio Social. Lima, Peru, nº 38, ano XI, 2014. Disponível em: [http://www.derechocambiosocial.com/revista038/A NECESSARIA EVOLUCION DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO BRASILEIRO.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista038/A%20NECESSARIA%20EVOLUCION%20DEL%20PROCESO%20CIVIL%20NO%20ESTADO%20BRASILEIRO.pdf).

RESISTÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO ÀS PROMESSAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BRUNO CARLOS PASTORE

brunopastore@gmail.com

FARO – Faculdade de Rondônia

RESUMO: A exposição de motivos do novo CPC, reconhecendo que justiça retardada é justiça denegada, exalta os princípios da razoável duração dos processos e da efetividade, para que pautem toda interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Não obstante a ascensão e fortalecimento do Judiciário, dotado de autonomia e independência como nunca antes no Brasil, a autorrestrição judicial tem prevalecido no âmbito do direito processual público. Nesse campo, curiosa e paradoxalmente, a deferência dos juízes ao legislador e ao administrador encontra respaldo, agora, no novo CPC, que consagra vantagens ao Poder Público em juízo que militam contra as expectativas por um processo mais célere, justo e efetivo. Em que pese seja o único diploma processual elaborado num Estado Democrático de Direito, entulhos autoritários permanecem escamoteados nele. A comissão de renomados juristas responsáveis pela elaboração do novo Codex absteve-se de enfrentar as críticas quanto ao nosso contencioso judicial administrativo. Continuaremos, pois, tendo um processo demasiadamente moroso, injusto e irresoluto no âmbito do ramo processual em foco.

Palavras-chave: Novo CPC. Contencioso judicial administrativo. Celeridade. Efetividade

1 INTRODUÇÃO

Nem sempre o Estado teve responsabilidade por seus atos. À época em que reinou o absolutismo, seu poder agiu completamente imune. Inexistia ilegalidade, arbitrariedade ou abusividade dos atos do Poder Público, tidos como indiscutíveis, presumidamente verdadeiros e legítimos, sempre supremos.

O poder ilimitado do Estado calhou opressão e injustiça social. Ao retirar a liberdade e até a vida das pessoas, passou a ser questionado, combatido e restringido. Após revoluções sociais e criação de cartas políticas estabelecendo direitos fundamentais de liberdade e dignidade do ser humano, oponíveis contra o Estado, os atos deste tornaram-se passíveis de controle e reprovação pelo Poder Judiciário.

Olhando para o Brasil, nas últimas duas décadas, o Judiciário ascendeu sobremodo como ator político, ganhando força institucional, independência e autonomia, como nunca antes. Todavia, seu ativismo e protagonismo parece tímido quando a condenação recair sobre o Estado.

Do absolutismo e autoritarismo surgiu a supremacia do interesse público sobre o particular como um princípio. Trata-se, até hoje, de um dos pilares do Direito Administrativo brasileiro, ao lado do princípio da indisponibilidade do patrimônio público e da presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos. Aplicados ao processo judicial, esses princípios consagram vantagens em prol do Estado que dificultam sobremodo o acesso à Justiça pelos cidadãos, mitigando os direitos e garantias fundamentais destes, tanto materiais como processuais; até a mediação soa ineficaz.

Um processo justo, célere e efetivo são qualidades essenciais e necessárias para um Estado Democrático de Direito. A exposição de motivos do novo CPC reconhece como notórios os problemas da morosidade e não-efetividade da tutela jurisdicional; afirma o descrédito popular no Judiciário em decorrência disso e promete, justamente, aquelas qualidades processuais essenciais citadas, como justificativa para a revogação do CPC de 1973.

A estruturação do direito processual público é tema de especial relevo. Afinal, o novo Codex é o primeiro diploma processual pós-Constituição de 1988, o único sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do instrumento jurídico-processual mais

utilizado para a judicialização das questões sociais, inclusive aquelas que envolvem a participação do Estado. E este, em números, é simplesmente o maior litigante, sobretudo no polo passivo.

As peculiaridades no tratamento processual da Fazenda Pública em juízo são chamadas de privilégios por alguns autores e, por outros, de prerrogativas ou pressupostos (corrente majoritária). O novo CPC os manteve, os mesmos vindos dos CPCs revogados. São institutos de blindagem da pessoa jurídica de direito público no processo, que nasceram em épocas ditatoriais, representam entulhos autoritários.

Em termos processuais, pois, parece que resquícios de absolutismo e excesso de poder estatal ainda se fazem presentes no sistema jurídico brasileiro, prejudicando milhares de cidadãos quando, tendo seus direitos subjetivos violados pelo Estado, precisam contra ele acessar a Justiça.

2 CONCEITO DE DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO E DE FAZENDA PÚBLICA E QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

A expressão Direito Processual Público (ou Contencioso Judicial Administrativo) serve para caracterizar o ramo do direito processual em que a pessoa jurídica de direito público figura como parte, seja no polo ativo ou passivo da demanda.

A sistematização e o incremento das normas relativas à Fazenda Pública em juízo vêm ressaltando a atenção de alguns estudiosos que consideram, inclusive, já haver um regime próprio relativo ao tema, denominando-o Direito Processual Público. (CUNHA, 2016, p. 02)

Ao introduzir esse termo, BUENO pretendeu evidenciar “que determinadas regras do processo dizem respeito de forma mais aguda – senão exclusivamente – às ações em que uma das partes é o Poder Público” (2000, p. 39).

Por Poder Público, o autor refere-se às pessoas administrativas regidas, pelo menos de forma preponderante, pelo direito público. O termo também pode ser lido no art. 1º da Lei nº 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do “Poder Público” e dá outras providências. Essa lei também utiliza os termos “órgão ou entidade” (art. 1º, § 4º).

Entidade deve ser interpretado como sinônimo de pessoa jurídica e não se confunde com órgão. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, define como órgão “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da

Administração indireta”; e define como entidade “a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica” (art. 1º, § 2º, incs. I e II, respectivamente).

É importante não confundir os termos ou utilizá-los sem critérios. MIRANDA NETTO (2008, p. 16) ressalta dois problemas terminológicos a serem esmiuçados quando se tratar de causas em que o Estado figure como parte. O primeiro diz respeito à capacidade processual referente à parte, enquanto o segundo atrela-se ao nome do fenômeno a ser investigado.

Tecnicamente, deve-se evitar a expressão Administração Pública em juízo, visto que não se trata de pessoa jurídica do Poder Público apta a figurar como parte no processo; o termo abrange muitos órgãos e pessoas de direito público, sendo que os órgãos sequer têm a capacidade de ser parte no processo, são desmembramentos burocráticos da Administração (MELLO, 2002, p. 122)¹²⁶, sem personalidade judiciária.

A expressão Fazenda Pública, por sua vez, é empregada pelo novo CPC, em vários dispositivos, assim como era no Código revogado, constando também em outras leis. Pode representar na praxe forense a Fazenda Federal, a Fazenda Estadual e a Fazenda Municipal, devido ao erário da respectiva pessoa jurídica de direito público ter que responder pelas despesas da demanda.

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda. (MEIRELLES, 1998, p. 18)

CUNHA afirma que “Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público” (2016, p. 05).

Podemos definir a Fazenda Pública como sendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e, ainda, as Autarquias, as Fundações e a EBCT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (STJ, AgRg em Ag nº 418.318/DF), bem como os Conselhos responsáveis pela [fiscalização](#) das profissões (STJ, AgRg em Ag nº 1388776/RJ), por serem consideradas como autarquias.

Em suma, no âmbito do direito processual público ou contencioso judicial administrativo, Estado, ente público ou pessoa jurídica de direito público são termos sinônimos de Fazenda Pública ou de Poder Público e não se confundem com órgãos ou com Administração Pública.

¹²⁶ “Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. (...) Os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica” (p. 122)

3 DA CONFUSA DISPOSIÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

O Brasil não possui uma lei ou codificação própria para regulamentar os conflitos em que o Estado figura em juízo como parte. Essa regulação subsiste esparsamente na legislação, aqui e ali estabelecendo peculiaridades.

O novo CPC é uma dessas leis. Contém de forma espalhada¹²⁷ parte dos dispositivos que formam o ramo processual em foco. É fácil exemplificar citando o art. 1.059:

À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O texto não esclarece quais são as restrições, remetendo o jurista a consultar outras leis e alguns de seus dispositivos. E nada impede que esses dispositivos – já destinatários de um dispositivo legal – remetam o operador do direito a outros textos normativos.

DALLARI, em artigo publicado no ano de 1997¹²⁸, repudiou essa técnica legislativa que “não diz diretamente qual o conteúdo de seus dispositivos, limitando-se a fazer referência a leis, artigos e parágrafos que estão sendo alterados”. Asseverou que essa prática legislativa “só se explica por má-fé ou incompetência, pois seria necessário consultar grande número de leis, entre as quais algumas do período ditatorial, para saber que direitos estavam sendo atingidos”¹²⁹. Sua crítica, feita há quase vinte anos, soa mais atual hoje que outrora.

Esse modo nada didático de dispor as normas gera dificuldades de ordem hermenêutica. A reunião dos vários dispositivos legais que regulamentam a participação da Fazenda Pública em juízo forma um conjunto normativo cuja aplicação, num sistema híbrido como o nosso – que mistura o paradigma francês com o norte-americano¹³⁰ – envolve

¹²⁷ O Título VI (Da Advocacia Pública) do Livro II (Da Função Jurisdicional) do CPC, todavia, dedica-se exclusivamente ao direito processual público, em três artigos: 182, 183 e 184.

¹²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo intitulado “Caricatura Jurídica”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/4/25/opiniaio/8.html>>. Acesso em: 06.05.2016.

¹²⁹ Artigo intitulado “Ditadura constitucional”, autoria de DALLARI, publicado na Folha de São Paulo aos 16.01.1998. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/fz160109.htm>>. Acesso em: 06.05.2016.

¹³⁰ SILVA NETO explica que (2010, p. 178): “O controle da Administração Pública pertence às garantias fundamentais do cidadão e deflui do princípio da separação de poderes, espécies que lhe conferem indubitável assento constitucional. Contudo, a sua concretização adentra na seara do direito administrativo, em cujo seio se desenvolve o instituto. No caso brasileiro, a Constituição sinalizou para o marco teórico norte-americano, mas a legislação ordinária, no decorrer do século passado, esmaeceu este paradigma sob matizes franceses”.

ponderar princípios e regras não convergentes, deixando ao juiz margem para interpretações próprias ou adequadas à sua ideologia, geralmente tendente a pender para o Estado, que lhe remunera generosamente e garante benesses imorais, tal como o auxílio moradia.

A complexidade em torno da interpretação e aplicação do direito processual público, que conta com a colaboração do Poder Legislativo e Executivo, pode ser bem exemplificada pela análise da Medida Provisória nº 2.180-35, que em menos de 02 anos sofreu mais de 35 (re)edições. Sua origem é datada de 13.01.1999, sob o nº 1.798. BUENO, ao traçar o histórico dessa Medida Provisória (2008, p. 1-14), argumenta que foi prática corriqueira do Executivo Federal essas reedições bagunçadas e inconstitucionais, e provavelmente que

uma das finalidades da verdadeira confusão de edições, reedições, alteração de números, desobediência de prazos de vigência e tudo o mais – da qual a série da Medida Provisória n. 2.180 é apenas um exemplo – foi “evitar” ou “protelar” o acatamento (que se supõe, evidentemente, imediato) de decisões proferidas pela mais alta Corte brasileira. Por “coincidência”, de decisões que declaravam inconstitucionais determinadas criações legislativas que só beneficiam o Poder Público em juízo, jamais o particular.

Assim, o direito processual público é disposto em atos normativos que vão desde o novo CPC até velhos atos do período ditatorial.

4 O DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO FRENTE ÀS PROMESSAS DO NOVO CPC

É na condição de demandante que o Estado mais frequenta os fóruns e tribunais deste país¹³¹. Impressiona sua capacidade de lesar direitos fundamentais dos cidadãos. O que mais intriga, porém, é sua inércia diante do próprio ilícito contra os cidadãos, compelindo-os a acessar a Justiça. E para agravar a triste situação destes, encontrarão no processo novas ofensas ao ver o Estado bem blindado e armado.

A inércia da Administração Pública em reparar espontaneamente os danos que causa aos administrados é um dos grandes motivos da crise de efetividade e credibilidade pela qual vem passando o Judiciário, pois este não consegue cumprir sua missão em tempo razoável, de forma

¹³¹ A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional reconhece que “mais de 60% das demandas judiciais em curso são contra a Fazenda Pública” (PARECER PGFN/CRJ/Nº 756/2010, p. 7). Disponível em: www.pgfn.gov.br/noticias/Parecer%20756-2010.pdf. Acesso em: 13.04.2016.

efetiva e justa; aceita um tratamento processual privilegiado em prol da Fazenda Pública, como se ela fosse a parte mais fraca da relação jurídica processual.

É preciso refletir melhor até que ponto defender o erário constitui-se justificativa plausível para albergar-se no ordenamento jurídico brasileiro tantos benefícios processuais fazendários. Tratando-se do instituto da remessa necessária (art. 496, CPC), por exemplo, soa ridículo aceitar a produção de uma sentença para não surtir efeitos concretos, sobretudo após ter a Fazenda Pública gozado, antes do julgado: de prazos dilatados, de restrições a provimentos provisórios contra, de intimação pessoal dos atos processuais na pessoa de seus procuradores e, até mesmo, de regras diferenciadas quanto ao ônus probatório. Depois contará com vantagens no cumprimento da sentença. Ao final, a odiosa fila de precatórios.

Tudo isso e mais tornam o cidadão extremamente fragilizado no embate processual em face do Poder Público, o qual é contumaz violador de direitos fundamentais e usa do discurso de defensor desses direitos para, de forma perversa, justificar seus privilégios processuais. Ora, é preciso termos em mente que o Judiciário não tem a missão de tutelar os interesses da Fazenda, mas sim os interesses daquele que tiver razão no litígio, sem apriorística supremacia de um em relação ao outro.

Delton Meirelles (2005, p. 272) aponta a impotência do cidadão nas causas fazendárias como reflexo de séculos de protecionismo e patrimonialismo nas relações travadas entre Estado e particular. Já Pontes De Miranda (2001, p. 147) entende que, em virtude do vulto dos negócios do Estado, a obtenção de provas e informações pelos representantes estatais leva mais tempo que as informações e provas obtidas pelos particulares. Dinamarco (2003, p. 211), por sua vez, denuncia o tratamento antiisonômico, asseverando que grandes empresas enfrentam problemas semelhantes e não têm o mesmo benefício. Para Nery Junior (1999, p. 48), entretanto, o indivíduo que litiga contra a Fazenda Pública não enfrenta um simples particular, mas o próprio povo, o que constitui razão suficiente para beneficiá-la quanto aos prazos.

Não se pode esquecer, é claro, que celeridade processual, embora necessidade urgente, não é valor que deva ser perseguido a qualquer custo. É lição de Barbosa Moreira (2001, p. 232):

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique - nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores - hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é.

Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Não obstante, é preciso mudar o cenário desagradável que é ter no Brasil um direito processual público em descompasso com a isonomia e, até, com a moralidade¹³² pública, na medida em que o sistema de precatórios, por exemplo, mais parece, ao menos na prática, um instrumento de calote, não obstante estar constitucionalmente estabelecido. Ruy Barbosa (2003, p. 145), em sua célebre Oração aos Moços, assevera:

No Brasil, durante o Império, os liberais tinham por artigo do seu programa cercar os privilégios, já espantosos, da Fazenda Nacional. Pasmoso é que eles, sob a República, se cem-dobrem ainda, conculcando-se, até, a Constituição, em pontos de alto melindre, para assegurar ao Fisco esta situação monstruosa, e que ainda haja quem, sobre todas essas conquistas, lhe queira granjear a de um lugar de predileções e vantagens na consciência judiciária, no foro íntimo de cada magistrado.

O CPC de 1973 provém do anteprojeto apresentado por Alfredo Buzaid em 1964. O texto não previa a dilação de prazos nem o reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública. No entanto, tais mecanismos ressurgiram no projeto encaminhado à Presidência da República e, em seguida, ao Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados a dilação de prazo foi impugnada pelos deputados Laerte Vieira e Peixoto Filho:

Nem mesmo a título de defesa dos interesses maiores das pessoas jurídicas de direito público, patrimoniais ou não, deve ser admitida a exceção, visto como aquelas dispõe de todo um aparato legal destinado a preservar seus interesses [...], além de contarem com pessoal altamente qualificado e geralmente bem remunerado nos seus departamentos jurídicos, para defender-lhes os direitos. [...] Por último, deve ser dito que o Estado, bem como os que o representam (caso do Ministério Público, por exemplo), têm a obrigação precípua de promover o andamento célere dos processos judiciais, eis que eles são os primeiros a proclamar tal necessidade e consagrá-la nas leis.

O novo CPC, entretanto, é pró Fazenda Pública. Em relação aos prazos dobrados, por exemplo, estenderam-se agora para toda manifestação nos autos, não mais só para interpor recursos – como dispunha o CPC revogado. Talvez a comissão de juristas tenha cedido a pressões externas de cunho político da classe dos detentores do poder estatal que querem manter seus benefícios em nome do “interesse público”, ao argumento da “supremacia” desse interesse sobre o do particular.

¹³² “Não é legítimo supor que o Estado, criado para atender aos anseios da coletividade, possa agir ao largo da ética, desenvolvendo padrões de conduta controláveis apenas em termos formais. O paradigma de atuação do Estado não se esgota na legalidade estrita, adentrando na esfera moral, como demonstra o art. 37, *caput*, da Constituição da República” (SILVA NETO, 2010, p. 287).

O fato é que os responsáveis pela elaboração do novo CPC não enfrentaram suficientemente as críticas feitas ao nosso direito processual público, que acusam violação ao Estado de Direito, aos princípios da isonomia, da razoável duração dos processos e da efetividade.

Considerando que a Justiça se realiza pelo processo – mecanismo legitimador do poder jurisdicional – sua reformulação através do novo CPC objetivou melhor atender a demanda social brasileira, não só na busca de agilidade na resolução dos conflitos, mas também de legitimação da decisão para o jurisdicionado¹³³, conferindo-lhe maior participação na relação jurídica. É nesse escopo que ganhou destaque o instituto da mediação; nalguns casos, tem maior potencial de pacificação¹³⁴ social dos conflitos – não é o caso, porém, do contencioso judicial administrativo, cujos princípios do Direito Administrativo restringem ou mesmo inviabilizam a mediação.

A crise do Judiciário pode ser compreendida nas palavras de Luiz Fux, Ministro do STF que integrou a comissão de juristas destinada à elaboração do novo CPC:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

É nesse contexto que laborou a comissão do anteprojeto. O último parágrafo da respectiva exposição de motivos sintetiza:

Em suma, para a elaboração no Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, como um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo.

Quanto ao direito processual público, porém, em nenhum sentido foi lembrado na exposição de motivos, embora represente colossal porção das lides travadas na Justiça brasileira, conforme revelam os números do CNJ¹³⁵. Vislumbra-se, portanto, grave omissão ou, talvez, propositada abstenção da comissão de enfrentar a temática.

¹³³ Será legítima na medida em que permitir a participação das partes através do procedimento em contraditório, associado à observância da legalidade inerente à garantia do devido processo legal. Assim, o processo só será justo quando o juiz, atento à disciplina legal, possibilitar a participação adequada e equilibrada dos indivíduos (PINHO, 2012).

¹³⁴ “A *pacificação* é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício)” (GRINOVER, 2009, p. 384).

¹³⁵ O CNJ produziu pesquisa que aponta os 100 maiores litigantes no Brasil, revelando que na Justiça Federal, por exemplo, a grande maioria dos processos advém do setor público Federal, com 77% do total de processos dos 100 maiores litigantes dessa Justiça, enquanto os bancos são responsáveis por 19%. “Do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal, 68% referem-se ao polo passivo, sendo esse polo responsável por 69% dos processos do Setor Público Federal e por

Deve-se entender que a ordem constitucional consagra os direitos fundamentais e humanos antes dos direitos fazendários ou do Estado. Estes se apoiam na doutrina administrativa da supremacia do interesse público sobre o particular – um princípio que na prática tem abrigado inúmeros casos que representam mais os interesses da classe dominante do que os interesses efetivamente públicos.

Ora, é interesse público que a Justiça (vista como responsável por dar a quem tem razão tudo aquilo que faz jus de forma célere e eficiente) seja justa. O processo requer uma apuração para saber quem, efetivamente, tem razão. Assim, enquanto pende esse estado de incerteza, as partes devem ser tratadas igualmente.

Miranda Netto, ao analisar os privilégios processuais de que goza o Estado em juízo, afirma que representam um verdadeiro regime processual de estado de exceção (2008, p. 47-65). Ou seja, na prática, estamos com nossos direitos fundamentais suspensos. Muitos discordam disso, sobretudo os autores que estão ligados a entidades públicas e ideologicamente a elas comprometidos, “conduzindo de forma tendenciosa à elaboração de teorias para a legitimação da própria prática” (p. 2).

Vale lembrar que nem sempre o Estado esteve sujeito à autoridade judiciária; o monopólio da atividade jurisdicional não o submeteu, outrora, ao seu próprio mecanismo de realização da Justiça. O Estado era imune ao poder jurisdicional, simplesmente irresponsável.

No regime absolutista não se pode falar em prerrogativas pontuais ou isoladas do Estado, pois, no sentido vetorialmente inverso, é a possibilidade de demandá-lo em juízo que ostenta caráter excepcional. A imunidade é regra; a judicialização, a exceção. (SILVA NETO, 2010, p. 173)

Atualmente, vislumbra-se que a responsabilidade estatal existe, mas de forma blindada. Não deveria ser assim. Na conjuntura atual “as normas reguladoras do processo decorrem de um parâmetro único: o parâmetro do Estado Democrático de Direito” (DONIZETTI, 2012, p. 73).

Ora, quando o Estado se submete integralmente ao seu próprio direito, mas reserva para si faculdades não concedidas aos cidadãos, produz-se o debate acerca da legitimidade

73% dos processos do setor bancário.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 12.04.2016.

desse regime específico¹³⁶. Há ofensa à isonomia, pois o Estado não é a parte mais fraca na relação jurídica processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da humanidade demonstra que a limitação do poder é conquista relativamente recente, para não se dizer ainda em curso, em permanente conflito dialético. Nessa esteira, é possível perceber expressões questionáveis desse poder presentes ainda hoje no direito processual público brasileiro, de forma não tão autoritária, mas longe do ideal; um autoritarismo disfarçado de justiça social, como se o erário realmente fosse revertido ao povo. Pagamos os mais altos impostos do mundo e temos um Estado incapaz de retornar esses recursos em serviços essenciais básicos.

Mas se o novo CPC tivesse abandonado completamente as chamadas prerrogativas do Poder Público em juízo, devido raízes no regime ditatorial ou porque “se pretendeu alcançar na República a isonomia que não se conheceu no Império” (SILVA NETO, 2010, p. 31), imitando o regime processual norte-americano, certamente não haveria boa aceitação pelas instituições político-jurídicas estabelecidas. Afinal, elas são as beneficiárias dos privilégios/prerrogativas.

São vários os obstáculos ao acesso à Justiça ainda existentes quando nos deparamos com o direito processual público. Já passou da hora de entrevermos instrumentos aptos a minimizar essa desigualdade sociocultural entre as partes, para que o resultado do processo não seja fruto desse desequilíbrio e, assim, possa a Justiça conquistar mais credibilidade em sua atuação.

A conclusão inarredável é que são falaciosas as promessas centrais do novo CPC se tivermos em conta apenas o contencioso judicial administrativo.

¹³⁶ “Esses privilégios decorrem da concepção francesa do direito administrativo, ligado à ideia do regime administrativo; eles contrastam com a concepção anglo-saxônica, segundo a qual o Estado se submete ao juiz nas mesmas conduções que os cidadãos” (GRECO FILHO, 1989, p. 95).

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. São Paulo: Ed. Papagaio, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CUNHA, Leonardo Carneiro de. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 7 ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na emenda nº 7/1977, *in*: **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- MEIRELLES, Delton R. S. Juízos privativos da Fazenda Pública no Império *in*: **VI Mostra de Pós-graduação**. Taubaté: UNITAU, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, atualização: Sérgio Bermudes, 4 ed., 2001, tomo III.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público : Contencioso judicial administrativo entre o direito ao ônus da prova justo e a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 5 ed. São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Danielle de. **A limitação da supremacia do interesse público**. Escola da Magistratura: Rio de Janeiro, 2009.
- SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. **A improbidade processual da administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Nos dias 17 a 19 de agosto de 2016, o IDPR – Instituto de Direito Processual de Rondônia realizou o Fórum Amazônico de Direito Processual, na seccional da OAB Rondônia, com processualistas do Brasil inteiro, numa total inteiração acadêmica com palestra, debates e apresentação de artigos. Teve aceitação imensa pelo público, com quase 800 inscritos.

O IDPR é um instituto dos processualistas do Estado de Rondônia, voltados para o estudo de todas as diretrizes do direito processual, com a ampla busca pela atualização acadêmica desta área, seja no âmbito civil – pelo momento histórico do Novo CPC – bem como outras áreas como penal, trabalhista, eleitoral, administrativa, etc. A pedra fundamental do IDPR foi lançada novembro de 2015 quando realizamos o evento de encerramento do calendário da ESA/RO e a divulgação da diretoria, o qual é presidido pelo Dr. Edson Pinto, com a minha pessoa como vice-presidente, Dr. Márcio Melo Nogueira como Secretário Geral e o Dr. Walter Gustavo Lemos como Tesoureiro.

Neste ano histórico de 2016, com todo o enfrentamento cotidiano de adaptação sobre o Novo CPC, o IDPR se consolida, com a formalização jurídica e a realização do maior evento do Norte sobre direito processual, com 3 dias de intensos debates com 19 palestrantes de fora de Rondônia.

No Fórum Amazônico de Direito Processual, o IDPR teve o intuito de proporcionar um grande nível de debate sobre o novo ordenamento processual e, também, de priorizar o debate acadêmico, realizando uma chamada de artigos, com uma enorme aceitação, grande quantidade de trabalhos inscritos, uma lista respeitável de aprovados, apresentados e organizados nesta publicação. Um grande diferencial para o evento, que nasce grande no nível e na visão acadêmica.

Pensar o processo de forma diferente, essa é a proposta do IDPR e também do Fórum Amazônico de Direito Processual, almejar um diálogo constante entre a prática processual e a teoria acadêmica, no intuito de proporcionar os mais diferentes debates, com a divulgação da qualidade dos processualistas de Rondônia. O propósito é instigante e o Fórum somente foi o primeiro de muitos passos.

Porto Velho – RO, agosto de 2016.

VINICIUS SILVA LEMOS

Coordenador Científico do Fórum Amazônico de Direito Processual

Vice-Presidente do IDPR – Instituto de Direito Processual de Rondônia

editora
itacaiúnas

ISBN 978-85-68154-89-2

