

REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária
de Pernambuco



Número 8
2015

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária
de Pernambuco

Número 8
2015

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária
de Pernambuco

Número 8
2015

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juíza Federal Diretora do Foro
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
CESAR ARTHUR CAVALCANTI DE CARVALHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS E SILVA NETO
RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO
MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
LUIZ BISPO DA SILVA NETO

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

Revisão de Texto:
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO
SOFIA SIMPLÍCIO DA SILVA

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica
NYLHERMANN MIRANDA DE BRITO SILVA - NGE

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 8 (2015) Recife, 2015

Anual

ISSN 1984 – 512X

1.Direito – Periódico. 2.Doutrina. 3.Juстиça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**

Corregedor

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**

Desembargador Federal **Paulo Machado Cordeiro**

Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**

Desembargador Federal **Carlos Rebêlo Júnior**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Élio Wanderley de Siqueira Filho
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares C Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça

Thalynni Maria Freitas De Lavor
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Oliveira
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Cristiano de Jesus Pereira Nascimento
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Florêncio
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira

Juízes Federais Substitutos:

Rodrigo Maia da Fonte
Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Heloísa Silva de Melo
Marcos Antônio Mendes de Araújo Filho
Guilherme Soares Diniz

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Diretor do Conselho Editorial 13

ARTIGOS

OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO PLANO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antônio Pereira Gaio Júnior e Edmundo Gouvêa Freitas 15

O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O ART. 190 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carlos Adriano Miranda Bandeira 31

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA NOVA ESTRUTURA JURÍDICA DEMAIS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Claudio Aparecido Ribas da Silva 63

O SISTEMA DE PRECEDENTES E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Jorge André de Carvalho Mendonça 101

DECISÃO RESCINDÍVEL E O NOVO CPC – ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS

José Henrique Mouta Araújo 117

A NATUREZA RECURSAL DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Leonardo Souza Santana Almeida e Alexandre Mandarinho Santana 139

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE VERSA SOBRE COMPETÊNCIA E A DECISÃO QUE NEGA EFICÁCIA A NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA FASE DE CONHECIMENTO: UMA INTERPRETAÇÃO SOBRE O AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTO NO CPC-2015

Leonardo Carneiro Cunha e Fredie Didier Jr. 177

BREVES COMENTÁRIOS À COOPERAÇÃO NACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Murilo Teixeira Avelino 187

O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO OMISSA EM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: UMA ANÁLISE DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES DO CPC/1973 AO CPC/2015

Ravi Peixoto 197

O DEVER DE MOTIVAR E O “LIVRE CONVENCIMENTO” (CONFLITO OU FALSO EMBATE?): BREVE ANÁLISE DO TEMA A PARTIR DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COM OS OLHOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rodrigo Mazzei 211

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Silvano José Gomes Flumignan 225

OS IMPACTOS DO NCPC NA ARBITRAGEM

Thiago Rodovalho 251

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ticiano Alves e Silva 275

O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ticiano Alves e Silva 299

O DESAFIO DO JUIZ NO CPC/2015

Trícia Navarro Xavier Cabral 321

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vinicius Silva Lemos 343

ENUNCIADOS DA JFPE SOBRE O NCPC 364

ENUNCIADOS DA ENFAM SOBRE O NCPC 367

APRESENTAÇÃO

Anunciamos, com entusiasmo, a publicação da oitava edição da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Essa é uma edição especial porque, pela primeira vez, o Conselho Editorial decidiu pela limitação temática da revista. E o tema escolhido não poderia ser outro: o novo Código de Processo Civil. O referido diploma legal vem sendo objeto de inúmeros debates na comunidade jurídica, em virtude de vivenciarmos um histórico momento de mudança de paradigmas no processo civil brasileiro. A lei nova exige um intérprete com novas lentes, e a Justiça Federal de Pernambuco vem dar a sua contribuição para o descortinamento das zonas de incerteza que rondam o novo código.

Ao nosso convite acorreram muitos nomes de peso no processo civil brasileiro e inúmeros juristas das mais diversas carreiras jurídicas e regiões geográficas, demonstrando que a revista não é apenas dos juízes federais e nem somente de Pernambuco, mas de todos os operadores do Direito espalhados por esse imenso país.

O Conselho Editorial foi ampliado para enfrentar o desafio: foram recebidos 44 (quarenta e quatro) artigos, dos quais 16 (dezesesseis) foram selecionados – dois recordes na história da revista. O grande número de trabalhos enviados, produzidos com inegável qualidade, proporcionou aos avaliadores uma difícil tarefa, porém cumprida com êxito.

A oitava edição da revista proporcionará ao leitor profundas reflexões sobre temas completamente novos no Brasil – como o incidente de resolução de demandas repetitivas, o sistema de precedentes, e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica – e sobre temas antigos que demandam uma releitura com a chegada do novo CPC – como os negócios jurídicos processuais, os embargos de declaração, a mediação e a conciliação, o agravo de instrumento, os honorários advocatícios, a arbitragem, e a justiça gratuita.

Aproveitamos a oportunidade para divulgar na revista os enunciados aprovados por cerca de 500 magistrados estaduais e federais durante o seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, no período de 26 a 28 de agosto de 2015 no Superior Tribunal de Justiça, bem como os enunciados elaborados pelos juízes federais da Seção Judiciária de Pernambuco no curso sobre o novo Código de Processo Civil, realizado no mês de junho de 2015. Tais enunciados fornecem

uma primeira visão da magistratura sobre o NCPC antes mesmo de sua entrada em vigor e, o mais importante, permitem que os juízes estudem e reflitam sobre o novo diploma legal.

A Justiça Federal em Pernambuco está de parabéns pela belíssima obra produzida. O Conselho Editorial só tem a agradecer à Direção do Foro, pelo apoio, e aos servidores que colaboraram para a concretização do trabalho.

Sem mais delongas, conclamamos a todos para que iniciem de logo a leitura .

Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Juiz Federal Diretor do Conselho Editorial

OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO PLANO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

Antônio Pereira Gaio Júnior

Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra/PT). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Ius Gentium Conimbrigae/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT). Doutor em Direito (UGF). Mestre em Direito (UGF). Pós-Graduado em Direito Processual (UGF). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da International Bar Association – IBA. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do IAB-Nacional. Advogado.

Edmundo Gouvêa Freitas

Mestre em Direito (UNIPAC), Pós-Graduado em Direito Processual (UNESA)
Professor da FDV. Advogado.

Resumo: Trata o presente artigo de breve análise acerca dos limites da Jurisdição Nacional bem como da denominada Cooperação Jurídica Internacional no plano do novo Código de Processo Civil. Para tanto, se fez importante investigação no que se refere às modificações legislativas que repercutirão nos próprios limites do exercício da jurisdição pátria, demonstrando o alargamento em temas sensíveis aptos ao conhecimento do judiciário brasileiro. Por outro lado, quanto à cooperação jurídica internacional, demonstra-se o aprofundamento legal para operacionalizar em maior e melhor nível, a relação entre judiciários de diferentes Estados, tendo em vista a uma real compreensão da dinâmica do direito em um mundo globalizado.

Palavras-chave: Jurisdição Nacional. Cooperação Jurídica Internacional. Novo Código de Processo Civil.

1 - Lei n.13.105, de 16.03.2015.

Resumen: Es este artículo breve análisis sobre los límites de la jurisdicción nacional y la llamada Cooperación Jurídica Internacional en el nuevo plan de Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, se realizó una investigación importante en relación a los cambios legislativos que tendrán repercusiones en los mismos límites del ejercicio de la jurisdicción patria, lo que demuestra la ampliación en temas sensibles adecuados para el conocimiento de la justicia brasileña. Por otra parte, la cooperación jurídica internacional, demuestra a la profundización legal para operar en el nivel más alto y mejor, la relación entre la justicia de diferentes Estados, con miras a una verdadera comprensión de la dinámica del derecho en un mundo globalizado.

Palabras-clave: Jurisdicción Nacional. Cooperación Jurídica Internacional. Nuevo Código de Procedimiento Civil.

1. INTRODUÇÃO

Como cediço, os estudos legislativos para um Novo Código de Processo Civil tiveram início com o advento do PLS n. 166\2010 – posto que de iniciativa do Senado Federal – seguindo-se a esse, devida remessa à Câmara dos Deputados para os seus devidos contributos alçados ao substitutivo PL. n. 8.046\2010 e, por fim, retornando ao Senado Federal para, em dezembro de 2014, ter o texto final aprovado para fins de envio à Presidência da República, a fim de consolidar a sua sanção e publicação; estas que, até o presente momento destas letras, aguardam-se ditos procedimentos, ao qual, após ditos trâmites, terá o devido *vacatio legis* de (1) um ano para sua vigência e eficácia.

A jurisdição, como já preceitua a própria Ciência Política, tem conotação de soberania, devendo o Estado moderno regulá-la dentro de um contexto transnacional (globalizado), voltado a uma garantia de proteção nacional e com certa medida de flexibilidade.

O objeto do presente artigo se centra em breves reflexões sobre os “Limites da Jurisdição Nacional” bem como na denominada “Cooperação Internacional” no âmbito do NCPC.

Tal temática fora disposta no texto do futuro *Codex* a partir do art. 21, substituindo, *mutatis mutandis*, a nominada competência internacional do texto a ser revogado (art. 88 do CPC\1973).

Como se espera em qualquer renovação legislativa, o novo texto processual, na medida do possível, dedica-se a corrigir questões técnicas, além, de modo geral, promover o aperfeiçoamento gramatical para fins de melhor compreensão e

efetividade aos temas de anseio do tecido social, não obstante somente a experiência pragmática responderá acerca do avanço ou retrocesso da nova mentalidade processual.²

2. DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL

Qualquer forma de autolimitação do país na necessária extensão que atribui à sua própria jurisdição é, verdadeiramente, pressuposto básico para a possibilidade de reconhecimento do exercício das jurisdições alienígenas.

Como muito bem leciona Liebman, em obra dedicada particularmente ao estudo sobre o Processo Civil brasileiro, o problema da competência internacional da justiça de um país é mais precisamente o do limite de sua jurisdição.

Assim, pontua o mestre italiano:

Falta, na verdade, um legislador que delimite a esfera de competência da justiça dos vários estados, e é essa função da lei interna, vale dizer – para o Brasil - a lei brasileira, a única que pode estabelecer explícita ou implicitamente, em que casos é possível propor uma demanda junto aos órgãos judiciários e quando, inversamente, devem estes se recusar a julgar por tratar-se de controvérsia irrelevante para a ordem brasileira.³

Nestes termos, os limites da Jurisdição Nacional estão elencados no Livro II da Parte Geral, mais precisamente no Título II, Capítulo I, arts. 21 a 25 do NCPC.

Vale ressaltar, inicialmente, conforme já de muito defendíamos⁴, a despeito do CPC/1973, entre os arts. 88 a 90 (Livro I, Título IV, Capítulo II) denominá-los de competência internacional, na verdade e bem ratificado pelo NCPC no Capítulo em tela, a matéria ali tratada não é de competência, mas, sim, de jurisdição.

Assim, relativos aos limites afeitos à jurisdição nacional, o NCPC inicia-se com conteúdos em semelhança ao texto a ser revogado, conforme se depreende da análise comparada dos arts. 88 do CPC\1973 e 21 do NCPC.

Conforme se nota do art. 21 do NCPC, será a jurisdição concorrente quando a própria jurisdição brasileira puder ser aplicada em conjunto com a estrangeira.

2 - O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consciência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de transmutar-se em grilhões de uma servidão perversa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 11.)

3 - LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p.12.

4 - GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil*. Vol. I. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 143.

A inovação, neste conteúdo, se dá adiante, ou seja, no art. 22 do NCPC, este que elenca hipóteses também de jurisdição concorrente (que muito bem poderia incluir-se no próprio art. 21) nas ações de alimentos; de credor com domicílio ou residência no Brasil; de réu com vínculos no Brasil, estes relativos à posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou mesmo a obtenção de benefícios econômicos, bem como, e que nos parece de particular relevância, as ações decorrentes de relação de consumo quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil⁵.

Por fim, casos em que as partes, expressa ou tacitamente, submetem-se à jurisdição pátria.

Quanto aos casos de competência exclusiva da autoridade brasileira, o art. 23 do NCPC manteve a sistemática do art. 89 do CPC\1973 com regulação mais clara das questões sucessórias para nacionais ou estrangeiros, nos seguintes termos:

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular, inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;
III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

5 - Inegável é que, nos processos de regionalização e globalização econômica, a proteção dos consumidores tornou-se conteúdo imprescindível tanto no tocante à necessidade de conciliar interesses da sociedade e, em singular, do cidadão, com os anseios da economia e do livre comércio quanto ao que diz respeito às condições a serem implementadas, tudo com o intuito de proteger os interesses daquele hipossuficiente numa era global.

Com efeito, é de se enfatizar, dentro de uma base racional relativa à proteção do consumidor, o papel atuante e essencial que este exerce para o real funcionamento do mercado, merecendo, por isso, fundamentalmente, atenção diferenciada, já que sua confiança no mercado é pré-requisito para o sucesso deste.

Neste contexto, temos que a regulação jurisdicional para a proteção das pretensões consumeristas, de muito, torna-se de vital importância.

Como de muito, já temos enfrentado (*ex vi* dos nossos *A Proteção do Consumidor no Mercosul*. São Paulo. LTR, 2004; *O Consumidor e sua Proteção na União Europeia e Mercosul. Pesquisa Conjuntural como Contribuição Política Desenvolvimentista de Proteção Consumerista nos Blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014), com a previsão de instâncias jurisdicionais protetivas (União Europeia) ou não (Mercosul), as relações consumeristas se propalam por uma multiplicidade de ambientes e o NCPC vem a reger relevante conteúdo, de cuja ausência, ainda que, aplicando-se de forma direta ou indiretamente a Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro, havia, de fato, ausência de conteúdo explícito no que concerne à proteção consumerista consolidada fora do território nacional, o que, no novel Código Processual Civil, vem registrar a necessidade de o consumidor possuir domicílio ou residência no Brasil, ainda que a relação de consumo tenha se dado em território estrangeiro.

As regras para litispendência e conexão entre ações propostas perante Tribunais estrangeiros mantiveram-se muito semelhantes – conforme se vê dos art. 90 do CPC/1973 e art. 24 do NCPC, valendo destacar o parágrafo único do art. 24, o qual sustenta que a pendência de demanda perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira, quando da exigência desta para produzir efeitos no Brasil. Nisso, reconhecemos a preponderância daquilo que defendemos, ou seja, de que tal homologação deve ocorrer antes da sentença, proferida por juiz brasileiro, transitar em julgado, para que a referida se sobreponha à ação aqui intentada, levando o juiz ou tribunal a extinguir o processo pátrio sem resolução do mérito (art. 267, V do CPC/1973 e art.485, V do NCPC), por já existir, então, coisa julgada sobre a questão.⁶

Destaque-se, ainda, garantia de proteção de tratados internacionais e acordos bilaterais (art. 24, caput, *in fine* do NCPC) ausentes no diploma a ser revogado, bem como melhorias procedimentais na tramitação da sentença judicial estrangeira, ainda que suprimido pelo Projeto da Câmara dos Deputados (PL n.8.046/2010) o vocábulo “*ou arbitral*” sugerido, inicialmente, no Projeto do Senado, mas com a aprovação do texto, ora em comento, agora adotando-se a via exclusivamente judicial nesta matéria.

As hipóteses de exclusão de competência estão reguladas no art. 25 do NCPC – matéria não contemplada pelo diploma de 1973.

Nestes termos, dispõe o aludido art. 25, *in verbis*:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2º Aplicam-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.

Nota-se que, em sede de contratos internacionais, a escolha de cláusula de foro exclusivamente estrangeiro exclui a autoridade judiciária brasileira do conhecimento de ação nela intentada.

É bem verdade que se trata de atitude volitiva das partes a escolha do foro para eventuais desavenças decorrentes de relações obrigacionais por elas convencionadas e, neste caso, opta o legislador pátrio por fazer valer a vontade negocial, desde que não implique as matérias as quais o próprio Código entende serem de competência

6 - GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 153.

concorrente ou exclusiva da jurisdição brasileira (*ex vi* dos arts. 21, 22 e 23 do NCPC).

Ademais, cabe trazer a lume as novas regras de impugnação do Foro de Eleição dispostas no art. 63 do NCPC, estas a serem arguidas nas preliminares da contestação do réu sob pena de preclusão.

3. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Justificado pela dinâmica social, notadamente por processos de adaptação do sistema capitalista – como o fenômeno da Globalização – a legislação processual civil em reforma não mais se comporta de forma suficiente acerca da relação jurisdicional de característica internacional.⁷

Em que pese uma variedade de tratados na seara na cooperação jurídica internacional⁸, a matéria não é de simples trato, dado que envolve uma dinâmica em determinados momentos e circunstâncias muito mais política do que jurídica.⁹

De pronto, cabe pontuar que a terminologia cooperação internacional, aqui jurídica ou jurisdicional, significa, em um amplo sentido, o intercâmbio internacional para o

7 - Sobre o tema do Direito Comunitário tem-se o Tribunal de Justiça da União Europeia: “*Trata-se do principal órgão supranacional do sistema jurisdicional de solução de controvérsias da União Europeia*”. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Consumidor e sua Proteção na União Europeia e Mercosul: pesquisa conjuntural como contribuição à política desenvolvimentista de proteção consumerista nos blocos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 73.

8 - Ver por todos, o excelente de trabalho de CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (Orgs.). *Cooperação Judiciária Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

9 - Neste contexto, aliás, nota-se a intensificação dos Estados nas relações internacionais, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, o que, para Eduardo Matias (MATIAS, Eduardo Felipe. *A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005 p. 206), deve-se, sobretudo, a dois importantes fatores:

“O primeiro relaciona-se com a consciência dos Estados quanto ao fato de que não são auto-suficientes, 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 independentes.”

É fato o paradigma europeu neste processo, a começar pelo Tratado de Paris de 1951, avançando-se para fusões, integrações e alargamentos a partir do Tratado de Roma de 25.03.1957.

Hodiernamente, no âmbito da União Europeia, os tribunais nacionais desempenham um papel importantíssimo na aplicação do Direito da União e, portanto, tendo a cooperação entre ambos um ponto característico.

Por força do princípio da aplicação descentralizada do Direito da União Europeia pelos Estados-membros, são os tribunais nacionais os tribunais comuns do contencioso da União ou os “tribunais comunitários de Direito Comum”.

É assim “porque a jurisdição do juiz nacional na aplicação do Direito da União é geral, por oposição à jurisdição do TJUE, que tem competência por atribuição, por força, desde logo, do artigo 8º, n.º 2 da EU.” (QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 688-689).

Importante ainda neste contexto, é a análise sob a ótica do Direito Processual Civil e a *Tutela del diritto o dell’interesse legittimo nei diversi orbini do giurisdizione* em COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: il Mulino, 1995 p.118-119.

efetivo cumprimento extraterritorial de medidas processuais entre Poderes Judiciários de diferentes nações, valendo destacar que, hodiernamente, têm-se novas possibilidades de atuações em ditas dinâmicas cooperativas, tendo importante lugar aquela de natureza administrativa dos Estados em modalidades de contato direto entre os entes estatais.¹⁰

Vale, ainda, assentar que o campo da cooperação em tela é de domínio interdisciplinar.

Em verdade, no campo do processo civil internacional, ela se divide em três vertentes, a saber: i) competência internacional; ii) reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras e iii) tramitação internacional de atos processuais.

Têm-se como objetivo de ditas vertentes, respectivamente, a regulação dos conflitos internacionais de jurisdição, a determinação das condições necessárias para o devido reconhecimento e execução de atos decisórios, sejam eles condenatórios, constitutivos ou executivos, emanados por autoridade estrangeira competente no exercício da função jurisdicional e, ainda, a realização em uma jurisdição, de atos processuais de interesse de outra jurisdição.¹¹

O Brasil é partícipe de uma multiplicidade de convenções multilaterais e mesmo bilaterais. Nisso

quando é preciso cooperar com um Estado estrangeiro, no curso de um processo, convivemos com situações semelhantes reguladas de forma diferenciada, a saber: a) se é preciso cooperar com um país com o qual o Brasil não possui qualquer convênio, aplicar-se-ão as regras do DIPr e de Processo Civil Interno brasileiro, *tout court*; b) se houver um acordo bilateral, este será aplicável, v.g., as regras da Convenção de Cooperação Brasil x França; c) se houver um acordo multilateral, este será aplicado, v.g., os Protocolos de cooperação vigente no

10 - Vale destacar, em sede do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, mais precisamente em relação às controvérsias entre particulares de Estados-partes diferentes, há ainda, neste momento, incipiência no tocante aos instrumentos efetivos que cuidam da resolução de tal tipo de conflito.

Neste sentido, continuam tais controvérsias a ser resolvidas no âmbito dos Poderes Judiciários dos respectivos Estados-membros, guardando, entretanto, importância para tal questão, principalmente com relação a determinados entraves procedimentais, protocolos assinados na esfera do MERCOSUL, tais como: Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Protocolo de Buenos Aires); Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas); Protocolo de Medidas Cautelares; Protocolo sobre Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-partes do Mercosul (Protocolo de San Luis); Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo (Protocolo de Santa Maria) e Protocolo de Olivos.

Há de se observar ainda que os particulares em suas relações comerciais dispõem de um importante instrumento que são as arbitragens comerciais internacionais. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Consumidor e sua Proteção na União Europeia e Mercosul: pesquisa conjuntural como contribuição à política desenvolvimentista de proteção consumerista nos blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014, p. 181.

11 - No mesmo sentido, CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (Orgs.). Ob. cit., p.3- 4.

Mercosul, ou país signatário do Código Bustamante. É o caso típico da convivência de normas gerais com normas especiais, afastando-se as primeiras ante a existência das segundas.¹²

Dito isso, a norma disposta no art. 26 do NCPC contribui para aclarar as bases da cooperação jurídica internacional em sede processual civil, conforme se percebe a seguir:

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado do qual o Brasil seja parte e observará:

I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

III – a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

IV – a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;

V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

§ 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

§ 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira.

§ 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

§ 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

Nota-se, como não poderia ser diferente, a cooperação jurídica internacional a ser regida por tratado do qual o Brasil seja signatário, deve-se fundar nas próprias bases de um modelo democrático e constitucional de processo justo, com respeito às garantias do devido processo legal no âmbito do próprio Estado requerente da cooperação, a isonomia no tratamento entre brasileiros e estrangeiros, ainda que não residentes no Brasil, sobretudo em relação ao acesso à justiça e à tramitação

12 - *Idem*, p.6.

dos processos, devendo ser assegurada a assistência judiciária daqueles que dela necessitarem.

Salvo as hipóteses que exigem sigilo em relação à demanda (v.g., art. 155 do CPC/1973; art. 189/NCPD) bem como na legislação do Estado requerente da cooperação, a publicidade processual deve ser garantida.

Por outro lado, notam-se questões de ordem pragmática e burocrática para fins do ideal cumprimento da requisição de cooperação internacional: a existência de “autoridade central” para a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação (no Brasil, conforme dispõe o §4º do art. 26, caberá ao Ministério da Justiça tal *munus*, isso ante a ausência de designação específica) e espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

Tais disposições supracitadas, que se registre, devem ser levadas a cabo ainda que o Brasil não tenha para com o país requerente tratado de cooperação.

Assim, não obstante o §1º do digitado art. 26 esteja a prever que ante a ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional se dará com base no princípio da reciprocidade¹³, este manifestado pela via diplomática, não se quer dizer que prescindirá aí de quaisquer das garantias processuais constitucionais ora referidas em sede de existência de tratado.

Ratificando o que já fora alhures afirmado, o §3 do artigo em comento acentua que não será admitida a prática de atos que contrariem ou produzam resultados contrários, por isso, incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, reafirmando o compromisso com o modelo constitucional do processo pátrio e sua necessária efetivação.¹⁴

Dentro do contexto pragmático, os pedidos de cooperação internacional têm por objeto os seguintes atos processuais:

- a) citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;
- b) colheita de provas e obtenção de informações;
- c) homologação e cumprimento de decisão;
- d) concessão de medida judicial de urgência;
- e) assistência jurídica internacional;
- f) qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

13 - Consiste o Princípio de Reciprocidade em permitir a aplicação de efeitos jurídicos em determinadas relações de Direito, quando esses mesmos efeitos são aceitos igualmente por países estrangeiros. Segundo o Direito Internacional, a reciprocidade implica o direito de igualdade e de respeito mútuo entre os Estados, tendo o mesmo servido de base para atenuar a aplicação do princípio de territorialidade das leis.

14 - Para tanto, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Constitucionalização do Processo no Estado Democrático de Direito. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

3.1 – Auxílio Direto

Trata o Auxílio Direto de procedimento de caráter administrativo em sede de cooperação internacional, quando a medida requerida não decorrer diretamente de decisão da autoridade jurisdicional alienígena a ser submetida a juízo de delibação no Brasil, como se depreende do art. 28 do NCPC.

Neste caso, a solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central do Estado requerido, cabendo ao Estado requerente assegurar, respectivamente, a autenticidade e clareza do pedido realizado (art. 29).

Para fins de melhor definir quais conteúdos são passíveis de requisição por meio do auxílio direto, teve por bem o legislador do novato CPC dispor em rol os seguintes objetos:

Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil seja 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.

A fim de demonstrar a operacionalização do auxílio direto, o NCPC disciplinou entre os arts. 31 a 34 detalhes alusivos à necessária compreensão de seu *modus operandi*.

Nestes termos é que a autoridade central brasileira (o Ministério da Justiça, em não sendo designada outra específica), comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, uma vez sendo necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, em tudo respeitando disposições particulares constantes de tratado que rege a matéria.

Em sendo caso de auxílio direto para a prática de atos que, de acordo com a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotará as providências necessárias para seu efetivo cumprimento.

Por outro lado, recebido o pedido de auxílio direto passivo, i.e, que dele necessite medida de cunho jurisdicional, a autoridade central o encaminhará à Advocacia-Geral da União, que requererá, em juízo, a medida solicitada, cabendo ressaltar quem, uma vez sendo o Ministério Público a autoridade central, a ele caberá requerer em juízo a medida solicitada.

Por fim, em sede judicial, compete ao juízo federal do lugar em que deva ser executada a medida apreciar pedido de auxílio direto passivo que demande, notadamente, prestação de atividade jurisdicional.

3.2 - A Carta Rogatória

Carta rogatória é ato processual clássico de comunicação entre autoridades judiciárias estrangeiras para fins de solicitação ao cumprimento do conteúdo da mesma.

No CPC/1973, mais especificamente, com relação à carta rogatória, trata o art. 210, dispondo acerca das denominadas cartas rogatórias ativas, isto é, aquelas decorrentes de atos endereçados ou rogados a magistrado estrangeiro por intermédio de juiz nacional.

Já no que toca ao cumprimento de carta rogatória passiva, essa corresponde a ato rogado por juiz estrangeiro à autoridade judiciária pátria¹⁵, conforme regula o art. 211 do CPC/1973, tendo o seu cumprimento dependente de *exequatur*,¹⁶ cuja competência é conferida ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988, com seu art. 105, I, *i*, a preceituar que cabe à aludida Corte a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

No que se refere ao NCPC, tratam os arts. 35 e 36 das questões atinentes à presente carta, notadamente, com conteúdos voltados ao alcance das mencionadas, ou seja, ao que ela se refere. No entanto, como de conhecimento, a Presidência da República vetou o aludido art. 35, este que estabelecia o pedido de cooperação entre órgãos jurisdicionais estrangeiros por meio de carta rogatória objetivando a prática de atos processuais, tais quais citações, intimações e notificações judiciais, colheita de provas, obtenção de informações e cumprimento de decisões interlocutórias,

15 - Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p.334.

16 - A palavra *exequatur*, expressão latina, forma verbal, significa *execute-se, cumpra-se*, sendo empregada no Brasil para fins de admissão da carta rogatória. Vale destacar que doutrina estrangeira, notadamente relativa a outros sistemas jurídicos, emprega-a para fins de aceitação de sentença, o que, em princípio, não ocorre entre a doutrina e legislação brasileiras que preferem referir-se à homologação ou ao reconhecimento como o caminho para a exequibilidade da sentença alienígena.

sempre que o ato estrangeiro constituísse em decisão a ser executada no Brasil, correspondendo aí na carta rogatória passiva, o que, notadamente, vale também para a ativa, dentro dos interesses da autoridade judiciária brasileira.

E quais foram as razões do veto:

“Consultados o Ministério Público Federal e o Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que o dispositivo impõe que determinados atos sejam praticados exclusivamente por meio de carta rogatória, o que afetaria a celeridade e efetividade da cooperação jurídica internacional que, nesses casos, poderia ser processada pela via do auxílio direto.”

Parece-nos, no entanto, que o veto, longe de qualquer dúvida, não levou em consideração a própria e clara dicção do que fora firmado pelo art. 28, citado alhures, no que se refere, propriamente, serventia do Auxílio Direito.

Ora! O auxílio direto se presta a medidas sem a necessidade de juízo de delibação, o que, aliás, se vê ratificado no §2º do art. 216-O do Regimento Interno do STJ.

Assim, bastaria que já nos Projetos que antecederam à aprovação da lex, que o art. 35 viesse com a simples menção da necessidade do juízo de delibação no tocante à prática dos atos indicados ali por via rogatória ou nem mesmo isso, pois que o supracitado RISTJ já por bem, expressa tal entendimento, inequivocamente.

Em verdade, o que se quer, aqui, é esclarecer para fins de se evitar interpretação dúbia é que, a contrário senso, com o nebuloso veto, não se está a negar que os conteúdos do art. 35 ora vetado não se encontram presentes para fins de serem otimizados por meio da Carta Rogatória, mas tão somente que, diante da desnecessidade de juízo delibatório, possam ser praticados via auxílio direto. Nada mais, nada menos que isso. É, smj, o que pensamos e espera-se, sem surpresas..!

Dando seguimento, conforme já expressado em linhas atrás, o procedimento da carta rogatória passiva se dá perante o Superior Tribunal de Justiça, possuindo caráter de jurisdição contenciosa, devendo respeitar o devido processo legal com todas as garantias constitucionais do processo, importando ainda ressaltar a possibilidade de recusa ao cumprimento de seu conteúdo, isso caso se configure manifesta ofensa à ordem pública brasileira conforme regra o art. 39.

Trata o RISTJ, em substituição à Resolução n.09 do próprio Tribunal, da regulação procedimental para a homologação de Sentença Estrangeira.

Não obstante a isso, o NCPC e aí, em sentido amplo e naquilo que se faça necessário, estabelece balizas para o respeito aos conteúdos afeitos ao ato processual solicitado na carta.

De início, considera-se autêntica a documentação que instruir o pedido inicial de cooperação jurídica internacional, com respectiva tradução para a língua portuguesa

(isso vale tanto para a carta rogatória, homologação de sentença estrangeira ou mesmo o auxílio direto), quando devidamente encaminhado por meio de autoridade central ou por via diplomática estrangeira, dispensando-se, neste caso, ajuramentação, autenticação ou qualquer outro procedimento de legalização para tal (art.41, caput). Nota-se, no caso, que, decorrente de órgão judicial, eventuais documentos que venham a instruir o pedido de cooperação, não necessariamente prescindirão de ditos procedimentos para apurar a autenticidade/veracidade dos referidos, podendo ainda o Estado brasileiro lançar mão do uso da reciprocidade de tratamento para tais questões.

Já, com relação a conteúdos voltados à dinâmica procedimental, disciplinam os §§1º e 2º do art. 36:

§ 1º A defesa restringir-se-á à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil.

§ 2º Em qualquer hipótese, é vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira.

Lado outro, com relação ao pedido de cooperação internacional por autoridade brasileira, será ele, uma vez traduzido para língua oficial do Estado requerido, encaminhado pela autoridade brasileira (judicial ou administrativa) competente à autoridade central (Ministério da Justiça ou outra especificamente designada), esta que então providenciará o envio ao Estado estrangeiro requerido, para fins de lograr êxito ao seu cumprimento, portanto, tem-se a autoridade central como responsável final para o envio do pedido de cooperação.

Por fim, faz frisar o NCPC que, para fins de cooperação internacional relativa à execução de decisão estrangeira - esta que se dará junto a órgão judicial pátrio - consideram-se meios hábeis a carta rogatória ou a ação de homologação de sentença estrangeira (art. 40), sendo o auxílio direto, conforme bem visto em item anterior, prestando-se a outras serventias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, de tudo exposto, a importante preocupação do legislador no futuro Ordenamento Processual Civil brasileiro, ao laborar, de forma mais elástica e incisiva, regramentos atinentes às novas relações jurídicas em um mundo que não

cabe mais poder sofrer de egolatria normativa, como sempre foi tradição de nossos ordenamentos processuais, em que a efetivação jurídica e fática dos resultados pretendidos na esfera dos direitos para além de nossas fronteiras, somente se faz em sede de cooperação jurídica e compreensão responsável dos nossos limites.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (Orgs.). *Cooperação Judiciária Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinário di cognizione*. Bologna: il Mulino, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. *O Consumidor e sua Proteção na União Europeia e Mercosul. Pesquisa Conjuntural como Contribuição Política Desenvolvimentista de Proteção Consumerista nos Blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014.

_____. *O Consumidor e sua Proteção na União Europeia e Mercosul: pesquisa conjuntural como contribuição à política desenvolvimentista de proteção consumerista nos blocos*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *A Proteção do Consumidor no Mercosul*. São Paulo. LTR, 2004.

_____. *Direito Processual Civil*. Vol. I. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MATIAS, Eduardo Felipe. *A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2013.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Constitucionalização do Processo no Estado Democrático de Direito. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 163-192.

O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O ART. 190 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carlos Adriano Miranda Bandeira

Juiz Federal Substituto na 2ª Região. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente ensaio busca expor os principais contornos dos negócios jurídicos-processuais e investigar a legitimidade do juiz para controlá-los. A partir dessa exposição, torna-se possível definir o significado e a extensão do art. 190 do Novo Código de Processo Civil. O estudo proposto exige a compreensão dos princípios aplicáveis aos negócios processuais, das funções que esses negócios devem ter na sociedade e do contexto discursivo que legitima a intervenção judicial. A ênfase será dada sobre o regramento geral do negócio jurídico e sobre os regimes já conhecidos de negócios processuais tipificados.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. O Novo Código de Processo Civil. Negócios Jurídicos Processuais. Validade e eficácia. Autorregramento da vontade. Controle judicial.

Pelo negócio jurídico-processual, as partes afastam a aplicação de algumas normas processuais. Como seu predecessor, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) regulou convenções processuais típicas, entre as quais a cláusula de eleição de foro e a convenção sobre a distribuição do ônus da prova. O art. 190 do NCPC, contudo, trouxe uma grande novidade: uma cláusula geral de autorregramento processual da vontade. Para maior compreensão, eis o teor do dispositivo:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes

estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

De uma só tacada, o artigo 190 do NCCP dá relevo à autonomia privada e ao controle judicial da vontade. As circunstâncias que legitimam esse controle e os limites àquela autonomia serão o tema deste artigo.

1. CONTEXTO DISCURSIVO DE LEGITIMAÇÃO

Existem limitações classicamente reconhecidas à autonomia privada na celebração de negócios jurídicos em geral. A par disso, há restrições que podem ser derivadas dos princípios da função social das convenções, da boa-fé e do devido processo legal. E, sem dúvida, já existem entendimentos na doutrina e na jurisprudência relativos aos negócios jurídicos típicos, cujas limitações podem ser generalizadas, mediante recurso à analogia. Esses serão os temas dos capítulos 5 a 7, adiante.

Ao lado do quadro normativo, existe um contexto discursivo de legitimação da intervenção do Poder Judiciário nos negócios jurídicos processuais. Nesse contexto, dois argumentos se destacam por sua relevância: o da tutela da igualdade e o da instrumentalidade das formas.

1.1 O argumento da igualdade substantiva

O contexto da Constituição de 1988 é o da defesa da igualdade substantiva, com franco reconhecimento ao multiculturalismo e determinação de diminuição de desigualdades sociais. Essas linhas mestras determinam a intervenção judicial, que se legitima para salvaguardar um rol de direitos e será mais forte em situações de exclusão social e de assimetria material entre as partes. Tais situações incluem as de concorrência imperfeita (i.e. monopólios e oligopólios, que diminuem as chances de negociação isonômica do contrato), de externalidades negativas (entendidas como a transferência dos custos e riscos da operação econômica para terceiros não beneficiados pelo contrato) e de falhas de transparência (a ausência

de disseminação homogênea na sociedade de acesso às informações que são relevantes para uma contratação).

Num plano ideal, as disposições sobre direito material contidas em um contrato não agravarão uma prévia situação social de assimetria. As leis brasileiras criaram diversos mecanismos para evitar isso. As convenções processuais, contudo, têm o potencial de incrementar esse risco, potencial que deve ser neutralizado pelo juiz. Portanto, a atuação judicial não anula a autonomia privada na seara processual, prestando-se, em muitos casos, a evitar que uma vontade esmague a outra.

O controle judicial parte da premissa de que os iguais têm condições de se relacionar com liberdade e de, livremente, se obrigarem. Sobre essa premissa são fundadas as ideias de contrato e de *pacta sunt servanda*. Como decorrência, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Num cenário político em que se reconheça que o Estado tem o dever de oferecer prestações diferenciadas que promovam a igualdade, surge a necessidade de intervenção estatal nas relações entre particulares. Se agudizada a desigualdade social, as diferenças entre as partes poderia inviabilizar a contratação com liberdade para ambas as partes, ameaçando o poder de se obrigar atribuído à vontade. Onde as partes são iguais, o Poder Público deve homenagear a vontade com vigor; onde a desigualdade é mais forte, a intervenção se legitima para corrigir uma distorção inicial.

1.2 O argumento da instrumentalidade do processo

O controle judicial também se legitima ao tolher o automatismo das formalidades. É que o processo, em um contexto democrático, busca promover a realização de direitos materiais. Suas formalidades têm um sentido que não se exaure no próprio procedimento. Elas buscam preservar a justa chance de luta por um direito.

O processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de promoção de justiça substantiva. Essa compreensão afasta a visão de que as partes e o juiz se reúnem em torno de um jogo em que o melhor contendor é o mais apto a suportar as taxas judiciárias, os honorários advocatícios, os honorários de perito, o tempo de tramitação e a incerteza quanto ao futuro. Por consequência, não são admissíveis convenções processuais que busquem, a todo custo, criar vantagens pessoais sem qualquer função legítima que justifique sua inserção no processo. Daí a necessidade de uma instância de controle que assegure a racionalidade desses negócios.

2. FUNÇÕES DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Os negócios processuais apresentam funções diferentes consoante o momento de sua celebração. Se celebrados após a deflagração do processo, espera-se, sobretudo, que gerem ganhos na eficiência do processamento e que aproximem as partes. Se celebrados após a deflagração do conflito, mas antes de haver processo, espera-se um incremento da participação democrática na flexibilização procedimental, racionalizando-se o uso dos instrumentos de resolução de controvérsias. Caso celebrados antes de haver qualquer conflito, os negócios jurídicos processuais terão funções mais abrangentes.

Isso pode ser visualizado a partir de uma situação hipotética de igualdade, de livre trânsito de informações e de boa-fé, da qual participem dois agentes dotados de autonomia financeira, conhecimento técnico e sofisticação estratégica. Suponha uma grande empresa de comércio eletrônico que deseja contratar modalidade especial de serviços de encomendas com uma grande empresa de entregas, com a finalidade de garantir o envio de seus produtos à residência dos clientes.

Durante as tratativas, as duas partes considerarão os custos operacionais e também os riscos de que problemas venham a comprometer a regular execução do contrato. As disposições de direito material contidas no contrato serão estruturadas sobre essa análise de riscos, o que influenciará o preço e as garantias exigidas.

Existem também os riscos e custos de eventual litigância, que podem ser diminuídos por convenções processuais. O contrato pode definir a eleição de uma tradutora juramentada que cobre um pouco menos por seus serviços. Um pacto de impenhorabilidade de todas as mercadorias da empresa comerciante poderia lhe deixar tranquila, mesmo na eventualidade de ser executada indevidamente. Para demonstrar sua confiança em como não chegará à situação de ser executada, a empresa de entregas pode aceitar que, antes do trânsito em julgado, a outra parte se beneficie da transferência de bens e dinheiro no cumprimento provisório de sentença, mesmo sem prestar caução.

Essas cláusulas de índole processual reduzem custos com auxiliares do juízo e com garantias prestadas no processo. As partes podem optar por uma atribuição igualitária de vantagens processuais entre si ou por uma atribuição unilateral de vantagem processual que seja precificada. No segundo caso, restaura-se o equilíbrio contratual na via do direito material, o que cria uma maior dificuldade para se verificar, durante eventual processo, se o contrato era equilibrado na

origem. Em qualquer caso, após surgir um conflito e a clareza sobre quem será autor e réu, as convenções processuais permitirão o surgimento de vantagens concretas para uma das partes, o que não é negativo, contanto que o conjunto básico de direitos de cada litigante não seja violado.

Nessa dinâmica pré-conflitual, a literatura estadunidense¹ identifica pelo menos três funções atribuíveis aos negócios jurídicos processuais.

Em primeiro lugar, eles favorecem o comportamento cooperativo das partes durante a execução do contrato, diminuindo o apelo à litigância e educando as partes sobre o modo de eventual processo entre elas vir a se desenrolar no futuro.

Em segundo lugar, eles determinam a autocontenção em processo futuro, ao inibir a estratégia litigiosa oportunista e eliminar opções processuais essencialmente destrutivas, que sejam de alto custo e reduzido benefício para qualquer das partes.

Em terceiro lugar, as cláusulas contratuais podem ajudar as partes contratantes a identificar, de plano, quais agentes econômicos dão sinais de que executarão o contrato com maior confiabilidade (por aceitarem estabelecer cláusula de garantia contra defeitos por reduzido custo adicional, por exemplo) e quais indicam que evitarão judicializar eventuais conflitos (por aceitarem com mais facilidade celebrar negócios que atribuem situação processual de vantagem à outra parte).

3. AS VANTAGENS DO INSTITUTO

Kapeliu e Klement afirmam que, com todas as vantagens que a autonomia privada oferece, a arbitragem não elimina as vantagens das convenções processuais no âmbito do Judiciário. Indicam pelo menos duas razões para as partes não preterirem as convenções processuais em favor do flexível procedimento arbitral.

A primeira razão é a financeira. Por não ser financiado com recursos de toda a sociedade, a arbitragem pode se revelar eventualmente mais cara.

A segunda razão se relaciona à confiabilidade no efeito dissuasor de decisões judiciais. Segundo os autores, os árbitros se sujeitam a incentivos de mercado, notadamente os relativos à possibilidade de ser (re)contratado no futuro e à necessidade de não criar uma imagem de parcialidade com relação a um tipo de litigante. Pode decorrer daí a percepção de uma maior inclinação para decisões arbitrais pelo meio-termo entre as posições que as partes assumem após a deflagração do conflito. Isso frustraria a necessidade dos contratantes de criar dissuasores do conflito e da litigância, não se dando o mesmo com julgadores

1- KAPELIU; KLEMENT (2008: pp. 16-25)

que sejam vistos como independentes e mais propensos a punir inteiramente uma conduta que identificam como ilícita.

Kapeliu e Klement concluem que, se o objetivo do contrato for assegurar a maximização dos interesses que as partes têm no momento da celebração, antes de saber se haverá um conflito, a filiação à judicialização com recurso a convenções processuais pode se revelar uma saída mais desejada, por criar os melhores incentivos para a execução ideal do contrato por ambas as partes.

Se as partes têm razão para desejar os negócios jurídicos processuais, o mesmo se verifica com os magistrados. Do ponto de vista político, o negócio jurídico-processual corresponsabiliza as partes pela busca de soluções mais racionais para os conflitos. Do ponto de vista da gestão, o negócio pode liberar o Juízo de esforços como os de localizar peritos mais adequados ou o de inverter o ônus probatório.

Excessos podem acontecer concretamente, tal como em qualquer categoria de negócio jurídico. O dever de promover o controle desses negócios não é absolutamente novo e nem são desconhecidos os parâmetros de atuação judicial. Porém, antes de abordar as hipóteses de invalidade e ineficácia dos negócios jurídicos como um todo, convém esmiuçar o que, exatamente, é um negócio jurídico-processual.

4. CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO

Fatos concretos da vida são qualificados como fatos jurídicos sempre que sobre eles incidir uma norma jurídica, caso em que passam a afetar situações jurídicas das pessoas, dando origem a tais situações, as extinguindo, modificando seu conteúdo ou alterando os sujeitos de direito envolvidos. Exemplos corriqueiros são o nascimento ou a morte de uma pessoa. Quando o fato jurídico consiste em uma conduta humana voluntária e lícita cujos efeitos invariáveis são pré-fixados por lei, há um ato lícito em sentido estrito. É o caso da fixação de domicílio. Porém, se a vontade determina a conduta e também regula suas consequências, tem-se um negócio jurídico.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo², negócio jurídico é a declaração da vontade (que é uma manifestação da vontade cercada das circunstâncias negociais) destinada à produção de efeitos jurídicos que concretamente serão atribuídos pelo ordenamento jurídico caso respeitadas os pressupostos de existência, validade e eficácia em virtude de ter havido manifestação de vontade desses efeitos.

2- AZEVEDO (2002: p. 16)

A declaração de vontade é emanada apenas de uma pessoa na procuração e no testamento, caso em que há um negócio jurídico unilateral. O negócio jurídico bilateral exige que duas ou mais pessoas declarem a vontade. A este se aplicarão o regramento dos contratos se houver composição de interesses contrapostos.

4.1 Uso do Conceito no Processo Civil

A transposição do conceito de negócio jurídico para a seara processual pode promover refluxo na compreensão do direito processual como autônomo relativamente ao direito material? Em princípio, não. A associação do conceito de negócio jurídico ao Direito Civil, do ponto de vista ontológico, revela-se meramente accidental.

A convenção processual é uma categoria de negócio jurídico dotada de especificidades decorrentes da sua ligação ao processo. O estudo da categoria à luz das disposições aplicáveis ao gênero ao qual pertence não implica o restabelecimento de um imanentismo no processo civil desde que se mantenha clara a divisão entre disposições de direito material e disposições de direito processual. Acrescenta-se que o estudo sob essa perspectiva aparentemente vem sendo trilhado nos Encontros do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Alguns de seus enunciados tratam do negócio processual à luz do Código Civil.

É verdade que a teoria do negócio jurídico foi desenvolvida à luz da doutrina do império da vontade, o que destoava da percepção publicista do processo, enquanto série de atos cujos efeitos e encadeamento são preestabelecidos por lei. Porém, essa concepção já vinha sendo abalada pela tese de que o procedimento previsto em lei pode ser alterado pelo juiz da causa diante do caso concreto. Essa ideia foi acolhida pelo Novo CPC, que chancelou a flexibilização judicial do procedimento³, o controle judicial do número de litigantes⁴ e a adaptação de prazos para produção de prova documental⁵.

De toda sorte, o processo civil já tutelava a vontade, cuja violação permite até a rescisão de decisão passada em julgado⁶. Também já se conheciam condutas processuais com consequências definidas pela vontade. Exemplo disso é a convenção sobre distribuição do ônus da prova. Para esse tipo de fenômeno processual, o estudo do conceito de negócio jurídico se revela útil.

3- Art. 139, VI, art. 880, §1º, art. 885, caput, e art. 887, §4º, todos do NCPC

4- Art. 113, §1º, do NCPC

5- Art. 437, §2º, do NCPC

6- Art. 966, III, do NCPC

4.2. Conceito de negócio jurídico-processual

Negócio jurídico-processual é o negócio jurídico dotado de 2 elementos de existência categoriais: (i) o negócio se refere a um procedimento ou litígio, ainda que eventual e por ser deflagrado, e (ii) o negócio é suporte fático de uma norma processual, isto é, de norma que se dedique a regular o processo, a jurisdição ou o direito de ação.

O conceito pode abranger tanto declarações de vontade que integram a sequência do procedimento (v.g. o plano de recuperação judicial) como os negócios jurídicos extraprocedimentais (ex. a transação extrajudicial). Nesse sentir, são negócios jurídicos processuais tanto os preparatórios, que se celebram antes da demanda (v.g. pacto de competência), como os interlocutórios, que só podem ser concluídos na pendência de uma demanda (v.g. convenção de suspensão do processo).

Deve-se ter em atenção que o negócio e o instrumento negocial não se confundem. Suponha um instrumento de contrato que consigne a eleição consensual de foro, a eleição convencional de perito e a diminuição de prazos para ambas as partes, além de trazer disposições contratuais de direito material (por exemplo, sobre abertura de conta-corrente). Há três negócios processuais, embora celebrados por meio de um único instrumento. Com base no princípio da separabilidade, positivado no art. 184 do Código Civil e no art. 8º da Lei 9.307/1996, as disposições sobre direito material podem ser nulas sem que as convenções processuais o sejam. E vice-versa.

Do mesmo modo, é possível que a nulidade de um negócio jurídico-processual não afete a validade de outro. Pode haver convenções separáveis se cada disposição contratual fixa a mesma proporção de vantagem para cada parte. Ao contrário, existem contratos coligados por subordinação recíproca se uma concessão processual aparentemente graciosa tiver sido feita para equilibrar a vantagem garantida por outra disposição. A identificação das cláusulas que são separáveis dependerá da análise da finalidade e repercussão de cada negócio (aspecto objetivo) e da intenção das partes quando da celebração do contrato (aspecto subjetivo).

5. LIMITAÇÕES INERENTES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

5.1 Elementos de existência do negócio

Para Junqueira de Azevedo, o negócio existe quando presentes os elementos de existência, que são classificados em elementos gerais, categoriais

e particulares. Os primeiros se dividem entre elementos gerais pressupostos, sem os quais sequer se identifica um ato jurídico (lugar, tempo e agente), e elementos gerais constitutivos da declaração de vontade (forma, objeto e circunstâncias negociais).

Os elementos categoriais identificam a que categoria um determinado negócio pertence. Compõem-se dos *essentialia negotii* e dos *naturalia negotii*, isto é, de elementos inderrogáveis (v.g. o consenso sobre a coisa e o preço, no contrato de compra e venda) e de elementos derogáveis pela vontade (v.g. a responsabilidade por evicção nos contratos onerosos sobre disposição de bens).

Elementos particulares, por fim, são cláusulas específicas criadas pelas partes.

5.2 Requisitos de validade do negócio

No plano da validade, os elementos de existência do negócio jurídico são qualificados por requisitos de validade. O lugar deve ser apropriado e o tempo deve ser útil (v.g. art. 212 do CPC de 2015). O particular deve ter capacidade civil e legitimação para o ato. Tratando-se de negócio procedimental, exige-se capacidade processual e capacidade postulatória⁷. O órgão de solução de controvérsias também deve estar qualificado por seus atributos: a investidura, a competência, e a imparcialidade. A forma obedecerá a prescrição aplicável, se houver (v.g. art. 319 do CPC de 2015). Por fim, o objeto deve ser lícito e determinável, razão pela qual a convenção para uma pessoa não depôr sobre determinados fatos é de validade, no mínimo, duvidosa.

A declaração que constitui um negócio jurídico deve ser (a) resultante de vontade, (b) escolhida com liberdade, (c) querida com consciência da realidade e (d) deliberada sem má-fé. “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”⁸.

Os vícios sociais abrangem a fraude contra credores, a simulação e dissimulação. O art. 167 do Código Civil determina que as partes sofrerão as consequências do negócio jurídico que se tentou dissimular. O art. 142 do NCPC, na mesma linha, impõe ao juiz o dever de desconsiderar a declaração de vontade das partes que consista em fraude à lei, impedindo que se atinja o objetivo pretendido.

7- Vide arts. 70 e 103 do Novo Código de Processo Civil (NCPC)

8- Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)

5.3 Fatores de eficácia do negócio

O negócio jurídico pode, embora válido, ser ineficaz com relação a qualquer pessoa (ineficácia absoluta) ou apenas ser inoponível a terceiro (ineficácia relativa). Pelo princípio da relatividade das convenções, os negócios não geram obrigações para terceiros sem a sua anuência. Por essa razão, por exemplo, o regime jurídico do assistente simples já admitido nos autos não pode, sem sua concordância, ser objeto de modificação por autor e réu.

Os fatores de eficácia são as circunstâncias que, não integrando o próprio negócio, contribuem para a obtenção do resultado. Junqueira de Azevedo as divide em três classes.

A primeira é a dos fatores de atribuição da eficácia em geral, sem os quais nenhum efeito é produzido pelo negócio jurídico. É o caso do evento referido em ato subordinado a condição suspensiva.

A segunda classe é a dos fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, sem os quais o negócio jurídico não produz os efeitos normais buscados pela vontade manifestada, mas, sim, outros. É o caso da ratificação, pelo mandante, do negócio jurídico já firmado entre terceiro e mandatário desprovido dos poderes necessários⁹.

A terceira classe é a dos fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que dilatam o campo de atuação do negócio jurídico, tornando-o oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*. Pode ser visualizado na cessão de créditos, em que o devedor fica vinculado apenas após ser notificado da cessão feita pelo antigo credor¹⁰.

Em regra, “os negócios processuais do caput do art. 191 não dependem de homologação judicial”¹¹. Esse não é um fator de eficácia. É que, salvo no caso da desistência da ação, as declarações de vontade produzem imediatamente seus efeitos¹².

Por outro lado, os negócios jurídicos processuais válidos podem não produzir efeitos se, celebrados fora do processo, não têm o reconhecimento de sua eficácia requerido tempestivamente nos autos. É dizer: a convenção sobre ônus probatório não pode ser suscitada em apelação, nem a convenção de arbitragem, após a contestação. A juntada oportuna do instrumento aos autos é fator de eficácia em geral do negócio processual. Operada a preclusão, esta não é ultrapassável pela vontade das partes.

9-Confirmam-se o art. 662 do Código Civil e o art. 104, § 2º, do NCPC

10-Vide art. 290 do Código Civil

11-Enunciado 133 do FPPC

12- Art. 200 do NCPC

5.4 A invalidade eficaz

Segundo Pontes de Miranda, há uma ordem preferencial para análise do negócio jurídico. Analisa-se primeiro a existência, depois a validade, e, por fim, a eficácia. Todavia, às vezes, dá-se o caso de um negócio inválido não receber sanção de nulidade. Assim, produz efeitos, embora nulo. Eis o que ocorre com o casamento putativo.

Na seara civil, o princípio da conservação dos negócios prescreve a subsistência da vinculação entre partes à declaração de vontade em pelo menos 4 hipóteses. Dá-se a conversão substancial do negócio jurídico de uma categoria em outra, se isso for suficiente para superar a situação de invalidade¹³. Ocorre a conversão formal se, viciado o instrumento, o negócio puder ser provado por outra forma¹⁴. Há a confirmação do negócio para superar vício que o torne anulável, desde que não haja prejuízo a direito de terceiro¹⁵. Por fim, ocorre redução negocial, ou seja, a conservação das cláusulas negociais válidas que forem separáveis das cláusulas inválidas¹⁶. Daí se deduz que o “negócio jurídico-processual pode ser invalidado parcialmente”¹⁷.

No direito processual, os atos inválidos devem ser conservados se não causarem prejuízo e se a falha de forma não prejudicar a finalidade do ato¹⁸. Segundo a doutrina, “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”¹⁹. No mesmo sentido está o art. 64, §4º, do NCPC, pois trata da conservação dos efeitos de decisão de juiz incompetente, mesmo depois do reconhecimento judicial da falta de competência. Ou seja, preservam-se os efeitos de decisões inválidas.

A preclusão é também um fator processual de preservação dos efeitos de uma conduta inválida. Se a invalidade não é conhecível de ofício e deixou de ser alegada na primeira oportunidade, seus efeitos serão preservados²⁰. Se a invalidade for conhecível de ofício, a possibilidade de o juiz aplicar a sanção de invalidade será esgotada pelo trânsito em julgado²¹ ou, muito

13- Art. 170 do Código Civil

14-Art. 183 do Código Civil

15-Art. 172 do Código Civil

16-Art. 184 do Código Civil

17-Enunciado 134 do FPPC

18-Art. 188 do NCPC

19-Enunciado 16 do FPPC

20-Art. 278 do NCPC

21-Arts. 507 e 508 do NCPC

excepcionalmente, pelo escoamento do prazo para ajuizamento da ação rescisória²².

6. LIMITAÇÕES DERIVADAS DE PRINCÍPIOS

Também o desrespeito a princípios pode viciar a convenção processual no plano da validade. Como visto no capítulo 2, o negócio jurídico-processual não se presta ao exercício do arbítrio. Daí ser necessário o estudo de pelo menos 3 princípios: o da função social das convenções, o da boa fé processual e o do devido processo legal.

6.1 Função Social das Convenções

Ao juiz cabe o controle da função social dos negócios jurídicos, pois é em função dela e nos limites dela que se exerce a liberdade de contratar, não prevalecendo a convenção que contrariar preceitos que asseguram a função social da propriedade e dos contratos²³. A função social sobressai no Poder Judiciário, em parte, porque, para além do pagamento das taxas judiciárias, o sistema judicial é subsidiado por toda sociedade.

Algumas convenções processuais não são universalizáveis e podem sobrecarregar o conjunto de juízes, serventuários, defensores públicos, advogados públicos e membros do Ministério Público. O tempo de serviço dos agentes estatais é um recurso finito a ser distribuído pelos processos com proporcionalidade e em prol de todos. Contudo, litigantes habituais e contratos de adesão incrementam o risco de multiplicação endêmica de uma mesma convenção processual, ainda que tenha potencial de aumentar o número de participantes do processo, o objeto do litígio, as formas de impugnação, as fases processuais ou a duração do processo. Distorções daí derivadas podem afetar os recursos que sobram para aplicação nos processos em que não celebrado qualquer negócio processual. Tais externalidades devem ser evitadas.

São inadmissíveis modificações de competência absoluta ou supressão da 1ª instância²⁴. Tampouco são aceitáveis os negócios feitos para contornar “criativamente” as taxas judiciárias, os que incrementem a complexidade procedimental no âmbito de Juizados ou que estipulem aumento desmedido ou injustificado de tempo de sustentação oral. A função social não é compatível

22-Art. 966 do NCPC

23- Arts. 421 e 2.035, parágrafo único, ambos do Código Civil

24- Enunciado 20 do FPPC

com uma ocupação de um espaço público, como o espaço judiciário, em descompasso com a razoabilidade, isonomia no acesso à Justiça e eficiência dos serviços judiciais.

6.2 A Boa Fé Processual

Vê-se que a validade dos negócios jurídicos, inclusive os processuais, depende de uma adequação entre o interesse das partes e o da sociedade. Também depende de uma adequada interação entre os negociantes; e disso trata a boa-fé. Como vem sendo reconhecido pela doutrina, a vontade não pode derrogar os deveres inerentes à boa-fé²⁵.

Duas óticas podem ser projetadas sobre esse conceito. A primeira delas é subjetiva e compreende boa-fé como o elemento psicológico que denota a orientação íntima de conduta conforme a probidade e a boa intenção. A tutela da boa-fé subjetiva determina, por exemplo, que a intenção conhecida prevaleça sobre a literalidade das cláusulas contratuais na interpretação dos negócios jurídicos²⁶.

A outra ótica é a da boa-fé objetiva. Essa é um parâmetro socialmente aceito de observação externa de conduta, que exige a cautela de um homem médio perante as expectativas legítimas de outrem. A boa-fé objetiva tem 3 funções distintas no ordenamento jurídico: a limitativa, a interpretativa e a supletiva.

Ao lado dos costumes, a boa-fé objetiva limita o conceito de atos lícitos, pois define e exclui de sua abrangência os abusos de direito²⁷. Durante a interpretação, ela supera dúvidas relativas ao alcance de disposições estabelecidas pela vontade de particulares²⁸. Por fim, ela institui a integração do negócio jurídico por cláusula geral de conteúdo construído jurisprudencialmente, criando direitos e deveres anexos a um contrato²⁹. Exemplo de dever anexo da boa-fé é a vedação a comportamento contraditório, que afronte a expectativa legitimamente gerada na outra parte pelo comportamento prévio do agente.

O art. 14 do Código Processual de 1973 já estabelecia funções limitativa e supletiva para a boa fé. O CPC de 2015 reiterou essas funções (art. 5º) e explicitou que a boa-fé rege a interpretação de pedidos e decisões (art. 322, § 2º e art. 489, § 3º).

25-Enunciado 06 do FPPC

26-Art. 112 do Código Civil

27-Art. 187 do Código Civil

28-Art. 113 do Código Civil

29-Art. 422 do Código Civil

6.3 O Devido Processo Legal

O devido processo legal é uma cláusula geral de proteção contra o exercício tirânico do poder. A ele estão associadas garantias atípicas, princípios constitucionais positivados (como o do juiz natural e do contraditório) e valores processuais (como a paridade de armas e o procedimento previsível equitativo). Esse bloco normativo pode ser compreendido como a ordem jurídica processual cogente. Eis porque uma parte não pode submeter outra a seu puro arbítrio ou porque é “inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”³⁰.

Mesmo na arbitragem, onde a autonomia privada é maior, não podem ser afastados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade, do livre convencimento e do direito à assistência por advogado³¹. Com muito maior razão, tais valores devem ser preservados no processo judicial. A vontade não pode afastar esses princípios, valores e garantias, que compõem a ordem jurídica processual cogente.

7. OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS TÍPICOS

Como visto, o autorregramento da vontade sofre limitações inerentes aos negócios jurídicos e restrições decorrentes de princípios. Há uma terceira ordem de limitações, que são aquelas relativas aos negócios processuais típicos e que podem ser generalizadas por analogia.

O Novo CPC regula muitas convenções processuais típicas e não serão todas estudadas. Aquelas adiante analisadas abrangem convenções sobre o momento de atos processuais (partilha desigual de tempo de alegações orais, adiamento de audiência, suspensão do processo), a procura, que é convenção atinente aos procuradores, a transação, os negócios atinentes ao juiz e a seus auxiliares (convenções de arbitragem, cláusulas de eleição de jurisdição estrangeira com exclusão da jurisdição brasileira; pactos de competência; e pacto de eleição do perito), e uma convenção processual sobre o regime jurídico das partes (a convenção de distribuição de ônus da prova).

As características de cada uma delas serão vistas a seguir.

7.1 Convenções sobre o momento dos atos processuais

O Legislador fixou alguns limites objetivos ao poder de regulação da vontade com relação ao momento e duração dos atos processuais. O art. 364,

30-Enunciado 254 do FPPC

31-Art. 21, §§ 2º e 3º, da Lei 9.307/1996

§1º, do NCPC prevê que os sujeitos alinhados a um dos polos processuais podem optar por dividir entre si de forma desigual os 20 minutos reservados às alegações finais orais em audiência. O art. 313, II e §§ 4º e 5º, do NCPC acatam a paralisação do processo por decisão das partes, desde que por até 6 meses. O art. 362, I, do Novo Código possibilita que a audiência de instrução e julgamento seja adiada por iniciativa das partes.

No acordo de partilha desigual de tempo de alegações orais em audiência, os advogados dispõem de ampla liberdade para dividir o tempo. Nos dois outros casos, as convenções podem ser instauradas por razão de conveniência das partes, o que favorece a conciliação por elas vislumbrada.

No que toca à simples modificação de prazos, o novo Código manteve, em linhas gerais, a sistemática anterior. Reiterou a possibilidade de prorrogação judicial de prazos quando for difícil o acesso à Comarca (art. 222, caput e §2º) e vedou ao juiz diminuir prazos legais peremptórios sem anuência das partes (art. 222, §1º). Não repetiu, todavia, a proibição de alteração de prazo peremptório (art. 182 do Código Processual de 1973). Entrevê-se a possibilidade de redução consensual de prazos.

O art. 191 do NCPC, por sua vez, explicita a técnica de gestão processual do calendário de atos processuais, por meio da qual ficam definidas, desde logo, datas e períodos subsequentes em que deve haver a prática de atos processuais, evitando-se intimações futuras e “prazos mortos” em Secretaria. A preocupação com a gestão eficiente do procedimento é revelada também no art. 357, § 8º, do NCPC, que insta o juiz, de ofício, a estabelecer calendário de realização de perícia.

A praxe forense já conhecia o uso da técnica do calendário de atos processuais utilizada por iniciativa do juiz. O Novo CPC sugere às partes que, também elas, tomem a iniciativa de propor um calendário. Fica ressalvada a possibilidade de modificação justificada e excepcional do calendário estabelecido³², esclarecendo-se que a convenção das partes sempre depende da anuência do juiz para produzir efeitos em face dele.

Sem a anuência judicial, o calendário eventualmente já estabelecido é inoponível ao magistrado. Isso significa que, a depender da redação das cláusulas firmadas, pode ser possível a preservação de efeitos entre as partes (como a redução equitativa de prazos e a determinação do cumprimento de alguns atos em datas determinadas com dispensa de intimação por publicação). Isso garante às partes interessadas que ao negócio seja reconhecido um mínimo de eficácia.

32-Art. 191, §1º, do NCPC

Como o art. 191 do NCPC fala apenas no comum acordo entre o juiz e as partes, atribui à autoridade judicial poder discricionário. O juiz avaliará, dentro de critérios de razoabilidade, a conveniência e oportunidade de os atos a cargo do Juízo serem praticados nas datas sugeridas. Essa análise deve levar em conta não apenas a gestão do processo individual no qual é celebrado o calendário de atos processuais, mas também a gestão, como um todo, dos processos em trâmite na vara. Naturalmente, a rejeição de calendário proposto pelas partes deve ser fundamentada.

7.2 A Procura

A procura é a principal convenção processual relativa aos procuradores. É um negócio jurídico-processual unilateral de outorga de poderes de representação. Procuração é o nome dado ao instrumento que formaliza por escrito esse negócio jurídico e não deve ser confundida com o mandato representativo, contrato que regula direitos e obrigações, inclusive o montante da verba honorária e o conjunto de instruções dadas pelo outorgante ao outorgado.

O representante civil é obrigado a exibir apenas a procuração, e não as instruções recebidas³³. Se atuar com dolo em detrimento de terceiro, haverá responsabilidade solidária do representante e do representado, independentemente de proveito auferido pelo representado³⁴. Interpretam-se restritivamente os poderes que exorbitarem a administração de direitos, exigindo-se poderes especiais e expressos para que o representante convencional possa abrir mão das faculdades do representado.

A representação judicial segue disposições específicas. O representante deve ser advogado regularmente inscrito na OAB³⁵ e a responsabilidade por litigância de má-fé segue regime dúplice: multa para o representado e sanção disciplinar para o advogado³⁶. O art. 105 do NCPC define por exclusão os poderes especiais, que dependem de cláusula expressa para serem outorgados. Foi mantido o antigo rol de poderes especiais, com o acréscimo da necessidade de poder especial para assinar declaração de hipossuficiência econômica.

A diversidade de regimes tem consequências importantes para o estudo dos negócios jurídicos processuais preparatórios. Há convenções, como a de inversão do ônus da prova, que implicam a abdicação de faculdades

33-Art. 118 do Código Civil

34-Art. 149 do Código Civil

35-Art. 103 do NCPC

36- Art. 77, §6º, do NCPC e art. 34 da Lei 8.906/1994

processuais. Em representação judicial, o advogado não precisa de poderes especiais e expressos para celebrar esse tipo de convenção, já que o art. 105 do NCPC não o exige. No regime do Código Civil, qualquer ato de disposição exige outorga expressa de poderes específicos.

Qual regime deve ser aplicado quando o advogado atua com o cliente para prevenir a judicialização após o surgimento de um conflito? O art. 692 do Código Civil sugere, como resposta, que se aplicará esse Código, uma vez que não se trata de mandato para atuação em processo judicial. O advogado precisará, nesse momento, de receber poderes especiais, se quiser representar o cliente na celebração de negócios que alterem de forma mais significativa as faculdades, deveres, ônus e poderes processuais.

No que tange ao momento da procura judicial, o mais comum é que esta ocorra no decorrer de um processo. No entanto, nada impede que as partes constituam representantes para atuação futura em processo eventual. A pré-constituição é obrigatória, por exemplo, para pessoas domiciliadas no exterior que sejam titulares de propriedade industrial no Brasil³⁷.

Em regra, não há controle judicial da extensão de poderes outorgados ao causídico. Quanto ao controle das pessoas que podem ser escolhidas como representantes cabe, preponderantemente, à OAB. De resto, reconhece-se à parte ampla liberdade na escolha de seu advogado e dos poderes que a ele atribuirá. Ao juiz, cabe o controle dos vícios de forma da procuração, requerendo a regularização da representação (e.g. nos casos em que se exige a procuração por instrumento público).

O magistrado também pronuncia a ineficácia, nos casos de revogação tácita. O art. 687 do Código Civil prevê que o contrato de mandato se sujeita a revogação tácita pela comunicação ao mandatário da nomeação de outro, para o mesmo negócio. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, afirmam que basta a mera juntada aos autos de nova procuração outorgada para que se verifique a revogação de mandato anterior³⁸. Certamente, presumem a observância ao art. 11 do Código de Ética e Disciplina da OAB. De acordo com ele, um segundo advogado não aceitará, em regra, procuração de quem já tenha patrono constituído sem que este seja previamente comunicado.

7.3 A Transação

A transação é um consagrado negócio vocacionado à produção de efeitos processuais. Ela consiste em meio de autocomposição que resulta na extinção

37-Art. 217 da Lei 9.279/1996

38-REsp 19900597788, Quinta Turma, DJ 21/02/2000 e ROMS, Segunda Turma, DJ 21/06/2011

da fase cognitiva. Nos arts. 840 a 850 do Código Civil, ela é classificada como negócio jurídico contratual e tem a finalidade de debelar um estado de incerteza jurídica. Por meio dela, as partes praticam concessões mútuas e previnem ou terminam litígios, reconhecendo e declarando direitos patrimoniais de caráter privado. O contrato também se adéqua ao conceito de negócio jurídico-processual, pois é previsto como suporte de norma processual³⁹ e guarda referibilidade a um litígio.

Mesmo antes de homologada, a transação não é retratável unilateralmente, sendo passível apenas de distrato. O aperfeiçoamento do negócio não depende da anuência de litisdenunciado ou de assistente simples, ainda que extinga o processo.

A transação pode ser judicial (praticada no decorrer do processo) ou extrajudicial (celebrada fora dos autos, por vezes antes do ajuizamento). A transação extrajudicial não exige os requisitos de validade estritamente processuais, podendo ser validamente celebrada sem a participação de advogados. Ela pode ser alegada e provada no decorrer do processo. Por sua vez, a transação judicial será inválida se não observar os requisitos processuais, donde se conclui que não pode ser celebrada pelas partes antagonistas se estiverem assistidas por advogados do mesmo escritório⁴⁰.

As partes podem transigir apenas sobre parte dos direitos controvertidos em um processo. Ou, ao contrário, a transação judicial pode abranger questões não judicializadas e sujeitos estranhos ao feito⁴¹.

A homologação é ato decisório com natureza de sentença de mérito, mas que não se aprofunda nas razões das declarações das partes. Ao juiz cabe analisar se presentes vícios formais ou invalidades relativas a matérias de ordem pública (como a tentativa de fraude a lei)⁴². Ausentes estes, dar-se-á a homologação, que constituirá um título executivo judicial e dará ensejo ao início dos atos de execução.

7.4 Negócios sobre o juiz e seus auxiliares

7.4.1 Convenções Arbitrais

As convenções arbitrais são gênero que abrange duas espécies – a cláusula compromissória e o compromisso arbitral – ambas voltadas para derrogar a

39-Vide art. 487, III, “b”, e art. 90, §§2º e 3º, ambos do NCPC

40-REsp 1.046.068, STJ, Terceira Turma, DJ 30/03/2009.

41-Art. 512, II, III e §2º, do NCPC

42-Art. 142 do NCPC

jurisdição estatal e determinar que um conflito será decidido por um terceiro escolhido de comum acordo, e não por um juiz. Esse conflito pode ser posterior e eventual, relativo a um contrato, hipótese de prévia cláusula compromissória, ou pode ser prévio e concreto, firmando-se após ele um compromisso arbitral.

A cláusula arbitral é nula se colocada em contrato de consumo⁴³, mas o compromisso arbitral consumerista é admitido pelo STJ⁴⁴. Se aposta a um contrato de adesão, a cláusula arbitral é válida, mas sua eficácia fica condicionada à iniciativa do aderente na instituição da arbitragem ou à sua concordância expressa⁴⁵.

O art. 337, §§5º e 6º, do NCPC proíbem expressamente o juiz de conhecer a derrogação da jurisdição estatal de ofício. Há preclusão e renúncia ao juízo arbitral se o réu não suscitar preliminarmente a existência de convenção na contestação. Suscitada a preliminar, ou havendo afirmação da competência por árbitro antes do fim do prazo de resposta, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito⁴⁶.

Não havendo renúncia à arbitragem, a validade da convenção é matéria que se leva ao próprio árbitro⁴⁷, durante a fase de conhecimento, ou ao Judiciário, após a prolação da sentença arbitral⁴⁸. O juiz pode controlar a validade desse negócio jurídico-processual desde o início apenas em caso de cláusula compromissória patológica ou “em branco” (i.e. aquela que deixa de definir quem atuará como árbitro). É que, se as partes não entrarem em acordo quanto a quem será árbitro, pode ser ajuizada ação para completar a cláusula, cabendo ao Judiciário pronunciar eventual invalidade da convenção.

7.4.2 Eleição de Jurisdição

Cláusulas sobre esse tema podem afastar a jurisdição brasileira em detrimento de outra jurisdição estatal dentro da zona do Mercosul. O Decreto 2.095/1996 internalizou o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual. Seu art. 4º prevê a validade da cláusula de eleição de jurisdição nos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares - pessoas físicas ou jurídicas - desde que domiciliados ou com sede social em um Estado-Parte do Tratado de

43-Art. 51, VII, do CDC

44-REsp 1.169.841, Terceira Turma, DJ 06/11/2012.

45-Art. 4º, §2º da Lei 9.307/1996

46-Art. 485, VII, do NCPC

47-Art. 8º, parágrafo único, e art. 20, ambos da Lei 9.307/1996

48-Art. 32, I e 33 da Lei 9.307/1996

Assunção. A eleição da jurisdição pode ser feita na celebração do contrato ou depois, sendo sua validade aferida conforme a legislação do país com a jurisdição eleita.

Não havendo tratado específico, o STJ tende a limitar a validade desse tipo de negócio. Essa Corte já decidiu que o pacto que fixa foro espanhol não afasta a jurisdição brasileira para discutir danos causados na internet a contratante domiciliada no Brasil, pois se evidencia a correlação entre o território brasileiro e a repercussão do fato lesivo⁴⁹. A eleição de jurisdição não vale, tampouco, se o contrato versa sobre obrigação a ser cumprida no Brasil⁵⁰. A autonomia privada não afastaria, portanto, a jurisdição internacional concorrente (regida pelos arts. 21 e 22 do NCPC).

7.4.3 O Pacto de Competência

O art. 63 do NCPC permite que as partes modifiquem a competência relativa em razão do valor e do território, elegendo o foro para ajuizamento de demanda sobre um negócio jurídico específico. Exige-se a forma escrita para a validade do negócio.

O NCPC positivou o dever do juiz de reconhecer as cláusulas nulas de ofício, mas a facilitação da defesa do consumidor em juízo já era determinada pelo art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o STJ chancelava o declínio de competência feito com essa finalidade⁵¹. Segundo essa corte, a eleição de foro não prevalece quando contrária a consumidor hipossuficiente⁵². A cláusula de eleição do foro também é afastável em ações que discutem a própria validade do próprio contrato⁵³.

O STJ já ressaltou a necessidade de avaliação do caso concreto para caracterização da situação de abusividade, asseverando que a qualidade de consumidor seria insuficiente, por si só, para tanto. A corte consignou esse entendimento ao julgar caso em que a prestação de serviços ao consumidor se deu no local do foro de eleição, entendendo que a cláusula não acarretava restrição ao acesso à Justiça⁵⁴.

Mesmo fora do sistema do CDC, a abusividade da cláusula pode ser evidenciada pelo desrespeito à boa-fé e à função social do contrato. Com essa

49-REsp 1.168.547, Quarta Turma, DJ 11/05/2010.

50-REsp 251.438, Quarta Turma, DJ 08/08/2000.

51-REsp 1.084.036, Terceira Turma, DJ 03/03/2009.

52-REsp 1.010.834, Terceira Turma, DJ 03/08/2010.

53-REsp 1.491.040, Terceira Turma, DJ 03/03/2015, REsp 773.753-PR, Terceira Turma, DJ 24/10/2005; e CC 15.134-RJ, Segunda Seção, DJ 11/12/1995.

54-REsp 1.089.993, Terceira Turma, DJ 18/02/2010.

orientação, o STJ se posicionou pela ineficácia do pacto em caso no qual uma empresa que prestava serviços em cidades do Mato Grosso propunha, em contrato de adesão, a Comarca do Rio de Janeiro como foro de eleição. No caso, o aderente era inferior economicamente e domiciliado no Mato Grosso⁵⁵. Em outro caso, ao contrário, o STJ não reconheceu a abusividade tendo em vista o vultoso valor econômico de um contrato e o notório poder econômico das partes. Ambas podiam acessar a Justiça no foro eleito⁵⁶.

Até a citação, o juiz tem o poder-dever de conhecer de ofício a abusividade e ineficácia de cláusula de eleição do foro, declinando da competência territorial. Após esse momento, cabe à parte ré, sob pena de prorrogação, alegar a incompetência territorial na contestação⁵⁷.

7.4.4 Eleição de Perito

O Novo CPC passou a regulamentar a possibilidade de as partes convencionalmente elegerem a pessoa que realizará a perícia judicial. Em medida de economia processual, o art. 471 do NCPC estipula que, do instrumento da convenção, já constarão os nomes dos assistentes técnicos, a data e local da perícia. O §3º do art. 471 sugere que o juiz fica vinculado à escolha feita, podendo, tão somente, fixar o prazo para entrega do laudo e dos pareceres. O único requisito de validade que é específico do negócio consta do art. 471, II, do NCPC: a causa deve ser passível de solução por autocomposição.

Na Justiça Federal sobressai a importância da alusão à autocomposição, pois a utilização dessa expressão supera a discussão acerca da disponibilidade dos interesses do Poder Público. Existe quadro normativo que prevê a possibilidade de utilização da autocomposição e da arbitragem em conflitos envolvendo direitos patrimoniais da administração pública⁵⁸, de modo que a alegação de indisponibilidade dos bens públicos não constitui impeditivo à celebração do negócio jurídico-processual. Daí os enunciados 135, 253 e 256 do FPPC, que ressaltam a possibilidade de celebração de negócios jurídicos

55-REsp 1.006.824, Terceira Turma, DJ 02/09/2010.

56-CC64524, Segunda Seção, DJ 27/09/2006.

57-Art. 63, §§3º e 4º, do NCPC

58-Nesse sentido, confira-se o art. 4º, VI, da Lei Complementar 73/1993, o art. 1º da Lei 9.469/2007, o art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2002, o art. 132 da Lei 8.213/1991, o art. 1º, §1º, da Lei 9.307/1996, incluído pela Lei 13.129/2006. Vale dizer que o último dispositivo citado apenas generalizou a utilização da arbitragem, afirmando a disponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração Pública, que já vinha reconhecida pontualmente na legislação. Como exemplos desse reconhecimento anterior, cita-se o art. 11, III, da Lei 11.079/2004 e o art. 23-A da Lei 8.987/1995, entre outros.

quando a Fazenda ou o Ministério Público atuar como parte. Em ações de desapropriação⁵⁹, por exemplo, o perito poderá não ser escolhido pelo juiz, mas, sim, pelas partes.

7.5 Convenção de Distribuição de Ônus da Prova

Um importante negócio atinente ao regime jurídico das partes é a convenção de distribuição de ônus probatório. O negócio, em geral, desiguala as partes, criando situação de possível vantagem para uma delas. A vantagem é apenas eventual, pois o ônus probatório é um ônus imperfeito; ou seja, mesmo não sendo cumprido, a parte omissa pode sagrar-se vencedora na demanda (desde que trazida prova vantajosa aos autos por outrem ou desde que o juiz considere que o fato não provado era irrelevante para definir o direito).

A convenção não se forma pelo mero fato de uma parte requerer prova de fato cujo ônus não era a ela imputável. Exige-se declaração clara a respeito da vontade de absorver um ônus que, de outro modo, não seria seu.

Não havendo impeditivo legal, a convenção pode ser celebrada antes da deflagração de processo. Em tal situação, é imprescindível que especifique quais são os fatos com relação ao qual o ônus probatório fica invertido. Não havendo especificação, incidirão as normas de interpretação dos negócios jurídicos para fixar a exata amplitude do negócio. Se o juiz verificar que esse esforço se revela infrutífero, o negócio não produzirá efeitos.

De toda sorte, há ineficácia se a aplicação da convenção não for requerida até a decisão saneadora. A inação do interessado configurará, a partir daí, preclusão.

Há 3 requisitos específicos de validade. O primeiro diz respeito à tutela do consumidor. O art. 51, VI, do CDC firma a nulidade das cláusulas em contrato que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

O segundo requisito de validade consta do art. 373, §3º, I, do NCPC. Não se admite a convenção que recaia sobre direito indisponível da parte. É importante não confundir a indisponibilidade do direito material discutido no processo e a indisponibilidade do poder, ônus ou faculdade processual. A primeira situação pode ser reconhecida com relação a direitos da personalidade de incapaz, ao passo que a segunda pode dizer respeito ao exercício mínimo do contraditório no processo.

Seria desnecessário que o Legislador afirmasse a inderrogabilidade por negócio processual das normas processuais cogentes. A interpretação mais

⁵⁹-Confiram-se os arts. 10 e 14 do Decreto-Lei 3.365/1941

razoável do dispositivo é a de que proíbe que a tutela do direito material indisponível seja fragilizada de forma indireta por uma convenção sobre ônus da prova. Exatamente por isso, deve ser reputada válida a convenção que estipula inversão do ônus da prova favorável ao titular do direito indisponível. Se o processo exigir a intervenção do Ministério Público, este deverá ser ouvido para aperfeiçoamento de tal negócio processual⁶⁰.

Um terceiro requisito de validade consta do art. 373, §3º, II, do NCPC, que rejeita a convenção que torna excessivamente difícil o direito à produção de prova. O Código reafirma aqui a tutela do núcleo básico da ampla defesa e da busca da verdade. Esse requisito deve ser analisado à luz do conflito concreto já deflagrado.

7.6 Limitações Generalizáveis

Esse panorama dos negócios processuais típicos serve para extrair regras aplicáveis aos negócios atípicos. Se determinadas circunstâncias indicam a abusividade da cláusula de eleição de foro, não induziriam também a ineficácia de convenção atípica tendente a produzir efeitos semelhantes?

Do regime das transações extrajudiciais infere-se a plausibilidade de celebração de negócios jurídicos preparatórios sem advogados. A jurisprudência do STJ sobre as convenções de arbitragem, por sua vez, permite identificar a necessidade de tratamento diferenciado a se dar ao mesmo tipo de negócio processual envolvendo parte vulnerável consoante tenha sido celebrado antes ou depois da deflagração de um conflito, pois, antes do conflito, a ignorância acerca do futuro tolhe a capacidade de previsão das partes de forma muito diferenciada.

Quanto ao papel do juiz, o estudo das convenções processuais típicas é compatível com a compreensão de que (i) o magistrado tem poder discricionário para não aderir a calendário de atos processuais proposto pelas partes; (ii) não há, como regra, amplo controle judicial do adiamento de audiência ou da suspensão do processo por até 6 meses; (iii) diante da procuração, da transação e de negócios atinentes ao juiz e a seus auxiliares, o magistrado tem o dever de promover controle preponderantemente de requisitos formais e de questões de ordem pública correlatas; (iv) a regra, todavia, é de que um mais amplo controle judicial da validade e eficácia seja realizado sobre os negócios jurídicos, especialmente aqueles que digam respeito ao procedimento e

60-Nesse sentido: MACEDO e PEIXOTO (2015)

ao regime subjetivo das partes; (v) os poderes e deveres do juiz não são derogáveis pela vontade das partes, ressalvada a opção pela arbitragem.

Privilegia-se a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direitos⁶¹ também no âmbito das convenções processuais. Apenas como exceção, se restringe o controle judicial, o que se dá por força da lei ou pela própria natureza do negócio. Porém, mesmo na arbitragem, a vontade das partes não derroga a *Kompetenz-Kompetenz*, aquela inerente legitimidade do órgão julgador para decidir ao menos quanto à sua competência para julgar um caso que lhe seja apresentado.

Quanto aos efeitos da vontade das partes sobre o juiz, viu-se que são variáveis. Em alguns casos (e.g. convenção para adiamento da audiência), o juiz se sujeita ao poder que a lei atribui sem reservas às partes. O mais comum é que não seja oponível ao juiz um negócio jurídico-processual celebrado apenas entre as partes. Sem a anuência judicial, há ineficácia relativa.

Vale notar que essa anuência judicial é impossível em caso de colisão com deveres legais impostos a magistrados. Tais deveres é que estruturam a reputação das cortes judiciais como órgãos íntegros e capazes de oferecer soluções justas. Por essa razão é que as convenções não podem restringir o tipo de prova passível de valoração pelo juiz, afastá-lo do dever de julgar a lide à luz das normas estatais brasileiras, impedir que o juiz produza provas de ofício nas hipóteses legais ou afastá-lo do dever de apreciar determinadas questões independentemente de provocação.

8. OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

A nova fronteira processual está no art. 190 do NCPC. O conhecimento dos parâmetros de controle judicial aplicáveis aos outros negócios jurídicos é curial para dar forma a esse novo território, que é o dos negócios processuais atípicos. As necessidades sociais e a imaginação dos advogados mostrarão que negócios processuais novos se tornarão frequentes nas próximas décadas. Os enunciados 19 e 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) apresentam exemplos de possíveis negócios atípicos a serem celebrados na seara processual: o pacto de impenhorabilidade, a dispensa consensual de assistente técnico, a redução de prazos processuais, o acordo de rateio de despesas processuais, o acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação e o acordo para não promover execução provisória, entre outros.

61-Conforme art. 5º, XXXV, da Carta Magna

Há uma separação das convenções atípicas em 2 espécies que vem sido referendada pela doutrina com base na literalidade do art. 190 do NCPC. A convenção processual pode se prestar a alterar (i) o procedimento ou (ii) o regime jurídico das partes, aqui compreendido como os seus ônus, deveres, poderes e faculdades. A classificação oferece desafios, em parte porque o conceito de procedimento em nossa tradição jurídica é polêmico. Demais disso, a alteração de procedimento pode guardar correspondência com alteração dos ônus e de faculdades processuais. Muitas vezes, o procedimento é que estrutura o momento de exercício e a extensão de poderes de que são dotadas as partes no processo.

É certo que o Legislador positivou a necessidade de adequação às especificidades do conflito apenas com relação à convenção procedimental. A alteração de procedimento previsto em lei só é possível se leva aos meios menos complicados e dispendiosos de aferição da verdade e de efetivação da tutela do direito material. Esse requisito de validade é sempre aplicável à convenção de procedimento, conquanto nada impeça que se aplique eventualmente às convenções sobre regime jurídico das partes.

Não é trivial afirmar que essa última espécie jamais se sujeitará à necessidade de maior adequação às especificidades do conflito subjacente. É possível que convenções processuais de qualquer tipo sejam repelidas por sua evidente futilidade e inadequação. Tal rejeição encontra fundamento nos princípios da boa fé e da função social, que regem os negócios jurídicos e buscam assegurar a compatibilidade deles com as finalidades expostas no capítulo 2.

As convenções relativas a limitação do tipo e da quantidade de prova produzida podem se revelar tema delicado. São de difícil categorização. Limitam as faculdades das partes tanto quanto modificam o procedimento, o que pode suscitar dúvidas quanto a necessidade de que esse tipo de convenção se mostre mais adequada ao tipo de conflito subjacente. Aqui, como parte significativa do ônus da prova costuma recair sobre o autor, a limitação da instrução pode tornar excessivamente difícil a prova de todos os fatos que amparam o direito pleiteado. O juiz deve avaliar a razoabilidade das limitações criadas pela vontade com base no tipo de provas normalmente necessárias, a fim de preservar o núcleo essencial do acesso à justiça e do devido processo legal.

Muita atenção deve ser dedicada à convenção que restrinja as matérias de defesa suscetíveis. A depender do conflito subjacente, essa convenção

pode inviabilizar o sucesso em juízo de uma das partes. Todavia, o Direito veda a determinação da solução do conflito por vias transversas, sob pena de violação ao contraditório. A adequação deve manter a distinção entre questões procedimentais e questões de direito material. Ou seja, as novas regras procedimentais devem preservar a possibilidade inicial de acolhimento judicial posterior da pretensão de qualquer das partes.

8.1 A Convenção de Procedimento

O termo procedimento frequentemente é associado ao rito, à forma exteriorizada de desenvolvimento do processo, à sucessão ordenada de atos que visam atingir um resultado. Nessa perspectiva, a convenção de procedimento evita o deficit de adequação procedimental pela alteração da ordem de sucessão dos atos processuais.

O objeto dessa espécie de convenção podem ser os atos processuais, caso em que, por analogia, a vontade é limitável por parâmetros objetivamente definidos no Código, como o prazo máximo de dilação voluntária do tempo do processo (6 meses) ou a exigência de anuência judicial. O objeto também pode ser a inversão de fases processuais (e.g. perícia antes da contestação) ou a definição de métodos alternativos para liquidação ou satisfação do crédito.

A compreensão de procedimento poderia ser alargada para abranger aspectos que não digam respeito ao regime jurídico das partes. Poderiam ser compreendidas como convenção de procedimento aquelas que versem sobre a definição de auxiliares do Juízo (como o intérprete ou o tradutor). Nesse caso, inclusive, é razoável que se aplique analogicamente o regramento do pacto de eleição de perito.

8.2 Convenção atípica sobre regime jurídico das partes

O art. 190 do NCPC permite que as partes convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Nota-se a desnecessidade de adequação ao tipo de conflito de que trata o processo. A convenção atípica sobre regime jurídico, a exemplo do que fazem a convenção sobre o ônus da prova e a cláusula de eleição de competência ou de foro, pode constituir uma situação de vantagem para uma das partes, desde que a vantagem não se revele excessiva.

O direito comparado conhece figuras como a da renúncia prévia ao direito de recorrer (“*waiver of appeal*”). A literatura registra a tendência de cortes

estadunidenses rejeitarem esses negócios quando celebrados antes do conflito ou da demanda⁶². É que a parte não teria certeza de qual seria o objeto da renúncia feita. Desqualificadas a vontade e a consciência, o negócio seria nulo. Vale consignar que, no direito brasileiro, tal convenção em nenhuma hipótese teria o efeito de afastar o reexame necessário.

8.3 Requisitos de validade das convenções atípicas

O parágrafo único do art. 190 do NCPC reforça o controle das invalidades. Portanto, as convenções processuais atípicas devem observar os requisitos de validade e fatores de eficácia exigidos para todo negócio jurídico. Cumpre observar que o dispositivo legal mencionado põe em destaque três requisitos especiais de validade.

8.3.1 A Vulnerabilidade

O primeiro desses requisitos é a ausência de vulnerabilidade de uma das partes. Há aqui termo indeterminado. É certo que, no direito consumerista, o conceito é multifacetado e abrange, segundo lição de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade técnica (a falta de conhecimentos especializado sobre o produto ou serviço), a vulnerabilidade jurídica (a falta de conhecimentos jurídicos, contábeis e econômicos acerca do objeto da obrigação a ser prestada) e a vulnerabilidade fática (a inferioridade econômica ou a dependência de serviço ou produto essencial oferecido pelo outro).

Em princípio, a assistência por advogado quando da celebração do negócio jurídico-processual descaracteriza uma situação de vulnerabilidade⁶³. Em regra, haverá vulnerabilidade nas hipóteses de lesão, de estado de perigo⁶⁴ ou nas relações de consumo⁶⁵.

8.3.2 O Abuso da Liberdade de Estipular

No contrato de adesão, há uma parte estipulante, que define o conteúdo das cláusulas gerais de contratação, e uma parte aderente, que se filia às cláusulas pré-definidas. O conteúdo do contrato não é negociado por ocasião da celebração.

62-PAULSON (2012: pp. 25-34)

63-Enunciado 18 do FPPC a *contrario sensu*

64-Arts. 156 e 157 do Código Civil

65-Art. 4º, I e 51, do CDC

Nessa modalidade, o aderente não é necessariamente vulnerável, pois o contrato de adesão pode ser celebrado entre iguais. Apenas o exercício abusivo, pelo estipulante, do poder de definir as cláusulas gerais de contratação acarreta a invalidade do negócio. Esse abuso de direito, como já visto, deve ser delimitado à luz da boa-fé e dos costumes.

Não se admite, portanto, que a convenção atípica inserida em contrato de adesão atribua vantagem excessiva ao estipulante prejudicando injustificadamente o acesso à Justiça e o exercício do contraditório pela parte aderente. Tendo em vista o tratamento dado ao compromisso arbitral, a abusividade pode ficar descaracterizada se é o aderente quem requer o reconhecimento da eficácia da convenção.

8.3.3 Limitação pelo tipo de conflito

Já se apontou nos capítulos 7.4.4 e 7.5 que o direito brasileiro já reconhecia a autocomposição relativa a direitos materiais indisponíveis, a exemplo do que se dá com o Termo de Ajustamento de Conduta nas ações coletivas, e já restringia a celebração de convenção processual tendo em vista o tipo de conflito subjacente. Apontou-se então que interpretação teleológica possibilita que a convenção processual seja celebrada para beneficiar processualmente o titular do direito material indisponível.

Fora dessas hipóteses, se o direito material não é, ele mesmo, sujeito à autocomposição, não poderá ter enfraquecidas as chances de sua realização na via processual. Haverá o óbice do art. 190 do NCPC.

9. DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A NEGÓCIO PROCESSUAL

9.1 Momento do controle judicial

Em regra, o negócio jurídico-processual se aperfeiçoa independentemente de provimento judicial. O controle judicial do negócio se dará preferencialmente assim que o requerimento de sua aplicação for formulado nos autos, mas nada impede que o controle se realize em momento posterior, contanto que se observe a preclusão e o princípio da não-surpresa.

Em regra, o juiz pode pronunciar a aceitação de um negócio jurídico-processual celebrado pelas duas partes sem intimá-las para se manifestar sobre o instrumento que veio por elas assinado. A pronúncia de ineficácia

ou invalidade, por sua vez, recomendará o prévio contraditório sempre que a convalidação for viável. Concluindo o juiz pela impossibilidade de superação dos vícios, nada impede que pronuncie de pronto a ineficácia ou invalidade, contanto que não surpreenda as partes na sequência. Supondo-se a celebração de desvantajosa convenção de inversão do ônus da prova em demanda sobre direitos de incapaz, a nulidade poderá ser pronunciada, mas deve haver oportunidade posterior para produção de prova, por exemplo.

9.2 Irrecorribilidade da decisão

A decisão do juiz sobre a validade e eficácia de um negócio jurídico-processual se torna atacável apenas no momento de apelar da sentença (art. 1.009, §1º, do NCPC), uma vez que o Novo Código não prevê mais o agravo retido nem a preclusão com relação a questões que não suscitem interposição imediata de agravo de instrumento.

O art. 969 do Projeto de Lei 166/2010 do Senado não previa o agravo de instrumento contra a decisão que recusa a aplicação a negócio processual celebrado pelas partes. Tampouco era agravável a decisão sobre competência nesse projeto. A Câmara dos Deputados tentou modificar esse quadro, editando o art. 1.028, X e XX, no Projeto de Lei 8046/2010. No entanto, essas modificações foram rejeitadas quando a matéria retornou ao Senado.

O Poder Legislativo bicameral parece ter optado pela irrecorribilidade do controle judicial da convenção processual antes da apelação. Com efeito, o Relator do Substitutivo no Senado realçou que o projeto de Novo CPC “segue o caminho da simplificação recursal e do desestímulo ao destaque de questões incidentais para discussões em vias recursais antes da sentença”⁶⁶, entendendo que as inserções feitas pela Câmara no tocante ao agravo de instrumento desvirtuavam esse propósito.

9.3 Consequências do Controle Judicial

O parágrafo único do art. 190 do NCPC fala que “(...) o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação (...)”. O controle judicial dos negócios jurídicos, em regra, gera o reconhecimento total do negócio ou sua rejeição integral, caso em que as normas processuais dispositivas incidirão plenamente. Como visto no capítulo 2.4, acima, pode-se dar o caso de o juiz verificar uma situação de invalidade e, ainda assim,

66-BRASIL (2014: p. 78)

preservar a eficácia do negócio. Com base na separabilidade das convenções, é, inclusive, possível afastar as cláusulas nulas e preservar os efeitos das demais cláusulas.

Porém, o que acontece se o negócio, como um todo, é nulo por ter exagerado? É possível a revisão judicial para tolher a extensão dos atos de disposição das partes?

O ordenamento jurídico pátrio já concebe, no ramo do direito civil, a revisão judicial de negócios jurídicos⁶⁷. Na seara processual, a questão é delicada, sobretudo porque o juiz é um sujeito processual vinculado à legalidade.

Paulson (2012: p. 75) sugere que o Judiciário modifique o procedimento apenas na medida necessária para o restabelecimento do equilíbrio entre as partes. Comunicando seu entendimento acerca do quanto da convenção processual pode ser aproveitado, o juiz poderia assinar prazo para que as partes aderissem à proposta de revisão do negócio ou o rejeitassem, em favor das leis procedimentais aplicáveis. Essa solução, embora concebida para o direito estadunidense, se coaduna com o art. 139, V, do NCP e oferece saída menos radical que a imposição às partes de enquadramento procedimental distinto do afirmado por elas e pelo Legislador.

10. CONCLUSÃO

Grande é a amplitude das convenções processuais atípicas. Buscou-se distinguir as diversas situações que podem ser acobertadas pelo art. 190 do NCP, ponderando em quais delas a declaração de vontade das partes vincularia o órgão judicial com maior vigor e em qual delas o controle judicial se faria mais necessário. Conclui-se que ao órgão judicial cabe o papel de velar pela preservação de um conjunto mínimo de garantias que consubstanciam um núcleo irreduzível do devido processo legal, da função social e da boa-fé. A autoridade judicial deve prestar deferência às soluções apresentadas pelas próprias partes envolvidas quando não afetarem esse núcleo nem desbordarem dos limites legais.

O art. 190 do NCP abre novo horizonte processual para o fortalecimento e responsabilização das próprias partes na construção do procedimento que busca dar solução ao conflito. Nessa dinâmica, o juiz passa a garantir, a fiscalizar e a fomentar. Tal como se dá na conciliação, pode o próprio magistrado pesquisar nas partes a intenção de se aproximarem pela via negocial. Essa novidade processual, sem sombra de dúvidas, reforça a noção de empoderamento da

67-Arts. 317 e 157, §2º, do Código Civil.

parte, consagrando a finalidade educativa da jurisdição e incentivando os agentes processuais a tomarem as rédeas, tanto quanto possível, da dinâmica de superação do conflito deflagrado.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 956 de 2014 da Comissão Temporária do Código de Processo Civil**, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Relator: Vital do Rêgo. Diário do Senado Federal, Brasília, 09.12.2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>>. Acesso: 07 jun 2015.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Negócios Processuais e Seus Novos Desafios. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 955, maio 2015. pp 211-227.

IBDP. Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. 5. 2015, Vitória. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Disponível em formato eletrônico em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso: 13 jun 2015.

KLEMENT, Alon; KAPELIUK, Daphna. **Contractualizing Procedure**. 31 Dez, 2008. Disponível em formato eletrônico em <<http://ssrn.com/abstract=1323056>>. Acesso: 13 jun 2015.

MACEDO, Lucar Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. In: **Revista de Processo**, vol. 241, mar 2015. pp. 463-487.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**:

com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3ª ed. da obra Código de Processo Civil Comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

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

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Salvador: Tese de Doutorado da Universidade Federal da Bahia, 2011.

PAULSON, Colter. **Evaluating Contracts for Customized Litigation by the Norms Underlying Civil Procedure**. Set 2012. Disponível em <http://works.bepress.com/colter_paulson/1>. Acesso: 13 jun 2015.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA NOVA ESTRUTURA JURÍDICA DE MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Claudio Aparecido Ribas da Silva

PósGraduado em Direito Processual Civil pela PUCSP. Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil e Saúde Suplementar e de Legislação do Seguro na Fundação Escola Nacional de Seguros (Funenseg) nos cursos técnicos e MBA. Especialista, Professor e Supervisor de Estágio em Cursos de Mediação e Conciliação pela Escola Paulista de Magistratura.

RESUMO: O artigo trata da novidade do Código de Processo Civil quanto a inserir procedimento de mediação e conciliação nas ações submetidas ao Poder Judiciário, além de esclarecer os conceitos e técnicas de cada um dos meios consensuais de solução de conflitos e da obrigatoriedade imposta nas ações de direito de família.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Resolução 125/2010. Mediador. Conciliador. Técnicas de Mediação. Técnicas de Conciliação. Núcleos de Solução de Conflitos e Cidadania – Procedimento de Mediação.

1. INTRODUÇÃO

Algumas razões evidenciaram a necessidade de criação de um novo Código de Processo Civil, especialmente por força de diversas alterações legislativas de diplomas importantes ocorridas desde 1973, com destaque, só para exemplificar, a Lei do divórcio (1977), Constituição Federal (CF), editada em 1988, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, e um novo Código Civil (CC), editado em 2002, quatro normas que alteraram sobremaneira o arcabouço jurídico brasileiro nesse período.

O Código de 1973 encontrase ultrapassado do ponto de vista da tecnologia, especialmente na área da informatização. O NCPC propõe mudanças substanciais em torno da figura do Ministério Público, da Defensoria Pública (que sequer era prevista na Lei anterior), do procedimento de arbitragem, da mediação e conciliação, do incidente de desconsideração de pessoa jurídica (uma das modificações que decorrem da interpretação jurisprudencial), do incidente de demandas repetitivas, dentre outros exemplos, bem como na parte de execução e dos recursos, todos, enfim, com objetivo de aprimorar a técnica do processo, tornando, de fato, o instrumento da busca da justiça de modo célere e eficaz.

Hoje, a título de exemplos, o juiz detém maior poder em decorrência das normas de direito material fortalecerem suas deliberações, especialmente na aplicação da força normativa dos princípios jurídicos e dos mecanismos de alterações pontuais que melhoraram, substancialmente, o acesso à justiça, com eficiência que, certamente, será aprimorada com o novo texto da lei.

Deve a lei que rege os procedimentos espelhar o momento vivido pela ciência jurídica, visando, com isso, permitir o pleno acesso à justiça, devendo, assim, referida norma acompanhar a modernidade do direito em todos os seus aspectos.

Assim sendo, o CPC/1973 cumpriu com seu papel de importante instrumento de realização do direito no período que passou, mas deve se adequar ao momento atual e todas as transformações que, desde então, ocorreram.

A síntese do projeto aprovado revela que a busca da modernidade, com ênfase no conteúdo e não na exagerada forma em torno do procedimento e do rito, como, por exemplo, os requisitos essenciais do ajuizamento da ação, da defesa com exceções e impugnações em peça única, do preparo do recurso e da efetiva introdução no sistema do incidente de demandas repetitivas, que visa racionalizar o excesso de demandas com mesmo objeto, tudo objetivando uma norma procedimental célere e que possa permitir a melhor qualidade do serviço prestado pela jurisdição.

Com a contemplação de direitos decorrentes do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil de 2002, dentre outros diplomas, forçam o judiciário a adaptar-se ao aumento expressivo de demandas e, para tanto, foi importante a criação do novo Código de Processo Civil, moderno, naquilo que os legisladores perceberam da evolução do direito e do acesso à justiça desde 1973.

Neste sentido, o mercado de grande massa de consumidores e as demandas daí decorrentes repercutiram, diretamente, no exercício da função jurisdicional, com o aumento exponencial do número de processos em tramitação e a qualidade dos serviços prestada ao jurisdicionado, que nunca foi um primor de prestação, tendia a piorar.

O fenômeno da massificação de conflitos não pode ser ignorado na elaboração de um novo Código de Processo Civil e, neste sentido, a nova norma cumpre seu papel, seja com a criação de novos institutos ou o aperfeiçoamento daqueles já existentes.

Dentre as importantes alterações propostas, vamos nos referir, de modo mais objetivo, as disposições que tratam do procedimento de mediação e conciliação, focado nas ações de direito de família, demonstrando que o legislador acertou em modernizar referido setor da atuação jurisdicional. O mediador e o conciliador foram elevados à condição de auxiliar da justiça, com todas as implicações jurídicas daí decorrentes e a criação de um procedimento que visa tornar tais meios de solução de conflitos acessível a todos os jurisdicionados.

A lei, por meio do processo civil, buscou estimular os litigantes a submeter seus conflitos de interesses a audiências de mediação e conciliação e o código de processo, em dados momentos, impõe por meio de aplicação de sanção processual, penalidade aos litigantes que não aderirem justificadamente ao espírito preconizado da nova ordem de prática dos meios consensuais de solução dos conflitos.

A inovação impõe uma nova ordem de caráter procedimental com objetivo de estimular as partes a abrir mão de litigar, em verdadeiro jogo de ‘perde e ganha’ a ser dirimido pelo juiz, com a opção pela solução consensual efetuada por meio de técnicos com preparo para conduzir referida forma de atuação do judiciário.

Para Kazuo Watanabe,¹ o processo civil não pode mais simplesmente se ater à solução dos conflitos de interesses no que ele denomina “solução imperativa de conflitos”. Prossegue o eminente doutrinador afirmando que:

Há vários outros métodos de resolução dos conflitos igualmente eficientes, em especial os consensuais. Alias, para certos tipos de conflitos, em especial naqueles em que as partes estão em contato permanente os métodos

1-WATANABE, Kazuo. A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coords.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 2.

alternativos são até mais adequados e eficazes do que a solução sentencial.

A iniciativa de inserir o procedimento de mediação e conciliação no Código de Processo Civil teve por precedente inspirador a Res. nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos e regulamentou a estruturação que deveria ter o Poder Judiciário para viabilizar a implementação de tal política, com a criação de setores próprios para a viabilidade da implementação da solução não sentencial dos conflitos de interesses.

A Res. nº 125/2010 do CNJ estabeleceu os métodos de conciliação e mediação com a determinação ou incumbência da realização de tal atividade atribuída ao Poder Judiciário. Neste sentido dispõe o art. 1º da referida Resolução:

Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial *os chamados meios consensuais*, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Res. nº 125 de 29-11-2010 do Conselho Nacional de Justiça).

A mediação e a conciliação tratam de métodos de atuação com objetivo de solucionar conflitos de interesses. Por força da Res. nº 125/2010, tal função deve ser exercida pelo Poder Judiciário, em seu papel preponderante de pacificador social, atribuindo-lhe o dever de oferecer meios consensuais de solução dos conflitos, não se limitando, conforme atualmente, a dirimir a maioria dos conflitos que lhe são submetidos por meio da imposição de uma sentença.

O judiciário, neste papel preponderante de pacificador social, deve permitir acesso eficaz do jurisdicionado visando atingir toda a população para propiciar o denominado “acesso à ordem jurídica justa”, em respeito aos direitos fundamentais do ser humano, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.²

2-Conforme defende Giselle Câmara Groeninga, ao tratar do ser humano, direitos humanos e a dinâmica do conflito “Ao falarmos de direitos humanos, devemos também focalizar o Direito a Ser Humano. Os seres humanos são resultado da dinâmica do conflito, inerente à própria vida. Um conflito é mais do que uma

Giselle Câmara Groeninga cita Abgagnano,³ e conceitua o princípio da dignidade humana como sendo a “a exigência anunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: ‘Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio’”.⁴

Suelem Agum dos Reis⁵ escreve que a terceira onda do movimento de acesso à justiça, situase muito mais no caráter preventivo do surgimento do litígio, do que propriamente a submissão de tal litígio ao judiciário para a pura e simples aplicação da Lei.

Vale trazer a opinião da doutrinadora:

“Partindo do princípio que os novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificação no direito substantivo, destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, enfim, esse enfoque não receia inovações radicais e compreensivas.”.

A doutrina é unânime em afirmar que passamos pela terceira onda do movimento universal do acesso à justiça e a doutrina de Capelletti, esclarece: “O novo enfoque dado ao acesso à justiça proposto na terceira onda tem alcance bem mais amplo que as duas primeiras ondas, uma vez que centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir as disputas da sociedade moderna”.⁶

pretensão objetivamente resistida, ele também contém uma legítima pretensão subjetiva: a do ser em ser compreendido enquanto ser humano, em seu direito a ser humano, com todos os seus níveis de constituição” (GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. São Paulo: Imago, 2003. p. 104).

3-Idem, p. 95.

4-ABAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo. Mestre Jou, 1982. p. 259.

5-REIS, Suelem Agum dos. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Trabalho apresentado para conclusão da disciplina do Processo, ministrada pelo Professor Dr. Leonardo Greco, no programa de mestrado da Faculdade de Direito de Campos. p. 12.

6-Ibidem.

Neste sentido, é substancial a alteração proposta pelo novo Código de Processo Civil, ao estabelecer, mediante regras de procedimento, e, principalmente, elevar às funções dos técnicos em mediação e conciliação à categoria de auxiliar da justiça, visando, assim, cumprir com a preocupação do CNJ em relação à formação dos profissionais e estruturando em norma de nível de lei federal a contribuição que o judiciário pode dar à solução das contendas que não mais se restringe à solução do litígio por meio de sentença.

Por fim, quanto ao enfoque do presente artigo, nas ações que envolvem litígio decorrente do direito de família, a inovação em relação às demais áreas do direito decorre da opção do legislador em impor a mediação como requisito de procedibilidade antecedente a formação da relação processual, ou seja, a demanda envolvendo tais conflitos somente ingressará na fase litigiosa após a realização de uma ou mais sessões de mediação, conforme será abordado adiante.

2. DAS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A interpretação dos campos de atuação do instituto da mediação e da conciliação revela que a técnica da conciliação é utilizada em um conflito circunstancial, sem perspectiva de desenvolver relações prolongadas, diferentemente da mediação em que há vinculação pessoal e duradoura, com caráter de continuidade, devendo, portanto, ser equilibrada de modo a vislumbrar referida situação de harmonizar interesses que devem prosseguir.⁷

Para Roberto Portugal Bacellar “A conciliação em um dos prismas do processo civil brasileiro é a opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como uma indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavrase o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigurase recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros”.⁸

Usando a terminologia do legislador, a Res. nº 125/2010 do CNJ denominou meios consensuais de solução de conflitos, os métodos da mediação e conciliação com o objetivo de se chegar à autocomposição, auxiliados por um

7-RIBAS, C. Etapas da conciliação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coords.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 111.

8-BACELLAR, Roberto Portugal. Poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32.

terceiro, técnico treinado em mediação e conciliação.⁹

Na síntese da opinião da doutrina, na conciliação, o conciliador intrometese na discussão e propõe alternativas de soluções que possam ser viáveis, menciona a possibilidade de imposição de uma sentença às partes litigantes e suas consequências, baseada na interpretação de precedentes judiciais em torno da questão. Já na mediação, o papel do mediador exige maior neutralidade de modo a propiciar às partes que elas mesmas tragam soluções para seus conflitos.

Assim, a conciliação exige a participação ativa do conciliador no ato de propor que as partes litigantes cheguem a um acordo em torno de um conflito de interesses, intervindo nas questões a serem dirimidas, propondo alternativas e soluções de modo a buscar um acordo. O ato de conciliação pode ser realizado na solução do conflito, tanto na fase préprocessual quanto na fase processual, e busca a autocomposição.¹⁰

Dentre diversos conceitos em torno do instituto da mediação, ficamos com o doutrinador GuillaumeHofnung, citado por Márcia Terezinha Gomes do Amaral, para quem “a mediação se define como um processo de comunicação ética baseado na responsabilidade e autonomia dos participantes, na qual um terceiro – imparcial, independente, neutro, sem poder decisório ou consultivo, com única autoridade que lhe foi reconhecida pelos mediados – propicia, mediante entrevistas confidenciais, o estabelecimento ou restabelecimento de relação social, a prevenção ou a solução da situação em causa”.¹¹

O campo de atuação da mediação é mais amplo do ponto de vista da necessária compreensão do que de fato incomoda os litigantes na busca da

9-Res. nº 125/2010 do CNJ: “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial *os chamados meios consensuais*, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

10- Neste sentido o projeto de lei do novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010 e PL nº 8.046/2010 e texto consolidado submetido a sanção), que estabelece as regras que devem nortear a conduta do mediador e do conciliador, denotando que na função de conciliador a possibilidade de sugerir soluções é admitida: : Artigo 165... § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

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

11-AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Apud GuillaumeHofnung, Michele. La Mediaton. 4.ed., Paris: Press Universitaires de France – PUF, Que Sais Je. 2007. p. 71. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. São Paulo: Lumem Juris, 2009. p. 91.

compreensão do litígio de modo a propiciar uma solução que não deverá se limitar ao ponto do conflito, mas, sim, de restaurar, reconstruir, desfazer mal entendidos, visando, com isso, propiciar, não uma simples reconciliação, mas o estabelecimento de bases e alicerces que busquem resolver o que poderia ser denominado de pontos de divergência.¹²

Assim sendo, conclui-se que é do tipo de conflito que surge a eleição da melhor técnica para ser aplicada. A técnica da mediação pode ser utilizada em toda e qualquer relação social conflituosa estabelecida entre os indivíduos e trata-se de ferramenta útil para dirimir conflitos de interesses que possam ser submetidos ao Judiciário. Por exemplo: Conflito entre vizinhos, decorrentes de relações familiares, entre sócios de um clube, condomínio, associação de bairro, sindicato, dentre outros.¹³

A Res. nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a criação de centros de conciliação que devem, obrigatoriamente, conter setor de conciliação de conflitos préprocessuais e processuais, além do setor de cidadania, que deverá servir de base para o cidadão tirar dúvidas a respeito de seus direitos em torno da obtenção de documentos, assistência social e psicossocial; em síntese, esclarecimentos a respeito do exercício pleno da cidadania, dentre outras funções.

Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, esclarece que “a importância dos núcleos para consecução política regional exige que seja composto por profissionais que tenham conhecimento das práticas autocompositivas e, mais que isso, experiência em sua implantação, de maneira a assegurar efetividade aos trabalhos que desenvolverão, evitando o deslocamento entre ideal e realidade”.¹⁴

12-Águeda Arruda Barbosa ao falar sobre a importância da mediação familiar esclarece que “os conceitos de mediação e interdisciplinaridade não são claros para a maioria das pessoas que os empregam, acarretando, assim, um comprometimento do sentido de cada termo, gerando muita confusão, distanciando-se de sua verdadeira essência”. Para a mediadora familiar “o termo mediação é frequentemente usado como sinônimo de reconciliação, entre outros significados, limitando, sobretudo, o seu vasto campo de atuação. (Mediação e direito de família. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise* – rumo a uma nova epistemologia. São Paulo: Imago, 2003. p. 339).

13-Conforme Cahali “O principal foco da mediação é conduzir as partes ao seu apoderamento, ou seja, à conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindoas, também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições. Evidentemente, também aqui a criação de um ambiente propício, para superar a animosidade, é uma tarefa relevante. Aliás, pela origem dos conflitos, muito maior o desafio de minimizar os efeitos do rancor, da mágoa, do ressentimento, perversos ao pretendendo diálogo (fala e escuta), pois aqueles sentimentos podem gerar a má vontade na busca de solução consensual. (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37).

14-NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 253.

A iniciativa da normatização do assunto, por meio da resolução do CNJ, cujo texto é amplo e completo naquilo se refere à implementação estrutural, dando condições operacionais para desenvolvimento das técnicas, além de estabelecer o modo com que os judiciários estaduais devem lidar com a política judiciária de solução dos conflitos, é um marco na evolução do princípio constitucional do pleno acesso à justiça, visando, com mecanismos simples e menos onerosos, diminuir a morosidade evidente e reconhecida em torno da prestação jurisdicional, tratandose de um marco no judiciário brasileiro que, por meio da referida resolução, inserese, de fato, na chamada terceira onda do direito.¹⁵

3. DO MEDIADOR E DO CONCILIADOR

Tratam a mediação e a conciliação de importantes instrumentos de consolidação da política de solução dos litígios sem a intervenção estatal no tradicional poder de julgar, mas, por meio de técnicos devidamente preparados para conduzir procedimento que busque a conciliação de interesses.

O principal protagonista dos procedimentos de conciliação e da mediação é o conciliador ou o mediador que deve ter a exata noção de sua importância como agente transformador da política determinada pelo Conselho Nacional de Justiça, ora estabelecida pelo Código de Processo Civil, em torno da nova visão que se propõe impor à atividade do Poder Judiciário. Neste sentido, cabe trazer a manifestação da Min. Fátima Nancy Andriighi, ao falar a respeito do conciliador, mas, cuja manifestação também se aplica ao mediador:

A preparação dos conciliadores judiciais começou pelo processo de conscientização de que o conciliador, enquanto presidente da audiência de conciliação é um juiz de fato. Várias áreas foram trabalhadas na pessoa do conciliador judicial, desde a postura física até a entonação de voz, passando, ainda, pelas orientações necessárias à condução de uma audiência, do conhecimento técnico do processo objeto da audiência (processual, doutrinário,

15-Esclarecem Capelletti e Garth o enfoque da terceira onda renovatória e “esse enfoque encoraja a exploração de uma variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo, destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.”(CAPELLETTI, M.; GARTH B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 71).

jurisprudencial) e das técnicas de abordagem para se obter a conciliação.¹⁶

Neste sentido, esclarece Cahali que

(...) os conciliadores e mediadores capacitados, após a respectiva certificação, serão cadastrados junto ao Núcleo Permanente do Tribunal, ao qual cabe regulamentar o processo de inscrição, de desligamento e, se for o caso, a remuneração destes colaboradores (art.7º VI e VII). Também a reciclagem periódica é prevista, tudo para excelência do tratamento adequado dos conflitos através destes meios alternativos de solução de controvérsias.¹⁷

Desta forma, é evidente a importância do conciliador e do mediador na estruturação nova que se pretende dar aos meios de conciliação e mediação, posto que referido técnico é quem terá a incumbência de tornar viável tal forma de solução de conflitos e a partir de sua capacidade de atuação deverá demandar o sucesso desta nova realidade em torno da distribuição da justiça.

Márcia Terezinha Gomes Amaral¹⁸ ensina que

A pessoa que conduz a mediação é denominada mediador, o qual é um terceiro imparcial que promove o diálogo entre as partes, mediante a redução das hostilidades, buscando encontrar uma solução ao conflito que satisfaça os interesses e as necessidades de ambas, mas que não tem poder de decidir a controvérsia. É fundamental que o mediador seja imparcial no que se refere ao relacionamento com as partes e neutro quanto á essência das questões.

Assim sendo, a rigor, o mediador e o conciliador são os agentes que restabelecem a comunicação ou o diálogo entre as partes com objetivo de reduzir a zona de atrito existente e, com a aplicação de técnicas, induz as partes a deliberarem e solucionarem seus conflitos, por meio de um acordo ou para alguns a denominada reconciliação. Tal conciliação de interesses pode se

16-ANDRIGHI, Fátima Nancy. Palestra (Workshop sobre mediação e conciliação judicial e extrajudicial). Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo – CAASP. São Paulo, 9-11-2000.

17-Op. cit., p. 52.

18-Op. cit., p. 99.

resumir a questões de natureza econômica ou até mesmo um simples pedido de desculpa.

4. DO PROCEDIMENTO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 Da busca da Celeridade e da Eficiência

A discussão dos legisladores, ao inserir dispositivos que disciplinam a mediação e a conciliação no novo Código de Processo Civil, diz respeito ao objetivo em torno da eficiência que se pretende dar ao judiciário, da celeridade na solução de demandas e, também, busca de alternativa que propicie a satisfação do jurisdicionado em relação ao papel do Poder Judiciário.

Grande parte da doutrina condena referida tentativa, com críticas no sentido de o legislador simplesmente buscar por meio de importantes institutos, de há muito praticado nos outros países, para mais uma tentativa que pode vir a ser inócua, no objetivo de diminuir o número de processos submetidos a julgamento, dado ao excessivo número de demandas que atolam o Poder Judiciário, com consequências que há muito preocupam as autoridades competentes.

A implementação do procedimento de mediação e conciliação no âmbito do processo civil não poderá servir de expectativa para a eficiência do judiciário em torno de sua atividade preponderante e, muito menos, na busca de celeridade na solução dos litígios com objetivo de diminuição do número de demandas.

O aumento do volume de processos deve prosseguir e se acentuar na medida em que as pessoas percebam a maior eficiência do Poder Judiciário e, portanto, a criação de mais um serviço por meio dos núcleos de mediação e conciliação somente deverá acarretar maior motivação para o jurisdicionado ingressar com sua pretensão em face de seu oponente, o que é salutar em prol da sociedade e da denominada pacificação social.

A iniciativa também é criticada por parte daqueles estudiosos do instituto, que, dada a ineficiência do Poder Judiciário, por razões que não cabe aqui debater, na experiência frustrada com o tema da conciliação, especialmente nos procedimentos dos Juizados Especiais, temem que a inserção do procedimento

de mediação, no sistema processual, possa acarretar a total desfiguração dos institutos e se tornar um mecanismo sem a credibilidade em torno de seus objetivos, fadado a não dar certo.

Neste sentido, defendem os professores Delton Ricardo Soares e Giselle Picorelli Yacoub Marques, em artigo a respeito do tema da mediação e o novo Código de Processo Civil:

A busca pela eficiência pode ser um método adequado ao contencioso de massa, em que soluções padronizadas e racionalização do procedimento contribuíram para o problema da administração de milhares de demandas idênticas. Entretanto, conflitos mais sensíveis e distintos demandam procedimentos artesanais e julgamentos humanizados, cuja maior maturação constituiria barreira para uma rotina fordista de sentenças por atacado – realidade cartorária brasileira causada, principalmente, pelas exigências (muitas vezes estatísticas) pós-CNJ.¹⁹

Daí a preocupação do Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Res. nº 125/2010, que serviu de modelo dos artigos do Código de Processo Civil, que deram ênfase aos conceitos que se relacionam à técnica da mediação e da conciliação, além de destacar o que cada um dos técnicos deve fazer em sua atuação, elevando-os a categoria de auxiliar da justiça e desvinculando a sua atividade da atividade do magistrado.

O novo Código de Processo Civil, na sessão que trata da conciliação e da mediação, teve a preocupação de trabalhar com conceitos em torno de cada técnica a ser usada nas sessões, distinguindo mediação de conciliação, estabelecendo, ainda, juntamente com as regras do procedimento, o modo com que cada técnica deve ser usada.

Ainda acerca da eficiência e do caráter inovador das técnicas em nosso sistema, defende o juiz Ricardo Pereira Junior, especialista no tema:²⁰

19-MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. A mediação no projeto do novo Código de Processo Civil: solução para a crise do judiciário. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; DIDIER, Fredie Jr.; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 2, p. 285.

20-PEREIRA, Ricardo Junior. A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coords.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 42-43.

Por fim, e o que é mais importante, o judiciário caminha agora para se tornar um prestador de serviços com produtos diferenciados, customizáveis e que garantem colocar as partes no centro do jogo jurídico, retornando os profissionais legais à posição de assistentes. Tal papel fortalece a cidadania ao conferir poder aos envolvidos no conflito, e instruí-los, de forma pedagógica e exemplar, de que a pacificação não depende exclusivamente do Poder Judiciário, mas sim, e principalmente, do aprendizado por todos da necessidade de respeito e convivência de direitos.

A preocupação do legislador foi no sentido de romper com o sistema tradicional em torno da solução dos conflitos pela imposição de uma sentença e propor a alternativa da conciliação e da mediação seja antes mesmo da formação da relação processual com a instauração da lide ao ser oferecida a defesa, seja ainda no curso do processo de maneira incidente, permitindo, conforme veremos a sua suspensão para tantas audiências quantas forem necessárias a solução do litígio.

Neste sentido, Kazuo Watanabe menciona que a iniciativa, ainda comentando a implementação da política de meios consensuais, na oportunidade ainda preconizada somente pela Res. nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, fonte inspiradora dos artigos do novo Código de Processo Civil, é revolucionária do ponto de vista da transformação que deverá acarretar. Assim discorre o renomado jurista:

Desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas a solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso judiciário.²¹

21-WATANABE, K. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Op. cit., p. 9.

Veja que o doutrinador menciona que a Resolução e, agora, a nova sistemática do Código de Processo Civil devem ser corretamente implementadas, ou seja, de acordo com a orientação extraída da Resolução, além da parte estrutural, a necessidade de treinamento e especialização dos técnicos, tido como elemento mais importante na implementação e sucesso da inovação.

Da maneira que, estruturado o procedimento nas sessões de mediação e conciliação, mediante a sua coordenação e controle por meio do judiciário, com certeza teremos importantes mecanismos que buscam a solução dos litígios por meio consensual e a formação de técnicos, remuneração, definição de papéis, dentre outras regras estabelecidas no Código, com certeza deverá acarretar a maior eficiência e celeridade na solução dos conflitos.

4.2 Da Questão da Voluntariedade de Submissão ao Procedimento de Mediação e Conciliação.

Conforme veremos adiante, nos comentários dos artigos que tratam objetivamente da mediação e da conciliação, o legislador optou por não estabelecer o caráter obrigatório ao procedimento de mediação e conciliação previsto no Código, atendendo, assim, às severas críticas da doutrina quanto à essência eminentemente voluntária dos métodos consensuais de solução de litígios.

A doutrina entende que a não obrigatoriedade é da própria natureza jurídica dos métodos consensuais de solução do litígio e, portanto, seria contrário à natureza dos institutos imporem a participação das partes em referidos atos do processo.

Embora não determine a obrigação das partes em participar das sessões de mediação e conciliação, por exemplo, como condição de procedibilidade ou de acesso ao judiciário, a todo o tempo as partes ou interessados são estimuladas a submeterem-se à audiência e sessões de mediação e conciliação, com criação de procedimentos que direcionam a tal objetivo, desde a distribuição do feito, a seguir com a comunicação oficial da existência da ação e, por fim, com a designação de audiência antecedente a formação da relação processual especialmente designada para tal finalidade.

Em síntese, o legislador criou diversos mecanismos procedimentais que induzem as partes a participarem de sessões de mediação e conciliação, estabelecendo, por exemplo, a necessidade de petição ou requerimento conjunto para manifestar a vontade de ela não participar, ou ainda, requisito

essencial sob pena de indeferimento da inicial de expressa menção em torno do interesse em participar de audiência de conciliação ou mediação.

O jurista e especialista em métodos consensuais de solução de conflitos, André Gomma de Azevedo,²² faz interessante distinção dos institutos de “acesso à justiça” e “acesso ao judiciário”, demonstrando, assim, que a submissão ao processo civil trata de situação distinta da submissão do interessado no legítimo acesso à justiça. Vale trazer a lição do doutrinador, citando prefácio do Manual de Mediação do então Ministro da Justiça Tarso Genro:

Em razão deste foco em satisfação do público com serviços de pacificação social estabeleceu-se que ‘o acesso à justiça não se confunde com acesso ao judiciário tendo em vista não visa apenas levar a demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema’ para que possam ter seus conflitos resolvidos (por heterocomposição) ou receber auxílio para que resolvam suas próprias disputas (pela autocomposição).

Embora alguns questionem a constitucionalidade da proposta, posto que algumas iniciativas de lei propuseram a determinação de conciliação e mediação em todos os processos submetidos ao judiciário e, em dadas situações, sem a presença de advogados, tido como indispensável à administração da justiça, tem-se que, na conciliação e mediação, o pleno acesso à justiça que se diferencia do acesso ao judiciário. Na mediação, dada a autodeterminação e participação ativa dos interessados, o acesso pleno do cidadão ao ideal de justiça é mais satisfatório na medida em que ele mesmo é quem delibera acerca do que de fato lhe convém e é satisfatório em torno do conflito.

Há de se ponderar que, em diversas situações de demandas judiciais, a presença do advogado é dispensada e, no procedimento de conciliação e mediação, especialmente na fase préprocessual, a presença do advogado é irrelevante, posto que é livre a manifestação de vontade de partes maiores e capazes em torno de direitos disponíveis, que despontam como a grande maioria dos conflitos que podem ser solucionados pela técnica da conciliação e da mediação.

22-Ob. Cit., “Artigo: Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional”, p. 12.

O ato de conciliar e mediar é um exercício de cidadania, e a cidadania não necessariamente prescinde de advogado para ser exercida, especialmente enquanto ainda não existir um processo regular e formal, com toda a ritualística que cerca as ações judiciais que demandem a alternativa de intervenção do judiciário por meio de seu poder de sentenciar. O exercício da cidadania em torno dos direitos legítimos somente é exercido por meio do pleno acesso à justiça e não ao judiciário, e as normas preconizadas, tanto na Res. nº 125/2010 quanto no Código de Processo Civil, visam propiciar e permitir tal ideal de justiça.

Ocorre que, na fase processual, que é quando a relação processual se encontra formada, mediante a citação e a advertência em torno dos prazos processuais e suas consequências, é certo que demandam necessariamente a presença dos advogados constituídos pelas partes. O ato de intimação/citação com a consequente aplicação dos efeitos da revelia pressupõe o direito a defesa com a necessária e indispensável presença de advogados, elemento indispensável à administração da justiça.

De fato, ninguém é obrigado a submeter-se a procedimento de mediação e conciliação, mas, cabe ao advogado, primeiro a conhecer o litígio, orientar seu cliente e ter senso profissional e ético de escolher a melhor forma de solução do litígio.²³

Ademais, a inovação deverá permitir a desjudicialização de conflitos por meio de mecanismo célere, sem custo, além de eficiente do ponto de vista da distribuição da justiça. A desjudicialização²⁴ é um fenômeno que deve ser implementado em vários setores que tradicionalmente eram submetidos ao Judiciário, visando, com isso, propiciar que referido Poder possa exercer sua atividade de modo a servir ao cidadão somente naqueles casos em que é necessária a imposição de uma sentença. Lembremos que, no passado, até

23-Ademais a obrigatoriedade de submissão de conflitos de interesse a procedimento de conciliação e mediação é contrária ao princípio da autonomia da vontade, que é preponderante nos meios consensuais de solução de conflitos. Francisco José Cahali assim discorre sobre o referido princípio: “o processo de mediação tem caráter voluntário na sua mais completa dimensão: parte da opção dos mediados a se submeterem a este método, passa pela escolha comum do(s) mediador (ES), pela decisão sobre os assuntos a serem abordados, pela administração do procedimento, conferindo-lhe maior ou menor intensidade, e se encerra no momento desejado pelos mediados. Os interessados são, pois, senhores da sorte (destino) da mediação, e assim, passam a serem os gestores de seu próprio futuro”. Op. cit., p. 60-61.

24-Para Erica Barbosa e Silva e Fernanda Tatuze “O termo desjudicialização, em sentido amplo, é empregado para classificar a iniciativa de adotar procedimentos fora do âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, a arbitragem pode ser mencionada como exemplo clássico de desjudicialização de conflitos, já que permite sua resolução de forma adjudicatória e heterocompositiva por um terceiro. Não obstante a apontada amplitude do termo ‘desjudicialização’ tem sido empregado para se referir aos procedimentos que podem ser abarcados pelos serviços extrajudiciais, serventias registrais ou tabelionato de notas”. (Ob. Cit. Artigo : Previsões Sobre a Via Extrajudicial no Novo CPC, P. 433).

mesmo situações que não tinham a mínima situação de contenciosidade, por exemplo, arrolamento de bens de pessoas maiores e capazes, demandas denominadas de jurisdição voluntária, só eram válidas e produziam efeito jurídico com a homologação judicial, tida como uma chancela para dar validade a atos de disposição de vontade.

Assim, afora as discussões acadêmicas de legalidade e constitucionalidade em torno de submissão a procedimento, presença ou ausência de advogados e outras discussões a respeito do tema, o legislador do Código de Processo Civil conseguiu conciliar a necessidade de implementar e inserir, no sistema processual, os métodos consensuais e, por meio de formalidades que preponderam na legislação instrumental, por exemplo, ter que peticionar para dispensa da audiência ou sessão de conciliação, acabou por, indiretamente, forçar os interessados a se submeterem aos métodos consensuais inseridos no sistema.

4.3 Dos Artigos do Código de Processo Civil e do Estímulo à Conciliação/mediação

Conforme antes mencionado, o legislador do Código de Processo Civil criou vários procedimentos que inviabilizam a tentativa dos interessados de evitar a submissão ao procedimento estabelecido de mediação e conciliação, desde a determinação de estímulos à adesão do procedimento até a aplicação de penalidade em situações de não comparecimento às sessões de mediação e conciliação.²⁵

O Código dedica um capítulo inteiro à conciliação e mediação, e, no projeto aprovado, está previsto nos arts. 165 a 175. O projeto busca dar a estes mecanismos de resolução de conflitos todo o destaque que, modernamente, eles têm tido.

Foi regulada a atuação dos mediadores e conciliadores como auxiliares da Justiça, estabelecendo, ainda, os princípios que regem a mediação e a conciliação. Para a formação dos conciliadores e mediadores, levou-se em conta a necessidade de serem observados os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Res. nº 125/2010.

25-Delton Ricardo Soares Meirelles e Giselle Picorelli Yacoub Marques defendem que “tal instrumento acarreta, sem dúvida um *desafogar* do judiciário, mas não como objetivo primeiro, e sim como simples consequência, pois o conflito real existente entre as partes foi dissolvido, não restando à litigiosidade incontida que poderia em futuro próximo, gerar mais um processo judicial. (Op. cit., p. 292).

O primeiro dispositivo que trata do tema, objeto deste artigo, é o § 2º do art. 3º do NCPC e determina que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e, a seguir, no § 3º, determina que os magistrados, advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos devem estimular a solução consensual do conflito, inclusive nos processos em curso.

Perceba-se que a importância dos métodos consensuais se encontra no preâmbulo do novo Código de Processo Civil e envolve todos os personagens que atuam no judiciário com a quebra do paradigma em torno do sistema que preconizava sempre o litígio e a forma dele ocorrer.

No capítulo que trata dos prazos processuais, no parágrafo único do art. 221, é determinada a suspensão dos prazos para a promoção da conciliação com a determinação de que caberá ao tribunal especificar a duração de tal prazo de suspensão.

Considerando o espírito que preconiza a ampla participação dos envolvidos no processo na cooperação de se tentar conciliar, é estabelecido procedimento imposto ao oficial de justiça que deverá certificar, no mandado, em qualquer comunicação que for efetuada a qualquer das partes do processo, eventual proposta ou mesmo interesse pelo acordo.

Neste sentido, é o que está preconizado no art. 154, VI, o qual estabelece dever o oficial de justiça certificar, nos autos, proposta de conciliação lançada por qualquer das partes, por ocasião do ato de comunicação que lhe couber.

Estabelece, ainda, o parágrafo único do dispositivo, que, se certificada proposta de conciliação, o Juiz intimará a parte contrária para que dela se manifeste no prazo de 5 (cinco) dias, tendo o silêncio interpretado como desinteresse em conciliar. Da maneira em que estabelecida a alteração, o ato de certificar a proposta de conciliação poderá ser realizado em qualquer momento do processo e não prejudica o regular andamento do processo em relação aos prazos em curso.

Além dos artigos do Código, que antes foram mencionados, outros dispositivos dispersos nos outros capítulos e seções do código estabelecem regras com vista a estimular a conciliação e a mediação. Vejamos:

O inciso II do art. 381, que trata da produção antecipada, menciona que o procedimento será admitido caso a prova a ser produzida sirva para viabilizar a audiência de tentativa de conciliação.

O § 2º do art. 515, do novo Código de Processo Civil, menciona que a decisão homologatória de conciliação ou transação, mesmo que não incluída

matéria não submetida ao judiciário, é título executivo judicial. A disposição é inovadora na medida em que quebra a regra em torno de somente ser admitida a transação de acordo com os limites estreitos do pedido e estabelece que eventuais outras questões litigiosas, que não tenham sido, por qualquer razão, submetida ao judiciário, também poderão ser incluídas e homologadas, gerando título com eficácia executiva.

O legislador deu tratamento especial às situações que envolvem a posse coletiva de imóveis. No texto original do Senado, a providência de ser designada audiência de justificação e de conciliação prévia era obrigatória, independentemente do tempo de ocupação e deveria ocorrer antes do exame da concessão de liminar para desocupação, tanto em imóvel urbano como rural. Na redação do projeto na Câmara que foi aprovado, foi estabelecido, no art. 565, que a referida audiência somente seria realizada quando se tratar de esbulho ou turbação ocorrida há mais de ano e dia, ou seja, em casos de litígio com turbação e esbulho de menos de ano e dia, o juiz pode deferir a liminar de reintegração sem antes designar audiência de conciliação e mediação.

Visando atenuar os efeitos da modificação operada na câmara, diante da praxe que se verifica em torno de questões envolvendo litígio coletivo em torno de posse de imóveis, revelarem que as liminares acabam por ter seu cumprimento protelado em razão da questão social envolvida, o legislador estabeleceu no § 1º do mesmo art.565 que, se a liminar não for cumprida no prazo de um ano, caberá ao juiz designar nova data de audiência de mediação.

Este é o sentido do art.565 e seu respectivo § 1º, a seguir transcrito:

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

Os demais parágrafos do art. 565 estabelecem regras para viabilizar a composição, com a determinação de comparecimento do Ministério Público, possibilidade do Juiz comparecer no local do litígio, visando melhor observar

as peculiaridades do conflito e a possibilidade de intimação dos órgãos responsáveis pela questão agrária em todos os âmbitos da administração pública.

O Título IV trata do papel do juiz e dos auxiliares da justiça e tem capítulo específico (VI), que trata dos conciliadores e mediadores nos arts. 165 a 175 do NCPC.

O art. 165 repete a ideia de conteúdo da Res. nº 125/2010 do CNJ e estabelece que os tribunais estaduais deverão criar os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e são os responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação bem como pelo desenvolvimento de programa que se destina a orientar e estimular a autocomposição.

Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira assim sustenta quanto à incumbência dos núcleos:

Caberá, porém, aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos implantados em cada um dos Tribunais a missão de concretizar as diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça, ditando a política estadual ou regional segundo seu seguimento de atuação.

A seguir, a doutrinadora defende a forma de sua composição, visando atingir o ideal perseguido pelos métodos inseridos na legislação instrumental:

A importância dos núcleos para a consecução da política regional exige que seja composto por profissionais que tenham conhecimento das práticas autocompositivas e, mais do que isso, experiência em sua implantação, de maneira a assegurar a efetividade do trabalho.²⁶

Conforme ensina Valéria Ferioli Lagrasta Luchiarri:

O Núcleo de Estudos e Debates do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, com base nesses dois modelos, elaborou o 'projeto de gerenciamento de casos' apresentando uma proposta de gerenciamento do processo pelo juiz apoiada em três vertentes: 1) a racionalização das atividades cartoriais; 2) a mudança de mentalidade dos juízes e a condução efetiva do processo

26-Op. cit., p. 253.

pelos mesmos; 3) a introdução de meios alternativos de solução de conflitos nas demandas apresentadas, com vistas a reduzir o número de processos distribuídos e sua duração.²⁷

No dispositivo, é consagrada a expressão “solução consensual”, preferida ao invés da expressão “métodos alternativos”, seguindo a linha defendida pela doutrina, que entende que a expressão “alternativa” acarreta a impressão de algo que está fora do judiciário e não é esta a ideia preconizada no Código, posto que insere o judiciário em atividade que, anteriormente, era tida por secundária e sem os diversos mecanismos que estimulam as partes a ele se submeter, com especial destaque para a preocupação com os técnicos para a realização dos atos destinados à autocomposição.²⁸

Na versão definitiva submetida à sanção presidencial, restou sendo excluído o parágrafo segundo do projeto substitutivo da câmara dos deputados que assim:

Art. 166... Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

O dispositivo que foi excluído do texto final era importante e dele emergiram duas conclusões : a) a primeira decorre do uso da terminologia sessões, visando diferenciar as situações de solução dos conflitos na fase pré-processual e processual. Na síntese da estipulação pretendida pelo legislador, mencionou sessão para se referir a conflitos que ainda não têm o processo regular formado, ou seja, que serão distribuídos nos núcleos para mediadores e conciliadores e não em uma vara cível. Já, ao designar

27-LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 241.

28-Neste sentido a opinião de Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso em artigo sobre a Res. nº 125 do CNJ: A palavra “alternativa” é contestada por muitos, por transmitir a ideia de algo que está fora do judiciário, preferindo-se a utilização da expressão “métodos consensuais de solução de conflitos”; entretanto, entendo que esta se refere apenas aos métodos autocomposição de solução de conflitos, excluindo-se a arbitragem que é um método heterocompositivo de solução de conflitos, e que estaria contemplado na expressão “métodos alternativos de solução de conflitos”. Porém, devido à opção da maioria dos integrantes do comitê gestor da conciliação, neste texto, será utilizada a expressão “métodos consensuais de solução dos conflitos”. (A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 230.

audiência, pretendeu que fossem inseridos os métodos de solução consensual, em processos que estejam em curso.

Outro ponto de importância que era exarado do dispositivo excluído do texto final submetido à sanção diz respeito à determinação de que as audiências de mediação e conciliação sejam realizadas por mediadores e conciliadores.

O legislador deveria ter mantido o referido parágrafo segundo, posto que a determinação consagra a ideia de que não cabe mais ao Juiz presidir as audiências de mediação e conciliação, na medida em que deverá contar com auxiliares da justiça para a realização de tais atos. A visão geral dos doutrinadores acerca dos institutos pressupõe um divisor de águas entre as pretensões ou conflitos que são submetidos aos métodos de conciliação e mediação com nítida distinção para o ato de sentenciar. A função de sentenciar aquela demanda que não for conciliada ou mediada é da esfera exclusiva do Juiz e se separa das tentativas de mediação ou conciliação que deve ser efetuada por um técnico preparado para tal função.

Perde-se, assim, exceto se estabelecida a distinção por meio de normas de organização judiciária, a possibilidade de se ter, por meio de artigo expresso da magnitude do Código de Processo Civil, a distinção da função do Juiz no exercício de somente exercer sua sagrada função de julgamento de processos que não tenham sido conciliados ou mediados, missão que será feita com maior qualidade, haja vista a óbvia diminuição do número de processos que deverão ser submetidos à sentença.

Nos §§ 2º e 3º do art. 165, é estabelecida a preferência de atuação do mediador em casos onde tiver havido vínculo anterior entre as partes e o segundo, conciliador, em casos que tal vínculo não tenha existido.

Os parágrafos são verdadeiros conceitos em torno das duas técnicas distintas que devem ser seguidas, conforme o conceito jurídico de mediação e conciliação, objeto de tópico anterior.²⁹

Vejamos o conteúdo dos dispositivos:

§2º 3ª O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento

29-Neste sentido Luiz Alberto Warat esclarece que o conciliador, apesar do uso de toda a técnica de convencimento, reduz o litígio a uma mercadoria: “A conciliação e a transação podem, em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes. A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignorando, e, portanto, não o transformam como faz a mediação. O conciliador exerce a função de ‘negociador do litígio’, reduzindo a relação a uma mercadoria”. (*O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 80).

ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3º 4ª O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A seguir, no art. 166 do NCPC, seguindo a linguagem didática de estabelecer por meio de conceitos as regras que norteiam as atividades do mediador e do conciliador, traz os princípios informativos aplicáveis tanto à atividade do mediador quanto do conciliador, que se traduzem pela independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada e nos parágrafos estabelece o conceito jurídico ou legal de cada um dos princípios informativos.

A independência, que alguns chamam de autonomia do mediador, é manifestada pelo seu dever de atuar com liberdade sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável ou ainda que seja contrário aos princípios éticos, da moral e dos bons costumes.

Já a imparcialidade decorre do seu dever de agir com ausência de favoritismo em relação a qualquer das partes ou de sua própria impressão, preferência ou escolha, isento de preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do seu trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favorecimento, mimo, tendo conduta ilibada com lisura e isenção acerca do conflito que lhe foi submetido.

O princípio informativo da autonomia da vontade decorre do dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária que deve surgir dos próprios conflitantes e não de modo coercitivo, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do procedimento, podendo, inclusive, interrompê-lo a qualquer momento, obviamente sempre baseado nos preceitos relativos à legalidade, à ética e aos bons costumes.

A confidencialidade diz respeito ao dever do técnico em manter a necessária discrição a respeito de tudo quanto for tratado nas sessões ou audiência que presidir, mantendo, assim, o necessário sigilo a respeito dos

assuntos que tomou conhecimento. O sigilo decorre da função exercida e da obrigatória manutenção de silêncio em torno dos fatos que o técnico soube no exercício de sua atividade. Ocorre que a atividade deve se tornar verdadeira, uma especialidade técnica e, portanto, o sigilo profissional deve ser observado, sob pena de afronta a preceitos do Código de Ética, estabelecido pela Res. nº 125/2010 com sanções que poderão acarretar a eliminação dos quadros de técnicos inscritos no Tribunal de Justiça.

A oralidade diz respeito à forma verbal com que as questões são tratadas, servindo eventual anotação como mera ferramenta que objetiva auxiliar os técnicos na atividade. Não se poderá expressar por forma escrita nada do que for tratado na sessão ou audiência de conciliação e mediação, devendo simplesmente, caso não se chegue a um bom termo, ser certificado que “não ocorreu a composição”, inutilizando qualquer tipo de anotação que não deverá ser careada ao processo em situações de casos já ajuizados.

A informalidade decorre do abandono do rigor formal do processo e dos atos de uma audiência de acordo com a ritualística prevista no Código de Processo Civil. Embora com certa ordem por parte do mediador/conciliador em torno do momento de manifestação de cada parte, igualdade de tratamento em torno da possibilidade de manifestação de cada parte e tempo de exposição, a informalidade prepondera no sentido de não existir um modelo preconcebido de como deverá se desenvolver a sessão ou audiência. O técnico, como condutor do procedimento, é quem deverá estabelecer as regras que devem nortear a sessão ou audiência, sempre e de antemão esclarecendo a forma como as coisas deverão acontecer para evitar que as partes se surpreendam com cada etapa do ato que estiver sendo realizado.

O princípio da decisão informada decorre da necessidade de dar efetiva consciência das partes quanto ao seu direito e a realidade fática na qual se encontram. O dever de informar as partes ou aos advogados quais são seus legítimos direitos não significa a prestação de consultoria jurídica, mas, sim, esclarecer quais os direitos que defluem de determinado conflito para ambas as partes em confronto, visando, com isso, evitar qualquer tipo de pressão ou coação em relação ao objeto do litígio e a possibilidade de êxito baseada em pretensões que possam ou não ser acolhidas pelo judiciário.

Entretanto, deve-se diferenciar a atuação do técnico em situação típica de mediação e de conciliação, posto que, na técnica da conciliação, é aconselhável que o técnico esclareça às partes acerca do êxito em torno de suas respectivas

pretensões com base em indicação de precedentes, especialmente se tratar-se de típica demanda repetitiva, que possa ter sido assim considerada pelo judiciário, além de indicação de precedentes de outros casos que possam já ter sido julgados pelo judiciário.

Tal interferência do mediador em casos típicos de mediação não fere o princípio da imparcialidade e este é o sentido do § 3º do art. 166 do NCPC, que textualmente dispõe:

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

A seguir, o § 4º do mesmo art. 166 reforça a ideia de não obrigatoriedade de submissão aos métodos de mediação e conciliação ao estabelecer a “livre autonomia dos interessados”, sem o apego a exagerada formalidade e ritualísticas típicas das audiências realizadas nos processos.

O Código de ética dos conciliadores e mediadores está estabelecido no anexo II da Res. nº 125/2010 e repete as regras estabelecidas no dispositivo antes comentado.

Conforme esclarece Valeria Ferrioli Lagrasca Luchiari,

Tratase de um código que utilizou como parâmetro o Código de Ética de Mediadores da França e que é efetivo, pois prevê sanção para o descumprimento de suas estipulações. E é exatamente essa efetividade que o diferencia de outros Códigos de Ética existentes no Brasil, que foram elaborados pelo Foname (Fórum Nacional de Mediação) e Conima (Conselho Nacional dos Institutos de Mediação e Arbitragem), os quais apesar de detalhados, não trazem sanção, configurando muito mais uma recomendação de boas práticas, para orientar a atuação de conciliadores e mediadores no âmbito privado; podendo, quando muito, ser estabelecido nos documentos de constituição civil das entidades que dele participam uma sanção para o seu descumprimento, mediante o devido processo administrativo.³⁰

30-LUCHIARI. Capacitação de conciliadores e mediadores. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.

O art. 167 e seus §§ 1^o a 4^o estabelecem a obrigatoriedade de manutenção de um cadastro com a inscrição das câmaras privadas de mediação e conciliação e também o registro dos mediadores e conciliadores habilitados.

A habilitação será obtida por meio de capacitação mínima realizada por meio de curso promovido por entidade credenciada ou pelo próprio tribunal, por meio da Escolas de Magistraturas e deve obedecer aos critérios e parâmetros mínimos definidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

O § 2^o estabelece a faculdade de o tribunal contratar os técnicos por meio do concurso público, a determinação de cadastro no tribunal estadual que é quem enviará os dados do técnico ao diretor do Foro da Comarca para serem formadas as listas e as regras de distribuição das designações de modo aleatório e alternado, observando a igualdade na mesma área de atuação profissional.

O § 3^o do mesmo art. 167 determina a criação de um banco de dados com estatística em torno da atuação do técnico, visando estabelecer um ranking com a especialidade e desempenho dos profissionais credenciados e o tribunal deverá para eventual escolha dos interessados.

O § 4^o estabelece a publicação anual de referido ranking com nítida intenção de criar certa competitividade entre os profissionais, posto que se refere à avaliação tanto dos técnicos quanto das respectivas câmaras e a classificação obviamente com critérios de desempenho.

O § 5^o do art. 167 estabeleceu regra em torno do técnico que também estiver inscrito na OAB com determinação de impedimento do profissional para atuar nos juízos onde exercer suas funções.³¹ Controvertida a intenção do legislador, posto que o advogado não exerce funções em Juízos, mas milita ou advoga a favor de determinado cliente. A regra estabelece o termo “juízo”, ou seja, nas comarcas com mais de uma vara cível ou mesmo criminal, o impedimento somente deverá abranger aquele Juízo em que existir processo sob o patrocínio do técnico com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Maria Helena Diniz conceitua o termo juízo como sendo:

- a) Foro; b) órgão da justiça integrado por magistrados, promotores, escrivão e demais auxiliares; c) órgão estatal incumbido da administração da justiça; d) conjunto de atos de discussão e julgamento numa demanda; e) complexo de atribuições do órgão judicante; f) tribunal; g) lugar onde se exerce a função de juiz; h) ação de julgar; i) decisão judiciária; j) jurisdição (...)³²

31-“Art. 168. (...) § 5^o Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções”.

32-DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3, p. 13.

Notase que existe uma ligeira dificuldade de interpretação do conceito, de juízo denotando situações diversas, posto que, até mesmo, é sinônimo de foro. Ficamos com o conceito que diz respeito ao “lugar onde se exerce a função de juiz”. Ao estabelecermos a ilação entre competência e juízo, especialmente em Comarcas com diversos fóruns e varas, verificamos que a competência de Juízo está relacionada à qual vara ele pertence. A distinção é importante, pois a restrição ou o impedimento, dada a terminologia usada “juízo”, diz respeito ao local onde o advogado tiver processos sobre seu patrocínio e, portanto, em determinado fórum com mais de uma vara ou juízo cível, naqueles onde o técnico não tiver processos em curso, poderá exercer, sim, a função de mediador/conciliador.

O art. 168 estabelece que as partes podem escolher o técnico de comum acordo ou mesmo a câmara privada para dirimir seu conflito e, neste caso, não é obrigatória a inscrição no cadastro do tribunal. Mas uma vez, o código prima pela aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes ao não impor os técnicos que possam atuar em determinado processo, deixando escolha ao arbítrio das partes independentemente dos profissionais que constam de seu cadastro.

A preocupação do legislador com objetivo de ser exitosa a prática da mediação e da conciliação como alternativa viável de pacificação social tinha, na ausência de remuneração, a justificativa de parte da doutrina quanto a não ter ainda dado certo. Neste sentido, o legislador estabeleceu, através do art. 169, a possibilidade de remuneração prevista em tabela a ser estabelecida conforme parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça. No §1º, dada a tradição que sempre precedeu a atividade do mediador e conciliador, foi facultada a possibilidade de a atividade ser exercida em caráter voluntário.

No § 2º, do mesmo art. 169, foi estabelecida regra de reciprocidade em torno das câmaras privadas de conciliação e mediação, que devem receber processos para atuar, no sentido de sempre ter um percentual de casos com justiça gratuita como contrapartida por seu credenciamento.

Seguindo as regras da ética na atuação que deve pautar a atividade do conciliador e do mediador, o art. 170 estabeleceu que deve ser comunicada, imediatamente, a ocorrência de impedimento na atuação em determinado caso, especialmente se ocorrer a apuração da causa quando já iniciado o procedimento com a certificação do ocorrido e solicitação de distribuição para um novo mediador.

O art. 171 estabelece a necessidade de comunicação ao responsável pelo Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, de eventual

impedimento temporário do técnico e o tempo de impedimento, visando não serem distribuídas demandas para sua atribuição.

No art. 172, existe o denominado prazo de “quarentena”, que deverá ser observada pelo técnico que estará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes de processo que tenham atuado como mediador ou conciliador pelo prazo de 1 (um) ano, contados da data do termino da audiência.

O art. 173 do NCPC arrola as diversas situações de exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores, ao estabelecer a sanção de eliminação em casos de atuação com dolo ou culpa na condução de audiência de mediação ou conciliação, inclusive em casos que o técnico seja suspeito ou impedido e não comunicar o fato ao responsável pelo núcleo. Impedimento e suspeição se diferenciam de acordo com o nível de comprometimento verificado entre o técnico e a causa que lhe foi submetida e que pode prejudicar sua parcialidade. No impedimento, tanto quanto na aplicação ao juiz, existe presunção absoluta de parcialidade, enquanto, na suspeição, a presunção é relativa e dependerá da impressão do próprio técnico em relação a declinar e darse por suspeito.

Considerando as situações que possam acarretar impedimento ou suspeição ou mesmo conduta inadequada do técnico, a apuração deverá ser efetuada pelo Juiz responsável pelo núcleo, através de procedimento administrativo que poderá culminar com a eliminação dos quadros dos profissionais cadastrados ou mesmo suspensão temporária por até 180 (cento e oitenta) dias em decisão fundamentada, sempre permitindo respeito às garantias constitucionais do contraditório e a ampla defesa.

No art. 174 do NCPC, é incentivada a possibilidade de mediação e conciliação em conflitos envolvendo a União, Estados e Municípios, flexibilizando, assim, a tradição dos entes públicos em relação a não transacionar com as causas que envolvem o patrimônio ou interesse público.

A seguir, no art. 175, é estabelecido que as disposições antes mencionadas não excluem outras formas de mediação e conciliação extrajudiciais promovidas por órgãos institucionais ou outros órgãos ou profissionais independentes e na reciprocidade de aplicação da norma, estabelece, no parágrafo único, que as disposições se aplicam às câmaras privadas de conciliação e mediação.

5. DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA.

Conforme antes mencionado, a obrigatoriedade de submissão das partes à sessão de mediação e conciliação não preponderou nas inovações do Código

de Processo Civil, diante da voluntariedade ser um dos princípios que regem a modalidade consensual em comento.

A exceção decorre das ações de direito de família, posto que, nestas ações, é obrigatória e, em caráter antecedente à formação da relação processual, à submissão dos interessados a sessão de mediação ou conciliação.

As questões envolvendo os conflitos familiares demonstram a perfeita adequação, que é verificada na aplicação dos métodos de mediação na área da família, além da experiência positiva da sistemática verificada em comparação com outros países.

É nítida a eficiência da aplicação de mediação nos conflitos familiares e a obrigatoriedade ora implementada pelo Código de Processo Civil decorre, de um lado, da experiência nacional em torno de resultado positivo verificado nas demandas judiciais processadas, em que se constatou que na maioria dos casos de tal natureza ocorreu composição. De outro, em razão da própria natureza de tais conflitos e dos valores envolvidos, quase sempre não alcançar a satisfação plena dos litigantes quando por meio de imposição de uma sentença.

Na opinião de Delton Ricardo Soares Meirelles e Giselle Picorelli Yacoub Marques

O problema mais grave é nos conflitos familiares judicializados. Sua natureza artesanal e a complexidade das suas questões demandam maior sensibilidade para sua exata compreensão: o que se torna difícil se o método for o mesmo utilizado nas conciliações perceptíveis nos conflitos meramente patrimoniais.³³

O Código criou capítulo específico para ações de família (divórcio, reconhecimento de união estável, de guarda, de visitação, de filiação e pensão) em que é estimulada a realização de audiência de conciliação e mediação.

Inicialmente, o artigo 693 do NCPC estabelece as causas que deverão se submeter ao procedimento decorrente das denominadas ações de família:

Art.693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

O novo Código de Processo Civil optou pela submissão de conflitos familiares, ou seja, aqueles que envolvem divórcio, separação, reconhecimento

33-Op. cit., p. 300.

de paternidade, de união estável, guarda, visitação, filiação e pensão alimentícia, a prévia tentativa de conciliação e mediação.

Clóvis Beviláqua conceitua direito de família ainda na linguagem já superada do Código de 1916, embora com conteúdo apropriado no talento do grande civilista:

Direito de família é o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, da curatela e da ausência.³⁴

Veja que, do conceito de direito material proposto pelo eminente civilista, temos que o Código de Processo Civil excetuou as situações de tutela, curatela e de ausência, ao estabelecer rol exaustivo em torno das situações de aplicação dos artigos do capítulo das ações de família, conforme o artigo 693 antes transcrito.³⁵

Para Jorge Shiguemitsu Fujita, o direito de família atual envolve conceito amplo e envolve, além das relações do instituto do casamento, a união estável, além do parentesco consanguíneo, englobando, portanto, eventuais filhos havidos fora do casamento e que sejam reconhecidos pela forma existente de estabelecimento de tais vínculos, além daqueles adotados:

Podemos conceituar o Direito de família como sendo o ramo do direito civil, que visa regular as relações entre pessoas ligadas pelo matrimônio válido ou pela união estável, pelo parentesco consanguíneo ou por afinidade ou por adoção, assim como os institutos complementares de direito assistencial, consistentes na tutela, curatela e ausência.³⁶

34- Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1ª Ed. 1954, vol.2, p.6.

35- Por seu turno a Lei de Mediação PL 517/2011 do Senado Federal em vias de sanção, assim determina em relação a ampla possibilidade de submissão dos litígios:

Art. 7º. É possível a mediação em todo e qualquer litígio submetido ao Poder Judiciário, desde que as partes a desejem de comum acordo ou que sua realização seja recomendada pelo magistrado, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por outro sujeito do processo.

36- Jorge Shiguemitsu Fujita, Curso de Direito Civil – Direito de Família, Editora Juarez de Oliveira, 1ª Ed. 2000, p. 10.

De se ponderar que as questões envolvendo relações familiares têm características próprias, que demandam a preocupação com o cerne do conflito e, nem sempre, a pura e simples aplicação da Lei resolve satisfatoriamente a lide, exigindo, inclusive, a participação de equipe multidisciplinar para que os interesses antagônicos possam, de fato e de verdade, virem a ser apaziguados, conciliados. Daí a opção do legislador de impor no mínimo à realização de uma sessão de mediação antecedente a formação do processo, visando, com a participação de um terceiro imparcial e neutro, com capacitação técnica, além de permitir que outros profissionais que se façam necessários, busquem a solução consensual plena do litígio.

Conforme nos ensina Águida Arruda Barbosa, conflitos de natureza familiar merecem do judiciário tratamento diferenciado ao simples ato de julgar:

Esta complexa atividade só pode ser entregue à linguagem própria do judiciário, a quem é outorgado o poder de julgar, para as pessoas que estão completamente afastadas do interesse de compreender a crise, na busca de um projeto de vida mais adequado. Conflito familiar necessita de cuidado e não de julgamento, atividade essa reservada apenas às questões de alta indagação jurídica ou às pessoas incapazes, momentaneamente, ou não, de se responsabilizarem-se por suas vidas.³⁷

A inovação sentida no NCPC segue a tendência de realizar, no plano processual, a mínima intervenção estatal em conflitos familiares, posto que, por mais que o legislador reflita sobre modelos normativos que possam permitir a plena vontade da Lei e a satisfação dos interesses de litigantes, tal área do direito exige outra mentalidade na forma de tratamento.

Esta é a lição de Venceslau Tavares Costa Filho, Ana Carolina Alves da Silva e Felipe Barros de Souza em artigo coletivo sobre “Perspectivas para a Conciliação Mediação de Conflitos Familiares no Novo Código de Processo Civil”, em momento antecedente a sanção do texto de Lei:

Pode-se afirmar, também, que o Novo Código de Processo Civil projetado visa realizar no plano processual o Principio da Mínima Intervenção Estatal na Família. Nota-se a partir da Constituição Federal de

37- Águida Arruda Barbosa, Direito de Família no Novo Milênio, Proteção da Pessoa dos Filhos: mediação familiar e interdisciplinaridade, editora atlas, edição 2010, p.443.

1988 (art.226), que o Estado deixou para trás o perfil protetor-repressor e passou a adotar um perfil protetor-provedor-assistencialista, mas que não tem como cerne a intervenção excessiva no seio da família, mas sim uma atuação muitas vezes conjunta ou complementar, como no que diz respeito à educação dos filhos.³⁸

Neste sentido, o disposto no art.694 do NCPC, que teve a visão de modernizar o sistema antigo, no sentido de passar a permitir esforços concentrados de todos que possam ajudar a se obter a forma consensual, ao invés da imposição de uma sentença.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Note-se que o dispositivo estabelece a possibilidade do juízo contar com outros profissionais para a tentativa de mediação e conciliação nas ações de família.

Marcia Terezinha Gomes Amaral, em obra de acesso à justiça e mediação, nos traz a experiência da França, em que a interferência multiprofissional ocorre em âmbito extrajudicial, com resultados que, doravante, serão copiados no Brasil:

Desde 1989, existe em Paris uma Casa da Mediação, que é uma associação independente, onde são realizadas consultas e solicitadas mediações familiares. Em setembro de 1993, na mesma cidade, instituiu-se uma Casa da Família e da Mediação, sob a responsabilidade de um assistente social. Em Paris, a mediação familiar passou a ser um serviço municipal, atendendo às necessidades da população de consultar sobre questões

38- Venceslau Tavares Costa Filho, Ana Carolina Alves da Silva e Felipe Barros de Souza, Perspectivas para a Conciliação Mediação de Conflitos Familiares no Novo Código de Processo Civil, Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, editora juspodivm, edição 2014, volume III, p.772/773.

familiares, encontrando no locais psicoterapeutas e assistentes sociais com especialidade nesses problemas.³⁹

Após implementar a interdisciplinaridade quanto ao uso de vários profissionais para atuarem em conflitos de família, o NCPC estabelece o caráter compulsório em torno da realização da audiência de mediação ou conciliação, antecedente à formação da relação processual válida. O art.695 estabelece que o réu não é citado para contestar a ação, mas, primeiramente deverá participar de audiência de mediação e conciliação. Este é o sentido do art. 695 e seus respectivos parágrafos:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§ 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§ 3º A citação será feita na pessoa do réu.

4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Perceba-se que o réu de ação decorrente das relações familiares não será citado para contestar a ação proposta e sequer tem conhecimento da pretensão quando for intimado para comparecer à audiência de mediação e conciliação. Entretanto, seguindo a tendência do legislador, determina-se que a parte se faça acompanhar de advogado ou de defensor público, visando, com isso, não atentar contra o princípio constitucional de o advogado ser indispensável à administração da justiça.

Caso as partes não cheguem a bom termo com a conciliação ou a mediação do conflito, após a realização de tantas audiências quantas forem necessárias, o requerido ou a requerida, na própria audiência, receberá uma cópia da inicial e terá prazo de 15(quinze) dias para oferecimento de defesa, nos termos dos arts. 696 e 697 do NCPC.⁴⁰

39- Op.cit.p. 128.

40-34. Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o

Andou bem o legislador processualista, ao estabelecer referida dinâmica em tais situações que, como sabemos, diz respeito à pessoa e seus laços afetivos em relação contínua e duradoura que, por qualquer razão, possa vir a ser interrompida, mas, independente da ruptura que possa existir, deve permanecer o vínculo que não se desfaz, especialmente em casos envolvendo filhos.

Assim sendo, temos que a simples aplicação das normas do direito de família, cuja tentativa em satisfazer os interesses em conflitos, acaba por não ser plena, a ponto de atingir o âmago do sentimento, do desejo das pessoas e dos vínculos que permanecem. Esta gama de interesses das pessoas poderá plenamente ser conciliada com a aplicação das técnicas da mediação, seja com a atuação dos técnicos na forma preconizada pelo Código, ou ainda pela ajuda de múltiplos profissionais em prol do interesse dos contentores.

6. CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente trabalho, o novo Código de Processo Civil encampa, de vez, a ideia da conciliação e mediação como procedimento inserido em Lei Federal e estabeleceu que tais medidas serão, preferencialmente, efetuadas por técnicos preparados especialmente formados e capacitados, além de serem doravante, remunerados pelo seu trabalho.

Toda a estruturação das normas aprovadas e que acarretaram a introdução dos métodos consensuais da Lei Processual, teve seu embrião na Res. nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e, diante das perspectivas que são analisadas pelas alterações propostas pelo novo Código de Processo Civil, vislumbra-se uma nova fase do processo no denominado tratamento adequado dos conflitos de interesses.

A criação dos núcleos e centros permanentes de solução de conflitos e cidadania, a obrigatoriedade de certificação técnica de mediadores e conciliadores, a normatização da profissão e a inclusão de tais profissionais no Código de Processo Civil com remuneração representam avanço significativo e com suporte normativo para se acreditar que os conflitos deverão ser tratados de modo a propiciar uma nova possibilidade de sua pronta e rápida solução.

A análise das técnicas de conciliação revela que o conciliador deve ter maior senso de sua responsabilidade na condição de auxiliar da justiça, colaborando para que a cultura do litígio moroso, dispendioso e incerto,

pericimento do direito.

Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

especialmente naqueles casos em que a sentença não satisfaça de modo pleno e eficaz o desejo do jurisdicionado. Isto ocorre pela sentença desfavorável, parcialmente favorável ou ainda naqueles casos de sentença inócua do ponto de vista da ausência de patrimônio do causador.

O que se exige do conciliador e mediador, nas etapas que precedem e encerram a sessão de conciliação ou de mediação, pode se resumir a bom senso em torno dos dilemas que lhe são trazidos, agindo com espírito de ponderação nas atitudes tomadas, desligandose de seus problemas pessoais e incorporando a figura do conciliador ou mediador de modo à plena eficácia dos objetivos propostos.

Deve, ainda, o técnico se despir de suas ideologias, especialmente na análise do modo de pensar das partes litigantes e, principalmente, ter a isenção de que seus pontos de vista ideológicos, no momento da sessão, são irrelevantes e não devem ser expressos.

O profissional deve primar pelo aprimoramento técnico com constante atualização profissional, visando, na sua atividade, não causar impressão de insegurança na condução das sessões, evitando, assim, que seja tirada a credibilidade da importante missão outorgada pelo judiciário.

Deve ser responsável e ético quanto aos deveres que lhe são destinados, lembrando que a sua atividade inserese no interesse público e, portanto, deve respeito aos sentimentos das partes, os horários das sessões, dentre outras determinações decorrentes de sua importante função.

Como em toda profissão, o mediador deve ser dedicado à causa e, independentemente de remuneração, exercer a atividade por prazer e espírito de colaboração na função social exercida, cuja maior retribuição é verificar que seu empenho foi satisfatório e serviu para resolver determinado conflito, e, portanto, contribuiu de modo indireto para a paz social.

O novo Código de Processo Civil inovou, também, no tocante às ações de direito de família, ao estabelecer a obrigatoriedade de submissão de tais modalidades de conflitos à audiência prévia de conciliação e mediação. Reconhece, assim, que, em tais modalidades de litígio, a simples aplicação das normas jurídicas não era suficiente para a busca da justiça real, ou seja, aquela que de fato satisfaz o interesse das pessoas.

Assim sendo, temos que é dado passo importante para as questões tormentosas enfrentadas pelo Judiciário em relação às críticas que vem sofrendo nos últimos trinta anos, período em que as modificações pontuais a respeito deste ou daquele instituto não foram suficientes para resolver a sua morosidade, ineficiência operacional e qualidade em torno do serviço

público prestado. Acredita-se que, com a introdução dos institutos da mediação e conciliação na norma de acesso ao judiciário, criase uma nova cultura e expectativa a respeito das tentativas pontuais de tornar o judiciário mais humanizado para atender as pessoas que anseiam pela busca da justiça.

7. BIBLIOGRAFIA

ABAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo. Mestre Jou, 1982.

AMARAL, Márcia Therezinha Gomes do. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. São Paulo: Lumem Juris, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Palestra (Workshop sobre mediação e conciliação judicial e extrajudicial). Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo – CAASP. São Paulo, 9-11-2000.

BACELLAR, Roberto Portugal. Poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação e direito de família. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. São Paulo: Imago, 2003. p. 339.

BARBOSA, Águida Arruda, *Direito de Família no Novo Milênio, Proteção da Pessoa dos Filhos: mediação familiar e interdisciplinaridade*, editora atlas, edição 2010, p.443

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1ª Ed. 1954, vol.2, p.6.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CAPELLETTI, M.; GARTH B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares, Ana Carolina Alves da Silva e Felipe Barros de Souza, *Perspectivas para a Conciliação Mediação de Conflitos Familiares no Novo Código de Processo Civil, Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, editora juspodivm, edição 2014, volume III, p.772/773.

- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.
- FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; DIDIER, Fredie Jr.; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 2
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu, Curso de Direito Civil – Direito de Família, Editora Juarez de Oliveira, 1ª Ed. 2000, p. 10.
- GARTH, B.; CAPELLETTI, M. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. São Paulo: Imago, 2003. p. 104.
- LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 241.
- _____. Capacitação de conciliadores e mediadores. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.
- MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. A mediação no projeto do novo Código de Processo Civil: solução para a crise do judiciário. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; DIDIER, Fredie Jr.; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 2, p. 285.
- MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. A mediação no projeto do novo Código de Processo Civil: solução para a crise do judiciário. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; DIDIER, Fredie Jr.; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 2, p. 285.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 263.

_____. Os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 253.

PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: _____; _____ (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 230.

PEREIRA, Ricardo Junior. A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coords.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 42-43.

REIS, Suellem Agum dos. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Trabalho apresentado para conclusão da disciplina do Processo, ministrada pelo Professor Dr. Leonardo Greco, no programa de mestrado da Faculdade de Direito de Campos.

RIBAS, Claudio. Etapas da conciliação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coords.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 111.

RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 230.

WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coords.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 2.

O SISTEMA DE PRECEDENTES E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Jorge André de Carvalho Mendonça

Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal

Fluminense - UFF/RJ

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Juiz Federal da 2ª Turma Recursal de Pernambuco

RESUMO: Nosso estudo pretende trazer breves considerações sobre o sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, não deixando de tecer rápidas considerações dogmáticas sobre os pontos mais importantes das inovações normativas, mas concentrando maiores esforços nos objetivos declarados pela sua exposição de motivos, quais sejam a garantia de segurança jurídica, isonomia e celeridade em alto grau. Diante de tais objetivos, fazemos breve apresentação de casos concretos nos quais a jurisprudência pátria afastou-se completamente de tais princípios, demonstrando que isso não será alterado após a vigência do novo diploma legal, salvo se simplificarmos bastante nossas possibilidades recursais, tal como acontece nos Estados Unidos, país de onde importamos a maior parte das ideias.

Palavras-chave: Precedentes. Segurança. Isonomia. Celeridade. Recursos. Sistema Norte-Americano.

I. INTRODUÇÃO:

Não raramente escutamos críticas ao Poder Judiciário brasileiro. A população imagina o juiz como aquele ser preguiçoso, que ganha muito, tem luxo em excesso e, ainda, apresenta-se de forma incoerente. Fora o pensamento decorrente de um Judiciário do passado, não mais existente, aliado ao fato de

que o magistrado sempre desagrada ao menos uma das partes em conflito, nunca sendo, portanto, uma figura simpática à maioria das pessoas, não é tão difícil entender o raciocínio do público sob um aspecto ainda bastante atual. Para o destinatário da prestação jurisdicional o que importa, em primeiro lugar, é o dia em que receberá efetivamente o bem da vida pretendido por meio da ação judicial. Não lhe importa os motivos da demora, muito menos a quantidade de instâncias através das quais a sua causa terá que percorrer para começar a gerar efeitos. De outro lado, não menos importante é que haja um mínimo de segurança e isonomia naquilo que será dito pelo Judiciário, não lhe interessando complexas divergências jurisprudenciais, muitas menos aquelas que são simplesmente acadêmicas.

Para os mentores do novo Código de Processo Civil o Judiciário está imbuído de inúmeros defeitos além daqueles acima referidos, que precisam ser resolvidos por uma modificação legislativa. Mas, objetivando resolver os reais problemas que mencionamos, o da segurança jurídica, o da isonomia e o da celeridade, resolveu-se positivar de maneira mais completa um sistema de precedentes, fazendo-nos aproximar-se um pouco mais do *common law*, ainda que mantidas várias diferenças.

Ao tratar do assunto, a exposição de motivos da nova legislação critica a existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis sobre a mesma norma jurídica, levando a que jurisdicionados em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. ¹ Assim, percebe-se que o fortalecimento do sistema de precedentes reside, em primeiro lugar, na preocupação com a isonomia. Mas não apenas com ela.

Parecendo demonstrar preocupação ainda maior com outro tema, a mesma exposição de motivos externa que o novo código prestigia o princípio da segurança jurídica, visando proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. E continua dizendo que todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. ²

Por fim, embora demonstrando menor preocupação, a exposição de motivos sustenta que a inovação leva em conta “o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”. ³

1-Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso no dia 30/06/2015.

2-Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso no dia 30/06/2015.

3-Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso no dia 30/06/2015.

Destarte, para o que nos interessa neste trabalho, concentraremos nossa atenção no novo sistema de precedentes baseado em 3 (três) pilares: a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual. Três justas críticas ao Judiciário moderno. O problema, porém, é: a nova legislação realmente garantirá a aplicação prática de tais princípios, senão no citado alto grau, ao menos de maneira minimamente razoável? Ou ficará tudo como está, a despeito das novidades normativas? Para responder a tais questionamentos, traçaremos um paralelo entre a estrutura recursal brasileira e a norte-americana, considerando que é principalmente de lá que estamos importando nossas alterações.⁴

Este breve ensaio pretende ser desenvolvido, primordialmente, como pesquisa teórica, com instrumentos de natureza doutrinária. A intenção é de apresentar um breve estudo chamado *a priori*, utilizando o método dedutivo, partindo de uma visão geral até uma noção particular a respeito do tema. Contudo, sem querer aprofundar o exame de casos como se faz nos EUA por meio da indução, não podemos deixar de demonstrar certa preocupação com uma forma de pensar igualmente empírica, com método casuístico, ainda que resumidamente, mediante passagem rápida por alguns precedentes nacionais, intencionando analisar o estágio do raciocínio jurisprudencial brasileiro atual. É isso o que passaremos a fazer.

II. O SISTEMA POSITIVO DE PRECEDENTES:

Não podemos deixar de iniciar nossa exposição sem tratar de uma análise dogmática das principais inovações legislativas referentes ao sistema de precedentes brasileiro. A Lei 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil (NCPC), inicia a abordagem do tema, no seu art 926, *caput*, da seguinte forma:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Muito compreensível a preocupação do legislador. Atualmente, a jurisprudência brasileira longe está de ser, em primeiro lugar, estável. Para demonstrar o motivo de tal conclusão, permitimo-nos apresentar, de forma

4-Mortimer Sellers explica que a concepção norte-americana tentou usar a lei e o precedente para conter o poder governamental, ao contrário do que ocorreu com a concepção inglesa. Mas que foi por tal distinção que o *common law* na Inglaterra foi levado para uma forma de legislação judicial, enquanto nos Estados Unidos da América (EUA) os magistrados permaneceram constringidos a descobrir e respeitar os precedentes, mais do que a fabricá-los por eles mesmos (SELLERS, 2008, p. 3). Por isso, ao menos em tese, consideramos o nosso sistema de precedentes mais próximo deste último.

bastante sucinta, o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da importante questão dos juros e correção monetária nas condenações judiciais contra a Fazenda Pública, fixados na forma dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança pela redação que a Lei 11.960/2009 deu ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Pois bem. No julgamento das ADI (ação direta de inconstitucionalidade) 4.425, a Suprema Corte decidiu que “o art. 1º-F da nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios, incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, § 12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 *supra*”. O inteiro teor do acórdão foi publicado no DJE de 19/12/2013.⁵ Exatamente no mesmo sentido foi a decisão tomada na ADI 4.357, com inteiro teor do acórdão publicado no DJE de 26/09/2014.⁶

Deixando de lado outras controvérsias interpretativas, diante da clara inconstitucionalidade por arrastamento decretada pelo STF, e tratando-se de julgamento em ADI, coube aos demais juízes e tribunais aplicar o entendimento, seguindo o sistema de precedentes já existente no ponto (art. 102, § 2º da CF).

Ocorre que mais de um ano e três meses depois, o STF resolveu modular os efeitos da citada decisão. No que importa ao nosso estudo, disse que “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015”. A despeito de não mais falar do “arrastamento”, como se tratava de simples modulação, a inconstitucionalidade da nova redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 pareceria mantida, ao menos a partir dali.⁷

Todavia, no RE (Recurso Extraordinário) 870.947 o STF disse que nas ADIs 4.357 e 4.425 julgou inconstitucional a fixação dos juros moratórios apenas quanto aos débitos tributários estatais. Com relação à correção monetária, aduziu que a inconstitucionalidade declarada foi apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do precatório e o efetivo pagamento. Diante disso, manifestou-se por nova repercussão geral da matéria, por meio de decisão publicada em 27/04/2015 no DJE.⁸

5-Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900924> . Acesso no dia 30/06/2015.

6-Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3813700> . Acesso no dia 30/06/2015.

7-Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900924> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3813700>. Acesso no dia 30/06/2015.

8-Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> . Acesso no dia 30/06/2015.

Ora, se fosse realmente isso, o STF não teria feito a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento antes mencionada, *data venia*. Na verdade, o que nos parece é que realmente a Suprema Corte, pouco tempo depois, aproximadamente um ano e meio, arrependeu-se da sua anterior decisão, o que pode até ser correto a título de conclusão, não vem ao caso, mas que demonstra a instabilidade do sistema.⁹

Os tribunais precisam justificar adequadamente suas mudanças. É afrontoso à segurança jurídica a excessiva variação de orientações assumidas pelos precedentes, ainda que em espaço temporal diferido. A fixação da *ratio decidendi* precisa ser respeitada pelo próprio tribunal, evitando a superação do precedente de forma leviana ou incauta (MACÊDO, p. 432, 2015). É por isso que a nova legislação traça algumas exigências para a modificação do entendimento sedimentado,¹⁰ como se vê nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927, merecendo destaque o último, segundo o qual a modificação da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará, além de fundamentação adequada, os citados princípios da segurança jurídica e isonomia. Não nos parece que isso aconteceu no caso mencionado.

De outro lado, a jurisprudência brasileira tampouco vem seguindo os ditames mínimos de coerência. Não é possível que o mesmo tribunal venha a sustentar, ao mesmo tempo, posições distintas. Ainda que dividido em órgãos, é um só, e precisa atuar em conformidade com sua unidade, assumindo uma única posição acerca da mesma questão jurídica (MACÊDO, p. 432, 2015).

Para podermos mostrar um caso típico da citada incoerência, vejamos o pensamento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) no julgamento das causas que discutem a incidência ou não do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias dos professores, embora, face ao nosso curto objetivo, não tenhamos como aprofundar os fundamentos utilizados pelos Ministros em cada uma das respectivas decisões. E, para termos uma delimitação temporal da análise, fiquemos com as 05 (cinco) decisões divulgadas pela Egrégia Corte no período de 01 (um) ano, entre junho de 2014 e junho de 2015.

9-Edward H. Levi, tratando do sistema norte-americano, argumenta que em se tratando de legislação, um caso é considerado encerrado quando, ao se interpretar a lei, e se compararem os fatos, constata-se que a interpretação anterior o abrange, mesmo que ela tenha sido equivocada. Mas, e neste ponto discordamos, sustenta que o mesmo não acontece com a constituição, a qual permite que o tribunal seja incoerente, ainda que isso não invalide a importância do raciocínio por analogia na esfera da interpretação constitucional (LEVI, 2005, p. 11)

10- A modificação do precedente é chamada de *overruling* nos países do *common law*. Pode ocorrer quando uma corte superior constata que um precedente seu ou das cortes inferiores se formou erroneamente ou que se tornou inadequado em virtude de mudanças sociais, alteração no quadro fático-normativo, etc. Porém, continua, antes de realizar o *overruling*, a corte deve realizar juízo de ponderação, visando evitar instabilidade e surpresas injustas aos jurisdicionados. (ATAÍDE JR, 2012, p. 94-95)

A primeira delas, oriunda da 2ª Turma, publicada no DJE de 18/06/2014, disse o seguinte:

1. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação, por entender que, “apesar das peculiaridades e regras próprias na legislação, a aposentadoria de professor não é especial, no sentido de considerar as atividades que a ensejam como penosas, insalubres ou perigosas, uma vez que desde a Emenda Constitucional nº 18/81 o labor como professor passou a ser considerado como de tempo comum, ensejando apenas aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que com redução no número mínimo de anos exigido, sendo-lhe aplicável, portanto, o fator previdenciário, a teor do art. 29, I da Lei 8.213/91” (fls. 100-101, destaquei).

2. Como se verifica, a conclusão impugnada encontra-se efetivamente amparada, de forma autônoma, por razões de ordem constitucional, o que impõe a aplicação da Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”¹¹

O fundamento utilizado pela 2ª Turma, como se vê, apesar das peculiaridades processuais do caso, baseadas nos fundamentos do acórdão recorrido, não deixa de concordar que se trata de matéria constitucional a discussão sobre a aposentadoria de professor ser ou não especial para fins de incidência do fator previdenciário. E, não admitido o recurso, manteve-se o pronunciamento inferior, fazendo incidir o mencionado fator.

A segunda delas foi tomada pela 5ª Turma, publicada no DJE de 15/10/2014. Naquela ocasião, ao contrário do que dito no julgamento anterior da 2ª Turma, o STJ afirmou que “não incide o fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria do professor”.¹² No mesmo sentido desta, foi a decisão superveniente, e da 2ª Turma, publicada no DJE de 16/04/2015.¹³

11- Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FATOR+PREVIDENCIARIO+E+PROFESSOR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso no dia 30/06/2015.

12- Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FATOR+PREVIDENCIARIO+E+PROFESSOR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso no dia 30/06/2015.

13- Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FATOR+PREVIDENCIARIO+E+PROFESSOR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso no dia 30/06/2015.

Na quarta decisão, publicada no DJE de 07/05/2015, a 2ª Turma do STJ voltou, com outras palavras, a se pegar no mesmo fundamento da primeira decisão aqui considerada, dizendo que “a questão do recurso especial, relativa ao cabimento da incidência do fator previdenciário à aposentadoria por tempo de contribuição concedida ao professor, foi enfrentada pelo Tribunal a quo sob o enfoque exclusivamente constitucional”.¹⁴

Por fim, a 2ª Turma, por meio de novo julgado publicado no DJE de 16/06/2015, agora tomou decisão diferente das duas orientações anteriores. Disse expressamente que “incide o fator previdenciário no cálculo do salário de benefício da aposentadoria por tempo de serviço de professor quando a segurada não tiver tempo suficiente para a concessão do benefício anteriormente à edição da Lei 9.876, de 1999”.¹⁵

Apesar de certamente se argumentar que peculiaridades processuais justificam, ao menos, os dois entendimentos divergentes apresentados nos 4 (quatro) primeiros julgados, como fica a questão da segurança jurídica? E a isonomia? Não são esses os fundamentos que os idealizadores do NCPD usam como justificativa para um sistema de precedentes? Será que a simples mudança legislativa será suficiente para que os juízes de instâncias superiores fundamentem mais as decisões, explicando os motivos que os levaram a mudar de posição?

Para piorar a situação, o STF já disse que desde 1981 a aposentadoria do professor passou à espécie de benefício por tempo de contribuição, com requisito etário reduzido, não se caracterizando mais como aposentadoria especial. Seria, portanto, o mesmo fundamento do julgado recorrido no primeiro caso do STJ citado, e que não foi por ele modificado. Em outras palavras, não sendo aposentadoria especial, incide o fator previdenciário. Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MAGISTÉRIO. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. SERVIÇO PRESTADO ANTES DA EC 18/81. POSSIBILIDADE. 1. No regime anterior à Emenda Constitucional 18/81, a atividade de professor era considerada como especial

14- Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FATOR+PREVIDENCIARIO+E+PROFESSOR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso no dia 30/06/2015.

15- Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FATOR+PREVIDENCIARIO+E+PROFESSOR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso no dia 30/06/2015.

(Decreto 53.831/64, Anexo, Item 2.1.4). Foi a partir dessa Emenda que a aposentadoria do professor passou a ser espécie de benefício por tempo de contribuição, com o requisito etário reduzido, e não mais uma aposentadoria especial. 2. Agravo regimental a que se dá parcial provimento.¹⁶

Diante de tantas fragilidades, não conseguimos ver a jurisprudência brasileira como íntegra, o que também passa a ser exigido pela novel normatização. Apesar disso, o NCPD estabelece a obrigatoriedade de os juízes seguirem os precedentes dos tribunais, estabelecendo o seguinte:

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.

É a adoção do *stare decisis* do sistema anglo-saxão. Em tese, não há dúvida que possui muito valor para os princípios da segurança jurídica e isonomia. Seria uma única decisão para todos aqueles que estão na mesma situação. As contradições jurisprudenciais citadas, porém, demonstram que tais princípios já poderiam ser garantidos, ao menos em menor extensão, caso não existissem tantas incoerências. A dúvida, então, é: a mudança legislativa, externando expressamente que a isonomia e segurança devem ser preservadas, será capaz de mudar o fundamento e resultado de julgamentos dos nossos tribunais superiores? A resposta, considerando a estrutura do nosso sistema recursal, parece-nos evidentemente negativa. É isso que pretendemos mostrar a seguir.

16- Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4387390>. Acesso no dia 30/06/2015.

III. A ESTRUTURA RECURSAL NO BRASIL E NOS EUA:

No Título IV, Capítulo III, a Constituição Brasileira disciplina de forma detalhada várias normas a respeito do Poder Judiciário. São 34 (trinta e quatro) artigos, com seus muitos parágrafos, incisos e alíneas, regulamentando a matéria, mais do que toda a Constituição dos EUA, a qual, por sua vez, trata do Judiciário apenas no seu art. III, com suas 3 (três) seções.¹⁷

Com tanta previsão constitucional, a estrutura recursal brasileira ficou mais engessada. A Carta Magna de 1988 traz uma detalhada disciplina relativa à competência recursal não apenas de diversos Tribunais Superiores, como também dos próprios tribunais de 2º grau. O engessamento constitucional torna mais difícil a alteração, embora seja praticamente inexistente a preocupação sobre a questão no mundo jurídico.

Só no âmbito da Justiça Comum (Federal e Estadual), iniciada a demanda, em regra, nos juízes de 1ª instância, passa-se aos tribunais, órgãos de 2º grau, seguindo depois ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Este, guardião, a grosso modo, de tudo que ofender uma Constituição analítica, de mais de 300 (trezentos) artigos, considerando também os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 102, *caput* e inciso III, “a”). E com suas várias normas fluidas e genéricas, abrangendo praticamente tudo o que se deseje. Aquele, o STJ, guardião de tudo que ofender uma lei federal (art. 105, III, “a”), imaginem, ainda que tal afronta nunca tenha sido declarada por nenhum órgão jurisdicional inferior em todo o país.

A situação se agrava bastante, por incrível que possa parecer, nos Juizados Especiais Federais (JEFs), que deveriam aplicar um procedimento sumariíssimo (art. 98, I da CF), portanto com estrutura recursal mais limitada. Além do julgamento colegiado de recursos pelas Turmas Recursais, a Lei 10.259/01 assegurou a interposição de Pedido de Uniformização a uma Turma Regional (art. 14, § 1º), de outro perante uma Turma Nacional (art. 14, § 2º), havendo ainda a possibilidade de interposição de mais um “recurso” ao STJ (art. 14, § 4º), sem falar na previsão constitucional do Recurso Extraordinário ao STF. Ou seja, são 6 (seis) graus de jurisdição pelo qual as partes poderão passar, todos eles, às vezes, decidindo sobre a mesma matéria, e isso para o julgamento das causas de menor complexidade.

Para vermos o problema que isso gera, contrariando os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da própria celeridade, postulados básicos

17- Disponível em <http://constitutionus.com/>. Acesso no dia 30/06/2015.

do regime de precedentes, tomemos o exemplo do julgamento dos casos de “desaposentação”, aqueles nos quais as partes que se aposentaram proporcionalmente continuam trabalhando, pedindo para se desconsiderar o benefício anterior, contando o tempo superveniente para fins da concessão de um novo benefício previdenciário mais vantajoso.

Em um primeiro momento a Turma Nacional de Uniformização (TNU) entendeu que “a desaposentação, isto é, a desvinculação voluntária de aposentadoria já concedida e usufruída, somente é possível mediante a devolução dos proventos já recebidos”.¹⁸ Entretanto, alguns anos depois, mais propriamente em 2013, o STJ, no julgamento do REsp (Recurso Especial) 1.334.488, sob o regime dos recursos repetitivos, entendeu de forma diversa, dizendo que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução de valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”.¹⁹ Ou seja, enquanto a TNU passou anos dizendo que a desaposentação só seria possível com a devolução dos valores, posteriormente o STJ decidiu que tal devolução não era necessária. Pior que desde 18/11/2011 outro tribunal, o STF, no RE (Recurso Extraordinário) 661.256, reconheceu a repercussão geral do tema. E para agravar ainda mais o risco de quebra da segurança jurídica e isonomia, já estando quebrada a celeridade, o julgamento iniciado na Suprema Corte caminha para contrariar a tese do segurado. Enquanto o Ministro relator deu parcial provimento ao recurso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), os dois votos seguintes dão provimento total, afastando a própria admissão da desaposentação. Atualmente o caso encontra-se com pedido de vista.²⁰

Nos EUA, ao contrário do que acontece no Brasil, a Justiça Federal é estruturada de modo bem mais simples, sendo composta pelos juízes federais de 1ª instância, por treze Cortes de Apelação Regionais, equivalentes aos nossos Tribunais Regionais Federais (TRFs) e, em instância superior, pela Suprema Corte Federal (REAVES, 2013). Se formos considerar a possibilidade de recursos para as partes, podemos falar em três instâncias, sem a existência de órgão como o STJ ou, no caso da nossa Justiça Especializada, sem órgãos

18-Disponível em <https://www2.jf.jus.br/juris/tnu/Resposta>. Acesso no dia 30/06/2015.

19-Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186178&num_registro=201201463871&data=20130514&formato=PDF. Acesso no dia 30/06/2015.

20-Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=661256&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso no dia 30/06/2015.

como o Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, I), o Tribunal Superior Eleitoral (art. 118, I da CF) e o Superior Tribunal Militar (art. 123 da CF).

No Brasil, todavia, segundo relatório do “Justiça em números”, os Tribunais Superiores, ausentes nos EUA, juntos somaram 531.333 (quinhentos e trinta e um mil, trezentos e trinta e três) casos pendentes no final de 2012. A média de julgamentos por Ministro é de 13.697 (treze mil seiscentos e noventa e sete),²¹ o que corresponde à confecção de mais de 68 (sessenta e oito) decisões por dia, desconsiderando o período do recesso forense, feriados, bem como eventuais licenças e viagens necessárias. E sem falar nos inúmeros despachos e decisões interlocutórias que eles têm que proferir, assim como nas mais variadas atribuições administrativas. Número desumano para se trabalhar, por mais inteligentes, competentes e comprometidos que sejam Suas Excelências.

Por outro lado, a força do federalismo norte-americano torna bastante complexo o estudo do sistema judicial dos seus Estados, eis que ele é variável de um para outro. A Geórgia, por exemplo, apresenta dois níveis de 1ª instância e outros dois de 2ª instância (REAVES, 2013), embora os casos não possam passar pelos quatro níveis sucessivamente. Mas, se podemos traçar uma visão geral dos sistemas estaduais, eles seriam formados pela 1ª instância, por Tribunais Intermediários nem sempre existentes e por uma Suprema Corte Estadual (OLIVEIRA, 2014), variando, pois, entre dois e três níveis de jurisdição.

De qualquer forma, existe o entendimento de que apenas o segundo grau de jurisdição é direito da parte, enquanto o terceiro só se realiza no interesse da Administração da Justiça. Isto é, a parte tem direito de apelar da decisão de primeiro grau, mas sem que tenha idêntico direito de recurso para a Suprema Corte (dos Estados ou Federação). Com esse filtro, as Cortes Supremas somente analisam o que for pertinente (MORAES, 2014).

Daí já se começa a perceber que a nova exigência legal de segurança jurídica, isonomia e celeridade, calcada no inovador sistema de precedentes da Lei 13.105/2015, não tem como funcionar. As bases estruturais do Poder Judiciário são bastante diferentes nos Brasil e nos EUA. É impossível que, com tanto trabalho, com tanta competência recursal, os Tribunais Superiores consigam manter um mínimo de coerência, a permitir que o próprio fundamento das suas decisões seja seguido pelos magistrados do país inteiro.

21-Disponível em <http://www.cnj.jus.br/BOE/OpenDocument/1308221209/OpenDocument/opendoc/openDocument.jsp>. Acesso no dia 13/01/2004

IV. A SUPREMA CORTE NO BRASIL E NOS EUA:

É verdade que nos EUA um recurso interposto contra decisão de uma Suprema Corte Estadual até pode chegar à Suprema Corte Federal. Aí seria mais uma instância para o sistema dos Estados. Um recurso também pode ser interposto contra decisão de um Tribunal Federal, como dito anteriormente. Todavia, e isso é incrível, o conhecimento de um recurso pela mais alta Corte de Justiça Federal, naquele país, é uma atitude meramente discricionária, sendo da conveniência de cada Ministro dizer ou não se as matérias têm relevância suficiente para tomar o tempo de tão importante instância judiciária (BECK, 2013). Eles selecionam as causas que julgarão em cada ano judiciário, de modo que não restam processos para serem julgados de um ano para o outro (MORAES, 2014). É por isso que são interpostos aproximadamente 10.000 (dez mil) recursos por ano naquele Tribunal, sendo conhecidos menos de 80 (oitenta), quantia inferior a 1% (WELLS, 2013).

Enquanto isso, nosso STF proferiu, em 2013, 14.107 (catorze mil cento e dezessete) decisões colegiadas, ou seja, submetidas a sessões de julgamento formais.²² Em média, são mais de 58 (cinquenta e oito) julgamentos colegiados por dia, com as mais diversas e complexas questões jurídicas. E foram mais 56.609 (cinquenta e seis mil, seiscentas e nove) decisões monocráticas, excluídas as da Presidência.²³ Isso para um número de 11 Ministros. Será que tantas decisões proferidas por tão poucos Ministros não tiveram, na sua maioria, grande dose de discricionariedade não declarada?

Toda essa avalanche recursal, acrescente-se, nem inclui a inadmissibilidade de recurso por “temas”. Explico: no STF inúmeras matérias possuem temas. Por exemplo, o tema 701 referente ao seguro desemprego a trabalhador rural; o tema 719 relativo à revisão geral anual dos servidores, etc. Chegando casos como estes, o servidor, ao receber o recurso, simplesmente coloca um carimbo dizendo tratar-se de certo tema, devolvendo os autos ao órgão de origem.

Ao contrário do Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte Federal dos EUA sabe perfeitamente que seu trabalho não é corrigir eventuais erros das outras instâncias. O simples erro não justifica o conhecimento de um recurso extraordinário, em sentido lato, salvo se os interesses gerais da nação forem muito altos. O art. 10 do seu Regimento Interno estabelece uma presunção de negativa de conhecimento aos recursos (BECK, 2013). E é por isso que eles

22- Acesso no dia 13/01/2014, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoescolegiadas>

23- Acesso no dia 13/01/2014, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decmonocraticas>

conseguiram um tempo médio de tramitação, em 2012, de apenas 141 dias, e analisando cada caso detalhadamente.

Não há o incentivo para o recurso, até por não haver nenhum tipo de elemento que demonstre que os membros das instâncias superiores sejam melhores, mais preparados ou mais conhecedores que os juízes de 1ª instância (DODGE, 2013). Claro, alguém tem que decidir por último e é nisso que se legitima verdadeiramente a atuação dos tribunais. Mas, de fato, nada assegura que sua decisão será a correta. Nas ciências, certezas absolutas já não são consideradas um atributo (FREITAS, 2006, p. 188-230). Chegou ao fim a metafísica das entidades que se propõem como um saber total da realidade, um saber fundamental, fundante e autofundado. Todo projeto de um saber absoluto está irremediavelmente comprometido. (DOMINGUES, 1991, p. 379). Toda explicação só surge em função de um determinado contexto, contexto que deve ser considerado na hora de avaliar a conclusão. Isso justificaria como um mesmo evento merece explicações alternativas, de acordo com os fatores considerados relevantes, podendo resultar várias delas adequadas ao mesmo tempo (BOSSIO, 2007, p. 140-155). E é certamente isso que justifica as diferentes conclusões dos diversos órgãos do Judiciário, em qualquer lugar do mundo.

Boa parte do trabalho da Suprema Corte Federal dos EUA é somente dar uniformidade e segurança ao sistema. Por isso, a maioria dos casos de conhecimento de recursos envolve conflito de decisões entre Supremas Cortes Estaduais ou entre Cortes de Apelação Federais (BECK, 2013). Ainda assim, mesmo com muito mais tempo para se dedicar a um trabalho bem feito, que possa ser seguido por todo o Judiciário Nacional, até o sistema norte-americano de precedentes apresenta alguns problemas de falta de segurança jurídica e isonomia.²⁴ Lá, porém, diferentemente do que acontece aqui, os equívocos são apenas aqueles inerentes à imperfeição humana. Mas, ao menos, as chances de decisão coerente são muito maiores. Por cá, da forma como estruturado nosso modelo recursal, permitimo-nos antecipar: o sistema de precedentes não alcançará os objetivos traçados pelo legislador.

V. CONCLUSÕES:

Não fosse a necessidade de finalizar nossa breve exposição, poderíamos aprofundar o estudo dos casos mencionados ao longo do trabalho, como

24- No capítulo II, entre as páginas 13 e 44, Edward Levi aponta algumas incoerências em relação aos fundamentos de alguns precedentes no sistema norte-americano (LEVI, 2005, p. 13/44)

também trazer vários outros, confirmadores da incoerência, falta de segurança, de isonomia e de celeridade no Judiciário brasileiro. Poderíamos abordar a mudança de entendimento do STF quanto ao requisito “miserabilidade” nos benefícios assistenciais de prestação continuada; a utilização de fundamentos diversos, com resultados contrários, no julgamento do imposto de renda sobre contribuição previdenciária e sobre terço de férias; a modificação da posição do STJ quanto à decadência de revisão de benefício previdenciário, à luz do posterior entendimento diverso do STF; idem quanto à prescrição em repetição de indébito tributário; as alterações de posição da TNU para acompanhar o STJ quanto a assuntos como condição de dependente do menor sob guarda, incidência de imposto de renda sobre juros de mora, ausência de presunção de interesse da administração na remoção a pedido de servidor, para fins de concessão de ajuda de custo, variação da quantidade de ruído para considerar o tempo de trabalho especial, etc.

Toda essa excessiva previsão normativa recursal decorre da nossa própria cultura jurídica. É a cultura do recurso. Como se o vencido fosse se conformar com uma decisão contrária simplesmente por ter ela sido proferida por um Tribunal Superior. É evidente o atual desprestígio da 1ª instância do Poder Judiciário, cuja função estaria cada vez mais se resumindo à coleta de provas e à apresentação de simples opinativo sobre a matéria de direito (KOEHLER, 2013, p. 218).

De forma diametralmente oposta, o que impera no sistema *yankee* é o pragmatismo. Mesmo em um sistema judiciário complexo como o do Estado da Geórgia, a Suprema Corte Estadual julga somente 350 processos por ano, com prazo de seis meses para isso (HANSEN, 2013). Questões de fato geralmente não são objeto de apelação, porque o sistema confia nos seus juízes. De outro lado, na Justiça Federal norte-americana, quando o número de recursos começou a subir, os desembargadores começaram a ficar sem tempo e, por isso, simplesmente iniciaram um movimento de confirmação das decisões de 1ª instância, mais uma vez pela confiança nos seus magistrados. Para a reforma de uma decisão do órgão inferior passou a ser necessário um erro mais grave no julgamento correspondente (DODGE, 2013).

Para que o novo sistema de precedentes chegue perto de alcançar os fins traçados pelo NCPC, é imprescindível uma urgente mudança estrutural do Poder Judiciário brasileiro, com reflexos principais nas possibilidades recursais. Para que isso ocorra, porém, há necessidade de mudança total da nossa mentalidade. Um conhecimento superficial do modelo norte-americano evidencia que a sua objetividade gera muito mais eficiência, com resultados bem mais úteis à população do que a nossa utópica solução correta de todos os

problemas do mundo. Não adianta achar que muitos recursos levarão à maior justiça.²⁵ Eles apenas conduzirão a uma nova oportunidade de manifestação do inconformismo com a derrota, inerente a todo ser humano.

É por causa do pensamento diferente, obviamente acompanhado da sua limitada estrutura recursal, que o sistema de precedentes consegue funcionar, dentro daquilo que é humanamente possível, nos Estados Unidos. No Brasil, ao oposto, a manutenção do atual sistema recursal conduzirá à manutenção das inúmeras incoerências, com prejuízo à segurança jurídica, isonomia e celeridade.

BIBLIOGRAFIA

ATAÍDE JÚNIOR. Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012;

BECK, Randy. **Decision-Making at the U.S. Supreme Court**, a Judicial Law Clerk's View of the Process for Deciding Cases on Review by Writ of Certiorari. Athens: Universidade da Geórgia/EUA, 06/12/2013. Palestra ministrada no Curso de Administração Judiciária, Administração Pública e Sistema Judiciário Americano;

BOBBIO. Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4ª edição, São Paulo: Edipro, 2008;

BOSSIO, Ricardo Chirinos. El problema de la explicación en la ciencia. Las explicaciones causales em Bas Van Fraasen. **In: Opción**, Maracaíbo, año 23, n. 53, p. 140-155, 2007;

DODGE, Jaime. **Procedure in Civil Cases**: Illustration and Discussion of Fundamental Concepts and Basic Principles, Perspective from the Federal Rules. Athens: Universidade da Geórgia/EUA, 09/12/2013. Palestra ministrada no Curso de Administração Judiciária, Administração Pública e Sistema Judiciário Americano;

DOMINGUES, Ivan. **O Grau Zero do Conhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 1991;

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. **In: Revista Brasileira de Ciências**

25- Em uma só hipótese poderíamos aceitar reconhecer como direito unicamente o que é justo: se a justiça fosse uma verdade evidente ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto (BOBBIO, 2008, p. 56)

Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 63, p. 188-230, 2006.

HANSEN, Jane. **Georgia Appellate Courts**. Atlanta: Suprema Corte da Geórgia, 04/12/2013. Palestra ministrada no Curso de Administração Judiciária, Administração Pública e Sistema Judiciário Americano;

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A Razoável Duração do Processo**. 2ª edição, Salvador: Jus Podium, 2013;

LEVI, Edward H. **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005;

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podium, 2015;

MORAES, Rosa Alexandre. Aspectos Destacados do Poder Judiciário Norte-Americano. *In*: Buscalegis.cj.ufsc.br, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21467-21468-1-PB.htm>. Acesso no dia 15/01/2014;

OLIVEIRA, Marcelo Carvalho Cavalcante de. Sistemas Judiciários Brasileiro e Norte-americanos: Breve análise comparativa. *In*: **Ibrajus**, disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=129>. Acesso em 14/01/2014,

REAVES, Rich. **Court Systems in the USA, as Illustrated by Georgia**. Athens: Universidade da Geórgia/EUA, 02/12/2013. Palestra ministrada no Curso de Administração Judiciária, Administração Pública e Sistema Judiciário Americano;

SELLERS, Mortimer N. S.. The Doctrine of Precedent in the United States of America. Disponível em <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=336017068111080116078069078112095112028053007053033039065094094064115105122012096112048110119035050040030028122079096086070069007021047086002004099100078112030108070028080102001018066094066085071065108107067117086118067094070084081030091009090013&EXT=pdf&TYPE=2>. Acesso no dia 30/06/2015;

WELLS, Michael. Federal Courts in the USA. Athens: Universidade da Geórgia/EUA, 11/12/2013. Palestra ministrada no Curso de Administração Judiciária, Administração Pública e Sistema Judiciário Americano.

DECISÃO RESCINDÍVEL E O NOVO CPC – ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS

José Henrique Mouta Araújo

Mestre (UFPA), Doutor (UFPA) e Pós-Doutor (Universidade de Lisboa)
Professor titular da UNAMA, do CESUPA e da Fametro
Procurador do Estado do Pará e Advogado

Resumo: O presente trabalho procura interpretar três situações específicas que foram atingidas pelo novo Código de Processo Civil em relação à ação rescisória, fazendo uma análise atual sobre o tema ligado ao conceito de decisão rescindível e o prazo para ajuizamento da ação desconstitutiva.

Abstract: This paper tries to interpret three specific situations that were hit by the new Code of Civil Procedure regarding the rescission action, making a current analysis of the topic related to the concept of subject to cancellation decision and the deadline for filing of desconstitutive action

Palavras-chave: Coisa julgada; desconstituição; prazo; mérito; precedentes do STF.

Key-words: Res judicata; deconstitution; time frame; merit; precedents of the Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo analisar aspectos ligados à ação rescisória e as mudanças a serem implementadas em decorrência do novo Código de Processo Civil (*chamado de NCPC*), que acabou encampando algumas tendências apresentadas pela doutrina e jurisprudência nacionais.

As mudanças advindas da nova legislação irão gerar muitas divergências interpretativas, ligadas a assuntos como: a- qual o objeto da rescindibilidade;

b- como ocorre a contagem do prazo para a rescisória; c- seu cabimento em caso de decisão que não atende precedente vinculante ou não se constitui *de mérito (em sentido estrito)*; c- a formação da coisa julgada em vários momentos processuais e, conseqüentemente, a possibilidade de várias rescisórias visando desconstituir decisões oriundas de um mesmo processo.

Deve-se registrar, nesta introdução, que já possuo textos e livros publicados¹ nos quais enfrento o tema ligado às interlocutórias de mérito e a polêmica sobre a existência de sentenças parciais, a partir das reformas ocorridas no CPC de 1973 e as advindas deste novo Código.

Com efeito, especialmente após as alterações ocorridas nos arts. 162, §1º, 267, 269 e 273, do CPC de 1973, parte da doutrina e jurisprudência passaram a admitir a existência de sentença parcial² (*decisão que, mesmo não encerrando a fase de conhecimento, se enquadra no art. 267 e 269 da legislação processual de 1973*), enquanto outra parte defende a permanência conceitual da chamada *decisão interlocutória de mérito*.

O tema é importante e reflete no NCPC, que consagra expressamente o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra as resoluções parciais de mérito (art. 1015, II).

Os pontos, ora apresentados, trazem muitas conseqüências, uma vez que a coisa julgada não ocorrerá em um só momento, o que reflete na fluência do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, na possibilidade de execução definitiva (cumprimento de sentença) em momentos diferenciados, e no próprio conceito de decisão rescindível.

Vamos aos argumentos.

II. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL, RECURSO E COISA JULGADA PARCIAL: REFLEXOS NA RESCISÓRIA

Neste primeiro momento, cumpre analisar a possibilidade de ser objeto de rescindibilidade os pronunciamentos parciais de mérito (*e não apenas as*

1-Sobre o tema ver, dentre outros, o livro, de minha autoria, intitulado *Coisa julgada progressiva & resolução parcial de mérito*. Curitiba, Juruá, 2007, o artigo *Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* Revista de Processo n. 116, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004 e o texto publicado na coletânea em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha (*decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias*). In *O projeto do Novo Código de Processo Civil – Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel – organizadores*, Salvador : Poduivm, 2011, pp. 219-230.

2-A tese da unicidade da sentença tem sido excepcionada pelo cabimento de sentenças parciais. Sobre o tema ver, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª edição, São Paulo : Malheiros, 2009, v. 3, p. 700 e REDONDO, Bruno Garcia. *Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares*. RePro n. 160, jun/2008, pp. 154-155.

sentenças de mérito, como prevê o art. 485, do CPC, de 1973).

As indagações a serem respondidas são as seguintes: qual o motivo para a alteração da expressão *sentença de mérito* (art. 485, do CPC, de 1973), para *decisão de mérito* (art. 966, do NCPC)? Será possível a rescisória visando desconstituir pronunciamento judicial que não seja tecnicamente *sentença*? O sistema admitirá, sem maiores polêmicas, a chamada rescisória contra *decisão parcial*? Como será feita a contagem do prazo bienal nos casos de *capítulos de mérito resolvidos em momentos diferentes*?

Vale destacar uma premissa: *o mais importante para um pronunciamento judicial é a verificação de seu conteúdo; e se terá ou não o grau cognitivo suficiente para a imunização*. Há, no sistema processual, várias situações jurídicas em que a decisão, apesar de não encerrar o processo ou uma de suas fases, possui cognição suficiente para a formação da coisa julgada.

Destarte, na hipótese de existência da parte incontroversa da demanda (art. 273, §6º, do CPC, de 1973 e 356, I, do NCPC), está-se diante de resolução parcial de mérito, deixando para apreciação posterior apenas os pedidos não resolvidos precocemente. Esta hipótese, aliás, provoca duas reflexões importantes: a) a possibilidade de resolução parcial de mérito (*verdadeiro julgamento antecipado parcial do mérito*)³ gerar imutabilidade (coisa julgada material); b) a previsão de coisa julgada em momentos diferenciados numa mesma relação jurídica processual; c) cabimento de rescisória contra esta decisão parcial que, tecnicamente, não é conceituada como sentença (*nos estritos limites conceituais do art. 203, §1º, do NCPC*)⁴.

Assim, como primeira conclusão a ser apresentada, neste ensaio, é possível perceber que o art. 966, do NCPC, ao consagrar o conceito de *decisão de mérito* como objeto da rescindibilidade, permite ao intérprete pugnar pelo cabimento da demanda desconstitutiva na hipótese em que o pronunciamento não é tecnicamente *sentença*, mas resolve parcialmente o mérito e se enquadra

3- No NCPC há capítulo específico sobre o julgamento antecipado parcial do mérito, cuja decisão estará sujeita ao recurso de agravo (art. 356, §5º).

4-Ao interpretar o art. 485, do CPC, de 1973, ensina Dinamarco: “é preciso ter a coragem de interpretar os dizeres do caput do art. 485, de modo a descobrir o que teria disposto o legislador se lhe houvesse passado pela mente a prolação de decisões interlocutórias portadoras de pronunciamento sobre o mérito da causa. Teria ele fechado categoricamente as portas para a ação rescisória dessas decisões? Teria pretendido permitir a rescisão de sentenças e impedir a de decisões interlocutórias, só porque interlocutórias? Só pela lógica do absurdo chegar-se-ia a essa conclusão, porque aberraria do sentimento comum a rescindibilidade das sentenças de mérito, em oposição à irrescindibilidade de outra decisão, também de mérito, só por não ser formalmente caracterizada como sentença. É do espírito da ação rescisória o afastamento da eficácia dos pronunciamentos jurisdicionais de mérito, portadores dos vícios elencados no art. 485 do Código de Processo Civil”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo, Ed. Malheiros, 2003, cap. XII, p. 286.

em um de seus incisos. O STJ, em julgado de 2009, também entendeu que o termo *sentença*, contido no art. 485, do CPC, de 1973, deve ser visto com certa cautela:

“Processual civil. Ação rescisória. Acórdão proferido em agravo de instrumento. Juízo sobre a relação de direito material. Rescindibilidade. 1. “Sentença de mérito” a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda. 2. Está sujeito a ação rescisória, portanto, o acórdão que indefere pedido de redirecionamento da execução fiscal contra sócio por entender inexistente a sua responsabilidade tributária. 3. Recurso especial provido” (REsp 784799 / PR – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – 1ª T – J. em 17/12/2009 – Dje de DJe 02/02/2010).

Aliás, os pontos ora apresentados trazem importantes consequências, uma vez que a coisa julgada⁵ não ocorrerá apenas em um só momento,⁶ o que reflete na fluência do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória⁷ e na possibilidade de execução definitiva (*cumprimento da decisão interlocutória*) em momentos diferenciados⁸. Além disso, como já mencionado, o recurso

5-Mitidiero assim se manifesta acerca do reconhecimento parcial do pedido e a cisão do julgamento da causa: “o reconhecimento a que alude o Código no art. 269, II, é o reconhecimento total. O reconhecimento parcial não dá ensejo à extinção do processo, embora possa dar lugar à cisão da decisão de mérito da causa, por obra do art. 273, § 6º, do CPC”. MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. II. p. 555.

6-Sobre o tema formação progressiva da coisa julgada (formazione progressiva del giudicato) vide: CARNE-LUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958. p. 272 et seq. Aliás, mencionando a transcrição feita Marinoni, é possível assim destacar as lições do mestre italiano sobre a coisa julgada parcial: “A figura da coisa julgada parcial corresponde não apenas à figura do processo parcial, mas pode haver coisa julgada parcial também quando o processo é integral e a solução das várias questões vem através de decisões sucessivas e algumas delas passam em julgado antes das outras; nesta hipótese se pode falar de uma ‘formação progressiva da coisa julgada’. Portanto, a coisa julgada é um fato de duas dimensões: uma delas é a lide, enquanto a outra é a questão; a decisão de uma questão encontra o seu limite na lide; a decisão de uma lide encontra seu limite na questão. A coisa julgada integral e total é aquela que resolve todas as questões que se colocam em relação a uma lide; a coisa julgada parcial resolve somente algumas das questões da lide”. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 147-8.

7- Em seguida será analisada a interpretação do art. 975 do NCPC, que consagra, parcialmente, o entendimento previsto no Enunciado da Súmula 401 do STJ.

8- O art. 356, §§2º e 3º, do NCPC, deixa claro que nos casos de julgamento antecipado parcial (resolução parcial do mérito), poderá ocorrer a execução definitiva ou provisória, dependendo da ocorrência ou não do trânsito em julgado da decisão.

contra esta decisão parcial de mérito será, expressamente, o agravo de instrumento e não apelação ou apelação por instrumento⁹.

E não é só.

O novo sistema processual admite expressamente a possibilidade de rescindibilidade de partes de uma única decisão, nos termos do disposto no art. 966, §3º, do NCPC.

Este dispositivo deve ser analisado, a meu ver, especialmente nos casos de interposição de recursos parciais (*impugnação de partes de uma única decisão*). Assim, os capítulos não impugnados de um pronunciamento judicial podem, desde já e dependendo do caso concreto, ensejar execução definitiva, mesmo inexistindo efetivamente o trânsito em julgado *total* do *decisum*.¹⁰⁻¹¹

Neste contexto, o NCPC provoca novas indagações ligadas à forma de contagem do prazo decadencial nos casos de *juízo antecipado parcial e recursos parciais contra o mesmo pronunciamento judicial*. No tema, analisando o problema à luz do CPC de 1973, Nelson Nery Júnior faz indagação semelhante, partindo em seguida para a correta resposta:

“Seria, entretanto, rescindível essa decisão interlocutória de mérito? A resposta afirmativa se impõe. Conforme já dissemos, para o cabimento da ação rescisória é relevante *amatéria* decidida. É consequência lógica da admissão da possibilidade de questão de mérito vir a ser resolvida por decisão interlocutória o fato de que, precisamente por ser de mérito, seja passível de ataque pela via da ação rescisória.¹²

Realmente, é necessário rever alguns conceitos tidos como intangíveis no sistema. A coisa julgada não ocorre apenas e tão-somente na sentença

9-O Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao interpretar a redação do projeto do NCPC aprovada pela Câmara Federal, estabelece que: “(art. 1028, II; art. 203, § 2º; art. 361, parágrafo único; art. 363, § 4º) A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 497, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória; redação revista no III FPPC-Rio)”.

10-No mesmo sentido, observa Nery Júnior que: “entendemos ser possível a execução definitiva da parte da sentença já transitada em julgado, em se tratando de recurso parcial, desde que observadas certas condições: a) cindibilidade dos capítulos da decisão; b) autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto de impugnação; c) existência de litisconsórcio não unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, quando se tratar de recurso interposto por apenas um deles”. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 454.

11- O Enunciado 100 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (versão da Câmara do projeto do NCPC) consagra que: “(art. 1.024, § 1º, parte final) Não é dado ao tribunal conhecer de matérias vinculadas ao pedido transitado em julgado pela ausência de impugnação. (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)”.

12- NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 130.

de mérito, mas sempre que existir *pronunciamento de mérito com cognição suficiente para a imunização*.

A segurança jurídica prestigia claro sistema de imutabilidade à decisão de mérito no momento em que não houver interposição de recurso impugnando o capítulo específico.¹³

Óbvio que, na prática forense, poderá até ocorrer certa incongruência entre julgados oriundos da mesma relação processual e imunizados em momentos diferentes. Contudo, tal aspecto não pode ser levado em consideração para se desconsiderar a possibilidade do fenômeno da coisa julgada parcial e progressiva. Como bem observa Leonardo José Carneiro da Cunha:

Se o recurso for parcial, a análise do tribunal restringe-se a essa parte, não devendo incursionar na outra parte, não atacada pelo recurso.

(...)

Ora, se é certo que a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte (CPC, art. 515), é curial que a parte não atacada terá transitado em julgado, operando-se a coisa julgada material. Desse modo, caso o tribunal desfaça toda a sentença, tendo o recurso sido parcial, exsurgirá ofensa à coisa julgada.¹⁴

A dificuldade não pode ser desconsiderada. O correto não é a expedição apenas de uma certidão de trânsito em julgado quando, por exemplo, pretende o interessado ajuizar ação rescisória, mas várias certidões dependendo de quantos capítulos forem imunizados no decorrer da relação processual.

A questão passa, também, pela interpretação o efeito substitutivo do recurso previsto no art. 512 do CPC de 1973 e art. 1008, do NCPC. A expressão

13-Em decorrência do efeito devolutivo da apelação, é possível ratificar a ocorrência de coisa julgada em relação aos capítulos não impugnados no recurso. Ovídio Baptista da Silva observa que: "Mas os limites do efeito devolutivo na apelação ainda podem ser reduzidos pelo próprio apelante nos casos em que ele, podendo pedir a reforma integral da sentença, em toda a extensão da sucumbência, decida recorrer apenas de uma porção dela, conformando-se quanto ao mais com sua derrota. Teremos, neste caso, um recurso parcial, em que a matéria impugnada pelo recorrente não alcança todos os capítulos da sentença. E, naturalmente, segundo o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, aquilo que o recurso devolve à instância superior será apenas o conhecimento da matéria impugnada pelo recorrente. A este respeito, diz o art. 515 do CPC: 'A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada'. E apenas da matéria impugnada, ficando vedado ao tribunal o exame das outras questões não compreendidas na apelação, sobre as quais o silêncio das partes fez com que se consumasse a coisa julgada". BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de processo civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 429.

14- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial (REsp 415.586-DF-STJ). Revista de Processo. n. 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 219-20.

no que tiver sido objeto de recurso indica que, em caso de recurso parcial, a devolutividade do apelo e a substitutividade do acórdão também será parcial.

A jurisprudência pátria, formada ainda com base no CPC de 1973, se comporta de forma divergente no que respeita à formação progressiva da coisa julgada nos casos envolvendo recurso parcial. Inicialmente, o STJ tinha decisões favoráveis à formação progressiva da imunização máxima¹⁵.

Contudo, em outros julgados¹⁶ e no Enunciado 401 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, o Tribunal consagra que o prazo para a ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado da última decisão no processo. Ademais, é dever do autor fiscalizar se a certidão que atesta o trânsito em julgado está correta ou não¹⁷.

Por outro lado, o STF, no julgamento do RE 666589/DF (rel. Min. Marco Aurélio – DJ de 02.06.2014) entendeu que o prazo decadencial da ação rescisória, nos casos da existência de capítulos autônomos, deve ser contado do trânsito em julgado de cada decisão. Esta é a ementa do julgado:

“Coisa julgada – Envergadura. A coisa julgada possui envergadura constitucional. Coisa julgada – Pronunciamento judicial – Capítulos autônomos. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória”.

Como já mencionado, este tema (*momento da coisa julgada*) é polêmico também em sede jurisprudencial e está merecendo enfrentamento específico no NCPC. É razoável fazer a seguinte interpretação: nestas duas situações

15-No tema, ver os seguintes julgados: REsp. 201.668-PR, 5 T., Rel. Min. Edson Vidigal, unânime, DJ de 28.06.1999, p. 143; REsp 212.286-RS, 6 T, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, DJ de 29.10.2001, p. 276; REsp278614/RS, 5 T, Rel. Min. Ministro JORGE Scartezzini – J. de 04/09/2001 – DJ de 08.10.2001 p. 240.

16-Como os AR 846, ED AR 1.275, ERESP 404.777.

17-Vale citar o seguinte precedente: “Ação rescisória. Decadência. A teor da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a decadência da ação rescisória se comprova pelo trânsito em julgado da última decisão proferida no processo de conhecimento, aferido pelo transcurso do prazo recursal e não pela certidão de trânsito em julgado que, ademais, não aponta o trânsito naquela data, mas apenas certifica que a decisão transitou em julgado” (AgRg na AR 2.946,RJ, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.03.2010; AgRg na AR 4.666, CE, relator o Ministro Herman Benjamin, DJe 23.02.2012). Espécie em que a decisão que se pretende rescindir foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 13 de outubro de 2011, tendo o prazo recursal começado a fluir no dia 14, encerrando-se no 28 de outubro de 2011. Sem a interposição de qualquer recurso, o acórdão impugnado transitou em julgado no dia 29 subsequente, e a presente ação rescisória só foi ajuizada em 30 de abril de 2014, a destempo, portanto. Agravo regimental desprovido” (AgRg na AR 5381 / RS – Rel. Min Ari Pargendler – 1ª Seção – J. em 11/06/2014 – DJ de DJe 01/07/2014).

(*decisões parciais e recursos com impugnação parcial*) há imutabilidade progressiva e parcial da decisão de mérito impugnada parcialmente.

Com o NCPC, deverá ser repensada a situação jurídica ligada ao recurso parcial, inclusive com o necessário reflexo na interpretação dos Tribunais Superiores. As indagações a serem enfrentadas pelos estudiosos são: qual o momento de formação da coisa julgada existindo recurso parcial e julgamento antecipado parcial? Quando começará a correr o prazo bienal nestes casos?

Como já mencionado, em que pese a previsão do atual CPC (art. 485) limitar-se apenas à sentença, é fato que a ação rescisória é cabível contra *decisão* (em sentido amplo) *de mérito* - seja efetivamente sentença, acórdão ou interlocutória – como expressamente consagrado no art.966 do NCPC. Esta observação serve para ratificar o aduzido em texto anterior em relação a algumas reflexões práticas¹⁸ como:

- “a) a necessidade de se demonstrar, mediante certidão, o trânsito em julgado da resolução (quaisquer das três – sentença, interlocutória ou mesmo acórdão) de mérito;
- b) a possibilidade de conciliar o instituto do cumprimento definitivo de um pedido apreciado prematuramente com outro sequer transitado em julgado;
- c) possibilidade de coexistir a execução (cumprimento) provisória e definitiva na mesma relação jurídica processual, etc.”

Logo, passa a ser necessária, a meu ver, uma revisitação do tema (*prazo para rescisória em caso de resolução parcial ou mesmo recurso parcial*), incluindo o posicionamento de alguns julgados que consagram a coisa julgada como fenômeno que ocorre apenas após o julgamento do último recurso. A rigor, aliás, deverão ser revisitados conceitos tradicionais como o de *coisa julgada*, *rescisória*, *trânsito em julgado*, *objeto da rescindibilidade* e *prazo decadencial para desconstituição do decisum*.

Há a necessidade de uma cuidadosa interpretação do NCPC em relação a esses assuntos, pois, de um lado, o legislador consagra a possibilidade de resolução parcial de mérito e rescisória contra partes de uma mesma decisão e, de outro, consigna que a ação rescisória se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (*art.975, do*

18- Ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias. In O projeto do Novo Código de Processo Civil – Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel (orgs), Salvador : Juspodivm, 2011, pp. 230.

NCPC - com pequena mudança terminológica em relação ao Enunciado 401 da Súmula da Jurisprudência Predominante do STJ¹⁹ – em contraposição ao julgado do STF no RE 666589/DF).

Um raciocínio razoável a ser desenvolvido é que o prazo apenas começará a fluir após a última decisão proferida no processo, o que não impedirá o ajuizamento imediato da rescisória em caso de coisa julgada advinda da resolução parcial de mérito e recurso parcial. *Assim, nada impedirá que o prejudicado ajuíze de imediato sua rescisória, em que pese seu prazo decadencial ainda não esteja fluindo.* A redação é apenas para prazo final e não inicial.

Há, portanto, pela leitura do art. 975, do NCPC, a fixação de uma *condição resolutiva legal* para indicação do início do prazo decadencial para a demanda desconstitutiva.

Partindo deste raciocínio, a coisa julgada poderá, em casos de julgamento antecipado parcial ou de recurso parcial, provocar a ação rescisória em prazo muito superior aos dois anos (*contado de cada capítulo de mérito não impugnado*), eis que a redação do art. 975 do NCPC indica como termo final o biênio contado do trânsito em julgado da última decisão no processo.

A questão será resolvida, na prática, pela análise do interesse processual para o manejo da rescisória. Ora, se o bem jurídico já tiver sido satisfeito em decisão parcial de mérito (art. 356, §3º do NCPC), não haverá interesse no manejo da demanda desconstitutiva muito tempo depois.

Como conclusão deste item, é razoável afirmar que haverá situação em que a coisa julgada ficará sujeita à rescisória sem fixação imediata de seu termo final, que irá depender de uma condição resolutiva (última decisão no processo) e do interesse processual do autor em, por exemplo, suspender e desconstituir uma decisão que antecipou parcialmente o mérito ou um dos capítulos de um pronunciamento de mérito.

III. RESCISÓRIA EM CASOS DE DECISÕES QUE NÃO SÃO DE MÉRITO, MAS IMPEDEM NOVA PROPOSITURA DA DEMANDA OU A ADMISSIBILIDADE RECURSAL

19-Enquanto no E. 401 da Súmula da Jurisprudência Predominante do STJ indica que o prazo se inicia a partir da última decisão no processo, o art. 972 passa a consagrar que o prazo encerra em dois anos, a contar da última decisão no processo. Neste último caso, portanto, não há o indicativo do início da fluência, mas apenas de seu encerramento, pelo que será possível ao intérprete deduzir que poderá ajuizar a rescisória mesmo antes da última decisão no processo, desde que parte do objeto já tenha transitado em julgado.

Além das questões ligadas aos conceitos de pronunciamentos judiciais de mérito rescindíveis, ganhou força nos últimos anos a discussão sobre o cabimento da ação desconstitutiva visando impugnar decisão que, mesmo não sendo de mérito²⁰, impede o reajuizamento da demanda ou mesmo o exame do mérito do recurso pendente. Os exemplos são muitos, como, as decisões monocráticas de relator em recurso, que impedem o julgamento do mérito do apelo, as decisões proferidas na fase de cumprimento de sentença e as chamadas *falsas sentenças terminativas*.

Seguem duas situações comuns da prática forense enfrentadas pelo STJ:

“Processo civil. Recurso especial. Ação rescisória. Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Acolhimento. Execução de título extrajudicial. Extinção. Acórdão ‘de mérito’. Coisa julgada material. Possibilidade de desconstituição via rescisória. Recurso provido. 1- Para a qualificação das decisões como meritórias e, portanto, suscetíveis de rescisão, a análise apenas da linguagem concretamente utilizada mostra-se insuficiente, sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro conteúdo do ato decisório. Deveras, não obstante conclua o órgão julgador pela extinção do processo sem exame de mérito, sob indicação expressa de uma das hipóteses do art. 267 do CPC, pode, de fato, ter incursionado no direito material, passando o *decisum* a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e legitimando o ajuizamento de Rescisória. Precedentes. 2 - Trata-se da hipótese dos autos, na medida em que, a uma, o aresto rescindendo, extintivo da Execução de Título Extrajudicial proposta pelo ente bancário, conquanto prolatado em sede de Exceção de Pré-executividade, bem poderia tê-lo sido em Embargos à Execução, pelo que de rígor a respectiva equiparação para fins de produção da coisa julgada material e sua rescindibilidade; ademais, o tema objeto de cognição, introduzido nos autos da Execução mediante Exceção de Pré-executividade, implicou a apreciação da própria relação de direito material, consubstanciando, sim, *decisum* meritório, susceptível, pois, de desconstituição via Ação Rescisória.

20- Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda há muito defende a rescindibilidade de decisão que não aprecia o mérito. Tratado da Ação Rescisória. Campinas, Bookseller, 2003, pp. 164, 176 e 206.

3 - Recurso Especial conhecido e provido, determinando-se o exame do mérito da Ação Rescisória pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (REspNº 666.637 - RN - 4ª Turma - Rel. Min Jorge Scartezzini - J. 09.05.2006 - DJE de 26.06.2006).

“Ação Rescisória ajuizada contra decisão monocrática que negou seguimento ao Recurso Especial do autor - Procedência - Violação a literal dispositivo de lei e erro de fato configurados - Início de prova material que demonstra atividade campesina a partir de 09/07/57 (data do pedido inicial) corroborada pelos depoimentos testemunhais - Precedentes - Aposentadoria por tempo de serviço concedida - Sucumbência fixada - Rescisória procedente. 1.- Para fins previdenciários bastam à comprovação da atividade rural o início de prova material corroborada por prova testemunhal. 2.- Erro de fato demonstrado ao não reconhecer a atividade campesina a partir de 09/07/57. 3.- Preenchido o requisito previsto pelo art. 52, da Lei 8.213/91, faz jus o autor à concessão da aposentadoria por tempo de serviço nos moldes do art. 53, II, do mesmo diploma legal. 4.- Ação rescisória julgada procedente” (AR 4089 / SP Rel Min. Moura Ribeiro, Rev. Min. Regina Helena Costa - 3ª Seção - J. 11/06/2014. DJE de 17/06/2014

Nestes dois casos (*decisão que gera a extinção da execução e pronunciamento monocrático que nega seguimento a recurso*), é cabível a demanda desconstitutiva, mesmo não sendo, em sentido estrito, *decisões de mérito*.

Ademais, também está sujeita à rescisória a hipótese de falsa carência de ação²¹, em que houve resolução do mérito, apesar da fundamentação judicial ter sido em sentido contrário²². *In casu*, mesmo sendo enquadrada

21- Vale citar, no tema, as lições de José Roberto dos Santos Bedaque, ao consagrar que o único modo de diferir a categoria das condições da ação do mérito da demanda é pela profundidade da cognição. Se, por exemplo, o juiz, após exame profundo do fato constitutivo afirmado na inicial, conclui pela ilegitimidade passiva do réu, na verdade, ele está julgando improcedente o pedido. “Essa visão do fenômeno ‘condições da ação’ amplia a possibilidade de o processo cognitivo terminar com sentença de mérito, afastando o grande número de falsas extinções por carência, que tantos problemas têm causado ao sistema” Efetividade do processo e técnica processual, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pág. 25.

22-“Para a aferição da rescindibilidade é irrelevante o eventual erro de qualificação cometido pelo órgão que decidiu. O que se tem de levar em conta é a verdadeira natureza da decisão. Assim, ‘v. g.’, embora não sejam de mérito (art. 267, nº VI), nem pois rescindíveis as sentenças de ‘carência de ação’, como a que indefere a inicial por ilegitimidade de parte, a situação muda de figura se o juiz, com impropriedade, dissera julgar o autor ‘carecedor de ação’, quando na realidade estava a declarar improcedente o pedido.

eventualmente a falta de legitimidade ou interesse processual como extinção sem resolução do mérito, na verdade essa falsa carência de ação configura pronunciamento definitivo, se aplicando a teoria da asserção²³ e, como consequência, está sujeita à rescisória²⁴.

Levando em conta estas situações apresentadas e outras práticas, o NCPC passa a admitir o cabimento de rescisória em decisões transitadas em julgado que, mesmo não sendo de mérito, impedem a repositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, §2º). Como mencionado, aqui estão incluídas as decisões monocráticas de relatores negativas de seguimento de recuso, algumas proferidas no cumprimento de sentença ou na execução extrajudicial e a falsa carência de ação.

Vale ressaltar que o NCPC, ao aprimorar a redação do art. 268 do CPC, de 1973, passa a deixar claro que, nos casos de extinção do processo por ilegitimidade ou falta de interesse, a nova demanda a ser proposta deve corrigir o vício anterior (art. 486, §1º, do NCPC). Seguindo este entendimento, portanto, se trata de decisão de mérito, eis que impede o rejuizamento da *mesma* demanda e está sujeita, desde que se enquadre em um dos dispositivos do art. 966, do NCPC, à ação rescisória.

IV. MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA (ART. 966, V, DO NCPC): É CABÍVEL RESCISÓRIA EM CASO DE NÃO ATENDIMENTO À PRECEDENTE DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?

O NCPC trouxe uma importante alteração, se comparado à redação do art. 485, V, do CPC, de 1973. A norma anterior indicava o cabimento da rescisória nos casos de *violação à literal disposição de lei*. Agora, a demanda desconstitutiva será cabível quando a decisão *violar manifestamente a norma jurídica* (art. 966, V, do NCPC).

Esta modificação provoca várias e sérias reflexões. Visando ao correto desenvolvimento do tema, vale partir da premissa de que, pelo Enunciado nº

Corretamente interpretada a sentença, evidencia-se o cabimento da ação rescisória, tal qual se evidenciaria, na hipótese inversa, o descabimento”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 112

23- Ver, no STJ, sobre a teoria da asserção: REsp 1.680/GO, 4ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.02.1990; REsp 2.185/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.05.1990; REsp 86.441/ES, 1ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 07.04.1997; REsp 103.584/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.08.2001.

24- Sobre a falsa carência de ação, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de segurança. 4ª edição. Salvador: juspodivm, 2014, pp. 58 e seguintes.

343²⁵ da Jurisprudência Predominante do STF, não será cabível a rescisória nos casos de divergência de interpretação da lei.

As perguntas a serem enfrentadas pelos intérpretes são: a) o que é *manifesta violação*? b) seria cabível nos casos de não atendimento ao precedente do STF? c) precedente obrigatório tem o mesmo caráter abstrato da *norma jurídica*? d) o que significa a alteração de *lei para norma jurídica*?

A rigor, as expressões *violação à lei* (CPC, de 1973) e *violação à norma jurídica* (NCPC) não significam a mesma coisa. Nesta segunda hipótese, há uma ampliação (*norma não é apenas a lei*) e uma restrição ao cabimento da rescisória. A expressão *manifestamente*, que consta no NCPC, poderá gerar um perigoso grau de subjetividade e dificuldade de interpretação em termos práticos.

Uma primeira conclusão a ser apresentada é a seguinte: violar a norma jurídica é expressão bem mais ampla do que apenas a disposição literal de lei, como consta na redação do art. 485, V, do CPC, de 1973.

Outrossim, cumpre enfrentar outra indagação exposta acima: o não atendimento a precedente do STF sujeita a decisão à ação rescisória?

Com a edição do Enunciado do STF citado, houve maior restrição ao cabimento da rescisória, especialmente nos casos de divergência de interpretação. Contudo, há certa flexibilização do rigorismo do mesmo, especialmente quando se tratar de interpretação unificada de Tribunal Superior.

Vale citar os seguintes julgados do STJ:

“Processo civil e tributário. Contribuição previdenciária sobre proventos de inatividade de servidor público estadual. Lei estadual nº 7.672/82, art. 42, “o”. Inconstitucionalidade. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Matéria constitucional. Afastamento da súmula 343/STF. Posicionamento recente da primeira seção do STJ. Fundamentos do acórdão recorrido. Possibilidade. Orientação da corte especial (RESp 476.665/SP). 1. O enunciado da Súmula 343 não é aplicável quando a questão verse sobre “texto” constitucional, hipótese em que cabível ação rescisória mesmo diante da existência de controvérsia

interpretativa nos Tribunais, em face da “supremacia” da Constituição, cuja interpretação “não pode ficar

25- “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

sujeita à perplexidade”, e da especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o “vício” da inconstitucionalidade das leis. (Precedente: ERESP 608122/RJ) “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” (Súmula 343 do STF).” (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial 896728/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 16/10/2008).

“Processual civil. Ação rescisória. Sentença rescindenda. Julgamento contrário a entendimento sumulado no STJ (Súmula n. 289). Dissídio jurisprudencial superado. Súmula n. 343/STF. Não incidência. Segurança jurídica. Uniformidade e previsibilidade da prestação jurisdicional. Necessidade. 1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada. 2. Porém, o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional. 3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte. 4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuaria injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade. 5. Assim, a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide

de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeira. 6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória” (REsp 1163267 / RS – 4ª Turma – Min. LuisFelipe Salomão – J. em 19/09/2013 – Dje de DJe 10/12/2013 -RSTJ vol. 233 p. 537).

“Processual civil. Previdência privada. Resgate de contribuições. Prescrição. Ação rescisória. Divergência de entendimentos. Não cabimento. 1. “Nos termos do Enunciado 343 da Súmula do STF, não é cabível ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei quando a matéria era controvertida nos Tribunais à época do julgamento. A jurisprudência, contudo, tanto do STF como do STJ evoluiu de modo a considerar que não se pode admitir que prevaleça um acórdão que adotou uma interpretação inconstitucional (STF) ou contrária à Lei, conforme interpretada por seu guardião constitucional (STJ). Assim, nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, a rescisória pode ser ajuizada.” (2ª Seção, AR 3.682/RN, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 19.10.2011)” 2. Recurso especial provido. (REsp 1.324.072 – 4ª Turma – RelMin. Maria Isabel Gallotti - j. em 04.09.2012 – Dje de 14.09.2012).

E o STF entendeu que:

“Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. Art. 485, V, do CPC. Finsocial. Empresa exclusivamente prestadora de serviços. Majorações de alíquota declaradas inconstitucionais no julgamento do RE 150.764. Acórdão rescindendo que afirmou o enquadramento da empresa como exclusivamente prestadora de serviços, mas extirpou as referidas majorações com base em precedente aplicável às empresas comerciais e industriais. Art. 56 do ADCT. Violação. 1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal. 2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida

discussão de matéria constitucional. 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada procedente”. (STF, Ação Rescisória 1409/SC, Pleno, 26/03/2009, Rel. Min. Ellen Gracie)

A questão é analisar quais as consequências em relação ao não atendimento a interpretação do STF sobre a constitucionalidade da norma que foi objeto da decisão rescindenda. Não se pode esquecer que um dos pilares do NCPC é o sistema de vinculação de precedentes²⁶, o que trará reflexos também em relação ao cabimento de rescisória.

Na verdade, o sistema processual atual e o NCPC caminham no mesmo sentido: *necessidade de ampliação do caráter vinculante das decisões dos Tribunais Superiores*. Nesse sentido, é dever informar que está ocorrendo verdadeira reinterpretção do caráter vinculante das decisões colegiadas desses Tribunais, especialmente em relação ao STF, no que respeita ao cabimento de ação rescisória.

Ora, é fato que a última palavra em relação à interpretação constitucional é do STF. Portanto, razoável é defender o cabimento de rescisória para discutir violação a interpretação constitucional do próprio Tribunal Excelso, o que também embasa o processo de sedimentação da eficácia vertical e *erga omnes* de seus precedentes, mesmo que não sumulados. Assim, as decisões do STF podem ter o mesmo grau de abstração e aplicabilidade *erga omnes* da própria lei ou da própria Constituição, ampliando-se a literalidade da previsão contida no art. 485, V do CPC, de 1973.

Não se pode esquecer, aliás, que a manutenção de interpretações divergentes pelos demais Órgãos do Judiciário cria instabilidade ao sistema

26- Consta, expressamente, no NCPC, o dever de seguir orientação colegiada, senão vejamos: “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”.

e viola a ordem jurídica e a isonomia, dificultando o acesso à justiça com a ampliação da litispendência. Portanto, o cabimento de rescisória em caso de interpretação constitucional, aliada aos outros aspectos de verticalização das decisões do STF, indica tendência que merece registro, inclusive por força da redação do art. 927, I e IV, do NCPC.

Resta saber, em razão dos reflexos nas linhas posteriormente apresentadas, se a decisão do STF - que poderá mitigar a coisa julgada e admitir a rescisória -, é advinda de controle difuso e/ou concentrado. Não se deve olvidar que está ocorrendo uma aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade. O Pretório, ao definir interpretação constitucional, tende a ser vinculante independentemente do instrumento de controle.

Dois aspectos que devem ser ponderados no momento: i- as decisões do STF que desconstituem a coisa julgada serão apenas oriundas de controle concentrado de constitucionalidade? ii- será necessária, no julgamento da causa pelo STF, a modulação dos efeitos – instituto típico do sistema de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999)?

Neste ponto, é necessário verificar alguns dispositivos do NCPC (**grifos nossos**):

- Pelo art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

- Os arts. 525, §12 e 535, §5º, deixam claro que é possibilidade de decretação de inexistência do título executivo for “fundado em lei ou ato normativo considerados inconstitucionais pelo Supremo tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade **concentrado ou difuso**”.

- Há a possibilidade de modulação da decisão paradigma no tempo (arts. 525, §13 e 535, §6º).

- No §15, do art. 525 e 8º, do art. 535, há expressamente a seguinte passagem: “§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, **caberá ação rescisória, cujo prazo será**

contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal?

Há, portanto, clara aproximação dos sistemas de controle constitucionalidade, aliada a tendência de ampliação do caráter *erga omnes* das decisões do STF. Esta ampliação pode atingir decisões transitadas em julgado e já em fase de cumprimento, que tenham aplicado a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso²⁷.

Não se deve esquecer, outrossim, que o NCPC não só consagra o cabimento da rescisória, como estabelece que o prazo para sua apresentação começa da decisão do STF (§15, do art. 525 e 8º, do art. 535), quando o precedente vinculante for proferido após o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Portanto, é possível concluir que o rigor do Enunciado nº 343 da Súmula da Jurisprudência do STF deve ser redimensionado também em decorrência do NCPC. O caráter vinculante dos precedentes fundamenta a possibilidade de desconstituição da coisa julgada por meio da impugnação ao cumprimento de sentença e também da rescisória.

O sistema de vinculação dos precedentes, inclusive, fundamenta a obrigatoriedade de atendimento da interpretação de Tribunal Superior, sob pena de não se considerar fundamentada a decisão (art. 489, §1º, do NCPC). Assim, parece claro que estamos diante de um novo momento e uma nova etapa em que há clara diminuição do poder de criação do magistrado.

A modulação dos efeitos poderá significar, na prática forense, um importante instrumento para a limitação da aplicabilidade dos precedentes oriundos dos tribunais superiores.

Em relação às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade, os dispositivos analisados do NCPC trazem, de um só turno, a possibilidade de desconstituição (revisão- relativização) da coisa julgada nos casos de interpretação contrária oriunda do STF. A conclusão que se pode ter é que, de acordo com o sistema de vinculação de precedentes e da força das decisões do STF, é que, também, alcance as decisões em controle difuso de constitucionalidade, sem necessidade de resolução do Senado Federal²⁸. Logo, nestes casos, será possível inclusive o ajuizamento de rescisória, com fundamento no dispositivo aqui comentado.

27-O Enunciado 58 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ao interpretar a redação do projeto do NCPC aprovada pela Câmara Federal, estabelece que: "(Art. 539, §§ 10 e 11; Art. 549, §§ 5º e 6º) As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 539, §§ 10 e 11 e art. 549 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF". (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória).

28-Acerca da (des)necessidade de Resolução do Senado para afastar a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF, ver a Rcl 4335, especialmente no que concerne a medida liminar lá concedida.

Com efeito, além da hipótese de rescisória em caso de interpretação constitucional do STF, é razoável defender que será rescindível a sentença, nos casos em que ela estiver fundamentada em preceito considerado inconstitucional pelo Pretório Excelso, em controle difuso ou mesmo concentrado, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 966, V, do NCPC.

CONCLUSÕES:

Em face do exposto, é razoável apresentar as seguintes conclusões:

- As mudanças advindas do novo CPC irão gerar muitas divergências interpretativas, ligadas a assuntos como: a- qual o objeto da rescindibilidade; b- como ocorre a contagem do prazo para a rescisória; c- seu cabimento em caso de decisão que não atende precedente vinculante ou não se constitui *de mérito (em sentido estrito)*; c- a formação da coisa julgada em vários momentos processuais e, conseqüentemente, a possibilidade de várias rescisórias visando desconstituir decisões oriundas de um mesmo processo;

- A coisa julgada não ocorrerá em um só momento, o que reflete na fluência do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, na possibilidade de execução definitiva (cumprimento de sentença) em momentos diferenciados, e no próprio conceito de decisão rescindível;

- O art. 966, do NCPC, ao consagrar o conceito de *decisão de mérito* como objeto da rescindibilidade, permite ao intérprete pugnar pelo cabimento desta demanda na hipótese em que o pronunciamento não é tecnicamente *sentença*, mas resolve parcialmente o mérito e se enquadra em um de seus incisos;

- O art. 966, §3º, do NCPC, permite interpretar que os capítulos não impugnados de um pronunciamento judicial podem, desde já e dependendo do caso concreto, ensejar execução definitiva, mesmo inexistindo efetivamente o trânsito em julgado *total* do *decisum*;

- Nos casos de *decisões parciais e recursos com impugnação parcial*, há imutabilidade progressiva e parcial da decisão de mérito impugnada parcialmente (ou não impugnada);

- Pela leitura do art. 975, do NCPC, o prazo para a rescisória apenas começará a fluir após a última decisão proferida no processo, o que não impedirá o ajuizamento imediato da rescisória em caso de coisa julgada advinda da resolução parcial de mérito e recurso parcial. *Assim, nada impedirá que o prejudicado ajuíze de imediato sua rescisória, em que pese seu prazo decadencial ainda não esteja fluindo.* A redação deste dispositivo, portanto, é apenas para prazo final e não inicial.

-Nos casos de *decisão que gera a extinção da execução e pronunciamento monocrático que nega seguimento a recurso*, é cabível a demanda desconstitutiva, mesmo não sendo, em sentido estrito, *decisões de mérito*;

- Também está sujeita à rescisória a hipótese de falsa carência de ação, em que houve resolução do mérito, apesar da fundamentação judicial ter sido em sentido contrário;

- O NCPC passa a admitir o cabimento de rescisória em decisões transitadas em julgado que, mesmo não sendo de mérito, impedem a repropositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, §2º), incluindo, por exemplo, as decisões monocráticas de relatores negativas de seguimento de recuso, algumas proferidas no cumprimento de sentença ou na execução extrajudicial e a falsa carência de ação;

- As expressões *violação à lei* (CPC, de 1973) e *violação à norma jurídica* (NCPC) não significam a mesma coisa. Nesta segunda hipótese, há uma ampliação (*norma não é apenas a lei*) e uma restrição ao cabimento da rescisória. A expressão *manifestamente*, que consta no NCPC, poderá gerar um perigoso grau de subjetividade e dificuldade de interpretação em termos práticos.

- É cabível a rescisória para discutir violação à interpretação constitucional do próprio Tribunal Excelso, o que também embasa o processo de sedimentação da eficácia vertical e *erga omnes* de seus precedentes, mesmo que não sumulados

- A manutenção de interpretações divergentes pelos demais Órgãos do Judiciário cria instabilidade ao sistema e viola a ordem jurídica e a isonomia, dificultando o acesso à justiça com a ampliação da litispendência. Portanto, o cabimento de rescisória em caso de interpretação constitucional, aliada aos outros aspectos de verticalização das decisões do STF, indica tendência que merece registro, inclusive por força da redação do art. 927, I e IV, do NCPC;

- O NCPC não só consagra o cabimento da rescisória, quando se trata de decisão oriunda de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), como estabelece que o prazo para sua apresentação começa da decisão do STF (§15, do art. 525 e 8º, do art. 535), quando o precedente vinculante for proferido após o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

- Logo, o rigo do Enunciado nº 343 da Súmula da Jurisprudência do STF deve ser redimensionado em decorrência do NCPC. O caráter vinculante dos precedentes fundamenta a possibilidade de desconstituição da coisa julgada por meio da impugnação ao cumprimento de sentença e também da rescisória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial de mérito*. Curitiba, Juruá, 2007.

_____. *Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias*. In O projeto do Novo Código de Processo Civil – Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel – organizadores, Salvador : Podudivm, 2011.

_____. *Mandado de segurança*. 4ª edição. Salvador: juspodivm, 2014.

_____. *Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* Revista de Processo n. 116, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial (REsp 415.586-DF-STJ)*. Revista de Processo. n. 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª edição, São Paulo : Malheiros, 2009, v. 3.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo, Ed. Malheiros, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

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

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. Campinas, Bookseller, 2003

REDONDO, Bruno Garcia. *Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares*. RePro n. 160, jun/2008.

A NATUREZA RECURSAL DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Leonardo Souza Santana de Almeida

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professor Assistente da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Juiz de Direito no Estado de Sergipe.

Alexandre Mandarinho Santana

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Pós-Graduando em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Advogado.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise acerca da natureza recursal dos embargos de declaração, este meio de impugnação de decisões judiciais dotado de características únicas que o tornam uma espécie bastante *sui generis* de recurso. A elaboração deste artigo demandou intensa pesquisa doutrinária e, em menor escala, jurisprudencial, o que exigiu o estudo de uma miríade de obras, enfocando, contudo, quatro que julgamos essenciais, escritas por renomados processualistas pátrios. Este trabalho alberga, nesta ordem, considerações sobre a natureza das coisas, a definição e classificação dos recursos e, mais importante, a dinâmica dos embargos declaratórios, para, ao final, concluirmos pela natureza recursal deste instituto.

Palavras-chave: Embargos de declaração. Recurso. Natureza Jurídica. Definição. Classificação. Efeitos. Dinâmica.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS (OU PROLEGÔMENOS SOBRE A NATUREZA DAS COISAS E SUA RELAÇÃO COM OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS)

Apontar a natureza de um instituto jurídico é sempre tarefa das mais tormentosas, em face das inúmeras incertezas e dúvidas que surgem neste

momento. Reconhecendo as dificuldades desta operação, WLADIMIR NOVAES MARTINEZ afirma que “a natureza de qualquer entidade é sua característica mais profunda, seu ser propriamente dito e, normalmente, axiomática, indemonstrável, frequentemente não carece de explicações”¹.

Dentre estas perquirições, sobreleva mencionar um primeiro questionamento que todo aquele que busca apreender a natureza de algo se deve fazer: afinal, em que consiste a indicação da natureza de um objeto?

Creemos que a resposta para essa pergunta está com MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

A pesquisa acerca da *natureza* de um determinado fenômeno supõe a sua precisa *definição* – como declaração de sua essência e composição – seguida de sua *classificação*, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza.

*Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas [...], de modo a classificar o instituto enfocado no universo das figuras existentes no Direito.*²
(grifos do autor)

Vê-se, pois, que apontar a natureza jurídica de algo consiste precisamente em defini-lo e, em seguida classificá-lo, podendo tal operação intelectual ser definida por uma equação em que **Natureza = Definição + Classificação**.

Assentada esta premissa, cumpre agora compreender no que consistem os elementos da retomencionada fórmula, quais sejam, a definição de uma coisa e sua classificação.

PAULO NADER ensina que “Definir é precisar o sentido de uma palavra ou revelar um objeto por suas notas essenciais.”³. Por meio das definições, expressamos juízos de valor sobre conceitos previamente aprendidos. É, em suma, a expressão do resultado de uma operação intelectual de julgamento, em que se valora um conceito, uma representação mental da realidade, na tentativa de exprimir seu conteúdo da forma mais completa possível.

1- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 43.

2- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 71-72.

3- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 227.

Aclarando as distinções entre conceitos e definições, PAULO NADER afirma que:

Conceito ou noção é a representação intelectual da realidade. Enquanto a definição é um *juízo externo*, que revela o conhecimento de alguma coisa mediante a expressão verbal, o conceito é um juízo interno, conhecimento pensante, que pode ou não vir a ser expresso objetivamente por palavras^{4,5}(grifos do autor)

Uma vez que se tenha compreendido o que vem a ser definir, passemos agora à análise da tarefa de classificar.

Explica MAURÍCIO GODINHO DELGADO que é através da atividade lógica de classificar que “se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.”⁶

É, portanto, operação mental posterior à definição. Realizado o juízo externo de valor sobre um conceito, temos uma definição que elucida o sentido deste. Cumpre agora situar aquela ideia dentro do espectro do conhecimento humano, o que se fará mediante comparação entre ela e aquelas outras que lhe sejam semelhantes, por similitude de seus elementos principais.

Assim, a classificação de um objeto pressupõe prévio conhecimento do que seja ele para, só então, se realizar a operação de alocação propriamente dita do mesmo no conjunto de coisas que partilhem consigo componentes fundamentais. Ao fim desta operação dúplice, ter-se-á a natureza do objeto.

Findas estas breves divagações sobre o que é apontar a natureza de algo, adentremos no objeto de estudo deste artigo, a saber: a (polêmica) natureza recursal dos embargos declaratórios, já de há muito alvo de intensa cizânia doutrinária, muito bem exposta por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

Previstos nos arts. 535 a 538⁷ do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são um instituto de natureza bastante controvertida. Parte da doutrina nega-lhes a natureza de recurso, preferindo considerar

4-À palavra que veicula um conceito, dá-se o nome de termo. Ele está para as operações intelectuais de aprendizado tal como a definição está para as operações mentais de julgamento.

5-NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 228.

6- DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 72.

7-O excerto doutrinário refere-se ao Código de Processo Civil de 1973. Os embargos de declaração passarão a ser disciplinados pelos artigos 1.022 a 1.026 da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, publicada em 17.03.2015, com *vacatio legis* de 1 (um) ano.

que se trata de mero incidente do julgamento. Outros autores há que consideram os embargos de declaração verdadeiro recursos, como aliás são considerados pela lei processual.⁸

O ponto fulcral da aludida divergência doutrinária reside no fato de que, conquanto sejam arrolados pela legislação ordinária como recurso, são eles julgados pelo mesmo órgão prolator da decisão fustigada, contrariamente ao que, de regra, acontece com todas as outras modalidades recursais, e possuem objetivos diversos (esclarecimentos ou integração de decisão judicial) daqueles a que estas prestam (reforma ou invalidação de decisão judicial). Apesar disto, são arrolados pela lei como se recursos fossem.

Neste mesmo sentido, aduzem LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

Discute-se em doutrina sobre a natureza recursal dessa figura, precisamente por conta de sua função, e do fato de serem os embargos de declaração dirigidos ao próprio juiz prolator da decisão inquinada, sem que se possa então pensar em um “juízo recursal diverso”.⁹

É precisamente esta celeuma doutrinária que se pretende aclarar na presente obra, fazendo-se necessário, para tanto, definir o que sejam os embargos de declaração para, na sequência, proceder-se à sua classificação enquanto recurso ou não.

Ao término desta atividade lógica, para cujo desempenho necessitaremos tecer considerações sobre a teoria geral dos recursos e, num âmbito mais específico, sobre os próprios embargos declaratórios, será apresentada a nossa conclusão sobre a natureza recursal ou não dos embargos de declaração.

É importante esclarecer que a nossa análise será realizada sob a ótica do Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015, publicada no D.O.U. em 17.03.2015, com *vacatio legis* de 1 (um) ano, oferecendo à comunidade jurídica contribuição doutrinária acerca da interpretação do novo diploma legislativo.

8- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121. Vol. 2.

9- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 1. p. 542.

2. DEFINIÇÃO DE RECURSO

Uma vez delimitado o objeto de nossa pesquisa, cumpre agora assentar as premissas sobre as quais ela se baseará.

Ora, se o que pretendemos é obter uma resposta satisfatória acerca da natureza recursal ou não dos embargos de declaração e se, para encontrar a natureza de uma coisa, devemos realizar um processo sistemático de definição e classificação da mesma, faz-se imperioso que, neste primeiro momento, trabalhemos sobre a categoria classificatória nuclear deste trabalho, aquela em relação a qual poderemos inserir ou não os embargos de declaração como membro integrante ao final deste trabalho. Fala-se aqui dos recursos.

Para que possamos classificar os embargos declaratórios como um recurso é necessário antes de tudo que definamos o que vem a ser um recurso e quais os seus caracteres essenciais. Para tanto, proceder-se-á, neste e nos dois capítulos seguintes a um estudo da teoria geral dos recursos.

Num primeiro momento, atentemo-nos para aquela que será a principal premissa de nosso trabalho: a definição do que vem a ser um recurso. Assentar esta premissa é de suma importância, pois será a partir dela e da análise da dinâmica dos próprios embargos declaratórios que poderemos realizar um trabalho de subsunção deste meio específico de impugnação de decisões judiciais à definição de recurso e constatar a existência ou não de conformação entre eles.

Iniciaremos, portanto, tratando da nossa categoria classificatória nuclear, os recursos, para, em seguida tratar dos embargos de declaração. Finda a análise exauriente de ambos, subsumiremos estes àquela e verificaremos a conformação ou não entre ambos os institutos.

Passemos à definição de recurso.

A doutrina é praticamente uníssona quando se trata de fornecer uma definição do que se deve entender por recursos. LUÍS GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART os definem como:

[...] os meios de impugnação de decisões judiciais, voluntários, internos à relação jurídica processual em que se forma o ato judicial atacado, aptos a obter deste a anulação, reforma ou aprimoramento.¹⁰

10-MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 1. p. 498.

Em igual sentido, ensina-nos MISAEL MONTENEGRO FILHO:

O recurso é o instrumento processual voluntariamente utilizado pelo legitimado que sofreu prejuízo decorrente de decisão judicial, para obter sua *reforma*, a sua *invalidação*, o seu *esclarecimento* ou a sua *integração*, com a expressa solicitação de que nova decisão seja proferida, que pode ou não substituir o pronunciamento hostilizado.¹¹

Adotando uma definição mais sucinta de recurso, FREDIE DIDIER JR e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA afirmam que recurso “é o meio de impugnação de decisão judicial utilizado dentro do mesmo processo em que é proferida”¹².

De todas as definições suprarreproduzidas, podemos inferir algumas características essenciais à classificação de um instituto processual como recurso. São elas: a prolongação do estado de litispendência, a voluntariedade e ser modo de impugnação de decisão judicial. Analisemos cada uma dessas características.

A primeira delas, a prolongação do estado de litispendência, guarda relação direta com um de seus efeitos, o do impedimento ao trânsito em julgado das decisões fustigadas. Implica ainda dizer que a interposição de recurso não tem o condão de gerar um novo processo, preservando-se a relação processual originária.

Tome-se o caso do recurso de agravo de instrumento. Conquanto na prática forense, sejam abertos e numerados novos autos quando da interposição daquele agravo junto aos tribunais, não se está ali diante de novo processo, mas de continuidade de processo previamente instaurado. Autuações ou renumeração de autos nada mais são do que expedientes administrativo-logísticos de que se vale o Judiciário para melhor ordenar e gerir suas próprias atividades, prestando serviço público mais eficiente aos seus usuários.

Tratando do efeito impeditivo ao trânsito em julgado das decisões judiciais, FREDIE DIDIER JR e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduzem que “a interposição de recurso *impede* o trânsito em julgado da decisão. O recurso prolonga a litispendência, agora em nova instância”¹³ (grifo do autor).

11- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2. p. 8.

12- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012. vol. 3. p. 26.

13- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 85.

Abordando, por sua vez, a temática da continuidade da relação processual originalmente instaurada, eis o escólio de MISAEL MONTENEGRO FILHO:

O traço marcante dos recursos é o de que a revisão do pronunciamento judicial ocorre no âmbito do próprio processo, sem ensejar a formação de nova relação jurídico processual. N'outro modo de dizer, não se forma um novo processo para que a decisão seja revista; **a revisão é endoprocessual**, no curso da ação que envolve o autor, o réu e o magistrado que *criou* a decisão atacada pelo recurso, quando muito sendo tratado como uma espécie de apêndice processual, como observamos com o recurso de agravo de instrumento, que forma autos no tribunal competente para conhecer a espécie.¹⁴ (grifos do autor).

Concluída a análise sobre esta primeira característica, detenhamo-nos agora sobre outro traço marcante dos recursos: a voluntariedade na sua interposição.

Diz-se que a interposição de recurso é ato voluntário da parte porque sem a iniciativa desta não é instaurado o incidente recursal. Fogem à definição de recursos os institutos que, conquanto promovam uma reapreciação de dada decisão judicial, não têm origem em impulso das partes do processo. É o caso, por exemplo, do instituto do reexame necessário, disciplinado no art. 496, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil que dispõe, *in verbis*:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º-Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

A própria norma legal diferencia o reexame necessário dos recursos. Com efeito, ao dispor que a remessa dos autos ao tribunal para reapreciação do

14- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.* p. 8.

caso se dará ainda que não seja interposto o recurso de apelação, o § 1º do dispositivo citado estabelece uma clara distinção entre ambos os institutos, mormente quanto à iniciativa das partes, uma vez que a interposição de apelação carece de ato das partes e o reexame necessário não.

Apontando a voluntariedade como um traço distintivo dos recursos e do reexame necessário, essencial àqueles e indiferente a este, vide as lições de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

É preciso que se tenha em mente, pois, que o recurso é, antes de mais nada, um remédio voluntário. Significa dizer que a interposição do recurso é um ato de vontade. O recurso é uma manifestação de insatisfação. Recorre contra uma decisão judicial aquele que vê seus interesses contrariados pelo provimento. Significa tal afirmação, ainda, que não se pode atribuir natureza de recurso ao reexame necessário, também chamado de duplo grau de jurisdição obrigatório, [...], exatamente pelo fato de não se tratar de remédio voluntário.¹⁵

Resta evidente, portanto, que a voluntariedade é característica inerente à definição de recurso, no que não poderia ser diferente. Ora, a se considerar a interposição de recurso como resultado do inconformismo da parte com a decisão judicial em que sucumbiu, é evidente que sua insurgência deve ser, sim, manifestada pela instauração do incidente recursal.

A inércia da parte, longe de veicular esta insurgência, em verdade transmite a ideia de que a decisão judicial foi por ela aceita sem ressalvas. Daí o porquê de ser um recurso um ato da parte, porque é a ela quem cabe decidir pela fustigação ou aceitação da decisão judicial em que foi sucumbente.

Por fim, analisemos a última das características dos recursos: ser ele um meio de impugnação de decisões judiciais.

Antes de adentrarmos no exame deste último caractere, devemos responder a uma pergunta: afinal, por que se permite que as partes prejudicadas por determinados pronunciamentos judiciais recorram deles?

As razões justificadoras do direito de recorrer conferido aos litigantes prejudicados em um processo por decisão proferida no curso deste não poderiam ser outras: a falibilidade do órgão julgador e irrisignação da parte atingida por eventual erro em que aquele haja incorrido.

15-CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.60. vol. 2.

Ora, se o Poder Judiciário, com seus diversos órgãos, monocráticos e colegiados, administrativos e judiciais, é uma entidade abstrata, cuja existência ideal depende de previsão constitucional e legal, o mesmo não pode ser dito dos ocupantes daqueles órgãos, seres humanos.

Como diz velho adágio popular, errar é humano. Do momento em que nascemos até o nosso último sopro de vida, o erro é uma constante da vida humana. Erramos pelos mais diversos motivos e por toda nossa existência. Nada mais natural, portanto, que, como todo resultado da atividade inventiva humana, fruto de séculos de amadurecimento institucional e desmesurados esforços de aperfeiçoamento da convivência em sociedade, também o Judiciário não seja imune a erros, por ser obra de homens falíveis.

Assim, também os órgãos julgadores são passíveis de errar, dada sua necessária representação por homens que, inevitavelmente, errarão.

A seu turno, a reação natural de quem sofre com erro do órgão julgador é a irrisignação, temperada ou não com pitadas de amargo conformismo. Se não fosse dado aos atingidos por falhas em decisões do Judiciário permissão para apontar e se insurgir contra as mesmas ainda em juízo, a transposição de seu sentimento de revolta para fora dos autos e dentro da vida *intra societatis* dar-se-ia sem muita dificuldade, minando a credibilidade do Poder Judiciário enquanto instituição essencial para a vida numa sociedade civilizada e dando azo a inadmissíveis atos de autotutela à margem de qualquer controle estatal.

É visando a corrigir a falha sistêmica e incontornável do aparato Judiciário que é o erro humano e permitir uma natural e controlada manifestação de insurgência das partes prejudicadas por decisão judicial que se faculta a elas possibilidade de se atacar determinados pronunciamentos judiciais que lhes são desfavoráveis. O ataque a esses pronunciamentos, a seu turno, pode se dar por duas formas: pela interposição de recursos ou pela propositura de ações autônomas de impugnação.

Corroborando tudo quanto exposto em linhas pretéritas, pontuam LUÍS GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

A irrisignação quanto a uma decisão é algo bastante natural, e, por isso mesmo, os sistemas processuais normalmente apresentam formas de impugnação das decisões judiciais, autorizando a revisão dos atos judiciais. Existem inúmeras maneiras de impugnação de atos judiciais, mas nem todas configuram hipótese de recursos. Embora os recursos sejam uma via de impugnação de ato judicial, existem outros caminhos

que podem ser utilizados para essa mesma finalidade, tais como o mandado de segurança, os embargos de terceiro, os embargos do executado e a ação rescisória.¹⁶

Se os recursos e as ações autônomas de impugnação têm como denominador a circunstância de serem meios de fustigar pronunciamentos judiciais, divergem eles quanto à forma utilizada para atingir seus fins colimados. Os recursos, como dito, criam um incidente endoprocessual, dentro do mesmo processo em que proferida a decisão atacada, prolongando o seu estado de litispendência. Os sucedâneos recursais, por sua vez, instauram nova demanda, cujo objeto é justamente a impugnação de dado *decisum*.

Reside o ponto fulcral da diferença entre os recursos e as ações autônomas justamente nesta singularidade: os primeiros impugnaram uma decisão no mesmo processo em que proferida enquanto que os segundos fazem o mesmo mediante a instauração de nova demanda.

Impugnação, por sua vez, é palavra que, no contexto do estudo dos recursos, deve ser entendida como o ato de atacar uma decisão judicial visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional, considerada imperfeita pela parte insurgente. O aprimoramento do *decisum* pode dar-se por variadas maneiras, sendo a reforma e a invalidação do mesmo as mais usuais. Também a integração ou esclarecimento da decisão fustigada são modalidades de aprimoramento desta.

Dada a definição de recurso e esmiuçados os elementos dessa definição, prosseguimos em nosso trabalho, agora detalhando os métodos de classificação dos recursos.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS

Conforme explicitado quando tecemos os prolegômenos deste trabalho, o objetivo deste não é outro que não responder a presente indagação: têm os embargos de declaração a natureza jurídica de recurso, ou não?

Por primar pela clareza de resultados e para não deixar margem de dúvidas quanto às conclusões do nosso trabalho é que pretendemos responder à referida pergunta da forma mais objetiva possível, afirmativa ou negativamente, com a devida fundamentação de como chegamos àquela resposta.

A nós não interessam respostas evasivas que prescrevam estarmos diante de um instituto *sui generis*, um *tertium genus* ou coisa que o valha. Antes de

16- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 498.

responderem a qualquer questionamento, elas evitam fazê-lo valendo-se de fórmulas esquivas e inconsistentes.

Estas divagações foram feitas não sem motivo. Se quisermos dar uma resposta definitiva, temos que nos preparar para ambos os cenários possíveis. De um lado, aquele em que bradamos um sonoro “Sim!” para concluir que, de fato, os embargos de declaração têm natureza de recurso. Do outro lado, aqueloutro em que dizemos um enfático “Não” para negar aos embargos declaratórios a natureza de recurso.

Em qualquer dos casos, a resposta deverá ser a mais abrangente e profunda possível, explicitando as razões pelas quais os embargos declaratórios podem ou não ser considerados uma modalidade de recurso. Nossa proposta de estudo é binária. Ou concluiremos que eles são um recurso ou concluiremos que eles não o são.

Na eventualidade de se verificar este último cenário, o negativo, nos absteremos de declinar qual seria a natureza jurídica deles, por ser intento que foge ao escopo deste estudo. O que buscamos aqui é, repita-se *ad nauseam*, tão somente dizer se os embargos de declaração são ou não um recurso, e não apontar sua real natureza jurídica, na hipótese de nos depararmos com uma conclusão negativa.

Em chegando a uma conclusão positiva, por sua vez, faremos um enquadramento o mais minucioso possível dos embargos de declaração dentro da definição de recurso, inclusive esmiuçando as subcategorias em que o mesmo seria passível de se subsumir à perfeição.

É justamente para o caso de concluirmos positivamente quanto à natureza recursal dos embargos declaratórios e promover sua operação de subsunção à definição de recurso do modo o mais abrangente possível que estudaremos as principais classificações que podem ser dadas a este, para também nelas eventualmente incluirmos os embargos declaratórios, se cabíveis.

Estamos com REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA quando este afirma que “as classificações não são certas ou erradas – são úteis ou inúteis, na medida em que servem para identificar melhor o objeto de análise”¹⁷. É com essa orientação, de identificar o melhor possível nosso objeto de estudo, que nos deteremos sobre as principais classificações doutrinárias atribuídas aos recursos, a saber: recurso principal e recurso adesivo, recurso de fundamentação livre e recurso de fundamentação vinculada e recurso ordinário e recurso excepcional.

17- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 151.

Iniciemos agora a análise das classificações a que estão sujeitos os recursos.

3.1 Recurso Principal ou Adesivo

Considera-se sucumbente a parte que, tendo formulado um pedido de tutela jurisdicional, seja na condição de parte demandante ou demandada, não o teve acolhido, ao passo em que o foi a pretensão levada a juízo pelo seu adversário num litígio.

É sabido que, em um processo judicial, cada pleito de tutela jurisdicional formulado pelo autor corresponde a uma demanda. Diz-se, portanto, que há um cúmulo objetivo de demandas quando vários pedidos são formulados pelo autor. Esses pedidos podem ser ou não julgados procedentes. Na hipótese de vir um deles a ser julgado improcedente, afirma-se que a parte que o formulou sucumbiu naquela demanda específica.

Sintetizando o que vem a ser sucumbência recíproca, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA leciona que a mesma ocorre “quando demandante e demandado são parcialmente vencedores e vencidos em suas pretensões”¹⁸.

Ora, havendo capítulos favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes na decisão que julga o litígio, é evidente que lhes seria interessante recorrer, uma vez que tiveram seus interesses, ainda que apenas parcialmente, lesados.

Pode ocorrer, no entanto, que a despeito de não ter tido acolhido um ou mais de seus petítórios, um dos litigantes não tenha interesse em recorrer, seja por não querer prolongar o processo ou por qualquer outra razão, e quede-se inerte durante todo o prazo para interposição de recurso, esperançoso de que também seu adversário não recorrerá.

Havendo recurso deste, contudo, faculta-se àquele, dentro do prazo que teria para oferecer suas contrarrazões, também interpor recurso contra a decisão em que igualmente foi sucumbente. A essa especial forma especial de interposição de recurso dá-se o nome, terminologicamente inadequado, de recurso adesivo, cuja previsão normativa encontra-se no art. 997 do Código de Processo Civil:

Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.

§ 1º Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.

18- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.87. vol. 2.

§ 2º-O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

I - será dirigido ao órgão perante o qual o recurso independente fora interposto, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

Da exegese do dispositivo, infere-se que, longe de constituir uma espécie recursal, o recurso adesivo é, como dito em linhas pretéritas, uma forma de interposição de recursos, conforme entende a unanimidade da doutrina.

Neste sentido, confira-se o escólio de FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

O *recurso adesivo* não é espécie de recurso. Trata-se de forma de *interposição* de recurso. O recurso pode ser interposto de forma *independente* e de forma *adesiva*. O recurso adesivo é exatamente o mesmo recurso que poderia ter sido interposto autonomamente, diferenciando-se apenas pela técnica de interposição.¹⁹ (grifos do autor)

Conforme a regra contida no art. 900, § 2º, inciso II, do Código de Processo Civil, as espécies recursais que admitem essa especial forma de interposição são tão somente a apelação, o recurso extraordinário e o recurso especial.

De todo o exposto, evidencia-se que a classificação de um recurso como adesivo depende da possibilidade de sua interposição ou não no prazo para apresentação de contrarrazões ao recurso principal

Esta classificação não se aplica aos embargos de declaração, por expressa disposição de lei, que não admite sua interposição na forma adesiva. A razão para tanto é simples: a dinâmica dos embargos de declaração não admite, como regra geral, a abertura de prazo para apresentação de contrarrazões. Outrossim, não há que se cogitar de sua interposição por outra forma que não a autônoma.

19-DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012. vol. 3. p. 94.

A despeito da inaplicabilidade desta classificação aos embargos declaratórios, a mantivemos em nosso trabalho, sempre visando à melhor compreensão possível do nosso objeto de estudo e descobrir os motivos pelo qual um instituto não se subsume a uma categoria classificatória é, sem dúvida, uma forma de melhor conhecê-lo.

3.2 De Fundamentação Livre ou Vinculada

É natural que, tendo seus interesses prejudicados por decisão judicial, a parte insurja-se contra a mesma, criticando o acerto de seu teor. Consoante o exposto noutro capítulo deste trabalho, a falibilidade humana é um dos fundamentos que autorizam o Judiciário a rever suas próprias decisões, seja pela via recursal, seja por aquela das ações autônomas de impugnação.

A via recursal, contudo, nem sempre se mostra propícia a discussão de todos os vícios. Se a regra geral é a de que a parte pode expor em sede de recurso todos os motivos que a fazem acreditar no equívoco da decisão fustigada, não raramente o próprio ordenamento jurídico estabelece limites às razões que podem ser aduzidas em determinadas espécies recursais.

No primeiro caso, de liberdade para deduzir em recurso toda e qualquer crítica que tiver contra o pronunciamento vergastado, estamos diante de um recurso de fundamentação livre. Havendo, no entanto, limites aos motivos de irresignação que podem ser aduzidos pela via recursal, tem-se típico caso de recurso de fundamentação vinculada.

Explicitando as notas caracterizadoras dos recursos de fundamentação livre, FREDIE DIDIER JR e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduzem que:

Recurso de *fundamentação livre* é aquele em que o recorrente está livre para, nas razões do seu recurso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isso tenha qualquer influência na sua admissibilidade. A causa de pedir recursal não está delimitada pela lei, podendo o recorrente impugnar a decisão alegando qualquer vício.²⁰ (grifo do autor)

E prosseguem em seu magistério, tratando agora dos recursos de fundamentação vinculada:

²⁰-*Idem*. p. 28.

Nesse caso, a lei limita o tipo de crítica que se pode fazer contra a decisão impugnada. O recurso caracteriza-se por ter fundamentação típica. É preciso ‘encaixar’ a fundamentação do recurso em um dos seus tipos legais. O recurso não pode ser utilizado para veicular qualquer espécie de crítica à decisão recorrida.²¹

De todo o exposto resulta claro que a diferença entre uma e outra categoria classificatória reside justamente na existência ou não de limitações à *causa petendi* recursal. Inexistindo limites a esta, o recurso é de fundamentação livre. Do contrário, havendo limitações, o recurso é de fundamentação vinculada.

Ao contrário das demais, esta classificação é aplicável aos embargos declaratórios. Isso, claro, se concluirmos pela sua natureza recursal, tendo em vista que as classificações enfocadas são precisamente aquelas que podem ser atribuídas aos recursos.

Na eventualidade de entendermos terem os embargos de declaração a natureza jurídica de recurso, em que categoria deveríamos enquadrá-lo? Seria ele um recurso de fundamentação livre ou vinculada?

A resposta para essa pergunta passa pelo art. 1.022, *caput*, do Código de Processo Civil:

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

- I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
- III - corrigir erro material.

Uma leitura mesmo que sumária do citado dispositivo é suficiente para concluir que, se considerarmos os embargos de declaração como sendo um recurso, ele é, sem sombra de dúvidas, de fundamentação vinculada. As razões que nos permitem afirmá-lo saltam aos olhos. A norma é clara ao disciplinar a matéria que pode ser alegada na causa de pedir dos embargos: omissão, obscuridade, contradição ou erro material da decisão judicial recorrida.

Estudaremos mais adiante o que é uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Por ora, interessa-nos saber que existem limitações à causa de pedir dos embargos e que, por isso, sua natureza, se entendidos como recurso, é de recurso de fundamentação vinculada, ao lado dos recursos especial e extraordinário.

21- *Idem*. p. 28-29.

Concluída esta análise, passemos à nossa última classificação.

3.3 Ordinário ou Excepcional

Apresentada por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, a presente classificação adota como critério de diferenciação entre as espécies recursais o fato de elas tutelarem, de forma imediata, o direito subjetivo do recorrente, no caso do recurso ordinário, ou o direito objetivo, no caso dos recursos excepcionais.

Esta distinção se daria em função da natureza da matéria que se poderia arguir em cada recurso. Se o recurso X admitir a discussão de fundamentos fáticos e jurídicos, é recurso ordinário. Se, por outro lado, admitir tão somente a discussão de matéria de direito, é excepcional.

Explicando o sentido de cada uma das categorias classificatórias, aduz CÂMARA que:

São ordinários os recursos cujo objeto imediato é a tutela do direito subjetivo, e excepcionais aqueles cujo fim imediato é a tutela do direito objetivo. Encontram-se na primeira espécie recursos como a apelação, o agravo e os embargos infringentes, e na segunda localizam-se o recurso extraordinário e o recurso especial.

Nos recursos ordinários, em que o objetivo imediato é a tutela do direito subjetivo do recorrente, podem-se discutir questões de fato e direito (afinal, o direito subjetivo nasce quando uma situação fática concreta se enquadra na definição abstrata contida na norma; assim sendo tanto os aspectos de fato como os de direito podem ser aqui discutidos). Já nos recursos excepcionais, cujo objeto imediato é a tutela do direito objetivo (Constituição da República e Direito federal), e apenas mediatamente se tutela o direito subjetivo, apenas questões de direito poderão ser suscitadas. Isto explica, por exemplo, a existência do Enunciado nº 7 da Súmula da Jurisprudência Predominante do STJ, que proíbe se admita recurso especial para mero reexame de prova (afinal, as provas estão ligadas às alegações de fato, e não às de direito).²²

22- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.* p. 66.

Logo se percebe que a presente classificação é inadequada para os embargos declaratórios. Com efeito, os embargos não são meio processual apropriado para se rediscutir questões de fato ou de direito, mas antes apontar a existência de vícios numa decisão judicial que a tornem ininteligível. Na medida em que os embargos, ao menos diretamente, não se prestam nem à tutela dos direitos subjetivos das partes discutidos em juízo, nem à tutela do direito objetivo, esta classificação se lhes é inaplicável.

3.4 Conclusões

De todas as classificações introduzidas no presente capítulo, vê-se que uma delas (recurso principal e recurso adesivo) é totalmente inaplicável aos embargos de declaração por expressa disposição legal. Outra (recurso ordinário e recurso excepcional), não se coaduna com as finalidades deste instituto, cujo fim precípuo, mais do que tutelar direito subjetivo das partes ou o direito objetivo, é assegurar a inteligibilidade de uma decisão judicial.

Aplicável, pois, aos embargos declaratórios é somente a classificação referente à existência ou não de limitações à causa de pedir que poderia ser veiculada em seu bojo (recurso de fundamentação livre ou recurso de fundamentação vinculada).

Consoante o exposto em linhas pretéritas, se entendermos pela natureza recursal dos embargos declaratórios, ele, sem dúvida alguma, seria um recurso de fundamentação vinculada, de vez que os fundamentos que lhe dão ensejo são *numerus clausus* (omissão, contradição ou obscuridade da decisão, além de outros a serem oportunamente estudados).

A inaplicabilidade da maioria das classificações a que estão sujeitos os recursos em geral é sintomática das dificuldades da tarefa de definir sua natureza. Estivéssemos diante de uma apelação, um recurso especial e um recurso extraordinário, a integralidade das classificações ser-lhes-ia aplicável. No caso do agravo, somente a classificação em recurso principal ou adesivo quedaria carente de aplicação. Essas e outras peculiaridades deste instituto estão a demonstrar que não é tão óbvio quanto se possa pensar o enquadramento como recurso dos embargos de declaração.

4. DINÂMICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O presente capítulo é a peça final para obtermos a resposta da pergunta que serve de base ao nosso trabalho: afinal, os embargos de declaração são ou não um recurso?

Já analisamos o que vem a ser um recurso e como estes se classificam. Agora, passa-se à análise da dinâmica dos embargos declaratórios. Somente através do conhecimento desta é que poderemos apontar, com segurança, se são eles um recurso ou não. É no funcionamento dos embargos de declaração que está, portanto, a chave para se solucionar a perquirição fundante de nossa obra.

Sem mais delongas, examinemos os principais aspectos dos embargos declaratórios.

4.1 Objetivos e Cabimento

Tratam-se os embargos declaratórios de meio de impugnação de decisões judiciais destinados a sanar omissão, obscuridade ou contradição do pronunciamento impugnado, conforme dispõe o art. 1.022 do Código de Processo Civil, a seguir reproduzido:

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

- I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
- III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

- I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
- II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Salta aos olhos que as hipóteses de apresentação dos embargos de declaração o preveem para sanção de vícios formais das decisões impugnadas, que as tornam inteligíveis. Com efeito, decisão omissa, obscura, contraditória ou donde conste erro material é decisão formalmente imperfeita por ser carente de inteligibilidade, necessitando de correções.

Reconhecendo que os embargos declaratórios destinam-se à correção de vícios formais de um pronunciamento judicial, de modo a permitir sua adequada compreensão, ensina-nos MISAEL MONTENEGRO FILHO:

A interpretação da vontade da lei demonstra que o legislador pretendeu espancar todo e qualquer vício de

intelecção do pronunciamento judicial, sobretudo em vista da aplicação do inciso IX do art. 93 da CF, exigindo que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas. Por *fundamentadas* devemos entender decisões desprovidas de vícios formais, permitindo à parte exercer o direito de interpor recurso para combatê-las.²³ (grifo do autor)

Fundamento para interposição dos embargos, portanto, é a existência de vícios formais no *decisum* impugnado que possam comprometer sua inteligibilidade. Finalidade dos mesmos, por sua vez, é o aprimoramento do ato judicial defeituoso, esclarecendo-o, nos casos de obscuridade, eliminando seus paradoxos, sendo o caso de contradição, integrando-o, na hipótese de omissão, ou corrigindo-o, estando-se diante de erro material.

Antes de tratarmos do que vem a ser o esclarecimento, a eliminação de contradição, a integração e a correção de um ato judicial, devemos, para a necessária compreensão das finalidades dos embargos de declaração, nos deter na análise do que vem a ser uma decisão judicial contraditória, obscura, omissa ou que apresente erro material.

Obscuridade, no dizer de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART é:

[...] falta de clareza no desenvolvimento das ideias que norteiam a fundamentação da decisão. Representa ela hipótese em que a concatenação do raciocínio, a fluidez das ideias, vem comprometida, ou porque exposta de maneira confusa ou porque lacônica, ou ainda porque a redação foi mal feita, com erros gramaticais, de sintaxe, concordância etc., capazes de prejudicar a interpretação da motivação.²⁴

Vê-se, portanto, que obscura é a decisão ininteligível pela inadequada expressão das ideias nela veiculadas. Nisso se difere ela da contradição, de vez que esta, na feliz expressão de FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, ocorre não quando a decisão é absolutamente sem sentido, mas sim “quando traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão”²⁵.

23- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2. p. 152.

24-MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 1. p. 543.

25- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed.

Na contradição, a decisão é, pois, parcialmente inteligível. A dificuldade de compreensão dá-se quando a decisão que vinha seguindo uma dada linha de pensamento, uma orientação em determinado sentido, adota sentido diverso e inconciliável com aquele originalmente esposado. Até então, a decisão era compreensível. A dificuldade de compreensão deu-se com a ruptura do pensamento dantes desenvolvido e a adoção de outro incompatível com o anterior.

Por sua vez, omissa é a sentença que deixa de se manifestar sobre fundamento de fato ou de direito ventilado na causa e que, ao fazê-lo, nega a integral prestação da tutela jurisdicional aos litigantes. É a hipótese mais comum, e também mais controvertida, de interposição dos embargos de declaração na prática forense, havendo quem diga que a omissão se dá apenas quando o magistrado deixa de apreciar pelo menos um dos pedidos e, doutro lado, os que entendem que a não apreciação de argumento relevante suscitado pelo litigante seria suficiente para tachar de omissão a decisão, posição da qual somos partidários, fortes no magistério de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

Finalmente, quanto à *omissão*, representa ela a falta de manifestação expressa sobre algum ‘ponto’ (fundamento de fato ou de direito) ventilado na causa, e sobre o qual deveria manifestar-se o juiz ou o tribunal. Ao deixar de cumprir seu ofício, resolvendo sobre as afirmações de fato ou de direito da causa, o juiz inibe o prosseguimento adequado da solução da controvérsia e, em caso de sentença (ou acórdão) sobre o mérito, praticamente nega tutela jurisdicional à parte, na medida em que tolhe a esta o direito de ver seus argumentos examinados pelo Estado.²⁶ (grifo do autor)

Omissa, portanto, não é somente a decisão que deixa de se manifestar acerca de um pedido, mas, também a que se queda silente em relação a relevante argumento ventilado pelas partes para o deslinde da causa. Acolhendo posicionamento doutrinário que se firmou neste sentido, no art. 489, § 1º, o novo Código de Processo Civil arrola expressamente as hipóteses em que se considera omissa uma decisão judicial, impondo deveres específicos ao órgão julgador, no que tange à fundamentação:

Salvador: JusPodium, 2012. vol. 3. p. 86.

26- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 543.

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.

Os incisos I, II, III, V e VI têm um nítido denominador comum: a necessidade de que a decisão proferida guarde efetiva relação com o caso concreto, afastando-se do modelo de produção industrial de decisões judiciais que pouca ou nenhuma pertinência têm com o caso *sub judice*. Não basta, pois, que o juiz invoque dispositivos legais, enunciados sumulares, conceitos jurídicos indeterminados ou razões abstratas, sem vinculação com o caso concreto, para ter por fundamentada sua decisão. Muito mais do que isso, o magistrado deverá realizar um efetivo trabalho de concretização daqueles elementos, trazendo-os para o litígio submetido à sua apreciação e mostrando como eles se relacionam com a matéria fática e jurídica discutida.

Ainda dentro desse contexto, o inciso VI daquele dispositivo impõe ao julgador a realização das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, ou seja, deverá ele, quando negar aplicação a precedente judicial invocado pela parte no curso do processo, explicitar as razões que distinguem as circunstâncias fáticas do caso concreto daquelas que ensejaram a *ratio decidendi* contida no precedente aduzido ou demonstrar a superação daquele precedente.

Comentando a técnica do *distinguishing*, lecionam FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA:

Nas hipóteses em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-o com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Fala em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houve uma *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* constante no precedente, seja porque, a despeito de existir alguma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.²⁷ (grifos do autor)

E seguem os autores, agora discorrendo sobre o *overruling*:

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente. Como esclarece LEONARDO GRECO, o próprio tribunal que formou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. [...]

A decisão que implica *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. Embora possam existir outros motivos, CELSO ALBUQUERQUE SILVA bem sintetiza as hipóteses mais comuns de superação do precedente: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável na prática.²⁸

Omissa será, portanto, também a decisão que deixe de aplicar as técnicas

27- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2012. vol. 2. p. 403-403.

28- *Idem*. p. 405-406.

supramencionadas quando negar a aplicação de precedentes judiciais ao caso submetido à apreciação judicial, apontando a existência de distinções entre ele e o precedente invocado ou demonstrando a superação daquele entendimento.

Findando nossa análise sobre as *fattispecies* em que se tem por lacunosa uma decisão judicial, resta-nos nos debruçar sobre a hipótese do inciso IV do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil.

Consagra este dispositivo o princípio do contraditório em sua dimensão material. Costumeiramente vislumbrado apenas sob o ponto de vista formal, em que pode ser expressado pela fórmula *Informação + Reação*, o contraditório também apresenta uma dimensão material, lamentavelmente desconhecida por significativa parcela dos juristas.

Se analisado apenas sob o prisma formal, o contraditório consiste em manter as partes informadas dos atos processuais praticados pelo Judiciário e pela parte adversa e oportunizar-lhes a oportunidade de reagir em face dessas informações, manifestando-se sobre aquele ato praticado e requerendo as providências que reputar cabíveis.

Visto sob sua dimensão material, o contraditório não compreende tão somente a ciência dos atos processuais praticados e a oportunidade de se manifestar sobre eles, mas a de, com essa manifestação, efetivamente influir no convencimento do órgão julgador. Neste sentido, a dimensão material do contraditório restaria severamente prejudicada se o juiz simplesmente silenciasse em relação aos argumentos deduzidos pelas partes na defesa de seus interesses em juízo.

Ao estabelecer a obrigatoriedade de o juiz manifestar-se sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes que poderiam levá-lo a decidir de modo contrário, sob pena de se considerar omissa sua decisão, o dispositivo comentado eleva a garantia constitucional do contraditório a outro patamar, ressaltando não somente a sua dimensão formal, mas também a outra material.

Nesse sentido, analisando os parágrafos do art. 489 do Código de Processo Civil, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON pontuam:

Seus parágrafos, no entanto, mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica de há muito faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes (e superficiais) e que não

enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma decorrência lógica da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva).²⁹

Finalmente, quanto à última hipótese de cabimento dos embargos, a existência de erro material, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, chamando-os de inexatidões materiais, aduz que:

Inexatidões materiais são erros de grafia, de nome, de valor *etc.*; p.ex., trocar o nome do réu pelo do autor, ou dizer que julga a demanda *improcedente* para condenar o réu conforme pedido na inicial, ou acrescentar inadvertidamente um zero no valor da condenação, ou identificar de modo equivocado o imóvel sobre o qual as partes litigam *etc.*³⁰

Os erros materiais, por resultarem de simples lapso do órgão julgador quando da prolação de seu *decisum* não são acobertados pelo manto da coisa julgada e podem ser corrigidos informalmente, até mesmo de ofício. Também os embargos de declaração podem ser usados com o fito de corrigir erros materiais, como prevê expressamente a atual legislação. Decorrido, no entanto, o prazo para oposição de embargos, nada impede que a parte interessada apresente simples petição requerendo a correção das inexatidões verificadas³¹.

Examinadas as hipóteses legais autorizadoras da interposição de embargos de declaração, vejamos agora os objetivos com que eles são apresentados.

Na medida em que intencionam corrigir defeitos formais da decisão aptos a torná-la ininteligível, visam também os embargos declaratórios ao aprimoramento da mesma, o que se dá, no caso desse instituto, essencialmente por quatro formas: pelo esclarecimento da decisão, nos casos de obscuridade, pela eliminação de suas contradições, estando-se diante de contraditoriedade, pela sua integração, no caso de omissão, ou pela sua correção, na hipótese de erro material.

29-THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 270-271. 30-DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 3. p. 718

31-Confira-se, por oportuno, o Enunciado n° 360 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 1.022) A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo”.

Esclarecimento, eliminação de contradições, integração e correção de uma decisão são objetivos distintos. Por esclarecimento de uma decisão, devemos entender o ato de tornar apreensível o seu teor, possibilitando àqueles que tomem contato com seus termos bem compreender o conteúdo que ali se veicula. A eliminação de contradições, por sua vez, visa a tornar harmônica a decisão, evitando que ela contenha em si elementos lógicos inconciliáveis. Integrar um *decisum*, por sua vez, equivale a complementá-lo, acrescer a ele uma parte faltante, de modo que o mesmo contenha a ponderação e julgamento de todos os pedidos formulados e fundamentos relevantes suscitados pelas partes. A correção de erro material, a seu turno, equivale a retificá-lo, saneando a imprecisão dele decorrente.

Ao ser interposto contra decisão judicial visando ao seu aprimoramento, afigura-se inegável que os embargos são, sim, um meio de impugnação da mesma. Se tem a natureza de recurso ou não, isso ainda não se pode afirmar.

Por fim, ponto crucial sobre o qual devemos nos deter é a possibilidade de interposição dos embargos declaratórios contra os diversos tipos de pronunciamentos judiciais.

Com efeito, não apenas as sentenças e acórdãos podem padecer de defeitos formais que prejudiquem sua inteligibilidade. O mesmo pode se dar com decisões interlocutórias e monocráticas e até, entendem alguns doutrinadores, despachos.

Sensível ao entendimento uníssono da doutrina e jurisprudência e suprindo lamentável falha da legislação anterior, que não previa expressamente o cabimento dos embargos de declaração contras decisões judiciais outras que não as sentenças e acórdãos, o legislador do novo Código de Processo Civil houve por bem prescrever expressamente que os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial, conforme se verifica no *caput* do art. 1.022 daquele *Codex* quando este afirma que “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial [...]”.

Há dúvidas, contudo, no que diz respeito a admissibilidade deste meio de impugnação judicial contra despachos, sem caráter decisório e de conteúdo eminentemente ordenatório e impulsivo do feito, por força do disposto no art. 1.001 do Código de Processo Civil, que preconiza que “Dos despachos não cabe recurso”.

Com efeito, a doutrina inclina-se pela inadmissibilidade dos embargos de declaração contra os despachos. Tratando do tema, assim se pronunciou ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

Anote-se, aliás, certa tendência doutrinária no sentido de admitir embargos de declaração também contra despachos de mero expediente, o que me parece inadequado, já que tais provimentos não têm conteúdo decisório, bastando, pois, para que se possa sanar a obscuridade, contradição ou omissão neles contida, que se interponha petição simples, a qualquer tempo.³²

Em sentido contrário, prelecionam FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, citando trecho de voto do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal:

Além da sentença e da decisão interlocutória, o juiz profere despachos, que se destinam a impulsionar o andamento do feito. Os despachos são irrecorríveis. Como irrecorrível despontam respeitáveis opiniões no sentido de não ser possível opor embargos declaratórios contra tal tipo de ato judicial. Não obstante a autoridade de quem defende essa opinião, parece mais adequado admitir o cabimento dos embargos de declaração contra despacho. É que a nota da irrecorribilidade de um ato judicial não afasta o cabimento dos embargos de declaração. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: ‘Os declaratórios visam à integração do pronunciamento judicial embargado. São cabíveis em qualquer processo, em qualquer procedimento, contra decisão monocrática ou de colegiado, e resistem, mesmo, à cláusula de irrecorribilidade. De todo modo, mesmo que não se admitam os embargos, nada impedirá à parte ajuizar uma petição simples pedindo o esclarecimento ou a integração do pronunciamento judicial.’³³

Estamos com a doutrina majoritária, ao inadmitir a oposição de embargos de declaração contra despachos. Com efeito, *conditio sine qua non* para a impugnação de uma decisão, seja pela via dos recursos ou das ações de impugnação autônoma, é a existência de interesse (recursal no caso daqueles, de agir no caso destas). Este interesse decorre necessariamente do prejuízo que uma decisão judicial impõe à parte.

32-CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122. Vol. 2.

33- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 197.

Enquanto meros ordenadores e impulsionadores do processo, os despachos, evidentemente, não têm caráter decisório e não podem causar prejuízos às partes. Se o fazem, é porque despachos não são, mas sim outra modalidade de pronunciamento judicial (geralmente decisão interlocutória) travestida de despacho, como ocorre com o célebre “despacho saneador”, que de despacho pouco ou nada tem.

Havendo “despachos” de caráter decisório, ou melhor dizendo, pronunciamentos judiciais outros travestidos de despachos, é evidente o cabimento contra eles de embargos de declaração, pois, a despeito do falso rótulo que se lhes atribui, essas decisões despachos não são.

Em se tratando de autênticos despachos, falta-lhes o potencial lesivo, a capacidade de infligir prejuízos processuais às partes. Ausentes quaisquer prejuízos, não há que se falar em interesse na impugnação da decisão, qualquer que seja o caminho adotado, razão pela qual são eles irrecuráveis.

Encerradas estas divagações acerca do objetivo e cabimento dos embargos declaratórios, passemos agora à análise de seu processamento.

4.2 Processamento

Os embargos de declaração encontram-se disciplinados nos artigos 1.022 a 1.026 do Código de Processo Civil. Se o primeiro destes dispositivos, já analisado, trata de suas hipóteses de cabimento, os remanescentes vão dispor sobre o seu processamento, tecendo minúcias sobre seu rito. Serão esses os aspectos dos embargos de declaração, bem como eventual efeito infringente seu, que serão analisados na sequência.

Começemos pelo exame de sua tempestividade.

O art. 1.023 do Código de Processo Civil é expreso ao afirmar que a interposição dos embargos declaratórios deve-se dar no prazo de 05 (cinco) dias, contados a partir do dia útil seguinte àquele em que foi intimada a parte da decisão que pretende embargar.

Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

O fato de estarem os embargos de declaração sujeitos a um prazo para sua interposição pode-nos levar a crer que, por conta disso, eles devam

ser necessariamente um recurso, de vez que todos eles também têm de ser apresentados dentro de prazo estipulado em lei, a teor do que dispõe o art. 1.003, *caput*, do Código de Processo Civil, implicando suas interposições fora do prazo inadmissibilidade dos mesmos.

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

Ocorre que também as ações de impugnação podem apresentar prazos para sua propositura, sem que este fato desnature suas verdadeiras naturezas e lhes atribua o rótulo de recursos. Com efeito, o mandado de segurança e a ação rescisória, meios de impugnação de decisões judiciais indubitavelmente caracterizados como ações autônomas, também têm prazo para sua propositura, de 120 (cento e vinte) dias e 02 (dois) anos, respectivamente, sem que, com isso, percam sua natureza de demandas autônomas.

Assim, não é apenas porque devem ser interpostos dentro de um prazo legalmente estipulado, sob pena de preclusão, que os embargos de declaração podem ser considerados uma espécie de recurso, de vez que também algumas ações de impugnação autônomas estão sujeitas a prazo certo para sua propositura (muito embora não se possa falar em preclusão no caso destas, tendo em vista que a preclusão é a perda de uma situação jurídica endoprocessual, dentro do mesmo processo, e não extraprocessual. Há, em verdade, decadência do direito de se impugnar uma decisão pela via autônoma cujo prazo fluiu *in albis*).

Ainda disciplinando o prazo para interposição de embargos declaratórios, o § 1º do art. 1.023 estabelece que “Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229”. A norma referida por sua vez, preconiza que o prazo para oposição dos embargos será dobrado quando as partes estiverem representadas no processo por advogados de escritórios de advocacia distintos.

Chama atenção também nos embargos de declaração o fato de que não estão sujeitos a preparo, consoante se depreende da dicção do já mencionado art. 1.023 do Código de Processo Civil.

Por preparo dos recursos devemos entender “o pagamento das custas processuais devidas em função da interposição deste meio de impugnação das decisões judiciais”³⁴.

34- CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 79.

Assim como o simples fato de estar um meio de impugnação de decisões judiciais sujeito a prazo para apresentação não ser suficiente para caracterizá-lo como um recurso, também a exigência de prévio pagamento de custas judiciais para admissibilidade de uma impugnação não é suficiente para sua caracterização como incidente recursal.

A regra é a de que também as ações autônomas de impugnação, a exemplo dos já mencionados mandado de segurança e ação rescisória, estejam sujeitas, como pressuposto para a sua admissibilidade, ao pagamento de custas processuais, que nada mais são do que um tributo, na modalidade de taxa, devido ao Poder Judiciário pela efetiva utilização de seu serviço público de prestação jurisdicional.

Fustigada uma decisão judicial, seja pela via recursal, ou pela via das ações autônomas, a regra é que haja a incidência de custas processuais, chamadas de preparo, no caso dos recursos, ou de custas iniciais, no caso das ações autônomas. A exceção, de que são exemplos os embargos declaratórios, é a isenção no recolhimento das mesmas, o que, como já foi dito, não tem, de *per si*, o condão de promover ou afastar seu enquadramento em um daqueles meios de impugnação.

Explicitando as razões pelas quais não é exigido o pagamento de custas (legalmente nomeadas de preparo, mas que podem vir a não sê-lo na eventualidade de concluirmos pela natureza não recursal dos embargos de declaração) quando da oposição dos embargos, lecionam FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, em obra editada anteriormente à publicação do novel Código de Processo Civil, mas perfeitamente aplicável sob a ótica da *lex nova*:

O art. 536 do CPC dispensa, expressamente, o preparo. Não há preparo, pois, nos embargos de declaração.

Aliás, o STF entende que as custas judiciais ostentam a natureza de tributo, mais especificamente de taxa, servindo para remunerar o serviço judicial. Além de remunerar o serviço judicial, as custas cobrem as despesas com nova autuação e com devolução dos autos do órgão hierarquicamente superior ao inferior, após julgamento.

Eis a razão pela qual não há pagamento de custas (preparo, pois) nos embargos de declaração: não recebem autuação nem geram nova autuação para o processo, sendo dirigidos ao *mesmo* julgador. Não há *fato gerador* para o pagamento de custas, sendo desnecessário o preparo.³⁵

35-DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 219.

Os embargos de declaração devem ser apresentados à mesma autoridade prolatora da decisão fustigada. A razão para tanto é simples: se o que se tem em uma decisão embargada é defeito que compromete sua inteligibilidade, dificultando a apreensão do seu conteúdo, ninguém melhor do que a própria autoridade prolatora da decisão para explicar o que pretendeu dizer, mas não conseguiu a contento, através dela.

Eis aqui uma das razões pelas quais parte considerável da doutrina insurge-se contra a natureza recursal dos embargos declaratórios. Como é possível que seja ele um recurso se dirigido à mesma autoridade judiciária prolatora da decisão? Para os que entendem que a caracterização como incidente recursal não prescinde de pronunciamento por outra autoridade julgadora, o fato de os embargos declaratórios serem julgados pela mesma autoridade prolatora do *decisum* fustigado é óbice intransponível ao seu reconhecimento como espécie recursal.

Aduz essa corrente que todo recurso deve ter efeito devolutivo, entendendo este como o julgamento do incidente recursal por autoridade julgadora distinta daquela que proferiu a decisão. Se não há efeito devolutivo, não haveria porque se falar em recurso.

Conquanto estejamos de acordo que é essencial para a caracterização do efeito devolutivo que o recurso seja julgado por autoridade diversa daquela que proferiu a decisão originária, não comungamos do entendimento de que, só por não produzir este efeito, os embargos declaratórios devam ter, *a priori*, rechaçada a sua eventual natureza recursal. Se existe algo que impede que sejam eles um recurso, com certeza não é o fato de eles não serem dotados de efeito devolutivo. Efeito é algo que decorre da coisa, mas não a compõe, não se constituindo em caractere essencial à mesma. Logo, é possível haver recurso sem efeito devolutivo.

Essencial para a definição de um instituto jurídico como recurso, como já vimos, são a prolongação do estado de litispendência, a voluntariedade em sua interposição e ser modo de impugnação de decisão judicial. Finda a presente análise do processamento dos embargos declaratórios é que poderemos aferir, em sede de conclusão, se todos aqueles traços estão presentes. Se sim, estaremos diante de um recurso. Do contrário, estaremos diante de qualquer outra coisa, menos de um recurso.

Logo, tendo em vista que o julgamento dos embargos pela mesma autoridade que proferiu a decisão fustigada, assim como a existência de prazo para oposição dos mesmos e da não exigência de exação para tanto,

não são caracteres essenciais à definição do que é um recurso, podemos afirmar que eles não influem para a conclusão que será apresentada neste artigo. Se comentamo-los é porque, conquanto não sejam imprescindíveis à caracterização dos embargos como recurso ou não, seu estudo enriquece nosso trabalho e permite-nos rechaçar fundamentadamente argumentos que nestes elementos se escoram para afirmar ou denegar a natureza de recurso dos embargos de declaração.

Dando seguimento ao exame do processamento dos embargos declaratórios, debruçemo-nos sobre peculiar efeito produzido por este quando de sua oposição: a interrupção do prazo para ambas as partes interpirem recursos.

Julgados os embargos e proferida nova decisão em complementação ou substituição à anterior (o que sempre ocorrerá se estes forem conhecidos e, por conseguinte, analisadas as suas razões, sejam estas recolhidas ou rechaçadas), eventual prazo já decorrido para interposição dos recursos cabíveis contra ela será zerado e sua contagem tornará a principiar.

Quanto à interrupção do prazo para interposição dos recursos cabíveis contra a decisão embargada, esta se encontra disciplinada no art. 1.026, *caput*, do Código de Processo Civil, que prescreve que “Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”. O mesmo dispositivo trata, em seus §§ 2º e 3º, da aplicação de multa para as hipóteses de interposição de embargos meramente protelatórios.

Art. 1.026. [...]

§ 2º—Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º—Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

Como é de conhecimento de todo aquele que exerça uma carreira jurídica, por menos experiente que seja, os embargos de declaração são um dos meios

favoritos daqueles que pretendem atrasar o andamento da marcha processual. As razões nos são explicadas por FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

Já se viu que, opostos tempestivamente os embargos declaratórios, fica interrompido o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Mercê desse efeito interruptivo, os embargos de declaração sobressaem como o recurso que se revela mais propenso a estimular o intuito de procrastinação. Assim, na intenção de obter mais tempo, de dispor de um maior prazo ou até mesmo de protelar o andamento do feito, poderia a parte lançar mão dos embargos declaratórios, pois seu ajuizamento tempestivo tem o condão de interromper o prazo para outros recursos.³⁶

Exatamente por esse motivo é que o Código de Processo Civil prevê a aplicação de multa para a parte que se valha dos embargos com o fito único e exclusivo de retardar o prosseguimento do processo. Tratando sobre os fundamentos da multa aplicada e os critérios por meio dos quais se afere o caráter protelatório ou não dos embargos, aduz MISAEL MONTENEGRO FILHO

Os deveres impostos às partes e a todos aquele que de qualquer forma participam do processo, alinhados no art. 14, decorrem do dever geral de agir com boa-fé e com lealdade processual. As regras são aplicadas a todos os atos praticados no curso do processo, acentuando-se a sua incidência na fase recursal, já que a interposição demasiada de recursos sem qualquer fundamentação jurídica pode representar *atitude procrastinatória*, ensejando a aplicação de multa contra o responsável pela prática recriminada.

No recurso de embargos de declaração, contrariamente ao que observamos na grande maioria das demais espécies, temos a regra específica (parágrafo único do art. 538), prevendo a aplicação de penalidade pecuniária pela sua injustificada utilização, caracterizada na hipótese de a parte interpor a espécie sem denunciar qualquer omissão, obscuridade ou contradição. A interposição do recurso ocorre com o único propósito de interromper o prazo para

36-DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 220.

o aforamento do recurso principal, retardando a entrega da prestação jurisdicional.

A aplicação da pena é sempre esperada nessa hipótese, inserindo-se a atuação do magistrado no *poder de policia* que lhe foi atribuído pela lei. Não obstante esse poder, exige-se que a imposição seja fundamentada, à luz do inciso IX do art. 93 da CF, sob pena de o pronunciamento ser marcado pela nulidade.

Não há uma regra específica para considerar o recurso como sendo de utilização procrastinatória. Cada caso deve ser interpretado de forma isolada na dinâmica forense, revelando-se o caráter por indícios e, sobretudo, pela constatação objetiva de que não há omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada, sempre em cotejo das razões do recurso com o pronunciamento judicial.³⁷

Pune-se, pois, a conduta reprovável, para não dizer desleal, da parte que se vale dos embargos de declaração tão somente para atrasar o feito. O critério de aplicação da multa, como visto, deve ser aferido caso a caso, a fim de se aferir se a parte embargante teve ou não o intuito de protelar o andamento do processo.

Faz-se imperioso chamar atenção para o fato de que os §§ 2º e 3º do art. 1.026 do Código de Processo Civil preveem não uma, mas duas multas para o caso de interposição de embargos protelatórios. Quanto à primeira delas, não superior a 2% (dois por cento) do valor da causa, há de ser aplicada na primeira oportunidade em que a parte fizer uso dos embargos declaratórios apenas para protelar a marcha processual. Tornando a parte a fazer uso de embargos meramente protelatórios, deve-se aplicar nova multa, agora com limite superior, de até 10% (dez por cento) do valor da causa. Em relação a esta multa, há uma peculiaridade: o seu depósito prévio é *conditio sine qua non* para a interposição de qualquer outro recurso, exceto para as pessoas jurídicas de direito público interno e para os beneficiários da gratuidade judiciária.

Discorrendo sobre a reiteração na interposição de embargos declaratórios, eis o escólio de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

É importante notar que, ao falar em reiteração dos embargos de declaração protelatórios, está a lei punindo a conduta de má-fé reiterada, a reincidência. Não é preciso que os novos embargos de declaração tenham o mesmo

37-MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.* p. 157-158.

conteúdo dos primeiros, já considerados manifestamente protelatórios, para que se possa agravar a sanção. Basta que o segundo recurso tenha, assim como o primeiro tinha, caráter manifestamente protelatório.

Havendo a reiteração de embargos declaratórios e o consequente incremento da multa, o depósito desta se torna requisito de admissibilidade (e não da interposição, como diz a lei: o recurso poderá ser interposto, mas não poderá ser admitido) do recurso que a parte embargante pretenda, eventualmente, interpor contra a decisão embargada. A interposição do novo recurso sem que tal depósito seja feito implicará o seu não conhecimento, por falta do pressuposto recursal consistente na regularidade formal.³⁸

Eis, em breves linhas, a dinâmica da aplicação da multa em caso de oposição de embargos de declaração meramente protelatórios. Para findar a exposição do presente capítulo, há um último tema que devemos abordar: o efeito infringente dos embargos de declaração. Como regra geral, os embargos declaratórios destinam-se a corrigir vícios de inteligibilidade da decisão contra a qual forem opostos. Neste sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART não poderiam estar mais corretos ao aduzirem que:

[...] a finalidade dos embargos de declaração não é a de obter a anulação ou a modificação da decisão recorrida – ao contrário dos demais recursos. O seu objetivo é permitir o aperfeiçoamento da decisão, sanando seus eventuais defeitos (obscuridade, contradição e omissão). Realmente, se a função dos embargos de declaração é subsidiária, visando somente aperfeiçoar a decisão, não se pode autorizar que, por meio desse caminho, a parte obtenha modificação substancial da decisão impugnada.³⁹

Ocorre que, não raramente, a acolhida dos embargos declaratórios opostos resulta em inexorável mudança do pronunciamento fustigado, mormente nos casos de omissão ou contrariedade do mesmo. Nesse caso, estamos diante daquilo que se convencionou chamar de efeitos infringentes dos embargos de declaração. Exemplificando tal situação, lecionam os dantes mencionados processualistas:

38-CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.* p. 125.

39- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 546.

Com efeito, vícios como a contradição e a omissão podem, com certa naturalidade, alterar a substância da decisão recorrida. Imagine-se, por exemplo, que o juiz deixe de avaliar, na sentença, um dos fundamentos da defesa (o mais importante), julgando procedente o pedido; interpostos os embargos de declaração, para o exame do ponto omitido, terá o magistrado de avaliá-lo por completo e, se for o caso, acolhê-lo para julgar improcedente a demanda. Nisso não reside nenhuma atitude negada por lei; ao contrário, resulta da própria essência integrativa da decisão dos embargos de declaração.⁴⁰

Vê-se, pois, que conquanto não seja a modificação da decisão impugnada a finalidade principal dos embargos de declaração, aquela pode se dar em decorrência de sua oposição, a depender de seus fundamentos. O reconhecimento dos efeitos infringentes, longe de ser somente uma discussão acadêmica, tem efeitos práticos inegáveis, porquanto altera não só o teor do pronunciamento embargado como também o rito de processamento dos embargos.

Diz-se isso porque a regra é que não haja contraditório no julgamento dos embargos de declaração. O procedimento dos embargos, insculpido no art. 1.024 do Código de Processo Civil, prevê apenas que ele será julgado em cinco dias pelo juiz ou, no caso de embargos dirigidos aos tribunais, na sessão subsequente à sua apresentação. Sua redação literal diz apenas que o juiz “julgará os embargos em 5 (cinco) dias”. O seu § 1º, de seu turno, trata do procedimento de julgamento dos embargos nos tribunais, ao prescrever que “o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente”. A decisão que julga os embargos, por sua vez, tem a mesma natureza jurídica do pronunciamento judicial impugnado (sentença, decisão interlocutória, acórdão, decisão monocrática). Reconhecida a possibilidade de mudança do pronunciamento embargado, no entanto, com produção do efeito infringente dos embargos de declaração, é imperiosa a intimação da parte adversa para que se manifestasse acerca dos mesmos.

Neste sentido, estabelece o § 2º do art. 1.023 do Código de Processo Civil que “O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

40- *Idem*. p. 546.

Estas eram as considerações que julgávamos pertinentes tecer sobre os embargos de declaração. Sedimentadas as premissas fundantes de nosso trabalho e analisados os instintos jurídicos cuja compreensão se faz necessária para se atingir o escopo deste artigo, é chegado o momento de, finalmente, passarmos às nossas conclusões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exaustivamente exposto e repetido ao longo desse trabalho, três são os traços essenciais à subsunção de um instituto jurídico à definição de recurso: a prolongação do estado de litispendência, a voluntariedade em sua interposição e ser modo de impugnação de decisão judicial.

Os embargos de declaração preenchem o primeiro requisito, porquanto provocam um novo julgamento da decisão omissa, obscura, contraditória ou que apresente erro material dentro do mesmo processo, pelo juiz ou tribunal competente. O prazo para sua apresentação é, portanto, de preclusão e não de decadência, de vez que prazos decadenciais são típicos das ações autônomas de impugnação, que instauram uma nova demanda, o que não se dá com os embargos declaratórios, que demanda nova não criam, apenas prolongam aquela já existente.

Os embargos de declaração são sempre voluntários. A parte que pretender apresentá-lo poderá fazê-lo em cinco dias, sob pena de preclusão. Daí já se vê que cabe à parte decidir se vai ou não opor embargos para impugnar a decisão em que sejam eles cabíveis. Não o fazendo no prazo legal, perde-se essa faculdade. A apresentação de embargos, pois, não depende apenas da existência de vícios de inteligibilidade na decisão, mas igualmente da vontade da parte em querer fazê-lo.

Por último, afigura-se incontroverso que os embargos declaratórios são um meio de impugnação de decisões judiciais. Conquanto não sirvam para anular e, em regra, modificar a decisão fustigada, destinam-se os embargos à eliminação de contradição, esclarecimento de obscuridade, integração de omissão e correção de erro material, buscando o aprimoramento do pronunciamento impugnado, tal como se dá quando se postula a sua reforma ou anulação (com a ressalva de que, neste caso, o aprimoramento não se dá de forma imediata). Anula-se a decisão em que o órgão julgador tenha incorrido em *error in procedendo* para que outra melhor, por observância do correto trâmite processual, seja proferida).

Assim, não de se considerados meios de impugnação de uma decisão judicial aqueles de que se valem as partes para obter o seu aprimoramento, o que se dá quando omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais são sanados pelos embargos de declaração.

Diante destas razões, conclusão inelutável a que chegamos é que os embargos de declaração são, sim, um recurso.

Um recurso peculiar, é verdade, visto que desprovido de algumas características comuns a todos os demais, tais como o efeito devolutivo, e dotado de outras exclusivamente suas, como se dá com a sua própria finalidade, de sanar vícios de inteligibilidade de pronunciamentos judiciais, não partilhada com os demais recursos previstos em lei. Chega-se aqui, portanto, à mesma conclusão da doutrina majoritária, mas por argumentos e razões outras que não apenas afirmar que recurso é porque a lei diz que é. Isso porque salta aos olhos a pobreza deste argumento.

O mero fato de a lei arrolar um instituto como integrante de uma categoria não tem o condão de transmutar sua natureza, mas, isso sim, de determinar a aplicação de um conjunto de normas comuns sobre ele, num verdadeiro e bastante corriqueiro exercício de ficção jurídica. A título meramente exemplificativo, o Código Civil arrola navios e aeronaves como bens passíveis de hipoteca. Isso significa que são estes bens imóveis? Não, apenas que sobre eles incidem, neste particular, o regime hipotecário quando alienados em garantia. Da mesma forma, se apesar do texto da lei, concluísse-se que os embargos não são um recurso, não seria a dicção legal que mudaria esse fato. O que ela poderia fazer, como dito, era determinar a aplicação do regramento dos recursos aos embargos, valendo-se da técnica legislativa da ficção jurídica, mas nunca alterar a essência de uma coisa para transmutá-la noutra, totalmente diferente.

Qual a diferença prática, então, do apontamento da natureza dos embargos de declaração se, de qualquer forma eles estariam submetidos ao regime jurídico declinado em lei? A resposta é simples: fossem os embargos outra coisa que não um recurso, poder-se-ia cogitar da aplicação subsidiária de outras normas legais que disciplinassem institutos outros que lhes fossem afins, exercício mental este que resta prejudicado quando se sabe que a natureza dos embargos é, indubitavelmente, de recurso e que, por conseguinte, não há de se perquirir sobre a aplicação subsidiária doutras normas que não aquelas disciplinadoras dos recursos.

Restando evidente a natureza recursal dos embargos de declaração, restamos classificá-los dentro das categorias dantes examinadas.

Assim sendo, podemos dizer, com segurança, que os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, não cabendo o seu enquadramento nas outras classificações citadas.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 2.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012. vol. 2.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: 2009. vol. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2012. vol. 1.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. vol. 2.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE
VERSA SOBRE COMPETÊNCIA E A DECISÃO QUE NEGA
EFICÁCIA A NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA FASE DE
CONHECIMENTO: UMA INTERPRETAÇÃO SOBRE O AGRAVO
DE INSTRUMENTO PREVISTO NO CPC-2015**

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP.

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.

Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.

Advogado e consultor jurídico.

Fredie Didier Jr.

Mestre em Direito pela UFBA.

Doutor em Direito pela PUC/SP. Livre-docente pela USP.

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.

Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.

Advogado e consultor jurídico.

Resumo: O ensaio examina o cabimento de agravo de instrumento da decisão interlocutória que versou sobre competência no novo Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil – Decisão interlocutória sobre competência – Agravo de instrumento – Recurso cabível.

Riassunto – Il documento esamina la impugnazione della sentenza

interlocutoria (non definitiva) che affronta sul competenza nel nuovo sistema di codice brasiliano di procedura civile.

Parole-chiave – Nuovo Codice brasiliano di Procedura Civile – Sentenza interlocutoria (non definitiva) – Impugnazione.

1. O CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC-2015

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou a figura do agravo retido e estabeleceu um rol de decisões sujeitas a agravo de instrumento. Somente são agraváveis as decisões nos casos previstos em lei. As decisões não agraváveis devem ser atacadas na apelação.

As hipóteses de agravo estão previstas no art. 1.015, CPC; nele, há um rol de decisões agraváveis. Não são todas as decisões que podem ser atacadas por agravo de instrumento.

Esse regime, porém, restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e de cumprimento da sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial. Nestes casos, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento. Também cabe agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em processo de inventário (art. 1.015, par. ún, CPC, para todas essas ressalvas).

Na fase de conhecimento, as decisões agraváveis são sujeitas à preclusão, caso não se interponha o recurso. Aquelas não agraváveis, por sua vez, não se sujeitam à imediata preclusão. Não é, todavia, correto dizer que elas não precluem. Elas são impugnadas na apelação (ou nas contrarrazões de apelação), sob pena de preclusão.

Enfim, há, na fase de conhecimento, decisões agraváveis e decisões não agraváveis. Apenas são agraváveis aquelas que estão relacionadas no mencionado art. 1.015 do CPC.

No referido dispositivo, não há previsão expressa de agravo de instrumento contra decisões que versam sobre competência *na fase de conhecimento*. Se não cabe agravo de instrumento, tal decisão deve, então, ser impugnada na apelação ou nas contrarrazões de apelação. No cumprimento da sentença, no processo de execução e no processo de inventário, todas as decisões interlocutórias são agraváveis, inclusive as que versem sobre competência.

Essa é a primeira conclusão que se obtém de uma rápida leitura dos dispositivos do CPC-2015. É preciso, porém, examinar o assunto com calma. Se realmente não for cabível o agravo de instrumento nessa hipótese, será inútil

toda a discussão sobre o foro de eleição. É que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento da apelação (CPC, art. 1.009, § 1º), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente competente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada.

Não sendo cabível o agravo de instrumento, haverá casos em que a decisão será efetivamente irrecurável, não havendo qualquer meio adequado de impugnação. Imagine-se a hipótese de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecurável, já que o Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados.

Será, então, que não é mesmo cabível o agravo de instrumento contra decisão interlocutória, proferida na fase de conhecimento, que verse sobre a competência? No presente ensaio, o tema é examinado, a fim de se encontrar uma resposta adequada a essa indagação.

2. TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA FASE DE CONHECIMENTO

O elenco do art. 1.015 é *taxativo*. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma *taxatividade legal*.

Somente são impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo. Para que determinada decisão seja enquadrada como agravável, é preciso que integre o catálogo de decisões passíveis de agravo de instrumento. Somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento – não cabe, por exemplo, convenção processual, lastreada no art. 190 do CPC, que crie modalidade de decisão interlocutória agravável.

No sistema brasileiro, não é possível que as partes criem recurso não previsto em lei, nem ampliem as hipóteses recursais. Não há, enfim, recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado, eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial.

Assim, apenas a lei pode criar recursos, de maneira que somente são recorríveis as decisões que integrem um rol taxativo previsto em lei. É o que se chama de *taxatividade*.

3. TAXATIVIDADE E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A *taxatividade* não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.

Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal ou declarativa, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretção substitutiva¹. A interpretação literal consiste em uma das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, em um primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que está inserido².

Havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva³, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Assim, “*se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador)*”⁴.

No sistema brasileiro, há vários exemplos de enumeração taxativa que comporta interpretação extensiva.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços tributáveis admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente⁵.

Com efeito, segundo entende o STJ, “[n]ão se pode confundir (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com

1-CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino, 2007, n. 15.1-15.2, p. 131-135.

2-FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, n. 2.4, p. 78-79.

3- CHIASSONI, Pierluigi. Ob. cit., n. 15.2, p. 133.

4-FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, n. 5.2.2.3, p. 297.

5-STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.089.914/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 2/12/2008, DJe 18/12/2008.

inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.”⁶

Consoante anotado em precedente mais recente, “[a] 1a. Seção desta Corte já orientou que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 é taxativa quanto à incidência de ISS, admitindo-se, em ampliação aos já existentes, apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva.”⁷

O entendimento consolidou-se no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.234/PR, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, que trata dos recursos repetitivos, sobrevivendo a partir daí vários outros julgados no mesmo sentido: a lista é taxativa, mas admite leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar serviços idênticos nos expressamente previstos⁸.

Tal entendimento está, aliás, consolidado no enunciado 424 da Súmula do STJ, que assim está redigida: “É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987”.

Ao âmbito do processo penal, também se entende que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. As hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito são taxativas, mas se admite interpretação extensiva, “desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do CPP”⁹.

As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, previstas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, mas admitem interpretação extensiva¹⁰.

A doutrina especializada adota esse entendimento. Segundo Vicente Greco Filho, “[o] rol legal é taxativo, não comportando ampliação por analogia, porque é exceptivo da regra da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada

6- STJ, 1ª Turma, REsp 920.386/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17/2/2009, DJe 4/3/2009.

7-STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 109.763/GO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/11/2014, DJe 4/12/2014.

8- STJ, 2ª Turma, EDcl no AREsp 182.036/ES, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/6/2014, DJe 18/8/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 118.207/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16/9/2014, DJe 23/9/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.441.427/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 13/5/2014, DJe 19/5/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.442.930/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/5/2014, DJe 20/6/2014.

9-STJ, 6ª Turma, REsp 197.661/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/6/2008, DJe 1º/12/2008. No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma, RMS, 15.470/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 9/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 458.

10-STJ, 6ª Turma, REsp 1.078.175/RO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/4/2013, DJe 26/4/2013.

interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restrita. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita."¹¹ Secunda-o Magalhães Noronha, para quem a taxatividade não significa literalidade, de modo que, "embora o novo caso não se identifique, por suas expressões literais, com os enunciados no texto legal, de ser contemplado na enumeração taxativa, quando se identifique pelo seu espírito, tanto vale dizer que pelos seus fins e efeitos com qualquer um dos casos contemplados no texto legal."¹²

Há, ao lado desses até aqui mencionados, um exemplo histórico, mais relacionado ao Direito Processual Civil, que serve para confirmar que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva.

As hipóteses de cabimento de ação rescisória são taxativas – não há sequer discussão a respeito do assunto na doutrina.

O inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 prevê a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença rescindenda. Nada obstante isso, a doutrina estendia essa hipótese de cabimento para os casos de *reconhecimento da procedência do pedido*, não previsto expressamente, além de corrigir a referência à desistência, que deveria ser lida como *renúncia ao direito sobre o que se funda a ação*. O entendimento é unânime¹³. Às situações descritas no inciso VIII devem ser adicionadas aquelas outras que não estavam expressamente mencionadas, devendo receber o mesmo tratamento. São situações semelhantes, que se aproximam e merecem a mesma solução normativa.

Tudo está a demonstrar, portanto, que a taxatividade admite interpretação extensiva.

4. O INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC-2015 COMO UMA SITUAÇÃO SINGULAR DO TIPO DE DECISÃO QUE VERSA SOBRE COMPETÊNCIA

Nos termos do art. 1.015, III, do CPC, cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem.

11-GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 320. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 619.

12-*Curso de direito processual penal*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 460.

13- Sobre o assunto, longamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 141; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 407-410.

A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é uma situação singular em que se decide, na verdade, sobre competência. A decisão sobre a convenção de arbitragem contém características da decisão sobre competência.

Como se sabe, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Em outras palavras, a convenção de arbitragem é o gênero, do qual há duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Em virtude da convenção de arbitragem, transfere-se o litígio para a competência do árbitro. É este quem deve examinar a disputa entre as partes. Se o juiz rejeita a alegação de convenção de arbitragem, está decidindo sobre sua competência para julgar o caso. Se a acolhe, entende que o árbitro é o competente. Trata-se, inegavelmente, de uma decisão sobre competência.

Qualquer decisão sobre alegação de convenção de arbitragem é impugnável, quer seja ela acolhida (apelação), quer tenha sido ela rejeitada (agravo de instrumento). A decisão que examina a alegação de incompetência é, em regra, decisão interlocutória – acolhendo-a ou rejeitando-a; o processo não se extingue, no máximo sendo reencaminhado ao juízo competente, caso a alegação tenha sido acolhida¹⁴.

A decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta. O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, à sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional.

Embora taxativas as hipóteses de agravo de instrumento, aquela indicada no inciso III do art. 1.015 do CPC-2015 comporta interpretação extensiva para incluir a decisão que versa sobre competência. Comparando-se as hipóteses, chega-se à conclusão que elas se equiparam.

14- Ressalvados os excepcionais casos em que a incompetência leva à extinção do processo: Juizados Especiais e a incompetência internacional.

Segundo Leonardo Greco, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal – incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – que prevê a garantia de duração razoável do processual, revogou tacitamente o disposto nos incisos II e III do art. 51 da Lei nº 9.099/1995, eis que a inadmissibilidade do procedimento ou a incompetência do foro não pode ser motivo de extinção do processo, mas de simples determinação de remessa dos autos ao juízo competente, com o aproveitamento dos atos praticados e a preservação dos efeitos substanciais e processuais da demanda (“*Translatio iudicii e reassunção do processo*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, dez. 2008, v. 166, p. 21).

Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico.

A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência são situações que se identificam e se assemelham. Por se assemelharem muito, devem ter o mesmo tratamento. Em razão do princípio da igualdade (CPC, art. 7º), ambas não podem, nesse ponto, ser tratadas diferentemente. A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer, em juízo, o direito fundamental ao juiz natural – juiz competente e imparcial, como se sabe.

As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são *taxativas*, o que não impede a interpretação extensiva de algumas daquelas hipóteses. A decisão que rejeita a convenção de arbitragem é uma decisão sobre competência, não sendo razoável afastar qualquer decisão sobre competência do rol de decisões agraváveis, pois são hipóteses semelhantes, que se aproximam, devendo receber a devida graduação e submeter-se ao mesmo tratamento normativo.

Pela mesma razão, é preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência.

5. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGA EFICÁCIA A NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.

O presente ensaio restringiu-se a demonstrar que a decisão interlocutória que, na fase de conhecimento, versa sobre competência é impugnável por agravo de instrumento, pois é abrangida pelo inciso III do art. 1.015 do CPC.

Na verdade, o presente ensaio trata de apenas *um* exemplo, e não *do* exemplo. É possível imaginar outros exemplos. A interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.

É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-

se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta. Adotada a interpretação literal, não se admitindo agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, se adota a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais.

A interpretação extensiva permite que, na mesma hipótese (decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem), se encaixe a decisão que recusa eficácia ou não homologa negócio processual.

Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. Como vimos, a decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis.

Assim, por exemplo, se o juiz negar-se a homologar a desistência da ação, será cabível agravo de instrumento, e não mandado de segurança para que se possa ter a extinção do processo sem resolução do mérito. Seria absurda a situação de o autor desistir, o juiz não homologar a desistência e o processo prosseguir, mesmo contra a vontade do autor, sem a possibilidade de impugnação imediata. A própria apelação contra eventual sentença seria bem esquisita.

Outro exemplo. As partes convencionam sobre a suspensão do processo. O juiz, a despeito disso, não suspende o processo. Nada justifica que essa decisão não seja recorrível imediatamente – ela é, substancialmente, uma decisão que nega eficácia a um negócio processual, exatamente a mesma situação da decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem. A interpretação extensiva impõe-se, também aqui.

Mais um exemplo. As partes escolhem consensualmente o perito. O juiz ignora o acordo e nomeia perito distinto do escolhido. Está-se diante de um caso claro de rejeição de eficácia de um negócio processual. A não impugnação imediata praticamente elimina o direito de autorregramento que a lei processual confere às partes.

São todas decisões que se assemelham e se identificam, devendo ter o mesmo tratamento. Em razão do princípio da igualdade (CPC, art. 7º), todas não podem, nesse ponto, ser tratadas diferentemente.

Convém lembrar, finalmente, que o art. 200 do CPC é claro ao determinar que as declarações de vontade (unilaterais ou bilaterais) das partes são imediatamente eficazes, ressalvada regra em sentido diverso.

BREVES COMENTÁRIOS À COOPERAÇÃO NACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Murilo Teixeira Avelino

Mestrando em Jurisdição e Processo Civil e Constitucional pela
Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito
Constitucional. Advogado e professor. Contato: mtavelino@gmail.com

RESUMO: o Novo Código de Processo Civil inaugura capítulo denominado de Cooperação Nacional. Sem previsão no Código de 1973, diversos preceitos constantes da novel legislação estão consagrados desde 2011 na Recomendação nº 138 de 2011 do CNJ. O ensaio pretende tecer breves comentários a respeito do tema, esclarecendo as bases deste instrumento de grande utilizada para a prestação da atividade jurisdicional.

Palavras chave: Cooperação Nacional. Novo Código de Processo Civil. Procedimento.

1. ARCABOUÇO NORMATIVO DA COOPERAÇÃO NACIONAL.

Os artigos 67 a 69 do Código de Processo Civil de 2015 trazem tema antes não regulado pela legislação processual. Trata-se de capítulo dedicado à Cooperação Nacional. Inspirado na Recomendação nº 38 de 2011 do Conselho Nacional de Justiça e nos atos de cooperação internacional objeto de estudo já aprofundado nos temas de Direito Internacional, visa reduzir os trâmites burocráticos para a comunicação entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, favorecendo a prestação da atividade jurisdicional em um prazo razoável. A valorização do diálogo impulsionada pelo Novo Código de Processo Civil não se dá somente entre os sujeitos do processo, mas também na esfera administrativa do Judiciário, consolidando o princípio da eficiência consagrado na Constituição de 1988.

Inova o legislador instituindo um *dever de recíproca cooperação* entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 67 do NCPC)¹. Embora haja opinião em contrário², entendemos que tal *cooperação* não se infere diretamente do *princípio da cooperação processual* inserido no art. 6º, ainda que, indiretamente, certos elementos conformem o seu conteúdo. É que este princípio trata da cooperação entre os sujeitos do processo, regulando as relações que se desenvolvem *endoprocessualmente* entre juiz, partes e demais atores. Em verdade, nos parece que o dever de recíproca cooperação possui relação muito mais direta e mais serve à concretização dos *princípios da eficiência* – consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição da República e no art. 8º do NCPC – e da *razoável duração do processo*, também com sede constitucional – art. 5º, LXXVIII da Constituição da República e no art. 4º do NCPC.

Possível afirmar, então, que o arcabouço normativo do *dever de recíproca cooperação* repousa no *modelo cooperativo de processo* consolidado a partir do novo código, informado por todos os princípios processuais acima mencionados conquanto não diretamente e não somente pelo princípio da cooperação.

Trata-se de reforço à ideia de *administração gerencial* do Poder Judiciário, impondo a cooperação para a prestação da atividade jurisdicional de forma mais célere e eficaz, buscando atingir os resultados máximos no menor tempo e com dispêndio mínimo de valores. A *cooperação* que aqui se trata é uma cooperação administrativa entre os órgãos do Judiciário em qualquer grau de jurisdição que tem por escopo tornar mais eficiente a administração da justiça e, como consequência, tornar a prestação da tutela jurisdicional também mais eficiente. Nesse sentido: “O ponto central aqui é viabilizar maior agilidade e eficiência no trâmite processual por meio de uma mútua assistência entre magistrados e servidores brasileiros.”³

Não só isso, a doutrina já reconheceu a possibilidade dos atos de cooperação serem efetivados entre o árbitro e o juízo estatal. É o que afirma o Enunciado nº 5 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 69, § 3º) O pedido de cooperação jurisdicional poderá ser realizado também entre o árbitro e o Poder Judiciário. (Grupo: Arbitragem)”

1-Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

2-SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao art. 67 do NCPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 243

3-FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil – Temas inéditos, mudanças e supressões**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 94

De atentar, ainda: o art. 67 impõe o *dever de recíproca cooperação* a todos os “órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores”. Isso não se confunde com a necessidade de que em todo o processo haja a prática de um ato de cooperação. De fato, tal ato só será praticado caso necessário ao melhor andamento da marcha processual. O que se impõe, todavia, é que haja disponibilidade estrutural e via de contato aberta entre os diversos órgãos do Poder Judiciário para que o diálogo entre eles seja amplo e efetivo, com vistas a agilizar a prática dos atos requeridos na *rede de cooperação institucional de âmbito nacional* (chamada pela Recomendação nº 38 do CNJ de Rede Nacional de Cooperação Judiciária).

A cooperação ora tratada será materializada através dos *pedidos de cooperação jurisdicional*, tratados na forma dos arts. 68 e 69 do NCPC.

2. A RECOMENDAÇÃO Nº 38 DE 2011 DO CNJ.

A inspiração na Recomendação nº 38 de 2001 do CNJ⁴ é patente. Consagrou o NCPC o conteúdo que já constava, com algumas alterações redacionais, neste ato normativo, visando desburocratizar e agilizar a atuação do Judiciário. Nela se baseia o capítulo da “Cooperação Nacional” no NCPC. A referência à tal recomendação corrobora com o entendimento de que se trata de uma *cooperação administrativa*, em vista que nas suas *considerações* há menção expressa à possibilidade de o CNJ “regulamentar a atuação administrativa do Judiciário” e recomendação para que os tribunais adotem mecanismos de cooperação “para harmonização e agilização de rotinas e procedimentos forenses, fomentando a participação dos magistrados de todas as instâncias na *gestão judiciária*” (grifamos). A resolução visa a implementação de uma Rede Nacional de Cooperação Judiciária, formada por Núcleos de Cooperação Judiciária e os chamados *Juízes de Cooperação*.

Os Juízes de Cooperação, segundo a própria Recomendação, terão a função de facilitar a prática de atos de cooperação judiciária e integrarão a Rede

4-Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1230>> Acesso em 25/06/2015.

Nacional de Cooperação Judiciária⁵. Todos os pedidos de cooperação judiciária serão encaminhados, diretamente, ou por meio do Juiz de Cooperação.

3. A COOPERAÇÃO NACIONAL COMO ATO EVENTUAL DO PROCEDIMENTO.

Os pedidos de *cooperação jurisdicional* não servem à modificação do procedimento⁶. Em verdade, ainda que haja a consagração do *princípio da adequação processual* no Novo Código de Processo Civil (art. 139, VI), sob as vestes de cooperação judicial não se pode criar ou suprimir etapas sem que haja autorização expressa no regramento geral do Código ou em negócio processual (art. 190 do NCPC). A cooperação aqui é para a prática de atos processuais, com o escopo de efetivá-los de forma mais eficiente, não para alterar, de forma indevida, o procedimento. A prática de atos em cooperação jurisdicional é etapa prevista, conquanto não necessária, do procedimento comum.

Deve-se afirmar, nesse ínterim, a impossibilidade de delegação de atos decisórios. Andou mal o legislador ao se referir à possibilidade de delegação de “qualquer ato processual” na redação do art. 68. De fato, deve o dispositivo ser interpretado tendo em conta a regra da indelegabilidade dos atos decisórios. Estes se relacionam intimamente com o princípio do juiz natural, decorrendo daí a reserva absoluta de lei para que se institua competência decisória. Só é possível a cooperação jurisdicional para a prática de atos instrutórios, diretivos e executórios⁷, conforme se verifica, inclusive, do rol constante no art. 69, §2º do NCPC.

5-São deveres específicos desses magistrados, conforme o art. 7º da Recomendação nº 38 de 2011 do CNJ: Art. 7º O Juiz de Cooperação tem por deveres específicos:

I – fornecer todas as informações necessárias a permitir a elaboração eficaz de pedido de cooperação judiciária, bem como estabelecer os contatos diretos mais adequados;

II – identificar soluções para os problemas que possam surgir no processamento de pedido de cooperação judiciária;

III – facilitar a coordenação do tratamento dos pedidos de cooperação judiciária no âmbito do respectivo Tribunal;

IV – participar das reuniões convocadas pela Corregedoria de Justiça, pelo Conselho Nacional de Justiça ou, de comum acordo, pelos juízes cooperantes;

V – participar das comissões de planejamento estratégico dos tribunais;

VI – promover a integração de outros sujeitos do processo à rede de cooperação;

VI – intermediar o concerto de atos entre juízes cooperantes.

§ 1º Sempre que um juiz de cooperação receber, de outro membro da rede, pedido de informação a que não possa dar o seguimento, deverá comunicá-lo ao magistrado de cooperação ou ao membro da rede mais próximo para fazê-lo.

§ 2º O Juiz de Cooperação deve prestar toda a assistência para contatos ulteriores.

6-Art. 68. Os juízes poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual

7- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – vol. 1**. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 175-177; 182-185.

Corroborar com este entendimento o art. 1º da Recomendação nº 38 do CNJ, onde grifamos: “Art. 1º Esta Recomendação dispõe sobre cooperação nacional, ativa, passiva e simultânea, entre os órgãos do Poder Judiciário da União e dos Estados, no âmbito das respectivas competências, observado sempre o princípio do juiz natural.”

De perceber, então, caso ocorra a prática de qualquer ato de cooperação revestido de conteúdo decisório, tratar-se-á de ato praticado por juiz incompetente e, portanto, viciado, devendo submeter-se ao regramento do art. 64, §4º do NCPC⁸. Em outras palavras: conquanto não seja possível haver cooperação jurisdicional para que juiz incompetente decida, caso um ato praticado sobre a forma de ato de cooperação tenha conteúdo decisório que invada a competência do juízo requerente, só haverá invalidade se expressamente decretada por este juízo competente que pode, todavia, aproveitar o ato⁹. Observe-se, nesta linha, o Enunciado 238 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 64, caput e §4º) O aproveitamento dos efeitos de decisão proferida por juízo incompetente aplica-se tanto à competência absoluta quanto à relativa. (Grupo: Competência e invalidades processuais)”.

Há que se atentar, todavia, aos atos praticados em cooperação que exijam do órgão requerido a tomada de decisão, incidentalmente, ao longo da diligência. É o exemplo da produção de prova pericial concertada através de atos de cooperação, dispensando a *perícia por carta* (art. 465, §6º do NCPC). Neste caso, dada a possibilidade de nomeação do perito no juízo requerido, este haverá de decidir sobre a nomeação do profissional e em caso de eventual escusa ou recusa, além da admissão de quesitos suplementares ou da liberação de adiantamento do valor arbitrado para os honorários. Perceba-se que tais atos possuem conteúdo decisório, conquanto se refiram, somente, ao ato objeto da cooperação.

Neste caso, não há propriamente *delegação do poder-dever de decidir*, pois que o órgão delegatário competente para a prática do ato – ainda que em virtude de delegação através do ato de cooperação – o é também para decidir durante sua prática. É preciso atentar a esta nuance.

8- Art. 64, § 4º. Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

9-Sob a égide do CPC/73 havia entendimento de que devia ser declarada a nulidade dos atos decisórios praticados por Juízo incompetente, sendo, por outro lado, permitida a ratificação dos atos instrutórios que, inclusive, poderiam ser objeto de delegação (STJ, HC 159252, Relatora Convocada Ministra Marilza Maynard, 6ª Turma, DJ 10/10/2014). O Novo Código de Processo Civil estende a possibilidade de aproveitamento também aos atos decisórios.

4. DAS FORMAS DE COOPERAÇÃO JURISDICIONAL EM ROL NÃO EXAUSTIVO.

Cuida o *caput* do art. 69¹⁰ de explicitar as diversas formas pelas quais se dará a cooperação jurisdicional entre diferentes órgãos jurisdicionais de quaisquer dos ramos do Poder Judiciário e/ou juízos arbitrais.

Antes de adentrar nas hipóteses listadas, deve-se ter em mente que apesar de o pedido de cooperação jurisdicional dever ser prontamente atendido e prescindir de forma específica, não se retira dos magistrados delegatários o controle de validade dos atos. Assim, mesmo acertados os atos de cooperação, deve ser negado o atendimento do pedido caso se verifique algum defeito apto a levar a decretação de invalidade (defeito mais prejuízo).

De suma importância também a referência ao art. 2º da Recomendação nº 38 de 2011 do CNJ, onde grifamos: “Art. 2º Os pedidos de cooperação jurisdicional deverão ser prontamente atendidos. Parágrafo único. O processamento dos pedidos será informado pelos *princípios da agilidade, concisão, instrumentalidade das formas e unidade da jurisdição nacional, dando-se prioridade ao uso dos meios eletrônicos.*”

Tais princípios devem reger a aplicação dos institutos adiante comentados.

O *auxílio direto* está regulado nos arts. 28 a 34 do NCPC, em seção inserida no capítulo referente à cooperação internacional. Podemos aplicar a analogia para, no que couber, aplicar a regulação ao auxílio direto em cooperação jurisdicional nacional. Trata-se de uma modalidade de cooperação que “dispensa o juízo de delibação e maiores formalidades”¹¹. De fato, o mesmo

10-Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1o As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2o Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3o O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

11-THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 135

raciocínio da Cooperação Internacional pode ser aqui aplicado: o auxílio direto representa uma forma mais simples e ágil (se comparada às *cartas*) de cooperação, neste caso, entre os diversos órgãos do Judiciário brasileiro¹².

A doutrina internacionalista vê como elemento de distinção entre o auxílio direto e as cartas rogatórias, a menor complexidade daquele e a desnecessidade de deliberação dos pedidos de cooperação formulados pela autoridade estrangeira¹³. Não parece haver tal distinção no que concerne à cooperação nacional. A medida requerida, mormente em face do *caput* do art. 39, deve ser cumprida prontamente, dispensando-se qualquer juízo apreciativo de seu conteúdo por parte do órgão destinatário, que somente detém o controle de validade do ato. Assim, nos parece que a previsão do auxílio direto aqui serve somente para possibilitar atos de cooperação através de instrumentos mais informais, sem a necessidade de cumprir o rito das cartas previsto no Novo Código de Processo Civil (arts. 260 a 268).

Em face do art. 30 do NCPC, o auxílio direto na cooperação nacional serve aos atos de comunicação processual; à obtenção de informações a respeito de normas específicas estaduais, municipais ou regimentais e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; à colheita de provas; a qualquer outra medida judicial ou extrajudicial que não implique usurpação de competência da autoridade requerida.

Cabe atentar, antes de nos debruçarmos sobre os demais incisos do rol do art. 69, que nos termos do art. 377 c/c art. 313, V, “b”, ambos do NCPC, a carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa quando, tendo sido requeridos antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada for imprescindível à prolação da sentença de mérito.

Quanto à possibilidade de reunião ou apensamento de processos, deve ser vista com cautela. Dela pode decorrer hipótese de reunião em um único juízo de uma enorme quantidade de processos. Isso porque, de acordo com o §3º do art. 55 do NCPC, “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”, o que denota uma importante função da norma inscrita no inciso II do art. 69.

12-Adaptando-se a lição de ARAUJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 2008. p. 46

13-POLIDO, Fabricio B.P. **Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.73

Ao que faz crer o dispositivo, pode ser objeto da cooperação a reunião de todas as causas que versem sobre uma determinada matéria de direito em um único órgão julgador prevento (art. 58), como forma de evitar decisões conflitantes entre si. Em face à valorização dos precedentes judiciais no NCPC, a cooperação jurisdicional serve como mais um instrumento apto ao controle das expectativas e da segurança jurídica.

Outro exemplo de aplicação do dispositivo é a possibilidade de reunir processos que versem sobre uma mesma questão de fato, facilitando a instrução probatória e aproveitando as provas produzidas a todos. Em caso da necessidade de uma perícia muito custosa, por exemplo, possível a reunião dos processos para facilitar a sua produção, distribuindo-se o ônus financeiro entre todos os interessados.

Ainda, esta forma de cooperação pode servir ao “julgamento de processo em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos” (art. 12, §2º, II, NCPC), exceção expressa à ordem cronológica de julgamento consagrada no art. 12 do NCPC, prestigiando-se a economia processual.

No que refere à prestação de informações, trata-se de uma forma de cooperação extremamente ampla. Impossível, em abstrato, delimitar o rol de *informações* que podem ser objeto de cooperação. Não se tratando de informações sigilosas, é de se admitir seu conhecimento aos demais órgãos do Judiciário. Importante lembrar que a prática eletrônica de atos processuais (art. 193 e ss., NCPC) serve de indispensável instrumento facilitador da troca de informações entre os diversos órgãos do Judiciário, conforme o art. 2º da Recomendação nº 38/2011 do CNJ.

Ao mencionar os atos concertados entre os juízes cooperantes, o legislador autorizou que a prática de qualquer ato instrutório, executório ou diretivo seja objeto de acerto entre juízes cooperantes. O rol do §2º somente exemplifica tais atos, que não podem ter qualquer caráter decisório, sob pena de configurar-se vício de competência, como explicado anteriormente.

Por fim, deve-se destacar que o art. 69 não é redigido de forma a limitar as formas de cooperação jurisdicional. Tanto o rol do *caput* (concernente às formas de cooperação) quanto o rol de medidas do §2º (aptas a figurar como objeto de *atos concertados entre juízes cooperantes*) são exemplificativos. É o que decorre tanto da própria redação dos dispositivos quanto da aplicação direta das normas fundamentais consagradas no NCPC, dentre elas os

princípios da eficiência e da razoável duração do processo, além do princípio da adequação processual.

5. COMUNICAÇÃO ATRAVÉS DE CARTA.

O §1º do art. 69 afirma que a comunicação através das cartas deve se dar com respeito ao regime previsto no NCPC (arts. 236 e 237; 260 a 268). Assim, quando for hipótese de comunicação dos atos de cooperação que exigem a utilização deste instrumento, todas as formalidades necessárias à sua correição devem ser respeitadas, sob pena de o eventual vício levar à recusa ao seu cumprimento, nos termos do art. 267. O mesmo raciocínio se aplica à carta arbitral, conforme o Enunciado nº 4 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 69, § 1º) A carta arbitral tramitará e será processada no Poder Judiciário de acordo com o regime previsto no Código de Processo Civil, respeitada a legislação aplicável. (Grupo: Arbitragem)”.

Nem todas as hipóteses de atos de cooperação se darão por carta, como é possível perceber com a previsão do auxílio direto. Ainda, os instrumentos de cooperação instituídos entre os órgãos do Judiciário podem dispensar tais formalidades, em face do rol meramente exemplificativo dos instrumentos de cooperação listados no *caput* do art. 69.

Por exemplo, o parágrafo único do art. 237 do NCPC determina a utilização de carta dirigida ao juízo estadual caso “o ato relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior houver de ser praticado em local onde não haja vara federal”. Contudo, se o acerto entre os juízes cooperantes regular forma diferente de comunicação que não por carta, é possível que a prática deste ato se faça pelo meio *atípico*.

Em resumo: afora as hipóteses de dispensa legal ou convencional das cartas (que podem instituir formas de cooperação atípicas acertadas entre os órgãos cooperantes), verificando-se a necessidade de sua utilização, deve ser respeitado o procedimento geral dos arts. 236 e 237; 260 a 268 do NCPC.

BIBLIOGRAFIA.

ARAÚJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 2008.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – vol. 1**. Salvador: JusPodivm, 2015.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil – Temas inéditos, mudanças e supressões**. Salvador: JusPodivm, 2015.

POLIDO, Fabricio B.P. **Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013

SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao art. 67 do NCPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO OMISSA EM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: UMA ANÁLISE DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES DO CPC/1973 AO CPC/2015¹

Ravi Peixoto²

Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Procurador do Município de João Pessoa

Resumo: O presente artigo tem por objetivo o estudo sobre as soluções existentes no caso de decisão omissa sobre os honorários advocatícios que tenha transitado em julgado. Sob a égide do CPC/1973, o tema era bastante polêmico na doutrina e na jurisprudência, tendo sido resolvido pelo CPC/2015. Havendo posicionamento legislativo, cabe, agora, outro desafio, que é o estudo das consequências do cabimento de uma ação própria para a cobrança dos honorários.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Decisão omissa. Trânsito em julgado. Ação própria.

Abstract: The present paper has as objective the study of the solutions related to the cases where the judge does not express judges the requested honorary from the lawyer and there is res judicata in the point. In the Civil Procedure Code of 1973, the theme was very polemic in the doctrine and the jurisprudence, but the Civil Procedure Code of 2015 solved it. Now, the problem is to seek the consequences that exists now that is possible to seek the honorary in a new action.

Keywords: Honorary. Res Judicata. New action.

1-Este texto foi originalmente publicado em: PEIXOTO, Ravi. O trânsito em julgado da decisão omissa em relação aos honorários advocatícios: soluções possíveis, a adotada pelo CPC/2015 e as suas consequências. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; FURTADO, Marcus Vinicius. (Org.). Honorários advocatícios. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 909-922.

2-Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Procurador do Município de João Pessoa.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 85, do CPC/2015, a sentença condenará o vencido a pagar honorários advocatícios ao advogado do vencedor. Assim, há verdadeiro dever na condenação em honorários, nos termos do princípio da causalidade. Ocorre que, por vezes, a sentença é omissa sobre o tema, não havendo a referida condenação.

Sob o prisma do CPC/1973, há forte polêmica doutrinária e jurisprudencial do que deve ser feito nos casos em que essa omissão não é sanada até o momento do trânsito em julgado. Existem, basicamente, quatro correntes: a) há formação da coisa julgada implícita pela improcedência; b) promoção de liquidação de sentença para o arbitramento de honorários; c) é possível o ajuizamento de ação própria com o objetivo de cobrar esses valores e d) bastaria mera petição para que houvesse decisão sobre o tema. O CPC/2015 adota expressamente a terceira corrente.

O objetivo deste artigo é, partindo da fixação de algumas premissas, analisar, criticamente, as quatro correntes identificadas e, posteriormente, a adotada pelo CPC/2015 e as consequências desse novo posicionamento.

2. TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA

A teoria dos capítulos da sentença indica a possibilidade de que cada decisão seja formada por tantos capítulos quantas forem as decisões. Basta que cada uma possa ser considerada como uma *unidade elementar autônoma*, em termos de requerer uma deliberação específica, para que possa ser considerada capítulo de sentença. Este capítulo pode ter natureza material ou processual, sendo irrelevante que possa ser alvo de processo autônomo.³

Para a análise do referido ensaio, importa analisar os tipos de capítulos no que tocam à relação de dependência ou independência entre eles.

O primeiro caso é o dos capítulos independentes, assim considerados pelo fato de poderem ser alvo de ações autônomas, havendo apenas eventual junção destes em ação processual única.⁴ Em geral, são representados pelos casos da cumulação simples de pedidos.

3-DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34. A construção da teoria dos capítulos no direito brasileiro adveio do desenvolvimento teórico realizado por Enrico Tullio Liebman em famoso ensaio: LIEBMAN, Tullio. “Parte” o “capo” di sentenza. **Rivista di diritto processuale civile**. Pádua: Cedam, 1964, v. XIX.

4-Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do significado de autonomia dos capítulos lhe concede dois significados, quais sejam a) a possibilidade de que cada um deles seja objeto de um processo separado e b) a possibilidade de regência de cada um deles por pressupostos próprios. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença...** cit., p. 43). No entanto, para evitar confusões de nomenclatura, utiliza-se a conceituação de autonomia para a segunda possibilidade, deixando, para o primeiro, a nomenclatura de capítulos independentes.

Os capítulos dependentes seriam aqueles que teriam sua análise vinculada, subordinada a outro. Um exemplo seria o dos juros legais, os quais só são devidos e analisados se o pedido principal for acolhido; assim, a sua análise estaria vinculada e determinada pela análise do capítulo condicionante. Não sendo provido o capítulo principal, os juros seriam *implicitamente* rejeitados, restando prejudicada a sua análise. Como bem afirma Costa Fernandes, essa “dependência decorre da impossibilidade lógica de subsistir determinado capítulo quando um outro tiver sido negado”⁵.

Para tratar de capítulos condicionantes e dependentes, é necessário formular um exemplo: se A entra com uma demanda realizando uma cumulação de pedido em que haja um principal e um sucessivo, por exemplo, realizando um pedido de reconhecimento de paternidade e o de alimentos. O pedido de reconhecimento de paternidade será o condicionante, pois condiciona a análise do pedido de alimentos, no sentido de que este só será analisado se o primeiro for provido.

Portanto, percebe-se que o capítulo condicionante pode impedir ou determinar o julgamento do capítulo dependente, ou seja, ele pode ser preliminar ou prejudicial,⁶ havendo uma relação de dependência do dependente para com o condicionante. São geralmente representados pela cumulação sucessiva, pela subsidiária e, ainda, pelos denominados “pedidos implícitos”.

Pode, ainda, haver uma cisão quantitativa, ou seja, em uma pretensão formalmente única, caso esta seja suscetível de divisão, de contagem numérica, em especial, em dinheiro.

2.1. Especificamente os pedidos implícitos na teoria dos capítulos de sentença

Em geral, o pedido há de ser certo (art. 322, CPC/2015) e, muito embora se admita a sua interpretação, de acordo com o princípio da boa-fé (§2º, do art. 322, CPC/2015) não deve o magistrado considerar pedidos que não foram formulados (art. 490, CPC/2015). Por exemplo, se a parte requer tão somente danos materiais, não pode presumir o magistrado que veio a requerer a parte, também, os danos morais. Seria uma violação tanto do princípio dispositivo, como do direito ao contraditório e a ampla defesa do réu, que não teria tido oportunidade de discutir um pedido não requerido pela outra parte.

5-COSTA FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da. **Capítulos de sentença**. Tese de Mestrado: USP, 2002, p. 74.

6-Sobre esses conceitos, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Tese de livre docência. Rio de Janeiro: 1967.

No entanto, a necessidade de o pedido ser certo, expresso, comporta exceções. Há uma categoria que parcela da doutrina denomina de pedidos implícitos, que seriam aqueles que devem ser considerados pelo magistrado a despeito de não haver menção a eles nos arrazoados das partes.⁷ Assim, mesmo que haja omissão das partes, há o dever de o magistrado considerar aquele direito da parte em sua decisão. Destaque-se, por outro lado, que essa denominação é criticada por parte da doutrina afirmando que, nessas hipóteses, não há pedido, “mas apenas autorização da lei para que o juiz, em determinados casos, possa infringir a regra da inércia e da congruência, deferindo tutela não demandada pelas partes”.⁸ De qualquer forma, essa nomenclatura será utilizada por estar consagrada e por não haver nomenclatura diversa para essas tutelas que prescindem de requerimento das partes.

Independente da nomenclatura, consideram-se incluídos, nessa categoria, dentre outras hipóteses, os honorários advocatícios (§1º, do art. 322, do CPC/2015),⁹ as despesas processuais (§1º, do art. 322, do CPC/2015), a correção monetária (§1º, do art. 322, do CPC/2015), a condenação referente às prestações sucessivas nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de trato sucessivo (art. 323, do CPC/2015) etc.

Esses “pedidos”, enquanto inseridos na teoria dos capítulos de sentença, possuem sempre um caráter condicionado ao direito material. Assim, os honorários e as despesas processuais são dependentes do princípio da causalidade, em geral, decorrente da vitória acerca do pedido relacionado ao direito material,¹⁰ a condenação ao pagamento de prestações sucessivas ao acolhimento do pedido condenatório relativo às parcelas anteriores.

Caso o pedido condicionante não seja acolhido, o condicionado, de certa forma, mesmo que a ele não haja menção, sequer será analisado. Se a parte for sucumbente, não terá direito aos honorários e, se teve o pedido condenatório rejeitado, não há necessidade de menção às prestações sucessivas. Mesmo que tenha havido requerimento expresso nas petições das partes, não se deve considerar omissa decisão que não analisa o pedido condicionante. Seria até

7-CARVALHO, Milton de Paulo. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 101-102.

8-MACHADO, Marcelo Pacheco. **A correlação no processo civil**: relações entre a demanda e a tutela jurisdicional. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 141-142.

9-Esse entendimento é adotado pela jurisprudência pátria desde o período de vigência do CPC/1939, consoante se infere do enunciado n. 256 da jurisprudência dominante do STJ, que assim dispõe: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

10-Sobre o tema, demonstrando que nem sempre a condenação de honorários está relacionada com o vitorioso na demanda, cf.: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Honorários de sucumbência e princípio da causalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, v. 23, 2005.

redundante admitir o cabimento de eventual embargos de declaração para requerer o óbvio, qual seja, a mera declaração de que aquele pedido sequer precisará ser analisado pela relação de dependência entre os pedidos.

Nos casos em que eles devem ser considerados na sentença, há verdadeiro dever a que o magistrado os analise. Em não o fazendo, haverá o que se denomina de *omissão ontológica indireta*, em que o ato judicial deixa de se manifestar sobre questão que, a despeito de não ser suscitada pelas partes, deve ser considerada pelo magistrado.¹¹ Nessas situações, abre-se o caminho para o cabimento dos embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, do CPC/2015.¹²

3. DECISÃO OMISSA E OS MEIOS PARA A SUA SANÇÃO

O estudo da decisão omissa precisa partir, inicialmente, da consideração de que a omissão pode ocorrer em cada um dos elementos das decisões e cada uma delas prova consequências diversas. Assim, a omissão pode ocorrer no relatório, na fundamentação e no dispositivo.

A omissão de relatório, por mais que este elemento ganhe importância na teoria dos precedentes,¹³ não parece gerar defeito apto a causar a anulação da referida decisão.¹⁴ Não parece adequada a decretação de nulidade da decisão caso esteja adequadamente fundamentada e devidamente decidida pela ausência do relatório. De fato, tal situação irá dificultar sua utilização como precedente, mas não implica a existência de defeito apto a gerar a decretação de nulidade.

Na fundamentação, a omissão pode ocorrer de três formas. Na primeira, simplesmente não há nenhuma fundamentação na decisão; na segunda, tem-se omissão parcial, em que o juiz não analisa alguma questão de fato ou de direito,

11-MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 399, set./out.-2008, p. 173. Com a mesma conclusão, muito embora sem fazer referência à terminologia mencionada, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. V, p. 553.

12-Art. 1021. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: (...) II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento

13-CUNHA, Leonardo Carneiro da. Recursos repetitivos. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: RT, 2013, p. 257; TAVARES JÚNIOR, Eraldo Ramos. Juizados especiais, precedente judicial e a importância do relatório: uma homenagem a esse desprestigiado elemento da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 222, 2013.

14-Em sentido contrário, cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V, p. 67.

aqui entendida como ponto duvidoso relevante para a composição do litígio¹⁵ e, na terceira, tem-se omissão quanto aos argumentos relevantes utilizados pelas partes para cada uma das questões de fato e de direito. Há de se apontar a grande valorização desse aspecto da decisão pelo CPC/2015 ao destacar, no §1º, do art. 489 o que se considera uma decisão não fundamentada. Em qualquer dos casos, tem-se um vício no plano da validade, podendo levar à decretação de nulidade da decisão por meio da ação rescisória.¹⁶

A ausência de dispositivo na decisão, por sua vez, implica a inexistência desta. Ou seja, mesmo que haja relatório e fundamentação, a ausência de dispositivo implica a inexistência jurídica da decisão.¹⁷ Como destaca a doutrina, “É no dispositivo que reside o comando que caracteriza a sentença. Sentença sem dispositivo é ato inexistente – deixou de haver sentença”.¹⁸ Caso essa omissão seja parcial, o ato em si deve ser considerado existente, no entanto, considerando a teoria dos capítulos de sentença, cada capítulo omissos será juridicamente inexistente.

Em qualquer um dos casos, o meio com maior aptidão para sanar o vício de forma imediata são os embargos de declaração. O problema surge quando o processo transita em julgado, não havendo mais prazo para recurso. No caso do relatório, não haveria nenhum instrumento apto a solucionar a existência do defeito e, no caso da fundamentação, é possível, em certas hipóteses, a admissão do cabimento da ação rescisória.

O grande problema, e que será alvo de estudo específico neste artigo, com mais detalhamento no que trata a questão dos honorários advocatícios é qual o remédio jurídico processual apto a sanar omissão no dispositivo. Neste texto, será feita, inicialmente, uma análise da atual situação da temática a partir do CPC/1973 e, posteriormente, ponderações críticas da solução proposta pelo CPC/2015.

15-MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. **Temas de direito processual** – 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 244.

16-DIDIER JR., Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. CARVALHO, Milton de Paulo (coord). **Direito processual civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 267-269; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil...** cit., p. 66-67.

17-GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 102.

18-SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 402. Estranhamente, o mesmo autor indica que a sentença *citra petita* seria “inefcaz e nula” (p. 403). De fato, a sentença *citra petita* existe, mas aquele capítulo não decidido será inexistente. De qualquer forma, não parece adequado falar em nulidade ou ineficácia. O que se tem é ausência de parcela da decisão. Nesse caso a decisão “precisa ser integrada e não invalidada; não se pode invalidar o que não existe”. (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 316). Como destaca Pontes de Miranda, “Para algum ato jurídico ser deficiente, isto é, para que seja deficitário, é preciso que *seja*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. IV, p. 41).

4. MEIOS DE SANAR A OMISSÃO DA DECISÃO DE HONORÁRIOS TRANSITADA EM JULGADO: UM PONTO DE VISTA A PARTIR DO CPC/1973

Sob o prisma do Código de Processo de 1973, podem ser destacadas quatro correntes. A primeira defende que, havendo omissão na fixação dos honorários e o posterior trânsito em julgado do processo, há produção de coisa julgada sobre o tema; a segunda admite a promoção de liquidação de sentença para o arbitramento de honorários; a terceira, aparentemente majoritária na doutrina, adota o entendimento de que, nessa hipótese, seria possível o ajuizamento de ação posterior para a definição de sua cobrança; e uma quarta admite a possibilidade de mera petição no processo para que o juiz em questão decida sobre o tema.

Será feita uma análise crítica de cada uma delas.

De acordo com o STJ, em entendimento consolidado no enunciado n 453 da sua jurisprudência dominante, “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.¹⁹ Em outras palavras, de acordo com o STJ, caso não haja a condenação em honorários, a parte deverá opor embargos de declaração e, não o fazendo e a decisão transitar em julgado, o capítulo referente aos honorários será acobertado pela eficácia da coisa julgada material. Haveria, assim, coisa julgada implícita pela improcedência do pedido de honorários.

Não seria possível o ajuizamento de ação posterior, visando a tal cobrança e nem a quantificação do valor durante o processo de execução. Em tese, o único remédio cabível seria a ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei.²⁰

Para que se possa fazer uma crítica adequada nesse ponto, impõe-se a discussão prévia sobre a possibilidade da coisa julgada implícita sobre algum pedido e, mais ainda, em que casos poderia ser admitida.

Fez-se referência à teoria dos capítulos de sentença e os seus tipos de capítulos. No caso dos capítulos independentes, não há relação lógica entre

19-Entendimento semelhante já foi adotado pelo STF: STF, Tribunal Pleno, ACO 493 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 11/02/1999, DJ 19/03/1999.

20-Esse é o posicionamento de Pontes de Miranda, que defende a impossibilidade de ação posterior de cobrança, pois deve ser entendido que o juiz deixou de aplicar a regra legal que impõe a condenação em honorários, sendo a ação rescisória o único remédio jurídico apto a corrigir esse defeito. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 394, 397).

De forma semelhante: CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 83-85.

eles, ou seja, a procedência de um não necessariamente influencia na do outro capítulo. Não há a possibilidade de o julgamento de um gerar, automaticamente, a (im)procedência do outro.

No entanto, no caso dos capítulos condicionantes e dependentes, a relação é diversa. Em uma cumulação sucessiva, a exemplo de uma situação em que o autor requer a resolução do compromisso de compra e venda e a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel, caso o primeiro pedido seja julgado improcedente, não há necessidade de que o magistrado analise o posterior. Como destacado por Barbosa Moreira, “desde que a sentença julgue improcedente o pedido logicamente subordinante, tanto basta para que se tenha como fundamentada a rejeição também do pedido logicamente subordinado”.²¹ Assim, mesmo que não haja menção ao pedido dependente, ele deve ser considerado rejeitado de forma implícita, não se podendo considerar que a decisão é *infra petita*.

No entanto, essa possibilidade deve ser admitida apenas em hipóteses excepcionais. Como destacado por Pontes de Miranda, “O legislador brasileiro não anuiu em dar valor de coisa julgada ao julgamento implícito consequencial; *só abrirá portas aos motivos de que a parte dispositiva expressa fosse consequência necessária*”.²² Em suma, a rejeição implícita é uma situação excepcional, não devendo jamais ser tomada como regra geral.

Por outro lado, não se pode afirmar que a procedência do pedido subordinante implique a procedência ou improcedência do subordinado. Ainda haverá a necessidade da devida cognição do magistrado sobre o pedido dependente, pois, no exemplo citado, pode haver algum óbice a que seja concedida a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel. Em outras palavras, caso o magistrado se omita na análise do pedido subordinado na *procedência* do condicionante, esse capítulo da decisão é inexistente. Simplesmente não há decisão, não sendo possível que se admita a existência da coisa julgada. Trata-se de decisão *infra petita* (ou *citra petita*).

A mesma situação ocorre no caso dos honorários advocatícios. Mesmo que o direito material seja julgado improcedente, caso a decisão não faça referência a eles, será *infra petita*, sendo tal capítulo inexistente. Por mais que seja a regra a condenação em honorários em todos os processos²³, não se

21-MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo... cit., p. 246.

22-MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**..., t. V, cit., p. 120.

23-Uma exceção é o caso do Mandado de Segurança, que, de acordo com o art. 25, da Lei 12.016/2009, não gera condenação em honorários.

pode considerar como automática a procedência dessa verba pela vitória no processo e, muito menos, a improcedência. Simplesmente não se tem decisão.

Nesse sentido, o posicionamento do STJ, no sentido de considerar como implícita a decisão de improcedência está equivocado, uma vez que, da procedência do pedido, não se pode considerar que foram julgados (im) procedentes os honorários advocatícios. Mais ainda, esse entendimento, por coerência, deveria ser também aplicado às demais hipóteses em que um pedido seja preliminar ou prejudicial a outro, o que demonstra ainda mais sua inadequação. Imagine-se hipótese em que a parte requer anulação do contrato e devolução dos valores pagos. Adotado esse entendimento do STJ, caso o magistrado analise apenas o primeiro pedido e seja omissivo quanto ao segundo, haveria uma improcedência implícita deste.

O segundo posicionamento defende que, caso o juiz deixe de se pronunciar sobre a condenação em honorários, “sempre será lícito à parte liquidar essa verba por arbitramento posterior para exigi-la do vencido”.²⁴

Ocorre que não parece viável a presunção de que a vitória no processo gera, automaticamente, o direito aos honorários advocatícios. Não parece viável que se entenda haver a condenação implícita nesse capítulo, que sempre dependerá da devida cognição do magistrado. Como destaca a doutrina, “se o juiz não condenou, não existe título executivo judicial para dar fundamento à liquidação de sentença”.²⁵ Esse raciocínio é reforçado pelo fato de que tanto o CPC/73 quanto o CPC/2015 adotaram o princípio da causalidade, de acordo com o qual, em determinadas circunstâncias, a parte vencedora pode não fazer jus aos honorários.²⁶

Outro posicionamento reconhece a falta de decisão acerca do referido pedido e advoga a possibilidade do ajuizamento de ação própria para a cobrança dos honorários advocatícios. Como, na hipótese, não haveria decisão, inexistiria a função negativa da coisa julgada apta a impedir a discussão sobre a temática em ação própria.²⁷

24-THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 104.

25-CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Omissão judicial na fixação dos honorários advocatícios. DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA, Roberto; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 756.

26-Com essa constatação, cf: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; ALVES, Renato José Ramalho Alves. **Dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa**. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores.

27-Defendendo esse posicionamento especificamente quanto aos honorários, cf.: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Omissão judicial na fixação dos honorários advocatícios... cit.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Honorários advocatícios no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 185; SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. O injustificável desacerto da Súmula 453 do STJ – capítulo sobre os honorários

Essa doutrina parte do pressuposto de que a não decisão é incapaz de produzir a coisa julgada, inexistindo óbice à utilização de ação própria para discutir a questão. Ocorre que essa teorização parece atentar contra a lógica dos meios de impugnação da inexistência.

É evidente que a decisão sem dispositivo é inexistente. Por mais que a decisão *citra petita* exista e seja válida, no ponto em que é omissa, ela será inexistente. Dentre os meios aptos ao reconhecimento da inexistência processual e a realização do julgamento não parece ser adequada a utilização de uma ação posterior.

Na hipótese da não decisão, o que ocorre é o fato de que o processo ainda não foi finalizado. *Não houve, ainda, o trânsito em julgado de toda a matéria, restando ainda ao magistrado decidir sobre parcela do pedido. Em outras palavras, a atividade jurisdicional, naquele processo, ainda não findou, permanecendo a situação de litispendência.* Portanto, a utilização de uma ação própria iria ser obstada pela litispendência, nos termos do §3º, do art. 301, do CPC/1973.

Esse raciocínio se torna ainda mais evidente a partir do momento em que se trabalha com os capítulos de sentença e a possibilidade do trânsito em julgado fracionado. No caso da decisão *infra petita* que não se analisar algum pedido, o trânsito em julgado será parcial. Uma parcela do processo ainda se encontra ativo e à espera do devido julgamento pelo magistrado.

Nesse ponto é que se menciona uma quarta posição doutrinária, que defende que o remédio jurídico processual adequado para essa situação é uma mera petição dirigida ao magistrado que proferiu a decisão omissa.²⁸ Como a lide ainda se encontra pendente, nada impediria a que a parte se utilizasse de uma simples petição para que o juiz finalizasse o dever de prestação jurisdicional. Na hipótese, o magistrado, ao não analisar algum dos pedidos, se exime de prestar a devida jurisdição (art. 5º, LXXX, da CFRB).²⁹

advocaticios não julgado não se converte em coisa julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 94, jan.-2011.

Defendendo essa possibilidade de forma mais ampla, bastando a ausência de decisão sobre algum capítulo, sem fazer referência específica aos honorários, cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo... cit.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**... cit., p. 90.

Há um posicionamento intermediário, que defende a possibilidade de ação posterior apenas no caso de sentença. Caso a omissão ocorra tão somente em grau recursal, por mais que o recurso seja total, não teria havido decisão e, por conseguinte substituição da sentença recorrida e o que iria prevalecer seria a decisão recorrida. (CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Cumulação simples de pedidos e julgamento incompleto do recurso especial: variações em torno de uma questão polêmica. CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUES, José Roberto dos Santo (coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil** (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2001, p. 441-446.

28-GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**... cit., p. 114-115.

29-MAZZEI, Rodrigo Reis. Omissão relacional e ontológica segundo Pontes de Miranda (análise dos

Não se pode confundir a sentença *citra petita* com o âmbito de incidência do art. 463, I, do CPC/1973. Luiz Henrique Volpe Camargo descarta essa corrente ao afirmar que a falta de decisão não se trata de inexistência material apta a permitir a correção a qualquer tempo.³⁰ Mas não devem ser confundidas as duas situações. Inexistência material é uma coisa; decisão *infra petita* é outra.

Essa possibilidade está relacionada com o dever de o magistrado decidir todos os pedidos das partes. Se a petição inicial é tida como o projeto de sentença,³¹ a sentença que falta uma parte dos pedidos está incompleta, com uma parcela inexistente, ainda não tendo findado o exercício do poder jurisdicional naquele caso concreto.

Mais do que isso: essa interpretação estaria de acordo com a atuação do princípio da economia processual, que engloba a duração razoável, a eficiência do poder judiciário e a própria economia financeira.³² Ao se exigir tão somente uma petição e não outra ação, há uma grande simplificação do procedimento. Em já tendo havido o devido contraditório, bastará apenas a decisão do magistrado. Não há sequer pagamento de novas custas. Ao se exigir que se utilize de outra ação, há necessidade de se realizar todo o procedimento novamente, que se torna ainda mais desnecessário na hipótese dos honorários advocatícios. Ora, como vai se desenrolar esse processo? Haverá necessidade de citação para que o réu se defenda? O que poderá ele discutir? Além disso, será necessária fixação de novos honorários nessa ação? Há de se perceber que o réu, nesta ação, não terá dado causa ao processo. A omissão foi causada pelo Poder Judiciário e, também, pela parte que seria beneficiada pela condenação em honorários e não por ele.

5. A SOLUÇÃO PROPOSTA PELO CPC/2015

O legislador, ao editar o atual Código de Processo Civil, optou por resolver, de forma expressa, a polêmica. O §18º, do art. 85, do CPC, dispõe o seguinte: “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito

fenômeno e o seu saneamento através dos embargos de declaração. DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA, Roberto; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 1030.

30-CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Omissão judicial na fixação dos honorários advocatícios... cit., p. 756-757.

31-COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 50.

32-Esse conceito de economia processual é extraído da seguinte obra: CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346.

aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”.

Assim, pelo texto normativo do CPC/2015, a solução para a omissão quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor passa a ser, de forma expressa, a utilização de ação autônoma. Tal postura adotada pelo legislador implica a superação do entendimento manifestado pelo STJ por meio do enunciado n. 453 da jurisprudência dominante. Há de se fazer uma breve explicação sobre o tema: a modificação de entendimento jurisprudencial por alteração normativa não pode ser confundida com a técnica da superação de precedentes.³³ Na hipótese ora mencionada, a modificação do posicionamento jurisprudencial não necessitará da ponderação de razões de segurança, não haverá um ônus argumentativo destacado e muito menos se discutirá a questão da competência, visto que tão somente a corte que prolatou o precedente ou a ela superior na matéria que poderia fazê-lo.

Em outras palavras, nessa hipótese, a despeito da vinculação de precedentes existentes pelas súmulas do STJ, de acordo com o art. 927, IV, do CPC/2015,³⁴ o enunciado n. 453 terá sido superado pelo legislador e não deverá ser aplicada pelos demais órgãos jurisdicionais. Ou seja, por mais que o STJ não a revogue formalmente, ela não terá eficácia vinculante por ter sido superada pelo legislador, não havendo qualquer problema a que um juiz de primeiro grau não a aplique.

Assim, o CPC/2015 impõe o trânsito em julgado por completo da decisão omissa, mas impede que se produza coisa julgada sobre o tema. Há de se destacar que, por coerência, a solução deve ser adotada não apenas para a decisão omissa em relação aos honorários, mas a todas as outras decisões omissas em que não se possa pressupor a rejeição implícita. Nesse mesmo sentido é o enunciado n. 7, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual indica que “O pedido, quando omitido em decisão judicial transitada em julgado, pode ser objeto de ação autônoma”.

O momento agora é o de questionar as consequências dele e detalhar o novo procedimento.

33-PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes*: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2015, p. 142-143; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 327.

34-Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

6. ASPECTOS RELEVANTES DA AÇÃO PARA A COBRANÇA DOS HONORÁRIOS

Por mais que a doutrina defendesse o cabimento da nova ação para a cobrança dos honorários em decisões omissas, não parece ter-se debruçado com maior detalhamento sobre ela. Vários detalhes precisam ser respondidos para que ela seja exercida de forma adequada.

De início, trata-se de um novo processo de conhecimento cujo pedido é a definição e cobrança dos honorários advocatícios. Haverá necessidade de pagamento de custas e nova citação do réu para se defender. Em tese, caso a parte comprove que foi vitoriosa no processo principal, sequer será possível ao réu discutir o cabimento ou não dos honorários advocatícios, mas tão somente os valores.

A legitimidade para o exercício dessa cobrança pertence ao próprio advogado do vencedor (em regra), que pode pleitear a condenação na referida verba.³⁵ Como destaca o *caput* do art. 85, do CPC/2015, “A sentença condenará o vencido a pagar honorários *ao advogado do vencedor*”, deixando evidente a quem pertence esses valores.

Há também de se perquirir acerca do critério da competência para essa nova ação. De fato, parece que deverá ser distribuída livremente,³⁶ obedecendo à regra geral do art. 46, do CPC/2015, qual seja, sendo proposta no foro do domicílio do réu. Por mais que se possa admitir a existência de conexão para com o processo anterior, não seria possível a reunião dos dois processos, pois o art. 55, §1º, do CPC/2015 impõe, como limite máximo para que haja a reunião, que nenhum dos processos tenha sido sentenciado. Como, para que haja a propositura da ação própria para a cobrança dos honorários é imprescindível o prévio trânsito em julgado do processo ao qual ele está relacionado, é evidente que se torna impossível a reunião dos processos pela conexão.

Assim, em termo de competência, seguirá a regra geral do art. 46, do CPC, devendo ser proposta no foro de domicílio do réu.

É de se admitir a possibilidade do exercício da reconvenção pelo réu na contestação (art. 343, CPC/2015) nas hipóteses em que tenha havido sucumbência recíproca. Destaque-se que não seria possível a alegação de compensação na contestação pela vedação agora contida no art. 85, §13, do CPC/2015. Assim, quando haja sucumbência recíproca a parte ré também terá direito aos honorários, caso tenha havido omissão no processo originário.

35-De forma semelhante, sob o prisma do CPC/1973, cf.: CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios...** cit., p. 85-86.

36-Idem, *ibidem*, p. 86.

A questão da condenação em honorários nessa nova ação é um tema complexo. Se esta verba está relacionada com o princípio da causalidade e não apenas com a questão da sucumbência, efetivamente há uma situação problemática. O réu não deu causa a esse novo processo, que apenas se tornou necessário pela dupla omissão tanto do juiz, que não condenou em honorários, como da parte vencedora da outra ação, que não opôs os embargos de declaração.

Parece viável defender que, exceto se o réu contestar, alegando a inexistência desse direito, não haveria causalidade para impor, sobre ele, a condenação ao pagamento de honorários. Assim, mesmo que houvesse contestação tratando do valor dos honorários, não haveria sucumbência por ser algo que também deveria ter sido discutido na ação originária ainda assim não haveria causalidade. Portanto, em regra, o autor é que deve ser condenado ao pagamento de tais verbas.

Há de se analisar, por fim, o prazo prescricional para a realização dessa cobrança. Esse prazo deve ser de cinco anos, nos termos do art. 206, §5º, II, do CC/2002, contados da conclusão do serviço, que seria o trânsito em julgado do processo anterior.

7. CONCLUSÃO

Durante o período de vigência do CPC/1973, sempre existiu a polêmica tanto doutrinária, como jurisprudencial acerca da medida correta para a impugnação da decisão omissa acerca dos honorários advocatícios que transitou em julgado. Foram identificadas três correntes: a) havendo omissão na fixação dos honorários e o posterior trânsito em julgado do processo, há rejeição implícita do referido capítulo, sendo adotada pelo STJ, por meio do enunciado n. 453 da jurisprudência dominante do tribunal; b) possibilidade da promoção de liquidação de sentença para o arbitramento de honorários; c) nessa hipótese, seria possível o ajuizamento de ação posterior para a definição de sua cobrança, predominante na doutrina e d) possibilidade de mera petição no processo para que o juiz em questão decida sobre o tema.

O CPC/2015 adotou expressamente a terceira corrente, admitindo que seja ajuizada ação posterior com o objetivo de cobrar esses valores. Nesse sentido, resolveu a forte polêmica existente na interpretação do CPC/1973, sendo relevante destacar que tal solução, por coerência, deve também ser aplicada aos demais casos de decisões omissas.

Na última parte do texto, o objetivo foi o de fixar os aspectos processuais desta ação, tais como: a) a legitimidade pertencente ao advogado, b) a livre distribuição da ação, seguindo a regra geral da competência; c) a eventual possibilidade de reconvenção; d) a discussão sobre a condenação em honorários e, finalmente, e) o prazo prescricional de cinco anos.

O DEVER DE MOTIVAR E O “LIVRE CONVENCIMENTO” (CONFLITO OU FALSO EMBATE?): BREVE ANÁLISE DO TEMA A PARTIR DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COM OS OLHOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ⁰

Rodrigo Reis Mazzei

Pós-doutorado (UFES), Doutor (FADISP) e Mestre (PUC/SP). Professor (graduação e mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Presidente da Escola Superior da Advocacia (ESA-OAB/ES)

RESUMO: O ensaio tem como objeto examinar os contornos que o *dever de fundamentar* as decisões deve alcançar, tema que (ao menos aparentemente) é tratado de forma conflituosa no âmbito dos Tribunais, utilizando-se aqui - como palco de análise - algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Dever de fundamentação. Livre convencimento. Fundamentação decisória.

1. OBJETO DO ESTUDO

O ensaio tem como objeto examinar tema que (ao menos aparentemente) é tratado de forma conflituosa no âmbito dos Tribunais, utilizando-se aqui - como palco de análise - algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Estamos nos referindo à compreensão dos contornos que o *dever de fundamentar* as decisões deve alcançar, eis que vários julgados adotam o posicionamento de que o órgão judiciário não está obrigado a *‘rebatêr todas as questões trazidas pelas partes’*¹, ao passo que outras decisões adotam a trilha de que, pelo dever

0- O presente ensaio tem como raiz nossa tese de doutoramento (Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012), cuja publicação da versão comercial está prevista para 2015 (já atualizada com o NCPC).

1- No sentido (entre vários): “(...) a jurisprudência desta Corte anuncia que o Magistrado não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos deduzidos pelas partes, quando o acórdão recorrido analisa com clareza as questões essenciais à solução da controvérsia e há razão suficiente para sua manutenção, mesmo

da motivação, ‘os julgamentos devem explicitar – de forma fundamentada – os temas suscitados pelas partes’².

Embora os limites horizontais de nosso labor não sejam tão amplos, seguindo o corte anunciado (análise da problemática a partir de algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça), não resta dúvida que a temática é atual e merece ser analisada.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 93, IX E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema processual atual, norteado por um modelo democrático de direito (próprio de um Estado Democrático – artigo 1º da atual Carta Magna), não admite decisão desprovida de fundamentação³ (seja no âmbito judicial, seja no espectro administrativo). A base para tal garantia, como é de trivial sabença, está firmada nos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, pois tais dispositivos determinam que *as decisões judiciais e administrativas deverão ser motivadas, não se admitindo as sem fundamentação*.

É de bom alvitre notar que a pena de *nulidade* cominada no inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal, em relação às decisões sem fundamentação, não tem campo de atuação apenas judicial, sendo, pois, aplicável também às decisões no âmbito administrativo (embora o inciso X do artigo 93 seja omissivo no sentido)⁴. Isso porque deve prevalecer interpretação

que exposta de forma sucinta (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp. 1.237.906/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03.10.2011; AgRg no Ag. 1.402.701/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 06.09.2011)” (STJ, AgRg no Ag 1344344/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. em 08/11/2011, DJe 16/11/2011); “Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007” (STJ, AgRg no AREsp 6.612/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. em 01/09/2011, DJe 09/09/2011).

2- No sentido (entre vários): “Infringência ao artigo 535, II, do CPC. Em sede de embargos de declaração, se o Tribunal *a quo*, ao rejeitar os embargos, queda omissivo, não se manifestando acerca de tema *sub judice*, afronta o disposto no artigo 535, II, do CPC. Precedentes” (STJ, REsp 616.729/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, j. em 25/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 550); “Incide em violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil o órgão julgador que, instado a se pronunciar sobre questões relevantes, permanece silente, causando prejuízo ao embargante” (STJ, REsp 486.022/SC, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 13/02/2006, p. 792). No sentido: STJ, REsp 1196422/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. 02/09/2010, DJe 22/09/2010.

3- No mesmo sentido: Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010, p. 128). Confira-se ainda: Hermes Zaneti Jr. (*Processo constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 03-11).

4- Vale conferir as redações citadas (de acordo com a Emenda Constitucional 45/04): Artigo 93: (...) IX

que prestigia os cânones de um Estado Democrático de Direito em descarte a uma hermenêutica puramente literal da Carta Magna, pois a motivação decisória (qualquer que seja o ambiente que for proferida a decisão) faz parte de orquestra mais completa, regida pelo *due process of law*⁵⁶.

Aliás, ainda que por breve registro, deve ficar cravado que o dever de fundamentar decorre de feixe de exigências de cunho múltiplo, já que permite verificar no caso concreto a *imparcialidade do julgador* (que deve decidir de forma objetiva e neutra), bem assim exercitar o *controle da legalidade* do ato decisório (só com os fundamentos se poderá se perquirir sobre o acerto ou desacerto do julgador) e, finalmente, aferir a *efetividade de garantia de defesa* (se houve análise por parte do julgador dos fundamentos que foram postos pelas partes).⁷ Tal estrutura escora não apenas as decisões judiciais, mas também as decisões administrativas, sendo, assim, inviável interpretação estanque dos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal, já que ambos estão atrelados à mesma diretriz constitucional (tão somente com fixações distintas no plano espacial).

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

5- No sentido: “A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, a pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no ‘due process of law’, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’” (STJ, REsp 102445/ES, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª. Turma, DJ 22/06/1998, p. 84).

6- Vale observar que no âmbito do processo administrativo, as leis infraconstitucionais corroboram a ideia apresentada, ou seja, o dever de fundamentar as decisões administrativas em decorrência do respeito ao devido processo legal. A título exemplificativo, tal compreensão encontra-se na Lei nº 9. 784/1999 [Art. 2º, *caput*: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; Art. 50, *caput*: Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (...)] e na Lei nº 8.112/1990 (Art. 153: O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito; Art. 156, *caput*: É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial).

7- Conforme Joaquim Felipe Spadoni (A Função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação*. Volume 8. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236-237).

De outro giro, é de bom alvitre reavivar o conceito de *decisão fundamentada*, pois a absorção de ideia correta evita afastamento do núcleo pretendido pelo legislador constitucional. Segundo NELSON NERY JUNIOR, “fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir da questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão”.⁸

As palavras do jurista nos dão apoio para compreender que a *fundamentação decisória* implica não apenas em constar formalmente *motivos* no corpo da decisão, mas sim os *motivos que justificam a decisão*.⁹ Parece sutil, mas há diferença gritante.

8- *Princípios do processo civil na constituição federal*. 9ª. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 286. Semelhante: Eduardo Arruda Alvim (*Direito processual civil*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131).

9- Com tal ideia, confira-se: “O dever de motivar as decisões implica necessariamente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Não se pode admitir que a Corte estadual limite-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos e a adotar o parecer ministerial, sendo de rigor que acrescente fundamentação que seja própria do órgão judicante. (...) A mera repetição da decisão atacada, além de desrespeitar o regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal, causa prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas a cômoda reiteração.” (STJ, HC 76.850/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 31/05/2010). Igualmente: STJ, HC 134.788/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2011, DJe 13/06/2011; STJ, HC 91.894/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 23/11/2009; STJ, HC 232.653/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012. Note-se que mesmo quando admitida a chamada ‘motivação *per relationem*’, a decisão deverá indicar os fundamentos de fatos que justificam a decisão. No sentido: “Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação *per relationem*, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes. (MS 25936 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-01 PP-00168)” (STJ, EDcl no AgRg no Ag 1218725/RS, Rel. Ministro Convocado VASCO DELLA GIUSTINA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 13/06/2012). Parecendo adotar posição intermediária: “A reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação. Precedentes citados: HC 163.547/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010; HC 92.479/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 09/03/2009; HC 92.177/RS, 6.ª Turma, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES - Desembargador convocado do TJCE -, DJe de 07/12/2009; HC 138.191/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009; AgRg no REsp 1186078/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011; HC 98.282/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 16/11/2009; RHC 15.448/AM, 5.ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 14/06/2004; HC 27347/RJ, 6.ª Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 01/08/2005; HC 192.107/TO, 5.ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 17/08/2011” (EResp 1021851/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 04/10/2012).

Observe-se que ao se perquirir os *motivos que justificam a decisão*, a motivação (*fundamentação*) utilizada pelo julgador deverá ser apresentada de forma *coerente, completa e clara*, capaz de permitir a *identificação da imparcialidade do julgador, o controle da sua legalidade*, assim como *aferir se a garantia de defesa foi exercida*. Por tal passo, não se pode imaginar que a motivação se esgota na existência de fundamentos decisórios, mas na apresentação destes dentro de um gabarito mais amplo, a saber:

(a) *Coerência* - os fundamentos necessitam ser *coerentes*, pois indicam que o julgador decidiu com os versados nos autos e que o resultado poderia ser diferente se fundamentos outros – que não os dos autos - fossem aplicados.

(b) *Compleitude* - a fundamentação necessita também ser *completa*, eis que não se permite que a não análise de questões importantes possam levar a resultado diferente.

(c) *Clareza* - finalmente, a fundamentação há de ser *clara*, haja vista que deve ser não só compatível, mas também permitir a exata compreensão da decisão e da motivação que a sustenta.¹⁰

Desse modo, consoante o ligeiro quadro acima apresentado, é engano pensar que a decisão não fundamentada padece exclusivamente do vício da omissão (ou incompletude de motivação), eis que a matriz constitucional em debate, ao reclamar decisão fundamentada, impôs a necessidade de fundamentação *clara, coerente (lógica¹¹) e completa*.¹²⁻¹³

10- Confira-se: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

11- Assim, em exemplo, a falta de correlação lógica entre os fundamentos (motivação) e sua parte dispositiva, pode ser encarada como ausência de obrigatoria motivação do julgado (com violação do artigo 93, IX, da Carta Constitucional). Tal problemática foi trazida no seguinte julgado: STJ, REsp 1252902/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 24/10/2011.

12- Próximo, Joaquim Felipe Spadoni afirma que “(...) o direito constitucional de decisões claras, lógicas e completas nos leva a crer que, mesmo que não fosse previstos expressamente em nossa legislação como recurso, os embargos de declaração seriam cabíveis mediante qualquer outro expediente, podendo ser veiculado por meio de simples petição de ‘esclarecimento’ ou de ‘complemento’ do ato decisório proferido”. (A Função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação*. Volume 8. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 243). Também com boa semelhança no raciocínio (ainda que com algumas variações), confira-se: Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 32-33), José Rogério Cruz e Tucci (*A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 20-21) e Candido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 241).

13- Há alguns precedentes que parecem seguir o mesmo raciocínio: “(...) Compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto

Com outras palavras, decisão motivada, dentro da moldagem constitucional, traduz-se em decisão *clara, coerente* (não contraditória) e *completa*, pois somente em tal gabarito se poderá dizer que a dicção decisória está – plenamente – fundamentada.¹⁴ Ora, decisão reclama *clareza*, pois deve propiciar, objetivamente, a compreensão de seus comandos e da motivação que a sustenta.¹⁵ Necessita ser *coerente* para demonstrar a lógica uniforme de suas premissas, ou seja, que o resultado é compatível com a linha seguida (que poderia ser outro, acaso a fundamentação fosse diversa). Não suficiente a *clareza e a coerência*, a decisão precisa ser *completa*, com fundamentação bastante que indica e sustenta os rumos decisórios que, por sua vez, deverão cobrir toda área das postulações (sentido amplo) postos pelas partes.¹⁶

Portanto, mesmo em resenha apertada, conclui-se que motivar as decisões implica em fundamentá-las, ou seja, traçar de forma *coerente, completa e clara* as razões que implicaram no convencimento do julgador ou órgão decisor.

3. DO DEVER DE MOTIVAR COMO CONTRAPOSIÇÃO AO LIVRE CONVENCIMENTO

Sem prejuízo do já exposto, é também de grande importância estar atento à vinculação do *dever de motivar ao princípio do livre convencimento*. Isso porque o dever do julgador de proferir decisão fundamentada (= *decisão coerente + completa + clara*) decorre da contraposição à liberdade e à independência que o nosso sistema processual confere ao juiz ao decidir, fixada no princípio do *livre convencimento*.

a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no artigo 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*.” (STJ, AgRg no REsp 868.211/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 512). No mesmo sentido (mais recentes): STJ AgRg no REsp 1216172/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011; STJ, AgRg no REsp 1171197/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 04/11/2011.

14- Caminhando em sentido próximo: Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 32-33) e Joaquim Felipe Spadoni (*A Função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação*. Volume 8. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 243).

15- Confira-se: Candido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 241).

16- Com mais vagar, confira-se: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

Em curtas palavras, o dever de motivar é uma forma de contrapeso à liberdade e independência dada ao juiz para decidir (*livre convencimento*).¹⁷ Sob tal dualidade (que deve ser harmônica e não conflituosa) surge o tema aqui tratado e a posição caolha, apegada tão somente a um dos vetores contrapostos, poderá sustentar que:

- (a) o órgão judiciário não está obrigado a decidir acerca dos fundamentos trazidos pelas partes (apegando-se, cegamente, ao *princípio do livre convencimento*);
- (b) o órgão judiciário tem o dever de examinar e decidir motivadamente acerca de todos os argumentos das partes (maximizando ao maior expoente o *dever de fundamentação*).

4. UM FALSO EMBATE

Como já anunciado, a contraposição entre o *dever de motivar* e o *livre convencimento* na forma acima faz surgir situação (aparentemente) antagônica no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (e de outros Tribunais) acerca da necessidade do conceito de *fundamentação completa*, pois enquanto alguns precedentes indicam que o órgão judiciário não está obrigado a *rebatêr todas as questões trazidas pelas partes*, outros indicam que, pelo dever da motivação, *os julgamentos devem explicitar – de forma fundamentada – os temas suscitados pelas partes*. O quadro abaixo indica a ‘dualidade’ anunciada. Senão vejamos:

17-No sentido: Candido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 240-241). Próximos: Ricardo Arone (*Princípio do livre convencimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 73-75) e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito*. In *revista da faculdade mineira de direito*. Volume 8, número 16. Segundo semestre de 2005, Belo Horizonte: PUC Minas, p. 152-153).

Posição 01 (que parece se apegar apenas ao princípio do livre convencimento)	Posição 02 (que parece estar iluminada com foco total no dever de motivar)
<p>“(....) o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.” (STJ, AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª. Turma, DJe 14/03/2013)</p>	<p>“As decisões judiciais devem conter a motivação e os fundamentos pelos quais os requerimentos das partes são acolhidos ou rejeitados. A parte que se socorre do Poder Judiciário tem direito, mesmo que os pedidos não sejam acatados, a ver os seus argumentos debatidos e decididos, sob pena de ver frustrada qualquer possibilidade de socorro às instâncias excepcionais. (...) A fundamentação e a motivação das decisões judiciais são requisitos que se encontram na Constituição Federal - art. 93, IX . São garantia do estado de direito para por a salvo o jurisdicionado do arbítrio e da parcialidade que podem ocorrer.” (STJ, REsp 216.165/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, 3ª. Turma, DJ 02/04/2001, p. 288)</p>

Entretanto, diferente do que pode se extrair de leitura perfunctória do quadro acima exposto, na realidade não há embate nas posições jurisprudenciais e a bússola que guia as duas posições é a mesma, muito embora a conclusão demande olhar atento. Explica-se:

Há dever de decidir (e sempre com motivação) acerca das postulações, pois estas não podem ficar sem respostas. No entanto, acerca dos motivos que sustentam as postulações, o órgão judiciário deve se ater aos seus *fundamentos*, isto é, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s). No entanto, *fundamentos não se confundem com argumentos*, pois os últimos são tão somente raciocínios para fortalecer os primeiros, estes

sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário.¹⁸

Em suma, a garantia que envolve a motivação decisória estará circunscrita aos *fundamentos* na forma acima resumida, isto é, em relação às *proposições* que podem levar as postulações ao êxito ou ao seu afastamento, sejam por razões de forma (questões processuais), sejam por questões de conteúdo de fundo (questões materiais). O argumento, por sua vez, estará caracterizado como *retórica* que gravita em torno do *fundamento*, ou seja, está atrelado à manifestação de *convencimento* em relação à questão que pode levar ao sucesso ou insucesso da postulação.¹⁹

Merece alerta que em alguns momentos a diferença entre *fundamentos* e *argumentos* pode não estar tão evidente (ao menos na percepção do Julgador). Em tais situações afigura-se de boa técnica - ao se demonstrar que a decisão possui defeito de motivação - a indicação não só do(s) *fundamento(s)*, mas também da sua importância para o deslinde da questão, tendo capacidade de influenciar no resultado, isto é, no desfecho da postulação que foi decidida.

A depuração e demonstração apresentada (envolvendo *fundamento* e *argumento*), como se percebe, passará pela seguinte indagação: *a falta de motivação está atrelada a algum fundamento relevante ao desfecho da causa?* Certamente, se a resposta à pergunta for positiva haverá a violação do dever de motivação (que não pode ser suplantado pelo argumento solteiro do livre convencimento). De toda sorte, se a situação for inversa, ou seja, a resposta for negativa, verificando-se que a questão não tem calibre para alterar o rumo decisório, estar-se-á, provavelmente, diante de um *argumento* que foi utilizado como *reforço de convencimento*.

Ainda que com colorido não exato das tintas traçadas no presente ensaio, percebe-se que há razoável número de decisões do Superior Tribunal de Justiça que fazem a análise da questão a partir do gabarito traçado [aferição se o vício de motivação alegado pela recorrente refere-se a algum fundamento

18- Em sentido próximo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que: “Fundamentos não se confundem com argumentos. Os argumentos são simples reforços retóricos realizados em torno dos fundamentos. A motivação devida no Estado Constitucional é aquela que justifica racionalmente a decisão tomada em efeito de diálogo com proposições jurídicas levantadas pelas partes” (*O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010, p. 42).

19- Interessante notar que não é por acaso que o inciso 282, III, do Código de Processo Civil de 1973 faz alusão à palavra *fundamento*. Embora o artigo 300 do mesmo diploma não faça expressa menção ao *fundamento* vinculado à contestação, percebe-se que tal ideia está presente, pois o legislador aponta “as razões de fato e de direito” como os vetores de aptidão para o bloqueio do pedido do autor. Insta frisar que o Novo Código de Processo Civil reproduziu os mesmos termos do revogado Código, nos artigos 319, III e 336, respectivamente.

com capacidade (ou não) de mudar o rumo decisório].²⁰ Há precedentes que chegam a ser didáticos, com expressa indicação do fundamento que foi olvidado e da sua relevância para o desenlace da questão, não podendo, por tal passo, serem simplesmente desconsiderados²¹.

20- Feita a diferenciação acima, observe-se que há decisões seguindo raciocínio próximo ao que acima desenvolvemos, ou seja, aferindo se a questão indicada é (ou não) um *fundamento relevante* ao desfecho da causa, eis que se a resposta for positiva haverá a violação do dever de motivação (ou até mesmo de acesso à justiça) e, na situação inversa, se a resposta for negativa, não haverá vulneração alguma. Confira-se: “(...). É pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos expostos pelas partes, desde que adote fundamentação suficiente para o efetivo julgamento da lide. (...) *Se o Tribunal de segundo grau manteve-se omissivo em relação a tema relevante para o deslinde da controvérsia, o qual foi suscitado no momento oportuno*, mostra-se evidente o interesse recursal no que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC. (...) *A parte recorrente aponta violação do art. 535, inc. II, do CPC, pois, apesar da apresentação de dois aclaratórios no intuito de debater a questão, a Corte de origem não analisou a tese de que o Estado deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais suportados por ex-presidiário baleado por agentes públicos durante o banho de sol* (...) Houve, portanto, violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, o que impõe o reconhecimento de nulidade do acórdão, bem com a determinação de novo julgamento dos embargos de declaração para que seja sanada a apontada omissão” (STJ, AgRg no Ag 1401739/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 21/06/2011, DJe 29/06/2011) – destaques não originais; “(...) *Viola o art. 535 do CPC o acórdão proferido em embargos de declaração que deixa de sanar omissão apontada pelo embargante, relevante ao julgamento da causa.* (...) No caso, foi omissivo o acórdão recorrido a respeito das diversas questões suscitadas a propósito da legitimidade ou não das penalidades impostas à recorrente. Tratando-se de manifestação do poder sancionador do Estado, que atinge significativamente a esfera jurídica e funcional da empresa apenada, é seu direito, até mesmo para viabilizar o exercício da defesa, *conhecer os fundamentos que motivam a aplicação de penalidades por parte da Administração, bem como dos que o Judiciário adota para confirmar tais atos administrativos, quando questionados em juízo* (...)” (STJ, REsp 934.608/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, j. 17/04/2008, DJe 07/05/2008) – destaque nosso; “*O juiz não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pelas partes para defesa de sua tese, podendo, apenas, decidir a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução*, bastando, *indicar os fundamentos suficientes à compreensão de suas razões de decidir*, cumprindo, assim, o mandamento constitucional previsto no art. 93, IX da Constituição Federal. Ademais, verifica-se que, na hipótese dos autos, o aresto recorrido não está desprovido de fundamentação, devendo ser considerada a conclusão lógica-sistemática adotada pelo decisor.” (STJ, HC 180.821/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011) – destaques não originais; “O juiz não está obrigado a rebater, pormenorizadamente, todas as questões trazidas pela parte, citando os dispositivos legais que esta entende pertinentes para a resolução da controvérsia. *A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre ponto que seria indubitavelmente necessário ao deslinde do litúgio*” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 805.504/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j.11/12/2009, DJe 01/02/2010) – destaques não originais; “É cediço que, quando o Tribunal recorrido se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa dos dispositivos legais. Saliente-se, ademais, que *o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão*, como de fato ocorreu na hipótese dos autos” (STJ, AgRg no Ag 1415559/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011) – destaques não originais.

21- No sentido: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omissivo o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente na apelação e nos embargos declaratórios, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado. 2. *Recurso especial parcialmente provido, para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie a questão relativa à alegada existência de decisão administrativa revogando a portaria que lhe desligou do curso de doutorado, apontada como ato coator no mandado de segurança*

Observe-se aqui, em conexão às linhas introdutórias, que não é por acaso que os embargos de declaração ocupam cada vez mais posição de destaque no nosso sistema processual, admitindo-se, em julgamento do recurso de saneamento, até mesmo a *anulação* ou *modificação* da decisão embargada. Com efeito, a decisão fundamentada reclama a *clareza*, a *coerência (lógica)* e *completude*, sob pena de nulidade e os embargos de declaração, por sua vez, são a postulação mais adequada para sanar tais vícios de fundamentação (*obscuridade/clareza*, *contradição/coerência lógica* e *omissão/completude*).²²⁻²³ De toda sorte, os embargos de declaração somente têm sido recepcionados com êxito para o saneamento da motivação decisória em situações em que os fundamentos apontados no recurso estão devidamente discriminados, com o indicativo da consequência jurídica que a falha decisória causou.²⁴

Nada obstante o acima delineado, é importante se ter em mente que o descarte de *fundamento*, sob a dicção judicial de assim não se tratar (sendo, pois, um *argumento* sem força para mudar o desfecho da questão), deve-se dar de forma motivada. Em consequência, mesmo no julgamento dos embargos de declaração (ou outro recurso) que ataca a falta de *clareza (obscuridade)*, *de lógica (= contradição)* ou *de completude (= omissão)*, há o dever de motivar

denegado” (STJ, REsp 1323971/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª. Turma, j. 23/04/2013, DJe 07/05/2013) – destaque nosso; “Se a parte opõe embargos de declaração apontando omissão do julgado quanto à análise do art. 42 da Lei nº 4.243/63 e o Tribunal a quo os rejeita sem examinar a questão, tem-se caracterizada a ofensa ao art. 535, II, do CPC” (STJ, REsp 591.570/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 529); “É omissivo o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado. (...) É relevante a discussão sobre o reconhecimento da inércia da exequente, fato motivador da extinção da execução com arrimo no art. 267 do CPC, quando houve prévio pedido de suspensão da execução pela celebração de parcelamento tributário.3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido”(STJ, REsp. 1120856/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª., j. 17/12/2009, DJe 08/02/2010) – destaques não originais

22- No sentido: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

23- Segundo o saudoso Paulo Rogério de Oliveira “(...) é direito do indivíduo, por meio de embargos de declaração, uma decisão completa e racional, bem como inteligível, na medida em que a garantia da motivação dos atos decisórios se conta contra o próprio arbítrio judicial.” (*Embargos de declaração e a segurança jurídica*. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 39). Próximo: Luiz Guilherme Aidar Bondioli (*Embargos de declaração e princípios e garantias constitucionais*. In *Direito Processual 2*. Milton Paulo de Carvalho e Daniel Penteado de Castro (Coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 430).

24- Tanto assim que a reclamação genérica - via embargos de declaração - de decisão sem fundamentação vem sendo rechaçada. Confira-se: “(...) não se pode conhecer da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia” (STJ, AgRg no Ag 1370917/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 19/05/2011, DJe 02/09/2011); “(...) A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissivo o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF” (STJ, REsp 1235122/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 23/03/2011).

– em contraposição ao *livre convencimento*. Logo, o órgão julgador deverá trazer *motivadamente* as razões porque desqualifica a questão apontada pela parte como *fundamento relevante*, sob pena de violação ao texto constitucional (artigo 93, IX e X)²⁵⁻²⁶.

Por fim, é de se consignar que em algumas situações as palavras *fundamento* e *argumento* são utilizadas quase como sinônimos, situação que não nos parece adequada, especialmente, se seguida a linha de raciocínio cravada no presente ensaio. Exemplo frisante (e bem atual) pode ser colhido do artigo 489 do Novíssimo Código de Processo Civil²⁷⁻²⁸, na medida em que, embora o desenho de *fundamentação* seja trazido de forma simétrica ao que aqui propomos em partes capitais do dispositivo (artigo 489, inciso II; § 1º), no inciso IV do § 1º consta que não será considerada como *fundamentada* a decisão que não enfrentar todos os *argumentos* deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

25- Até porque, como bem lembram Paulo Henrique dos Santos Lucon e José Marcelo Menezes Vigliar: “O Tribunal *a quo* deve dizer o porquê de, sob sua ótica, não terem ocorrido os vícios (omissão, contradição, obscuridade e dúvida) apontados pelo embargante, mesmo porque a necessidade de fundamentação é imperativo de ordem constitucional (CF, art. 93, inciso IX).” (*Código eleitoral interpretado*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 345).

26- No sentido: “É cediço que, ‘à luz do art. 93, IX, da CF/1988, e dos arts. 165 e 458 do CPC, toda decisão judicial tem que ter um mínimo de fundamentação, de motivação, não bastando adjetivar os argumentos da parte, *verbi gratia*, de incongruentes, de infundados. É necessário que o juiz ou o tribunal apresente o porquê da rejeição do argumento, explicando os motivos pelos quais a alegação é incongruente, infundada’ (REsp 71.908/RJ, 2.ª Turma, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, DJ de 16/02/1998). 2. O aresto proferido pelo Tribunal de origem carece da devida motivação, exigida constitucionalmente pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, na medida em que se limitou a consignar que os embargos de declaração não se prestam para a análise de preliminares, sem tecer qualquer consideração sobre questão relevante dos autos, consubstanciada na proibição contida no art. 103 da LOMAN de que o Corregedor de Justiça integre as Câmaras ou Turmas do Tribunal” (STJ, RMS 29.476/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).

27-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; II – *os fundamentos*, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera *fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os *argumentos* deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem 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. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que *fundamentam* a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fê.– destaque nosso.

28- De acordo com o texto sancionado em março de 2015 (Lei nº 13.105/15).

A atenta observação do inciso IV do § 1º do artigo 489, contudo, revela que o novo código busca compelir o magistrado ao *dever de fundamentar* em relação às *questões* (= *fundamentos*) que sejam capazes de sustentar (ou contrariar) a conclusão adotada pelo julgador. Tal fato demonstra que não se trata de *simples argumentação* (= *retórica* de convencimento), mas da própria matriz do *fundamento*, já que esta que será capaz de infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Assim, não é a literalidade das palavras *fundamento* e *argumento* que deve ser tirada como pedra de toque no enfrentar da problemática, pois, na realidade, o que deve ser analisado é a densidade jurídica da questão, a fim de saber se ela terá (ou não) potência para interferir no sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s), caso seja apreciada com perfeita motivação decisória.

5. BREVE FECHAMENTO

O que se pretendeu demonstrar no pequeno texto é que não há embate entre o *dever de fundamentar* e o *livre convencimento*, sendo certo que as duas diretrizes vinculam o julgador ao proferir uma decisão, cabendo este aplicar a contraposição harmônica de ambas.

A dicção de que o órgão judiciário não é obrigado a *rebat*er todos os *argumentos trazidos pelas partes* e a fala de que *os julgamentos devem explicitar motivadamente todos os temas suscitados pelas partes*, muito embora possam parecer conflitantes, na realidade, trabalham com base comum: a dualidade equilibrada do *livre convencimento* com o *dever de fundamentar*.²⁹⁻³⁰

O falso embate surge quando se confunde *fundamento* com *argumento*, pois o primeiro atrai – sob pena de nulidade - o *dever de decidir de forma motivada*, diminuindo o espaço do livre convencimento, notadamente se ficar configurado que possui carga suficiente para alterar o resultado da questão posta para decisão. O *argumento*, por sua vez, está na órbita do próprio *fundamento*, sendo uma forma de apresentar raciocínio ou método de convencimento para que o *fundamento* seja prestigiado na decisão.³¹

29- Próximo (parecendo adotar a linha): STJ, EDcl no AgRg no Ag 660.787/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 672.

30-No sentido: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*). Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

31- No sentido (de forma didática): “O fato de o julgador não estar obrigado a responder questionário das partes não o exime do dever de analisar a questão oportunamente suscitada, que, se acolhida, pode levar o julgamento a um resultado diverso do ocorrido” (STJ, REsp 925.278/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 08/09/2008).

Portanto, examinado o fundamento em sua plenitude (com decisão *clara*, *coerente (lógica)* e *completa* a respeito), eventual *cábula* a um (ou mais) *argumento(s)* não será capaz de nulificar a decisão, pois esta estará escorada não só no dever de fundamentação, mas também no livre convencimento.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Silvano José Gomes Flumignan

Doutorando e Mestre em direito pela USP. Visiting researcher (University of Ottawa). Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Professor da Asces/PE e do CEJ/PGE-PE.

Resumo: O ensaio analisa o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil e a sua compatibilidade com a legislação civil e consumerista.

1 - RELEVÂNCIA DO TEMA

A desconsideração da personalidade jurídica é um dos pontos de maior relevância prática nos tribunais brasileiros. Uma consulta simples no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça revela aproximadamente 300 (trezentos) julgados sobre o tema. Ao se pesquisar o redirecionamento de execuções fiscais, encontram-se aproximadamente 1500 (mil e quinhentos) julgados¹. Assim, na seara de se buscar outros patrimônios que não o da pessoa jurídica, há um universo de quase 2000 (dois mil) julgados somente no Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se uma situação bastante singular ao se observar que a ausência de distinção entre os patrimônios do sócio e da pessoa jurídica deveria ocorrer excepcionalmente.

A ausência de um procedimento específico a disciplinar a desconsideração gera insegurança jurídica capaz de insuflar as discussões judiciais nos tribunais brasileiros.

A criação de uma pessoa jurídica tem três escopos básicos:

- a) Permitir a autorização genérica para a prática de negócios jurídicos;
- b) Incrementar investimentos e atuações;

¹-Não se quer identificar a desconsideração da personalidade jurídica com o redirecionamento de execuções fiscais. Os institutos não se equivalem como se demonstrará.

c) Dissociar o patrimônio dos sócios, associados ou empresários do patrimônio de determinado empreendimento.

Os sujeitos de direito podem ser personalizados ou despersonalizados. Os personalizados são dotados de aptidão genérica para adquirir e exercer direitos e deveres na ordem civil. Os despersonalizados dotam-se de capacidade específica, ou seja, em regra podem adquirir e exercer os direitos e deveres previstos ou autorizados pela lei.

Como consequência da criação de uma pessoa jurídica, pode-se mencionar²:

- a) Titularidade negocial;
- b) Titularidade processual;
- c) Responsabilidade patrimonial.

A pessoa jurídica conclui negócios jurídicos em nome próprio, não em nome de um terceiro ou do representante. Com a titularidade processual, a pessoa jurídica pode ser demandante e demandada. O terceiro aspecto é o mais relevante. Em que pese algumas configurações disciplinarem de maneira diversa, em regra, há a dissociação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus sócios, associados e empresários³.

Em situações pontuais, não há autonomia patrimonial do sócio como ocorre na sociedade em comandita simples⁴, sociedade em nome coletivo⁵ e sociedades sem inscrição de seus atos constitutivos no cartório de registro de pessoas jurídicas ou juntas comerciais conforme for o caso⁶. Pelo fato de a regra ser a autonomia patrimonial, a desconsideração assume maior relevância.

2-COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 140-141.

3- BUENO, Cassio Scarpinella. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 118-119. “Há situações, pelas próprias peculiaridades de direito material, em que a sociedade e o sócio se confundem, sendo inviável distinguir o patrimônio entre um e outro. É o que se dá, por exemplo, “nas sociedades em nome coletivo” (art. 1.039 do Código Civil), nas “sociedades em comandita simples”, em que os sócios comanditados respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.045 do Código Civil) e nas sociedades não personificadas, isto é, as sociedades sem inscrição de seus atos constitutivos (art. 990 do Código Civil)”.

4-Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários.

5-Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

6-Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

A disciplina da desconsideração pode ser analisada em dois aspectos: as hipóteses de aplicação e a operacionalização em uma situação específica⁷.

Já existem, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas previsões de implementação. O Novo Código pretende regulamentar o procedimento.

2 – A BASE TEÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina a desconsideração da personalidade jurídica em diversas situações específicas. Todavia, antes de estudá-las, faz-se mister observar, mesmo que superficialmente, as principais bases teóricas a justificarem a atuação por parte do legislador.

Durante o século XIX, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e das pessoas naturais envolvidas no empreendimento passou a ser relativizada⁸. A origem do instituto pode ser atribuída aos sistemas de *common law*.

O caso *Salomon vs Salomon & Co.* é identificado como pioneiro na matéria. A situação tratava do empresário Aaron Salomon que constituiu uma pessoa jurídica composta por 7 (sete) sócios, sendo que a divisão das ações foi distribuída de forma extremamente desigual. Aaron Salomon detinha 20.000 ações e os demais sócios 1 (uma) cada⁹.

Após a constituição, Aaron Salomon se tornou credor da pessoa jurídica, inclusive com garantias especiais. Com as dificuldades financeiras do empreendimento, cobrou a totalidade de seu crédito de tal forma que os credores quirografários não seriam beneficiados na liquidação.

O juiz de primeiro grau e o Tribunal reconheceram a inexistência de autonomia entre Aaron Salomon e a Companhia criada. De qualquer forma, a Câmara dos Lordes reformou as decisões anteriores por questões eminentemente formais¹⁰.

O resultado do julgamento não acolheu a tese da desconsideração da personalidade jurídica, mas fixou as bases para o desenvolvimento da teoria por Rolf Serick e os autores que o seguiram. Dessa forma, a *Disregard Doctrine* tornou-se um recurso válido e previsto nos principais sistemas jurídicos ocidentais¹¹.

7- BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., pp. 118-119.

8- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 164.

9-SERICK, Rolf. *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*. trad. Italiana de Marco Vitale. Forma e realtà della persona giuridica. Milano:Giuffrè, 1966, pp. 17 e ss..

10-SERICK, Rolf. Ob. cit., pp. 17 e ss..

11-Em que pese o julgamento ter formado a base da teoria, sua aceitação nos tribunais britânicos não en-

No ordenamento jurídico pátrio, a teoria está prevista em uma série de leis e microsistemas que versam sobre diferentes matérias. Dentre os quais, destaca-se o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O resultado dessas legislações reflete o embate doutrinário de Rubens Requião e Fábio Konder Comparato. Este último concebeu a denominada teoria objetiva da desconsideração. Para esta teoria, dispensa-se a comprovação da intenção do agente. Basta a verificação da confusão patrimonial no caso concreto sem a necessidade de se comprovar fraude, simulação ou qualquer aspecto subjetivo¹².

O primeiro trabalhou com ideia oposta. Concebeu a desconsideração a partir de concepções subjetivas, como a fraude e abuso de direito. Ressalta-se, contudo, que, mesmo em relação ao abuso de direito, a concepção do autor era subjetiva¹³.

Seja por uma ou outra posição doutrinária o que se busca é um ponto de equilíbrio entre a autonomia patrimonial e a proteção de credores¹⁴. Ao se observar os pressupostos materiais previstos em lei, verificar-se-á a aplicação de ambos os posicionamentos doutrinários acima expostos.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A desconsideração da personalidade recebe tratamento específico no Novo Código de Processo Civil. Pode-se dividir o estudo dos dispositivos em diversos temas; entre os quais se destacam o cabimento, a previsão como incidente, legitimidade e citação, tramitação, decisão e recursos.

3.1. Cabimento.

O Novo Código de Processo Civil deixa para a legislação extravagante a disciplina do cabimento das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

contra grande acolhida (vide SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 31.).

12-COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 433 e ss.

13-REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). In: *Revista dos Tribunais*. v. 410. São Paulo: RT, dez./1969, p. 17.

14-OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva: 1979, p. 262.

Art. 133. (...)

§ 1º O pedido de descon sideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica.

Em relação à legislação extravagante, os dois textos legislativos mais significativos a respeito do tema são o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Art. 50 do CC/02. 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.

Art. 28 do CDC. O juiz poderá descon siderar 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 descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser descon siderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O CDC é concebido como norma de ordem pública. Desta forma, pode o juiz decretar de ofício a descon sideração, independentemente de requerimento da parte interessada e do Ministério Público.

A jurisprudência brasileira é categórica nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE POR AFOGAMENTO EM LAGO ARTIFICIAL EXPLORADO ECONOMICAMENTE. ACIDENTE DE CONSUMO. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DE SERVIÇO. FALHA NA SEGURANÇA E DEVER DE VIGILÂNCIA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE OFÍCIO COM BASE NO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(...)

Quanto à alegação de que é vedado ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica de ofício, cumpre referir que tal assertiva é verdadeira quando a desconsideração for feita com base no Código Civil, o que não é o caso dos autos, uma vez que feita com base no CDC, sendo possível sim ser realizada de ofício pelo julgador.

(...)

PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DESPROVIDO. (grifo nosso)

(BRASIL, TJRS, AP Nº 70039873468, REL.: DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA CÂMARA CÍVEL, J. EM 24/08/11)

O CC/02 permite a desconsideração mediante requerimento do Ministério Público ou da parte interessada:

“Quanto à alegação de que é vedado ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica de ofício, cumpre referir que tal assertiva é verdadeira quando a desconsideração for feita com base no Código Civil, o que não é o caso dos autos, uma vez que feita com base no CDC, sendo possível sim ser realizada de ofício pelo julgador”.

(BRASIL, TJRS, AP Nº 70039873468, REL.: DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA CÂMARA CÍVEL, J. EM 24/08/11)

O CDC permite a descon sideração em mais situações que o CC/02. Quanto aos legitimados, no CDC, a descon sideração pode ocorrer de ofício por decisão do magistrado, mas também via requerimento da parte interessada ou do Ministério Público.

O CDC prevê a aplicação da teoria em três circunstâncias:

- 1 - abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social;
- 2 - falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração;
- 3 - sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A terceira hipótese foi reconhecida de maneira autônoma pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à primeira apesar dos embates doutrinários a respeito. A controvérsia dizia respeito às hipóteses de cabimento da descon sideração. Para uma primeira tese, o §5º do art. 28 não tinha aplicação autônoma, devendo ser associado ao *caput*. Para a segunda tese, a descon sideração poderia ser aplicada exclusivamente com base no §5º, sem a necessidade de ocorrência cumulativa das previsões do *caput*.

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. Descon sideração. 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.

(...)

- A aplicação da teoria menor da descon sideração 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.

(Brasil, STJ, Resp nº 279.273 - SP (2000/0097184-7), rel. Ministro ARI PARGENDLER, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 04/12/03)

Por exigir menos requisitos, é chamada de teoria menor¹⁵.

O CC/02 exige mais requisitos. Exige-se o abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade. Por ser mais criteriosa, é denominada de teoria maior.

O desvio de finalidade tem caráter subjetivo por implicar a hipótese de fraude e ato intencional de sócios para fraudar terceiros; já a confusão patrimonial é corolário da teoria maior objetiva, pois basta que do ponto de vista fático não exista distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o das pessoas naturais que compõem o quadro da pessoa jurídica¹⁶.

15-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 a *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.

- 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.

(Brasil, STJ, Resp nº 279.273 - SP (2000/0097184-7), rel. Ministro ARI PARGENDLER, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 04/12/03)

16-PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

4. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo

As demais legislações que abordam o tema transitam pelos requisitos previstos no CC/02 e no CDC. A primeira a ser analisada é a lei do CADE:

Art. 18 da Lei Nº 8.884/94. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste 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 provocados por má administração.

A lei do CADE estabelece duas hipóteses de desconsideração idênticas às do *caput* do art. 28 do CDC. A única ressalva é a inexistência de previsão expressa de possibilidade de declaração de ofício pelo magistrado.

Outra previsão que aborda o tema está no art. 4º da Lei nº 9.605/98:

Art. 4º da Lei nº 9.604/98. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica *sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*

Como é possível observar, a previsão aproxima-se muito do disposto no §5º do CDC.

Recentemente, outro texto legislativo previu o tema em relação à administração pública.

Art. 14 da Lei nº 12.846/13. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(Brasil, STJ, Resp 1325663/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 11/06/13)

A legislação de 2013, semelhante ao CC/02, contém uma hipótese subjetiva e outra objetiva. A subjetiva está expressa em relação ao abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei. A objetiva diz respeito à confusão patrimonial.

O CDC trata, ainda, da responsabilidade de grupos de sociedades, sociedades controladas, sociedades consorciadas e coligadas nos §§2º, 3º e 4º do art. 28¹⁷.

Os grupos de sociedades e as sociedades controladas são responsáveis subsidiariamente¹⁸. Isso significa que, em caso de eventual demanda que verse sobre indenização em relação ao consumidor, em um primeiro momento deve-se buscar o patrimônio do causador do dano para, subsidiariamente, se buscar os grupos de sociedades e sociedades controladas.

As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados¹⁹.

As sociedades coligadas somente responderão nas hipóteses de culpa²⁰.

O projeto aprovado no Senado previu disposição específica sobre desconsideração para empresa do mesmo grupo econômico.

Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

17-Art. 28 do CDC. (...)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

(...)

18-Sociedade controlada é aquela cujo capital outra sociedade detenha maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e a sociedade cujo controle esteja sobre o poder de outra (art. 1.098 do CC/02).

19-Sociedade consorciada é aquela que se une a outra para a realização de um escopo comum.

20-Sociedade coligada é aquela cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais do capital de outra sem, no entanto, controla-la (art. 1.099 do CC/02).

II - é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Entretanto, a previsão aprovada no Senado foi restritiva em relação ao CDC, pois disciplina a matéria para sociedades controladas, consorciadas e coligadas. Não observou o disposto no Enunciado 406 da V Jornada de Direito Civil que limita a desconsideração ao patrimônio transferido entre pessoas jurídicas²¹.

O projeto do Senado tratou, ainda, da desconsideração para os administradores. Tal hipótese somente é prevista no caso da Lei nº 12.846/13. A maioria das situações concretas de responsabilidade do administrador versa sobre hipóteses de redirecionamento que, em verdade, não são situações de desconsideração²², mas de responsabilidade pessoal do sócio²³.

Ademais, o projeto do Senado não observou que existem outras hipóteses de desconsideração que não levam em conta exclusivamente o abuso de direito²⁴.

Neste ponto, parece o Código aprovado ao deixar para o direito material a disciplina dos pressupostos para a desconsideração. Ressalta-se, porém, que o texto aprovado previu uma hipótese de direito material ao tratar da desconsideração inversa.

21-Enunciado 406 da V Jornada – Art. 50: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.

22- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O princípio da proporcionalidade, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de um novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*, vol. 209, Julho/2012, p. 384. “No ordenamento pátrio ainda existem outras previsões no Código Tributário Nacional e na Consolidação das Leis do Trabalho, havendo dúvidas, todavia, quanto à sua genuína classificação como hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, principalmente porque melhor se encaixarem como situações de solidariedade entre sócios/administradores e a pessoa jurídica”.

23-É o que ocorre, por exemplo, com o art. 135 do CTN. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

24-MAZZEI, Rodrigo. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no CDC e no Projeto do “Novo” Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 774. “Destaca-se, por deveras relevante, que o disposto no art. 62 do projeto pode causar algum embaraço, pois a priori considera apenas como causa para a desconsideração o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei”. Em raciocínio vencedor, escorado no próprio §5º do art. 28 do CDC, há outros fatos que podem dar ensejo à desconsideração da pessoa jurídica que não o abuso da personalidade. Isso demonstra que a proposta parece ter andado mal ao dispor – de forma inadvertida – sobre o ponto que não toca ao direito processual, e sim ao direito material (hipótese de autorização da desconsideração jurídica”.

3.1.1. Desconsideração inversa

Ainda não existe, no direito brasileiro, regulamentação expressa sobre a desconsideração inversa. A hipótese ocorre nas situações em que o devedor esvazia seu patrimônio ao transferir bens para a pessoa jurídica da qual compõe o quadro societário²⁵. A jurisprudência brasileira tem aplicado a hipótese em casos específicos²⁶.

Dessa forma, em que pese ser desnecessária a previsão expressa na legislação diante dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a previsão legislativa tem o mérito de estancar quaisquer dúvidas sobre o cabimento.

Não se trata do meio mais adequado de se fazer uma previsão de direito material, mas, diante da omissão legislativa sobre o tema, a utilidade da previsão, mesmo em lei processual, é importante²⁷.

25-A IV Jornada de Direito Civil previu expressamente a desconsideração inversa na doutrina brasileira:

Enunciado 283 da IV Jornada - Art. 50: É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “**inversa**” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

26-DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02.

1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011.

2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta.

3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.

5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa.

7. Negado provimento ao recurso especial.

(Brasil, STJ, Resp 1236916 / RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 22/10/13)

27-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 122. “Uma ressalva a respeito da afirmação do parágrafo anterior faz-se importante. De acordo com o inciso I do art. 77 do Projeto, “o incidente da desconsideração da personalidade jurídica (...) pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio”, na linha do que já propunha o Anteprojeto no parágrafo único do art. 63. Trata-se do que pode ser chamado de “desconsideração às avessas”, situação na qual o sócio esconde-se atrás da pessoa jurídica, querendo, com o comportamento, comprometer a prestação da tutela jurisdicional”. É imaginar “ação de alimentos” na

3.2. Previsão como incidente.

O Novo Código de Processo Civil prevê a declaração de desconsideração da personalidade jurídica como incidente:

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º-A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º-Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º-A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º-O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

A declaração de desconsideração ocorrerá incidentalmente a um processo principal. A opção poderia ser por um processo cognitivo próprio, mas a escolha da comissão optou pela possibilidade de declaração no próprio processo²⁸.

A natureza incidental prestigia a economia, a celeridade processual e também favorece o princípio da cooperação entre os que participam da demanda²⁹.

qual o réu afirma nada possuir, sendo incapaz de pagar a pensão a ele imposta, porque tudo está em nome da empresa da qual é sócio. É típico caso- de que presentes as exigências do direito material, de abuso do direito – de a empresa pagar a pensão alimentícia, independentemente do que, para aquele mesmo fim, for cabível a partir dos rendimentos, inclusive *pro labore*, recebidos pelo réu.

28-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., pp. 120-121. “A primeira observação que se faz pertinente a respeito da disciplina projetada é que a desconsideração da personalidade jurídica, tal qual projetada no novo Código de Processo Civil, dá-se incidentalmente no processo. não há necessidade de uma nova “ação” ou de um novo “processo” para permitir que o magistrado, devidamente provocado para tanto, e estabelecidos o contraditório e a ampla defesa, decida a respeito da desconsideração ou como, na prática do foro, tanto se fala, no “redirecionamento” da execução.

Trata-se de um enorme avanço legislativo que permite o atingimento de um resultado satisfatório nas perspectivas (e exigências) do direito material e do direito processual”.

29-GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre o “Incidente” à Luz do Novo CPC – PLS 166/2010. In *Revista de Processo*, vol. 220, Junho/2013, pp. 271 e ss.. “É bem verdade que a configuração em natureza incidental para o conhecimento de dito instituto representa o prestígio da economia processual e se bem levada a cabo, igualmente, pelo Princípio da Cooperação dos partícipes da demanda, surtirá efetivos efeitos na tão desejosa, mas ainda desprestigiada celeridade processual, notabilizada por sua garantia formal no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988”.

A criação pela natureza de incidente segue a tendência adotada, majoritariamente, pela jurisprudência³⁰:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOEMPREENHEZ DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

(...)2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade. (...)

(Brasil, STJ, Resp 1096604 / DF, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, órgão julgador: Quarta Turma, j. 02/08/12)

Ressalta-se que a previsão do incidente representa um grande avanço legislativo ao solucionar um problema prático de ausência de procedimento, uma das facetas da desconsideração da personalidade jurídica³¹. Cabe asseverar, também, que pode ocorrer em qualquer momento processual, seja na fase de conhecimento, na de cumprimento de sentença ou até mesmo no processo de execução³².

30- MAZZEI, Rodrigo. Ob. cit., pp. 773-774. “A criação de um incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica segue a tendência que vem sendo adotada, majoritariamente, pela jurisprudência, com o propósito de positivizar, de uma vez por todas, a prática consagrada nos tribunais”.

31-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 120.

32-BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 254-255. “É importante frisar a conclusão: a circunstância de a lei admitir que, ao longo da execução, alguém diferente do que consta do título venha a ser convocado para responder pela dívida contraída por outrem se já suficientemente reconhecido como devedor no título executivo não pode significar que o “redirecionamento” da execução possa dar-se sem observância das mínimas garantias, impostas desde a Constituição Federal, para a atuação do Estado-juiz. (...) O que se pode questionar a respeito de tan-

O incidente somente não será instaurado se o pedido de desconsideração ocorrer na petição inicial.

3.3. Legitimidade ativa, passiva e citação.

O Novo Código de Processo Civil menciona como legitimados ativos o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, e a parte.

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.

O Ministério Público pode atuar no processo como parte e como *custos legis*. Quando atua como parte, é evidente que pode pleitear a desconsideração, a ampliação ocorre em relação ao agir como fiscal da lei.

A parte pode ser entendida como sendo a da relação jurídica material ou processual. Do ponto de vista da relação jurídica material, seria o credor³³. Todavia, com a evolução do direito processual civil, os conceitos de parte e terceiro devem ser observados também no contexto processual³⁴.

Nesse contexto, partes são os protagonistas da relação jurídica processual, ainda que não integrem a relação material controvertida³⁵. Sobre esse ponto, a doutrina se bipartiu em torno da opinião de G. Chiovenda e E. T. Liebman. O primeiro defende que parte é aquele que demanda e em face de quem se

to é a forma de aplicação do art. 50 do Código Civil ou de outras regras de direito material que distinguem as figuras do devedor e do responsável pela dívida exequenda, quando o título executivo não disser respeito a ninguém além do devedor. (...)

Para além desta justificativa plausível, o problema já não é de mera “legitimidade”, é de “mérito”, pertence, portanto, não mais ao plano processual mas, nesta perspectiva de análise, ao plano material. Com um mínimo de razão plausível e colhida com atenção ao “modelo constitucional do processo civil”, há, para os fins direito processual civil, legitimidade passiva, sendo legítima a liberação consequente da prática de atos executivos”. Vide também: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Ob.cit., pp. 385-386.

33-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 123.

34-SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. In *Revista de processo*. v.36. nº 200. São Paulo: RT, Outubro de 2011, pp.13-70. “A evolução da ciência processual foi responsável pelo descarte de concepções que se assentavam sobre a análise da relação jurídica material, tendo-se por claro, hoje, que os conceitos de “parte” e de “terceiro” devem ser analisados em seu *contexto processual*.”

35-CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 3-5. Vide também: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit., pp.13-70. “Nesse passo, serão partes aqueles que se apresentam como protagonistas da relação jurídica processual, mesmo que *não* figurem como sujeitos da relação jurídica material controvertida. Se o sujeito do processo não integra a relação de direito material controvertida, reconhece-se sua ilegitimidade *ad causam*; entretanto, a parte *ilegítima* ainda assim é parte”.

demanda³⁶. O segundo associa ao conceito de parte a noção de contraditório, ou seja, quem está sujeito ao contraditório é parte; quem não participa é terceiro³⁷.

Para um ou outro posicionamento, o sujeito ativo poderá ser a parte que já figura no processo. Em relação ao sujeito ativo, a IV Jornada de Direito Civil previu também que a pessoa jurídica pode ser legitimada ativa para requerer a desconsideração.

Enunciado 285 da IV Jornada de Direito Civil - Art. 50: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor.

O Novo Código de Processo Civil deixa a entender que a pessoa jurídica não teria legitimidade para pleitear sua própria desconsideração. Dessa forma, poderia a Comissão e os legisladores ser expressos nesse sentido.

Outro fator interessante diz respeito à supramencionada possibilidade de declaração de desconsideração de ofício pelo magistrado se o direito material e a legislação especial permitirem. O Novo Código de Processo Civil é silente nesse sentido, mas a legislação especial trata da matéria. É o que ocorre, por exemplo, em relação ao CDC. Ao mencionar a desconsideração apenas mediante requerimento da parte do Ministério Público, não abarcou todas as possibilidades do direito material.

Quanto ao legitimado passivo, houve, ainda, algumas incongruências. O NCPC menciona como legitimado passivo o sócio ou a pessoa jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias.

Ao mencionar apenas o sócio, esqueceu-se o legislador da possibilidade de desconsideração em face da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

36-CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Trad. port. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. Instituições de direito processual civil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 234. Cassio Scarpinella Bueno também adota o posicionamento no direito brasileiro (Ob. cit., p. 123).

37- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. Trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco. Manual de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123. Cândido Rangel Dinamarco também é adepto do posicionamento no direito brasileiro (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246).

Esse é o teor do enunciado 470 da V Jornada de Direito Civil:

Enunciado 470 da V Jornada – Art. 980-A: O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Isso é relevante porque a EIRELI não é constituída por sócio, mas por empresário, se for constituída por pessoa natural. Aliás, é equivocada a expressão “sócio” para o empresário que constitui uma EIRELI.

Enunciado 472 da V Jornada – Art. 980-A: É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Outra incongruência é a ausência de previsão da intimação da pessoa jurídica a ser desconsiderada. A pessoa jurídica tem autonomia de personalidade mesmo com a desconsideração. Com a efetivação da desconsideração, não será extinta. Assim, poderá ter interesse em integrar o polo ativo ou passivo do incidente.

Ressalta-se, no entanto, que, caso o requerimento seja feito na inicial por pessoa diversa da jurídica a ser desconsiderada, não deverá haver intimação, mas citação da pessoa jurídica.

O art. 64 do Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas do Senado previa intimação do sócio e não citação³⁸. O equívoco foi resolvido com o art. 78 do Projeto aprovado no Senado e com o art. 135 do NCPC.

3.4. Tramitação

O Novo Código de Processo Civil prevê duas hipóteses de análise da desconsideração da personalidade jurídica. Uma com a instauração do incidente e outra em que se dispensa tal hipótese.

38- BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., pp. 123-124. “O art. 64 do Anteprojeto contentava-se, no particular, com a intimação daqueles sujeitos. Andou bem a Comissão revisora do Senado que se mostrou sensível a diversas críticas no mesmo sentido, de que a hipótese só poderia ser de citação, não de intimação pela singela (mas fundamental) razão de que o sócio, o administrador e, no caso de desconsideração às avessas, a pessoa jurídica, são terceiros em relação ao processo. terceiro é todo aquele que não pede ou em face de quem não se formula pedido de tutela jurisdicional. Trata-se, é certo, de definição que enseja uma infundável série de discussões, mas a sua funcionalidade é inegável, inclusive para reger a hipótese que ocupa a regra em comento”.

A hipótese em que se dispensa a instauração do incidente ocorre quando, na própria inicial, o requerente pede a desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 134. (...) § 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.

Caso não seja requerida na inicial, a desconsideração poderá ocorrer em qualquer fase do processo de conhecimento, até mesmo na fase de cumprimento de sentença ou em processo de execução. Ao se referir ao processo de execução fundado em título extrajudicial, demonstra-se a opção dos membros por evitar processo de execução fundado em título judicial.

Instaurado o incidente, o distribuidor será comunicado para as anotações devidas. O modo e maneira como serão disciplinadas as anotações devem constar do regimento interno ou de resolução do Tribunal correlato desde que haja informações suficientes e claras da instauração do incidente.

Os legitimados passivos serão citados para se manifestarem sobre o incidente e indicarem provas. Ressalta-se, também, a necessidade de intimação da pessoa jurídica cuja personalidade será desconsiderada caso não seja ela a própria requerente.

Somente com a citação e intimação é que se pode falar em cumulação subjetiva e maior amplitude subjetiva na demanda. A citação e a possibilidade de manifestação atendem ao devido processo legal e ao contraditório dentro de uma concepção de direito processual civil constitucional³⁹. Após a análise e produção das provas, o incidente será decidido pelo magistrado.

3.5. Decisões, recursos e fraude à execução

O Novo Código de Processo Civil prevê que a decisão do incidente será impugnada por meio de agravo de instrumento. Trata-se, portanto, de decisão

39-CARMONA, Carlos Alberto. Comentário ao Art. 592 do CPC. In Antônio Carlos Marcato (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.812. Sobre o tema vide também: BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 125 e GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Ob. cit., pp. 271 e ss.. “Traga-se aqui à luz as garantias do devido processo constitucional, com a correta citação daqueles, por ventura, apontados na peça requerente, não somente porque estando pela primeira vez a participar do feito, farão jus à aludida comunicação processual, inclusive, na forma pessoal – já que figurarão agora no processo, inegavelmente, como parte, pois que algo se pede em face deles – como também, e aí na forma constitucionalmente “sagrada”, exercerem o pleno e efetivo contraditório acerca das afirmações a qualquer daqueles dirigidas, tendo como natural garantia, notadamente, o direito de requererem as provas que julgarem cabíveis, tudo no lapso temporal comum de 15 dias (...)”.

interlocutória. Tal hipótese ocorrerá se a decisão ocorrer no juízo de primeiro grau. Caso seja decisão do relator, caberá agravo interno⁴⁰.

A hipótese é essencial diante da não previsão de agravo retido no NCPC e da possibilidade de agravo de instrumento em situações pontuais. Em relação à decisão do relator, cabe ressaltar que é importante para demonstrar que a descon sideração pode ser admitida por decisão monocrática nos tribunais. Destaca-se que não ficou estabelecida a descon sideração em outros atos decisórios de órgãos colegiados.

Todavia, existem algumas omissões. A primeira diz respeito a não previsão de recurso contra a decisão que eventualmente se negue a produzir prova requerida no incidente.

A segunda não trata dos efeitos em relação à descon sideração. Não está estabelecido se a decisão faz coisa julgada ou se gera preclusão, pois, eventualmente, a não configuração de uma das hipóteses de descon sideração, em um momento processual, pode ser alterada ao longo do processo. O NCPC está silente nesse ponto.

Um dos efeitos mais relevantes da decisão sobre descon sideração da personalidade jurídica diz respeito à fraude à execução. Ela é regulamentada em dois dispositivos aparentemente contraditórios.

Art. 137. Acolhido o pedido de descon sideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Art. 792, § 3º. Nos casos de descon sideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende descon siderar.

Pelo art. 137, tem-se a impressão de que a fraude à execução terá como termo inicial a decisão sobre a descon sideração. Todavia, de acordo com a previsão do art. 792, §3º, conclui-se que o termo inicial ocorrerá com a citação da pessoa jurídica.

Uma interpretação que compatibiliza os dois dispositivos pode ser a seguinte: o efeito de ineficácia ocorrerá, logicamente, com o acolhimento do pedido de descon sideração, mas o termo inicial retroagirá à data de citação da pessoa jurídica descon siderada.

40- Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento.
Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Ressalta-se que a rigidez do termo inicial pode levar a situações extremamente injustas. Como a desconsideração pode ser requerida em qualquer momento do processo, é perfeitamente possível que, no início, não haja a situação ensejadora de desconsideração. Dessa forma, somente em momento posterior, haveria a confusão patrimonial, abuso de direito, desvio de finalidade, fraude etc. Ora, os negócios jurídicos celebrados antes da ocorrência do fato gerador da desconsideração devem ser considerados eficazes. A solução mais acertada será permitir a modulação dos efeitos por parte do magistrado.

3.6. O incidente como modalidade de intervenção de terceiros

As previsões do anteprojeto e do texto aprovado pelo Senado incluíam o incidente de desconsideração como integrante do Título referente às partes e aos procuradores. O NCPC, de maneira acertada, deslocou a desconsideração para uma das hipóteses de intervenção de terceiros.

Os conceitos de parte e terceiro são delimitados por exclusão. Independentemente da concepção que se tenha sobre o conceito de um ou outro⁴¹.

Com a citação do sócio ou empresário, operacionaliza-se a cumulação subjetiva da demanda. Percebe-se, assim, que os temas de litisconsórcio e intervenção de terceiros são entrelaçados; tanto que se pode aplicar o conteúdo dentro de um conceito mais amplo de pluralidade de partes⁴².

CONCLUSÕES

1. A desconsideração da personalidade jurídica é um dos pontos de maior relevância prática nos tribunais brasileiros.

2. A desconsideração pode ser abordada em dois aspectos: as situações em que é possível a sua aplicação e a operacionalização no caso concreto.

3. A desconsideração da personalidade recebe tratamento específico no Novo Código de Processo Civil. Pode-se dividir o estudo dos dispositivos em: cabimento; previsão como incidente; legitimidade e citação; tramitação; decisão e recursos; fraude à execução; inserção da matéria.

41-SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit., pp.13-70. “Apesar das diferenças, as teorias reúnem-se em torno do consenso de que os conceitos de “parte” e “terceiro” se delimitam mutuamente por exclusão, ou seja, será parte quem não é terceiro e vice-versa. Para a acepção assentada na lição de Chiovenda, terceiro seria aquele que nada pede e em face de quem nada é pedido; para a doutrina de Liebman, terceiro seria aquele que não é sujeito do contraditório”.

42-SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit., pp.13-70. Vide também: MAZZEI, Rodrigo. Ob. cit., pp. 774 e ss.

4. O NCPC deixa para a legislação extravagante a disciplina do cabimento. Os dois textos legislativos mais significativos a respeito do tema são o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor.

5. O CDC é concebido como norma de ordem pública. Assim, pode o juiz decretar de ofício a desconsideração; já o CC/02 permite a desconsideração apenas mediante requerimento do Ministério Público, quando intervir no processo, ou da parte interessada.

6. No que se refere aos pressupostos, o CDC prevê a aplicação da teoria em três circunstâncias: abuso de direito, insolvência, obstáculo ao ressarcimento. Por exigir menos requisitos, é chamada de teoria menor.

7. O CC/02 exige mais requisitos, não bastando a mera insolvência ou obstáculo ao pagamento da indenização. Exige-se o abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

8. O CDC trata, ainda, da responsabilidade de grupos de sociedades, sociedades controladas, sociedades consorciadas e coligadas nos §§2º, 3º e 4º do art. 28. Os grupos de sociedades e as sociedades controladas são responsáveis subsidiariamente. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados. As sociedades coligadas somente responderão nas hipóteses de culpa.

9. O projeto aprovado no Senado previu disposição específica sobre desconsideração para empresa do mesmo grupo econômico. Entretanto, foi extremamente restritiva ao se observar que em relação à desconsideração para outras pessoas jurídicas. O projeto do Senado não observou, também, que existem outras hipóteses de desconsideração que não levam em conta exclusivamente o abuso de direito.

10. O NCPC foi mais adequado, ao simplesmente deixar para o direito material a disciplina dos pressupostos para a desconsideração.

11. O NCPC tem regulamentação expressa sobre a desconsideração inversa no direito brasileiro.

12. O NCPC prevê o procedimento como incidente em regra. Somente não ocorrerá o incidente, se o pedido for feito na inicial. Destaca-se que poderá ser instaurado em qualquer fase e até mesmo no processo de execução.

13. O NCPC menciona como legitimados ativos o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, e a parte. A legislação deixa a entender que a pessoa jurídica não teria legitimidade para pleitear sua própria desconsideração da personalidade. Dessa forma, poderia o legislador ser expresso nesse sentido.

14. Outro fator interessante diz respeito à supramencionada possibilidade de declaração de desconsideração de ofício pelo magistrado, se o direito material e a legislação especial permitirem.

15. Quanto ao legitimado passivo do incidente, houve, ainda, algumas incongruências. O NCPC menciona como legitimado passivo o sócio ou a pessoa jurídica. Ao mencionar apenas o sócio, esqueceu-se da possibilidade de desconsideração em face da EIRELI.

16. Outra incongruência é a ausência de previsão da intimação da pessoa jurídica a ser desconsiderada. A pessoa jurídica tem autonomia de personalidade mesmo com a desconsideração. Com a efetivação, a pessoa jurídica não será extinta. Assim, poderá ter interesse em integrar o polo ativo ou passivo do incidente.

17. O NCPC prevê duas hipóteses de análise da desconsideração da personalidade jurídica. Uma com a instauração do incidente e outra em que se dispensa tal hipótese. Dispensa-se a instauração do incidente, quando o pedido ocorre na inicial. Caso não seja requerida na inicial, a desconsideração poderá ocorrer em qualquer fase do processo de conhecimento, até mesmo na fase de cumprimento de sentença ou em processo de execução.

18. Instaurado o incidente, o distribuidor será comunicado para as anotações devidas. O modo e maneira como serão disciplinadas as anotações devem constar do regimento interno ou de resolução do Tribunal correlato, desde que haja informações suficientes e claras da instauração do incidente.

19. O NCPC prevê que a decisão do incidente será impugnada por meio de agravo de instrumento. Trata-se, portanto, de decisão interlocutória. Caso seja decisão do relator, caberá agravo interno.

20. Existem algumas omissões em relação às decisões. A primeira diz respeito a não previsão de recurso contra a decisão que eventualmente se negue a produzir prova requerida no incidente. A segunda não trata dos efeitos em relação à desconsideração. Não está estabelecido se a decisão faz coisa julgada ou se gera preclusão, pois, eventualmente, a não configuração de uma das hipóteses de desconsideração, em um momento processual, pode ser alterada ao longo do processo.

21. Um dos efeitos da decisão sobre desconsideração da personalidade jurídica mais relevante diz respeito à fraude à execução. Ela é regulamentada em dois dispositivos aparentemente contraditórios (arts. 137 e 792). Pelo art. 137, tem-se a impressão de que a fraude à execução terá como termo inicial a decisão sobre a desconsideração. Todavia, de acordo com a previsão do art. 792, §3º, conclui-se que o termo inicial ocorrerá com a citação da pessoa

jurídica. Uma interpretação que compatibiliza os dois dispositivos pode ser a seguinte: o efeito de ineficácia ocorrerá, logicamente, com o acolhimento do pedido de desconsideração, mas o termo inicial retroagirá à data de citação da pessoa jurídica desconsiderada. Ressalta-se, contudo, que a rigidez do termo inicial pode levar a situações extremamente injustas, pois é possível que, no início, não haja a situação ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica.

22. As previsões do anteprojeto e do texto aprovado pelo Senado incluíam o incidente de desconsideração como integrante do Título referente às partes e aos procuradores. No NCPC, deslocou-se, de maneira acertada, para uma das hipóteses de intervenção de terceiros por se tratar de uma situação de pluralidade de partes após o início do processo.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 117-128.

CARMONA, Carlos Alberto. Comentário ao Art. 592 do CPC. In Antônio Carlos Marcato (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Trad. port. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. Instituições de direito processual civil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1945.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre o “Incidente” à Luz do Novo CPC – PLS 166/2010. In *Revista de Processo*, vol. 220, Junho/2013, pp. 271 e ss..

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. Trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco. Manual de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no CDC e no Projeto do “Novo” Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 762-787.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O princípio da proporcionalidade, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de um novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*, vol. 209, Julho/2012, pp. 375-394.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva: 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). In: *Revista dos Tribunais*. v. 410. São Paulo: RT, dez./1969.

SERICK, Rolf. *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*. trad. Italiana de Marco Vitale. Forma e realtà della persona giuridica. Milano:Giuffrè, 1966.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. In *Revista de Processo*, vol. 208, Junho/2012, pp. 61 e ss.

_____. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. In *Revista de processo*. v.36. nº 200. São Paulo: RT, Outubro de 2011.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual Civil Brasileiro. In *Processo Societário*. coord. Flavio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 317-331.

_____. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, dez./1969, vol. 410, p. 12-24.

VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

OS IMPACTOS DO NCPC NA ARBITRAGEM¹

Thiago Rodvalho

Professor-Doutor da PUC|Campinas. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, com Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira – CARB, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE, do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CEBRAMAR, e da ARBITRANET.

Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, do Instituto de Direito Privado – IDP, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, e do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Professor-Assistente de Arbitragem e Mediação na Graduação da PUC/SP. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos). Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.

RESUMO: O presente ensaio tem por objetivo abordar algumas questões relevantes sobre os impactos que o advento do Novo Código de Processo Civil (L 13.105/2015) terá na Arbitragem, abordando, inclusive, a relação de cooperação que muitas vezes deve haver entre Poder Judiciário e Arbitragem.

Palavras-chave: NCPC - Arbitragem - Carta Arbitral - Confidencialidade - Jurisdição - Convenção de Arbitragem - Segredo de Justiça - Relação de Cooperação.

1-Esse trabalho corresponde a uma versão atualizada, com algumas modificações, de estudo que já publicamos sobre o tema: THIAGO RODOVALHO e FRANCISCO JOSÉ CAHALI. *A Arbitragem no Novo CPC - Primeiras Impressões*, in Alexandre Freire et alii (orgs.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, pp. 583/604.

1. INTRODUÇÃO.

Nos últimos anos, o Brasil debateu intensamente o Novo Código de Processo Civil (L 13.105/2015),² o que pode ser, inclusive, observado nas profundas alterações (para o bem e para o mal) do projeto originalmente concebido para a versão final que se converteu em lei.

Os trabalhos, em regra, foram conduzidos sempre com o objetivo de ter-se um CPC mais adequado para a sociedade moderna, mais ágil, célere e menos formalista.³ Enfim, um código que se traduza mais numa *garantia ao cidadão* e ao *serviço do direito material*, e não excessivamente formalista e que se torne um fim em si mesmo.

Neste trabalho, centraremos nosso estudo no impacto que o NCPC terá sobre a arbitragem.⁴

Contudo, não deixa de ser interessante observar – nesse desejo de um CPC menos formalista, mais célere e mais preocupado com o direito material deduzido em juízo – a influência da própria *arbitragem* sobre o *NCPC*.

Nesse sentido, tem-se exemplificativamente, entre outras:

- (i) a previsão de possibilidade de testemunho técnico (*expert witness*);⁵

2-Além dos debates publicamente conduzidos, houve participação da comunidade jurídica, seja nas discussões na Comissão, seja nas discussões conduzidas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. A esse respeito, v., por exemplo, entre outros, Bruno DANTAS (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, n. 190, ts. 1 e 2, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011, *passim*; Alexandre FREIRE *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012)*, Salvador: JusPodivm, 2013, *passim*; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *O projeto do CPC – críticas e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *passim*; Cassio SCARPINELLA BUENO. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*, São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*; e Misael MONTENEGRO FILHO. *Projeto do novo código de processo civil – confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC (com comentários às modificações substanciais)*, São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.

3-Nos dizeres do Ministro LUIZ FUX, em mensagem quando do envio do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ao Senado Federal: “*Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: Altro tempo, Altro Diritto*”. Nesse sentido, v. também a *Exposição de Motivos* do Anteprojeto, em especial: “*Em suma, para a elaboração do 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, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo*”.

4-Sobre o tema, cfr., também, amplamente, Francisco José CAHALI. *Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil*, in José Anchieta da Silva. *O Novo Processo Civil*, São Paulo: Lex/Magister, 2012, pp. 275/291.

5-Cfr. NCPC:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

[...]

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção

- (ii) a possibilidade de um acordo de saneamento apresentado pelas partes;⁶
- (iii) a possibilidade de inquirir *diretamente* a testemunha (uma certa aproximação com a *direct and cross examination of witnesses*);⁷
- (iv) além de clarificar mais a questão de *dispensa* de realização de prova técnica.⁸

Feitas essas observações, passemos ao objetivo de nosso estudo, centrado no impacto do NCPC na arbitragem, que representa um dos “*meios adequados de solução de conflitos*”, pelo qual se entrega, por vontade das partes, o julgamento da controvérsia ao árbitro ou colegiado arbitral, por eleito de forma direta ou indireta pelos interessados.

A aplicação do CPC, assim, é estranha ao procedimento arbitral, que terá suas regras definidas pelas partes e/ou pelo árbitro, de maneira a melhor atender as necessidades específicas do caso, aplicando-se os *princípios constitucionais do processo civil* (devido processo legal, contraditório e igualdade de partes).⁹

de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º *A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.*

§ 4º *Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.*

6-Cfr. NCPC:

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

[...]

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

§ 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.*

A propósito do tema, cfr., ainda, Claudia Elisabete Schwerz CAHALI. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, *passim*.

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

8-Cfr. NCPC: Art. 472. *O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.*

9-Neste sentido, inclusive, a previsão do artigo 21 da Lei de Arbitragem: “*A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou à Câmara Arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao Câmara Arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do*

Porém, não se afasta por inteiro qualquer referência à arbitragem na legislação processual. Isto porque a arbitragem, enquanto uma das formas de solução de conflitos faz parte de um todo, de um sistema de prestação jurisdicional completo que se relaciona e interage, para atender a perspectiva da sociedade (dos jurisdicionados). Assim, em alguns momentos, haverá intersecção ou conexão entre os integrantes deste sistema.

A arbitragem, então, não caminha só. Convive em harmonia com a Jurisdição Estatal, cada qual ocupando o seu espaço, mas relacionando-se quando necessário.

Nesse contexto, entre outros impactos, o NCPC teve o condão, especialmente, de melhorar a relação de *cooperação* entre Poder Judiciário e a Arbitragem (com a criação da Carta Arbitral), e trazer aprimoramentos no segredo de justiça, e no *reconhecimento de sentença arbitral estrangeira*, máxime com o melhor tratamento para a *concessão de exequatur à carta rogatória*. Vejamos.

2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO NCPC RELATIVAS À ARBITRAGEM

2.1. Arbitragem como jurisdição e estímulo a outros meios de solução de controvérsias (entre eles, conciliação, mediação e arbitragem).

O NCPC buscou *harmonizar-se* com a Constituição Federal e a Lei de Arbitragem, seguindo a corrente doutrinária majoritária no sentido de que a *arbitragem também é jurisdição*.

Nesse sentido, houve *alteração* da disciplina prevista no artigo 3.º da versão original do Projeto, que assim disciplinava a matéria:

“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.¹⁰

Essa forma de redação, conquanto certamente não tenha sido a intenção da Comissão, poderia dar margem a interpretações no sentido de que a arbitragem

árbitro e de seu livre convencimento”.

10- Esse dispositivo não guarda correspondente no CPC/1973, guardando, entretanto, certa correspondência com a CF 5.º XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e guardando certa harmonia com a Lei de Arbitragem e a histórica decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca de sua constitucionalidade [cfr. STF, Pleno, AgReg na Homologação de Sentença Estrangeira n. 5206-7 (Reino da Espanha), rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, m.v. (quanto à constitucionalidade da LArb), j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004].

não fosse jurisdição, por consignar que “*não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”, ressaltando, contudo, e podendo transmitir, com isso, a ideia de não se tratar de *jurisdição*, a solução arbitral.

Sendo assim, mais adequada foi a solução dada pela versão final e que se converteu efetivamente no NCPC, que segue mais harmoniosamente a CF 5.º XXXV, a Lei de Arbitragem e a histórica decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca de sua constitucionalidade, ao simplesmente consignar, *verbis*:

“Art. 3.º. *Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*
§ 1.º *É permitida a arbitragem, na forma da lei*”.

Com essa redação, guarda-se, no *caput*, harmonia com a CF 5.º XXXV, bem como, através de seu §1.º, evita-se a discussão sobre ser ou não a arbitragem jurisdição, evitando-se a contradição acima apontada no Anteprojeto (versão original), e perfilando, assim, a corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária no sentido de ser a arbitragem efetivamente *jurisdição*.¹¹

Essa harmonia, de certa forma, subsiste ainda com a previsão do art. 42 do NCPC:

“Art. 42. *As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressaltado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei*”.

Não obstante isso, o mais adequado, a fim de evitarem-se incongruências, seria esse artigo ter sido redigido de maneira a espelhar o atual art. 3.º do NCPC.

Demais disso, tem-se, em nosso sentir, que o NCPC *prestigia* a arbitragem, não só como um meio *alternativo* de solução de controvérsias (*ADR – Alternative Dispute Resolution*), mas efetivamente como um verdadeiro meio *adequado* de solução de controvérsias (modernamente, *Adequate Dispute Resolution*), razão pela qual, ao lado de outros métodos (como a conciliação e a mediação), o NCPC a *estimula*.

11-A esse respeito, v., por todos, o excelente voto da Min. NANCY ANDRIGHI em STJ, 2.ª Seção, Conflito de Competência n. 113.260 – SP, rel. p/acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, m.v., j. 8.9.2010, DJ 7.4.2011. V., também, o precedente: STJ, 2.ª Seção, Conflito de Competência n. 111.230 – DF, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, m.v., j. 8.5.2013, que admitiu conflito de competência em *Câmara Arbitral e Poder Judiciário*. Em não sendo a arbitragem *jurisdição*, não se poderia admitir conflito de competência entre *árbitro e juiz*.

Ao ler-se *isoladamente* do art. 3.º §3.º do NCPC (“*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”), pode-se, açodadamente, extrair-se conclusão em sentido contrário, pois o referido parágrafo faz menção apenas à conciliação e à mediação; contudo, este parágrafo (ao lado do §2.º do mesmo artigo) refere-se aos meios de solução *consensual* dos conflitos.

Entretanto, o NCPC, em outras passagens, expressa claramente o *estímulo* também à arbitragem, como meio *adequado* de solução de controvérsias. Nesse sentido:

“Art. 358. No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência de instrução e julgamento e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.

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

Trata-se de moderna visão do NCPC, em consonância com a *Reforma do Poder Judiciário* promovida pela Emenda Constitucional n. 45, na tentativa de uma mudança da *cultura de litígio*¹² que atualmente impera no Brasil, para uma *melhor administração da justiça*. Essas disposições guardam, ainda, harmonia com a Resolução CNJ n. 125/2010,¹³ que trata da *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, e que justamente procurou desenvolver no país o que se cunhou de *sistema multiportas* ou *tribunal multiportas* [com inspiração no sistema americano (*Multi-door Courthouse System*)],¹⁴ estimulando o uso de meios

12-Sobre o tema, v, entre outros, Kazuo WATANABE. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in Flavio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684/690; e Kazuo WATANABE. *Modalidade de mediação*, in CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: CJF, 2003, pp. 42/50. V., também, Thiago RODOVALHO. *Cultura do litígio*, in *Jornal Gazeta de Limeira*, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2, em 16.6.2013.

13-Alterada por meio da Emenda n. 1, de 31 de janeiro de 2013. A respeito da Resolução CNJ n. 125/2010, cfr. Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Cap. 2, pp. 37/59.

14-A consagrada expressão *multi-door courthouse* foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979: Frank SANDER. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, pp. 65/87. A esse respeito, v., também, Herbert M. KRITZER. *To regulate or not to regulate, or (better still) when to regulate*, in *Dispute resolution*

extrajudiciais de solução dos conflitos, tais como negociação, conciliação e mediação, com vistas, inclusive, a tornar efetivo o *direito constitucional à razoável duração do processo*.

2.2. Não-alegação de Convenção de Arbitragem e renúncia. Extinção do processo sem resolução de mérito e agravo de instrumento. Efeito do recurso de apelação.¹⁵

A respeito de *alegação de convenção de arbitragem*, o NCPC mantém corretamente a impossibilidade de ser conhecida de ofício pelo juiz, tornando, ainda, claro o efeito de sua não arguição, que há de compreendida, *ex vi legis*, como *renúncia* (tácita) à arbitragem.¹⁶

Com relação à decisão que *rejeitar* a alegação de convenção de arbitragem, caberá recurso de *agravo de instrumento*, a teor do NCPC art. 1015 III, *verbis*:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem [...]”.

Já quanto à decisão que *reconhece a convenção de arbitragem e julga extinto o processo sem resolução de mérito*, caberá recurso de *apelação*, com a importante previsão de que os efeitos, em regra, dessa apelação serão somente *devolutivos*, é dizer, sem o condão de *suspender* os efeitos da decisão apelada, permitindo-se, assim, que se prossiga com a arbitragem (caso já instaurada) ou que se proceda à sua instauração.

magazine, ABA, v. 19, n. 3, Spring 2013, pp. 12/13; e Nancy ANDRIGHI e Gláucia Falsarella FOLEY. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*, in Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 24.6.2008.

15-O Projeto do NCPC, na versão da Câmara dos Deputados, criava, com acerto, um *momento procedimental específico para a alegação de existência de convenção de arbitragem*, que, infelizmente, e erroneamente, foi suprimido na versão final aprovada no Senado Federal. A esse respeito, v. Francisco José CAHALI e Thiago RODOVALHO. *A Arbitragem no Novo CPC - Primeiras Impressões*, in Alexandre Freire et alii (orgs.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, pp. 583/604; e André Vasconcelos ROQUE e Thiago RODOVALHO. *A convenção de arbitragem e o novo CPC no Senado Federal: a exceção que foge à regra*, in Migalhas, v. 3.509, 2014, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI212183,41046-A+convencao+de+arbitragem+e+o+novo+CPC+no+Senado+Federal+a+excecao>.

16-Cfr. NCPC:

“Art. 337. [...]”

§ 5o *Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.*

§ 6o *A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.*

Nos dizeres do NCPC art. 1012, *verbis*:

“Art. 1.025. A apelação terá efeito suspensivo.
§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: [...]
IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; [...]
§2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença”.

Excepcionalmente, contudo, poderá ser atribuído efeito suspensivo a essa apelação, se presentes os requisitos legais, quais sejam: (i) probabilidade de provimento do recurso; (ii) ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação; segundo os §4.º do citado art. 1012 do NCPC:

Nessas hipóteses, *se e quando* efetivamente presentes e preenchidos os requisitos legais acima apontados, o efeito suspensivo à apelação *deve* ser concedido, tratando-se de *poder-dever* do juiz ou relator, conforme o momento temporal do recurso (se já distribuído ou não).

2.3. Segredo de Justiça da Arbitragem no NCPC.

Outro importante avanço do NCPC foi relativo ao *segredo de justiça* na arbitragem, pois o sigilo no procedimento é uma das mais atraentes características da arbitragem, pois através dele, preservam-se a imagem das partes, intimidades de seus negócios, *know-how*, segredo industrial, entre outras informações relevantes de caráter estratégico ou comercial decorrentes da atividade empresarial.

Nesse contexto, embora a Lei de Arbitragem, corretamente, não *determine obrigatoriamente* o sigilo nas arbitragens,¹⁷ fato é que, na prática, a absoluta maioria delas ocorre em sigilo, quer porque as partes assim o previram na convenção de arbitragem, quer porque elegeram Câmara Arbitral cujo regulamento que prevê o sigilo (o que é a regra nos regulamentos das Câmaras Arbitrais no Brasil e no exterior).

17-A LArb determina apenas o *dever de discrição* do árbitro, nos termos do art. 13 §6.º:

“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

[...]

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e *discrição*” (destacamos).

O sigilo é, em verdade, ao lado da *flexibilidade*, *celeridade* e *especialidade*, um dos *atrativos* da arbitragem.¹⁸ Nesse sentido, recente pesquisa conduzida pela School of International Arbitration (Centre for Commercial Law Studies) e pelo Queen Mary College, com apoio da PriceWaterhouseCoopers,¹⁹ revelou que 62% das empresas consideram a confidencialidade da arbitragem um ponto muito importante.

Daí a relevância do melhor tratamento dado à matéria pelo NCPC, que assim disciplinou a questão do segredo de justiça quando se tratar de processo judicial que verse sobre arbitragem:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

[...]

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.

*§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação”.*²⁰

Assim sendo, quando a própria arbitragem for sigilosa (quer porque as partes assim o previram na convenção de arbitragem, quer porque elegeram Câmara Arbitral cujo regulamento que prevê o sigilo), por força do citado artigo do NCPC, o processo judicial – seja em *alegação de convenção de arbitragem*, seja em *ação anulatória*, seja ainda em *ação de execução e cumprimento de decisão (cautelares, v.g.) ou sentença arbitral*, enfim, sempre que houver necessidade de *judicializar a arbitragem* –, correrá em *segredo de justiça*, prestigiando e protegendo o desejo das partes de manter sua *confidencialidade*.

18-Nesse sentido, v., entre outros, Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 9.4.3, pp. 240/241.

19-School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, e Queen Mary University of London (com apoio da PwC). *Corporate choices in International Arbitration - Industry perspectives*, disponível em: www.pwc.com/arbitrationstudy, acessado em 31.5.2013.

20-Esse dispositivo contou com contribuição do GPA – Grupo de Pesquisa em Arbitragem, da PUCSP, liderado pelo Prof. Francisco José Cahali (a esse respeito, cfr. Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 9.4.3, pp. 240/241).

Trata-se de importante avanço, pois, no atual sistema, não obstante a arbitragem se desenvolva de forma *confidencial*, toda vez que, por algum motivo, haja de necessidade de *judicializá-la*, a arbitragem, *de certa forma*, se publiciza, o que se traduz em fato muito indesejável.

Com o aludido dispositivo, o NCPC melhor disciplina a questão, de tal sorte que um terceiro somente terá qualquer informação sobre o processo judicial *se* demonstrar *interesse jurídico* (e não meramente *econômico*) para tanto, a teor do parágrafo único do referido artigo.

2.4. A relação de cooperação entre Poder Judiciário e a Arbitragem (Carta Arbitral).²¹

Outro importante avanço do NCPC foi a criação da *Carta Arbitral*, instrumento sem correspondência no vigente CPC/73.²²

Com a criação da referida carta arbitral *uniformiza-se* a comunicação entre *Árbitro* (ou Tribunal Arbitral) e o *Poder Judiciário*, para as situações, nem sempre raras, que demandam interação entre as duas jurisdições (medidas coercitivas e cautelares, auxílio em produção de prova, prestação de informações etc.).

Atualmente, sem disciplina específica, inexistente propriamente uniformidade nessa interlocução entre as jurisdições estatal e arbitral, adotando, árbitros e câmaras, cada qual, formato que entende adequado, o que, por vezes, na prática, traz dificuldades.

Esses problemas tendem a desaparecer, ao menos no que tange à interlocução propriamente dita (e não necessariamente seu efetivo cumprimento), com a criação da denominada *carta arbitral*.

Nesse sentido, o NCPC assim a disciplinou a matéria:

“Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

21-Nessa relação de cooperação, a jurisdição é *partilhada*, e não *compartilhada*. São funções complementares, e não concorrentes. A um juízo caberá a decisão; ao outro, a efetivação do decidido. Tudo sem hierarquia ou subordinação, pois são tarefas distintas decorrentes dos poderes e atribuições de cada qual no nosso sistema jurídico.

22-A proposição da *carta arbitral* no NCPC também contou com contribuição do GPA – Grupo de Pesquisa em Arbitragem, da PUCSP, liderado pelo Prof. Francisco José Cahali, em parceria com a Comissão de Arbitragem e a Procuradoria-Geral da OABRJ, nas pessoas dos Drs. Joaquim de Paiva Muniz, Leonardo Corrêa e Ronaldo Cramer (a esse respeito, cfr. Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 10.5, pp. 262/265).

- I – auxílio direto;*
 - II – reunião ou apensamento de processos;*
 - III – prestação de informações;*
 - IV – atos concertados entre os juízes cooperantes.*
- § 1.º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.*
- § 2.º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:*
- I - a prática de citação, intimação e notificação de atos;*
 - II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;*
 - III - a efetivação de tutela antecipada;*
 - IV – a efetivação de medidas e providências para a recuperação e preservação de empresas;*
 - V - facilitar a habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;*
 - VI - a centralização de processos repetitivos;*
 - VII - a execução de decisão jurisdicional”.*

*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_**

*“Art. 237. Será expedida carta:
[...]
IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada”.*

O NCPC traz, também, certos requisitos *formais* que deve observar a carta arbitral, são eles:

*“Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:
I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;
II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;
III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;
IV – o encerramento com a assinatura do juiz.*

§ 1º O juiz mandará trasladar para a carta quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que esses documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, pelos peritos ou pelas testemunhas.

§ 2º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica.

§ 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função”.

Nesse sentido, a carta arbitral, confeccionada pelo árbitro ou tribunal arbitral, deverá conter: (i) a indicação do nome do árbitro (ou árbitros, em caso de tribunal arbitral) e, eventualmente, também da Câmara Arbitral (na hipótese de arbitragem *institucional*); (ii) endereçamento (*genérico*, a menos que se trate de carta arbitral quando já preventivo algum Juízo Estatal) ao Poder Judiciário; (iii) ser instruída com cópias da convenção de arbitragem, da nomeação do árbitro e da sua aceitação da função; (iv) ser instruída, ainda, com cópias do pedido formulado pela parte, decisão arbitral e procuração do advogado (quando o caso, pois nem sempre parte se fará representar por advogado na arbitragem, ainda que essa representação, na prática, seja frequente); e (v) assinatura do árbitro. Poderá, ainda, ser instruída com outras cópias dos “autos” da arbitragem, caso eventualmente isso se faça necessário.

E o processamento e cumprimento dessa *carta arbitral* no Juízo Estatal, como visto anteriormente (v. n. 2.3 acima), deverá tramitar *em segredo de justiça*, quando a própria arbitral gozar de confidencialidade.

A esse respeito, em nosso sentir, as *diligências* propriamente ditas para esse processamento e cumprimento da carta arbitral incubem à *parte interessada*, e não ao árbitro; é dizer, incumbe ao árbitro a *confeção* e *expedição* da carta arbitral, cabendo, por sua vez, à parte interessada, as diligências para seu processamento e cumprimento no Juízo Estatal.

Esse, inclusive, nos parece ser ponto que poderia ter sido aprimorado no NCPC, para justamente constar de forma expressa (com a inclusão de um parágrafo, v.g.) que *as diligências para seu processamento e cumprimento no Juízo Estatal incumbem à parte interessada*, ainda que essa conclusão se extraia implicitamente do NCPC, evitando-se, com isso, que, na prática, haja discussão e dúvidas a esse respeito.

Isto porque, além de tratar-se indubitavelmente de ato que refoge às atribuições do árbitro, poderá haver, até mesmo, problemas ou dificuldades em seu cumprimento. O próprio NCPC contém disposição em que o cumprimento da carta arbitral poderá ser recusado, *verbis*;

“Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:
I – a carta não estiver revestida dos requisitos legais;
II – faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;
III – o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.
Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente”.

Nessa hipótese, caso a diligência incumbisse ao árbitro, poder-se-ia criar uma situação estranha e indesejável, como a possibilidade e/ou necessidade de interposição de recurso (nessa hipótese, pelo árbitro), em caso de decisão judicial que equivocadamente se recusa a cumprir a *carta arbitral*. Tratar-se-ia de situação absolutamente estranha e indesejável na medida em que a função do árbitro, de certa forma, se imiscuiria com a da própria parte [quicá, até mesmo, com a necessidade de contratação de advogado para interposição de recurso contra a decisão judicial que não a cumpre (pois o árbitro não necessariamente precisa ser advogado), o que seria uma situação manifestamente absurda].

É por isso que, em regra, ao menos em nosso sentir, o relacionamento entre árbitro e juiz não deve ser *direto*, senão, *indireto*, via processamento e cumprimento da carta arbitral pela parte interessada.

Deste modo, em suma, no processamento e cumprimento de decisões arbitrais, a exemplo da Carta Precatória, a carta arbitral é *emanada* do árbitro, mas as diligências para seu cumprimento incumbem, em regra, à parte interessada [= distribuição ou protocolo (conforme a situação), recolhimento de eventuais custas judiciais, interposição de recursos contra decisão judicial que não a cumpre etc.], não havendo, pois, nessa hipótese, relacionamento *direto* entre judiciário e arbitragem, senão apenas e tão somente indireto.

Cria-se, portanto, como visto, *uma estrutura formal para a comunicação*, e desta forma facilita o entrosamento entre ambas as jurisdições, na medida em que uma saberá como solicitar e outra como receber as solicitações, evitando desencontro de posições a respeito, nocivas, certamente, à efetividade pretendida na tutela dos interesses da parte.

2.5. Cumprimento de sentença arbitral.

No tocante ao *cumprimento da sentença arbitral*, o NCPC, acertadamente, *manteve* a disciplina atual prevista tanto no CPC/73 quanto na LArb, no sentido de constituir a sentença arbitral um título executivo *judicial*, *verbis*:

“Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VII – a sentença arbitral”.

A inovação ficou por conta da possibilidade de promover-se seu cumprimento no domicílio do executado ou onde os bens sujeitos à execução estiverem localizados ou ainda onde a obrigação de fazer ou não fazer deva ser cumprida, à opção do exequente, o que, na prática, pode tornar a execução mais célere:

“Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

[...]

III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

Ou seja, de forma salutar se permitirá, o que hoje é vedado, executar a sentença arbitral onde se encontram os bens ou no local onde deve ser cumprida a obrigação de fazer ou de não fazer, além da opção pelo domicílio do executado.

Consubstanciaram-se ambos, a nosso ver, em medidas corretamente adotadas pelo NCPC, tanto ao manter a sentença arbitral como título executivo judicial, quanto ao inovar onde ela poderá ser executada, flexibilidade essa que pode vir a possibilitar execuções mais céleres.

2.6. Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e concessão de *exequatur* à carta rogatória.

Last but not least, relativamente ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, o NCPC traz, uma vez mais, importantes inovações.

Primeiramente, o NCPC inova já ao trazer a expressão *decisão arbitral*, que inexistia no CPC/73, na parte dedicada à homologação de sentença estrangeira;²³ em verdade, o CPC/73 disciplina de forma muito sucinta e insuficiente a matéria, e referindo-se apenas à *sentença estrangeira*.²⁴

Inclusive, o NCPC, com muita propriedade, usa a expressão *decisão arbitral estrangeira* (vocábulo com acepções mais amplas), em vez de *sentença arbitral*, pois objetiva, com isso, referir-se tanto à *sentença* propriamente dita quanto às *decisões interlocutórias* (como as concessivas de tutelas de urgências e cautelares, para produção de provas etc.).

Assim, o NCPC, na versão que ora se examina, disciplinou mais detidamente a questão, buscando harmonizá-la aos novos tempos, de *mundialização* ou *globalização*, nos quais a *mobilidade* das decisões é muito maior, e as fronteiras, cada vez menores, e buscando, ainda, harmonizá-la também ao quanto disposto na nossa Lei de Arbitragem (em especial, arts. 34 a 40), na Convenção de Nova York (*New York Arbitration Convention – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done at New York, on 10 June 1958*), e na Emenda Regimental n. 18/2014 do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que igualmente tratam da material [cfr. NCPC 960 § 3.º “A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo” (destacamos)].

Nesse sentido, o NCPC tratou as questões concernentes ao reconhecimento de decisões (judicial e arbitral) estrangeiras da seguinte maneira:

23-Nesta parte, o NCPC, quer nos parecer, reafirma, mais uma vez, a natureza jurisdicional da arbitragem ao preceituar em seu art. 961 § 1.º: “É passível de homologação a decisão judicial definitiva, **bem como a não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional**” (destacamos).

24-Cfr. CPC/73:

“Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza”.

“Art. 972. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

§ 1º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória.

§ 2º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

§ 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.

Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

§ 1º É passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a decisão não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional.

§ 2º A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente.

§ 3º A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira.

§ 4º Haverá homologação de decisão estrangeira para fins de execução fiscal quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira.

§ 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 6º Na hipótese do § 5º, competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência.

Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

§ 1º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória.

§ 2º *A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.*

§ 3º *O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.*

§ 4º *Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.*

Art. 963. *Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:*

I – ser proferida por autoridade competente;

II – ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;

III – ser eficaz no país em que foi proferida;

IV – não ofender a coisa julgada brasileira;

V – estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;

VI – não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Parágrafo único. Para a concessão do exequatur às cartas rogatórias, observar-se-ão os pressupostos previstos no caput deste artigo e no art. 962, § 2º.

Art. 964. *Não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.*

Parágrafo único. O dispositivo também se aplica à concessão do exequatur à carta rogatória.

Art. 965. *O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional.*

Parágrafo único. O pedido de execução deverá ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do exequatur, conforme o caso”.

A maior inovação do NCPC – relativamente ao reconhecimento de decisão estrangeira –, diz respeito à possibilidade de concessão de *exequatur* às *decisões de urgência, cautelares e interlocutórias* (produção de provas, v.g.) [cfr. “Art. 962. *É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de*

urgência”], e mesmo às decisões *fnais*, para medidas assecuratórias de seu cumprimento, v.g. (a teor do art. 961 § 3.º “*A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira*”).

Inclusive, mui modernamente, o NCPC prevê, outrossim, a possibilidade de concessão de *exequatur* às *medidas de urgência* mesmo quando ainda não formado o *contraditório*, dê que seja assegurado em momento posterior (*verbis*: “*Art. 962. [...] § 2.º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior*”).

Ainda a esse respeito, o NCPC suprimiu polêmico (e, em nosso sentir, equivocado) dispositivo previsto na versão original do Anteprojeto que preceituava que a “*decisão que denegar a homologação da sentença estrangeira revogará a tutela de urgência*” (cfr. art. 880 §2.º). Ora, cabe, evidentemente, ao Brasil, no exercício de sua soberania e na preservação da ordem pública e de garantias essenciais (cfr. NCPC arts. 963 e 964, além dos requisitos igualmente previstos na LArb, na Convenção de NY e na Resolução n. 9/2005-STJ), controlar a exequibilidade de decisão estrangeira no país;²⁵ entretanto, isso não significa que a decisão proferida aqui possa ter o condão de *invadir* jurisdição estrangeira, “*revogando*” a tutela de urgência concedida no exterior, a quem cabe unicamente o juízo acerca da *urgência* da medida (a teor do próprio NCPC art. 962 § 3.º: “*O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira*”). Pode-se, assim, apenas e tão somente denegar-lhe eficácia em território nacional.

Tratava-se, portanto, a nosso ver, de equivocado dispositivo, que foi corretamente suprimido na nova e atual versão do NCPC, que ora se examina.

2.7. Alteração da LArb 33 §3.º.

Por derradeiro, ainda relativamente à arbitragem, houve uma última disposição, constante no art. 1.061 do NCPC, que procurou *harmonizar* o cumprimento da sentença arbitral ao novo regime da *fase de cumprimento de sentença* (judicial), *verbis*:

25-Nesse exercício, o NCPC passou, inclusive, a expressamente admitir a possibilidade de homologação *parcial* da sentença estrangeira, a teor de seu art. 961 § 2.º, *verbis*: “*A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente*”.

“Art. 1.061. O art. 33, § 3º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 33.

.....
§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos do art. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.” (NR)”.

Assim, com a abolição, para essa hipótese, dos *embargos à execução*, agora *impugnação ao cumprimento de sentença* (no caso, arbitral), o NCPC, com este artigo, promoveu alteração formal (e necessária) na LArb art. 33 §3.º, a fim de adequá-lo e harmonizá-lo com a nova disciplina processual do referido instituto.²⁶

Contudo, ainda subsiste hipótese em que poderá haver a oposição de *embargos à execução* contra sentença arbitral, qual seja, na hipótese de execução de sentença arbitral contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, com a possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem, a eventual sentença condenatória da Fazenda Pública não terá seu procedimento de execução alterado, de tal sorte que a defesa continuará a ser feita via *embargos à execução*.^{27,28} Neste sentido, melhor seria constar do texto que a nulidade poderá ser requerida “*na impugnação ao cumprimento da sentença ou em embargos, nos termos das regras processuais pertinentes, se houver execução judicial*”.

26-Cfr. Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 12.4.4, pp. 312/313.

27-V. NCPC art. 926, *verbis*:

“CAPÍTULO V

DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535”.

28-Sobre o tema, v., amplamente, Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 12.7, pp. 325/326.

3. CONCLUSÃO.

Relativamente à arbitragem, objeto de nosso estudo neste artigo, o NCPC, em nosso sentir, traz mais avanços que retrocessos, ainda que pudesse ser aprimorado num ou noutro ponto.

Nesse contexto, em relação ao CPC/1973, o NCPC traz importantes avanços no que toca à arbitragem, harmonizando-se melhor com a nossa Lei de Arbitragem, e trazendo boas inovações, especialmente quanto à relação de *cooperação* entre Poder Judiciário e a Arbitragem (com a criação da Carta Arbitral), ao segredo de justiça, e ao *reconhecimento de sentença arbitral estrangeira*, máxime com o melhor tratamento para a *concessão de exequatur à carta rogatória*.

Essas são, em suma, nossas primeiras impressões sobre os impactos que o NCPC terá na arbitragem. Constituem-se, por óbvio, impressões iniciais, a serem decantadas na prática e aprimoradas pela doutrina e jurisprudência, para que o tempo diga efetivamente os acertos e desacertos da nova codificação que ora se elabora.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *O anteprojeto do novo CPC e os prejuízos à arbitragem*, disponível no sítio eletrônico Migalhas <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110149,81042-O+anteprojeto+do+novo+CPC+e+os+p+rejuizos+a+arbitragem>, acessado em 26.6.2013.

ANDRIGHI, Nancy; e FOLEY, Gláucia Falsarella. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*, in Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 24.6.2008.

ARMELIN, Donaldo. *Arbitragem e o novo código de processo civil*, in Revista de Arbitragem e Mediação, Coordenação: Arnoldo Wald, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, 2011.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; e GRANADO, Daniel Willian. *Novo CPC sistematiza conciliação e mediação*, in Revista Consultor Jurídico, em 22 de junho de 2011, disponível no sítio eletrônico <http://conjur.com.br/2011-jun-22/cpc-sistematiza-conciliacao-mediacao-supre-lacun>, acessado em 26.6.2013.

ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo*, in DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa –*

Novo Código de Processo Civil, n. 190, t. 1, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*, São Paulo: Lex Magister, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2010.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 2011.

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Arbitragem no direito societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC*, *in* Revista de Arbitragem e Mediação, Coordenação: Arnaldo Wald, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 33, 2012.

_____. *Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil*, *in* José Anchieta da Silva. *O Novo Processo Civil*, São Paulo: Lex/Magister, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e processo*, 3.^a ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, n. 190, ts. 1 e 2, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; e MONTEIRO, André Luís. *Cinco pontos sobre a arbitragem no Projeto do Novo Código de Processo Civil*, *in* Revista de Processo, Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 205, Março/2012.

FREIRE, Alexandre *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012)*, Salvador: JusPodivm, 2013.

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

GAMA E SOUZA JUNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004 – Soft law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, in DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, n. 190, t. 1, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.

GUERRERO, Luis Fernando. *A arbitragem e o novo CPC*, in *Jornal Valor Econômico*, em 31 de janeiro de 2012.

MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

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

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil – confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC (com comentários às modificações substanciais)*, São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Thiago Marinho. *A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 5, jan-mar/2005, p. 32.

POLIDO, Fabrício B. P. *Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

RODOVALHO, Thiago. *Cultura do litígio*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 16.6.2013.

_____; e TRIPODI, Leandro. *Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infra-estrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro*, no prelo.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Guido Fernando S. *Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – vicissitudes*, in RT 641, São Paulo: Revista dos Tribunais, Março/1989.

SOMBRA, Thiago Luís. *A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC*, in DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, n. 190, t. 2, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, São Paulo: Saraiva, 1993.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer: Kluwer Law, 1981.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in Flavio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. *Modalidade de mediação*, in CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: CJF, 2003.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ticiano Alves e Silva

Mestrando em Direito Processual (UERJ). Professor de Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

E-mail: alves.ticiano@gmail.com

Twitter: [@ticiano_alves](https://twitter.com/ticiano_alves)

RESUMO: O artigo analisa o regramento dos embargos de declaração no Novo Código de Processo Civil, destacando as suas principais inovações. Além disso, aponta, criticamente, interpretações a fim de potencializar a aplicação do instituto.

1. INTRODUÇÃO

Conforme o inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. A violação de referido direito fundamental processual atrai a aplicação da sanção de nulidade, por força, igualmente, de determinação constitucional.

Porque não se pode ter como fundamentada uma decisão obscura, contraditória, omissa e materialmente errada, o sistema processual brasileiro – desde há muito, por influência do direito português¹ – estatui os embargos de declaração, instituto com natureza recursal² (art. 496, IV, CPC/73; art. 994, IV,

1-Sobre a origem lusitana e evolução histórica dos embargos de declaração, conferir: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração – efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 19-24. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. vol. 7, ano 5, jan. a jun. 2011. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 14 de março de 2010, p. 418.

2-A natureza jurídica dos embargos de declaração é controvertida. Segundo o princípio da taxatividade recursal, é recurso aquilo que a lei federal tipifica como recurso. É o direito positivo que atribui a natureza recursal a determinado meio de impugnação. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 297.

NCPC) e de fundamentação vinculada, cuja finalidade é atacar decisões com tais vícios, a serem julgados pelo mesmo órgão jurisdicional do qual emanou o ato.

Fácil perceber, assim, que o recurso de embargos de declaração possui conexão direta com o direito fundamental à motivação, uma vez que é a primeira via de que dispõe a parte prejudicada para obter, mediante integração, reforma ou invalidação do ato judicial, uma decisão que exponha de forma plena suas razões, justificando-se frente a um Estado Democrático.

Além disso, os embargos de declaração combatem a denegação de justiça, quando, por exemplo, é caso de omissão, fazendo cumprir a promessa constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB).

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), forte nessas premissas, introduziu sensíveis alterações no regime jurídico dos embargos de declaração, vocacionando-o ainda mais como instrumento capaz de constranger o órgão jurisdicional a proferir uma decisão íntegra e motivada.

2. ATOS JUDICIAIS EMBARGÁVEIS

A redação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) não guarda conformidade com a CRFB. É que, ao apontar os atos judiciais sujeitos à embargabilidade, o CPC/73 limita-se à sentença e ao acórdão, silenciando quanto às decisões interlocutórias.

O NCPC, por sua vez, dispõe expressamente que os embargos de declaração podem ser opostos contra “qualquer decisão judicial” (art. 1.022, *caput*).

Dessa forma, pode-se afirmar que o NCPC afina-se sobremodo com a CRFB, porquanto amplia, textualmente, o rol de pronunciamentos judiciais sujeitos à embargabilidade, para dizer “qualquer decisão”, seja interlocutória ou final, colegiada ou unipessoal, inclusive do relator no tribunal.

Afinal, se *toda* a decisão judicial deve ser fundamentada e completa (não omissa), obviamente *qualquer* decisão é recorrível por embargos de declaração, e não apenas sentenças e acórdãos.

É verdade que a doutrina³ e a jurisprudência⁴ já interpretavam o CPC/73 conforme a CRFB, compreendendo como embargável qualquer decisão

3-Por todos, consultar: DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 177 e 178.

4-Nesse sentido: STJ, Corte Especial, ED no REsp 159.317, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.10.1998, DJ 26.04.1999. Mais recentemente: STJ, 2ª Turma, REsp 1.017.135, Ministro Carlos Mathias, j. 17.04.2008, DJU 13.05.08.

judicial; porém, o NCPC revela-se didático e preciso ao incorporar, no plano legislativo, referido entendimento, evitando discussões desnecessárias e insegurança jurídica.

Indo mais além, o NCPC traz regramento específico no que tange às decisões unipessoais dos tribunais. A rigor, tais previsões seriam dispensáveis. Afinal, segundo o preceito mais genérico, qualquer decisão é embargável. A dispensa de tratamento tão minudente tem razão de ser.

É que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não admitem embargos de declaração contra decisões unipessoais. Por outro lado, os citados tribunais admitem, pacificamente, em razão da dúvida fundada, a aplicação do princípio da fungibilidade ao caso, conhecendo dos embargos declaratórios como agravo interno.

Essa orientação, embora seja muito melhor do que a inadmissão pura e simples, não está livre de críticas. O recurso de embargos de declaração é de fundamentação vinculada. O agravo interno, não. Assim, frequentemente, o conhecimento dos declaratórios como agravo interno gera prejuízo à parte, que, certamente, ofereceria impugnação mais ampla, se fosse dado a ela agravar desde o início, e não embargar.

A fim de combater essa jurisprudência defensiva, o NCPC, por primeiro, estabelece que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, o que inclui obviamente as decisões monocráticas (art. 1.022, *caput*, NCPC).

Além disso, beirando a redundância, o NCPC impõe que os embargos de declaração contra decisão unipessoal devem ser julgados, monocraticamente, pelo mesmo órgão que proferiu a decisão embargada (art. 1.024, § 2º, NCPC).

Com o maior cuidado, o NCPC preceitua que os embargos de declaração devem ser processados como agravo interno, se o órgão julgador entender ser este o recurso cabível, e não aquele (art. 1.024, § 3º, primeira parte, NCPC).

Evolui, contudo, em relação à jurisprudência do STF e do STJ, para dispor que, no caso de aproveitamento do recurso, o recorrente deve ser intimado para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, considerando as diferenças existentes entre os embargos de declaração e o agravo interno (art. 1.024, § 3º, segunda parte, NCPC).

A leitura do art. 1.024, § 3º, do NCPC sugere que o dispositivo constitui uma *válvula de escape* para os tribunais perpetuarem sua jurisprudência, não admitindo os embargos de declaração contra decisões unipessoais, desde que os aceitem como agravo interno e permitam a complementação recursal.

A meu sentir, o dispositivo também permite outra leitura, que sirva, sobretudo, à parte recorrente. Caso a parte oponha embargos de declaração sem vinculá-los a uma das hipóteses de cabimento do art. 1.022, interpondo verdadeiro agravo interno com o nome de embargos de declaração, o órgão julgador deverá conhecer dos embargos como agravo interno, sem, contudo, permitir a complementação, incabível no caso.

É preciso dizer, ainda, que mesmo os despachos, considerados por lei como pronunciamentos judiciais irrecorríveis (art. 504, CPC/73; art. 1.001, NCPC), estão sujeitos à impugnação por embargos de declaração, desde que esteja presente pelo menos uma de suas hipóteses de cabimento⁵.

Afinal, tenham ou não conteúdo decisório, os pronunciamentos judiciais não podem ser obscuros, contraditórios, omissos ou portadores de erros materiais. As manifestações estatais devem ser claras, coerentes e completas. Em uma visão pragmática, a inteligibilidade dos despachos interessa também ao Judiciário. O ato judicial ordinatório confuso impede, muitas vezes, a atividade dos próprios auxiliares do juízo.

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Consoante o art. 1.022 do NCPC, os embargos de declaração *permanecem* sendo cabíveis contra decisões judiciais obscuras (inciso I), contraditórias (inciso I) e omissas (inciso II). Mas não só. Ao contrário do CPC/73, o NCPC tipifica o erro material como hipótese *autônoma* de cabimentos dos embargos de declaração, o que já é admitido na prática, conforme a doutrina e a jurisprudência.

A decisão *obscura* é aquela que não se pode compreender, ou seja, confusa, ininteligível, geralmente porque mal escrita. Com a paulatina adoção do processo eletrônico, cada vez menos o caso da letra ilegível se revela digno de exemplo.

A decisão *contraditória* é aquela que possui proposições inconciliáveis, declarações desarmoniosas, afirmações que se chocam, que apontam para sentidos opostos, como, por exemplo, afirmar, na fundamentação, que o autor não tem o direito e, no dispositivo, julgar procedente a demanda.

5-Já se teve oportunidade de defender a relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos prevista no art. 504 do CPC/73 no caso de oposição de embargos de declaração, com ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial: SILVA, Ticiano Alves e. A relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos na oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1253, 6 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9251>>. Acesso em 16.03.2015.

Assim, a contradição pode existir entre elementos da decisão (entre relatório e fundamentação; entre relatório e dispositivo; entre fundamentação e dispositivo; e, cuidando-se de julgamentos colegiados, entre ementa e voto), bem como entre afirmações contidas num mesmo elemento (por exemplo, na fundamentação, na ementa etc.).

A doutrina⁶ e a jurisprudência⁷ entendem, de forma pacífica, que a contradição que desafia a oposição de embargos de declaração é a *contradição interna*.

A meu ver, também a contradição externa é hipótese de cabimento dos embargos de declaração. Como expus em outra sede⁸, dá-se a contradição externa quando (i) um mesmo órgão julgador (identidade subjetiva) profere (ii) decisões diferentes (iii) sobre uma mesma questão de direito, (iv) sem justificar a mudança de entendimento. Não pode, por exemplo, em um dia, o tribunal formar um precedente sobre a inconstitucionalidade de um tributo e, no outro, em demanda diversa, compreender que aquele mesmo tributo é, sim, constitucional, sem ao menos justificar a alteração.

Assim, por primeiro, deve-se dizer que lei não faz qualquer restrição, vale dizer, não qualifica a contradição a ser combatida, se interna ou externa.

Sem embargo, o direito fundamental à igualdade *perante as decisões judiciais*⁹ impede que o *mesmo* órgão jurisdicional atribua, sem justificativa,

6-BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108: “A contradição que dá ensejo aos embargos declaratórios é aquela que se manifesta internamente, no próprio pronunciamento judicial. As asserções contraditórias devem fazer-se presentes no mesmo ato. Não interessa, para fins de embargos de declaração, contradição entre a decisão e outros elementos constantes do processo (p. ex. provas carreadas aos autos), entre a decisão e outro ato decisório constante do mesmo processo, entre a decisão e julgamentos realizados noutros processos, entre a decisão e a lei”. No mesmo sentido, tem-se: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 99; ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1208; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 5**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 554-555; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201; MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 207; SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 633-634. 7-STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 462.757, Ministro Sidnei Beneti, j. 24.04.2014, DJE 13.05.2014; STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 335.533, Ministra Regina Helena Costa, j. 27.03.2014, DJE 02.04.2014.

8-SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. **Revista de Processo**, v. 238, dez. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199. No mesmo sentido: MILLER, Cristiano Simão Miller. A “contradição externa” como vício capaz de ensejar a oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20793>>. Acesso em: 8/06/2014.

9-Segundo as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O direito à igualdade — em sua

diferentes interpretações a uma *mesma* questão jurídica, ainda que presente em processos diversos, ou seja, o magistrado se contradiz externamente quando decide de forma *diversa* a vida de pessoas em situações *juridicamente iguais*.

Não fosse suficiente, a boa-fé objetiva, que também obriga o magistrado¹⁰ (art. 14, II, CPC/73; art. 5º, NCPC), bloqueia condutas desleais como estas, que causam surpresa às partes, ao adotar um comportamento contraditório, ainda que em demandas distintas.

Em reforço ao que se acaba de dizer, o NCPC, ao dispor sobre interpretação da decisão, preceitua que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (art. 489, §3º).

Assim, o princípio da boa-fé *abre* a interpretação da decisão para além de seus elementos essenciais (relatório, fundamentação e dispositivo), permitindo que a compreensão do ato decisório se dê igualmente com base em elementos externos, a fim de verificar a lealdade do ato praticado.

O discurso judicial, presente no ato decisório, é um discurso voltado tanto para *dentro* (interno) como para *fora* (externo) do processo em que vocalizado. As decisões – e as interpretações sobre o direito – devem ser vistas em *cadeia*, e não de maneira estanque. Impossível falar em precedentes sem ter esta ideia bem assentada.

Por sua vez, a decisão omissa é aquela que não se manifesta (1) sobre o pedido; (2) sobre a questão pronunciável de ofício, *pouco importando tenha havido ou não pedido anterior nesse sentido*; e (3) sobre *todos* os argumentos aportados no processo suficientes, em tese, para negar a conclusão adotada pelo órgão jurisdicional.

dupla dimensão — dá lugar à *igualdade no processo*. Mas é preciso ir além. É, aliás, curioso que a doutrina se preocupe com a estruturação do processo a partir da igualdade, mas não mostre idêntica preocupação no que tange à *igualdade pelo processo*. O processo justo visa à decisão justa. *E não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do direito pelo processo*”. E concluem que: “Daí a igualdade pelo processo — que é a *igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo* — determinar a adoção de um *sistema de precedentes obrigatórios*, com a previsão de seus institutos básicos pelo legislador infraconstitucional processual (*ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing, overruling*), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no *meio*, mas não na igualdade *no fim*, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada”. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 643. *A igualdade perante as decisões judiciais* é aprofundada por um dos autores em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145 e ss.

10-Fredie Didier explica que: “Note, ainda, que os destinatários da norma são *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. A observação é importante, pois grande parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes. A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 76.

A respeito da omissão presente na falta de manifestação sobre os argumentos das partes, cite-se a lição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

O dever do Poder Judiciário de examinar causa de pedir e fundamento de defesa é o mesmo. Por isso, não pode o juiz julgar procedente pedido formulado pelo autor, sem examinar todas as razões expostas pela defesa que, se acolhidas, poderiam ensejar a rejeição do pedido. Correlatamente, deve o juiz examinar se os fundamentos que justificam o acolhimento do pedido encontram-se presentes, não podendo julgar improcedente o pedido sem antes examinar e rejeitar todas as razões que poderiam levar ao seu acolhimento¹¹.

Só com o exame *integral* da causa de pedir, na hipótese de improcedência, e dos fundamentos da defesa, no caso de procedência, é possível verificar se o contraditório, enquanto direito de influência, foi obedecido. Como saber se o argumento foi considerado sem manifestação judicial sobre ele? A fundamentação *reflete*, pois, o contraditório que existiu no processo, servindo como genuíno *teste final* da existência de debate judicial¹².

Sem pretender criar um rol exauriente, o NCPC equipara à omissão as situações em que a decisão (i) “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento” e (ii) “incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1^o”, que cuida da fundamentação qualificada das decisões.

11-MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 208.

12-Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero falam que o direito à motivação constitui verdadeiro “banco de prova do direito ao contraditório das partes”. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 665.

Com efeito, precedente¹³ é direito¹⁴. Questão de direito, como notório, constitui matéria sujeita à cognição judicial independentemente de provocação (*iura novit curia*). Se, porventura, o juiz não aplica o precedente (o NCPC fala em “tese”), omite-se acerca de questão de direito (a *ratio decidendi*) conhecível de ofício, podendo as partes se valerem do instrumento processual imediatamente cabível, qual seja, os embargos de declaração.

A meu ver, é possível, respeitado o contraditório, a oposição de embargos de declaração para ajustar a decisão a precedente *novo*, isto é, surgido após o proferimento da decisão, mesmo porque a orientação jurisprudencial, mais dia, menos dia, terminaria sendo aplicada ao caso, em razão da interposição de sucessivos recursos e da atuação de controle das Cortes uniformizadoras (STJ e STF)¹⁵.

Por fim, erro material é aquele percebido facilmente, em um primeiro lançar de olhos, e que não tenha, à evidência, sido fruto da intenção do magistrado, a exemplo da expressão numérica equivocada da quantia escrita por extenso, quando deve prevalecer esta última.

O NCPC dispõe expressamente que decisões com erros materiais são embargáveis. Na prática, isso impede que a alegação de erro material deduzida por simples petição, uma vez não acolhida, resulte em preclusão, prejudicando a parte, já que os embargos de declaração possuem efeito interruptivo do prazo recursal dos outros recursos¹⁶.

13-Quando se fala na força dos precedentes, na verdade, quer-se dizer força da *ratio decidendi*. O precedente é formado por vários elementos. Somente um destes elementos – a *ratio decidendi* – é que possui a força vinculativa ou persuasiva. *Ratio decidendi*, por sua vez, são as razões jurídicas da decisão, ou seja, a posição jurídica, dentre as razoavelmente sustentáveis, adotada pelo órgão julgador.

14-A *ratio decidendi* (ou, grosso modo, o precedente) é direito porque não se tem como negar, na quadra atual, a atividade criativa/reconstrutiva do magistrado na solução das controvérsias que lhe são postas a julgamento. Não se pode confundir texto legal e norma. Norma é o texto legal interpretado/aplicado. Impossível fazer-se a leitura de qualquer dispositivo legal (texto) sem vislumbrar-se, ainda que inconscientemente, sua aplicação a um determinado caso, mesmo que hipotético. Interpretado/aplicado o texto legal, surge a norma jurídica. O juiz, quando julga, produz (cria) duas normas jurídicas. Uma, a norma individual, encontrada no dispositivo da decisão, que servirá para pôr fim à controvérsia, e que vincula somente as partes da demanda. Outra – de onde a norma individual foi extraída –, a norma jurídica fruto da interpretação/aplicação do texto legal (norma em potencial, conforme Eros Grau), que pretende regular um tipo de relação jurídica que foi submetida à apreciação jurisdicional, situada na fundamentação, donde pode ser extraída uma tese jurídica aplicável a um sem número de casos análogos (*ratio decidendi*). Sobre o tema, conferir: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38; DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 2, p. 385; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 97.

15-Sobre isso, consultar: SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial. **Revista de Processo**, v. 201, nov. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 393.

16-Percebeu o ponto FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Os embargos de declaração no Projeto do CPC. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 3. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux,

O fato de o erro material ter-se tornado hipótese autônoma de embargabilidade não significa que o referido vício só possa, a partir disso, ser ventilado por esta específica via recursal. Como sabido, o erro material é corrigível de ofício pelo juízo ou a pedido da parte, a qualquer tempo (art. 463, CPC/73; art. 494, NCPC)¹⁷. Logo, continua sendo possível, com o NCPC, a impugnação do erro material por petição simples, mesmo após o trânsito em julgado¹⁸. É bom deixar isso claro, para coibir-se, preventivamente, construções jurisprudenciais defensivas com entendimento de que o erro material só poderia ser suscitado por embargos declaratórios.

4. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E OUTROS DE ADMISSIBILIDADE

Os embargos de declaração devem ser endereçados ao mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão embargada (arts. 1.023 e 1.024, §§ 1º e 2º, NCPC); nisso consiste o efeito devolutivo do referido recurso, embora o ponto seja controvertido na doutrina¹⁹.

Deve-se dizer, ainda, que o NCPC unificou os prazos para interpor recurso e oferecer contrarrazões em 15 (quinze) dias, com exceção dos embargos de declaração. O prazo de interposição, então, continua sendo de 05 (cinco) dias (art. 536, CPC/73; art. 1.023, NCPC), computados somente os dias úteis, conforme o novel art. 219 do NCPC.

Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 269.

17-Com base nisso, afirmam José Miguel García Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier que: “nada impede que o erro material seja suscitado por simples petição, ou através de embargos de declaração”. E acrescentam, interpretando o CPC/73: “Nada impede, até mesmo, que a alegação de erro material, veiculada através de embargos de declaração interpostos intempestivamente, seja conhecida e o vício seja sanado (mesmo porque os embargos de declaração, na hipótese, seriam dispensáveis)”. MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 212. No STJ, tem-se: STJ, 6ª Turma, EDcl no REsp 530.089, Ministro Hamilton Carvalhido, j. 05.02.2004, DJ 15.03.2004, p. 311.

18-Confira-se o Enunciado 360 do IV Fórum de Permanente de Processualistas Civis, realizado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014: “A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo”. Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014, item 27.2.2 (livro digital, suporte Kindle).

19-No mesmo sentido do texto, por entender que “o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação de julgamento para *outro* ou para o *mesmo* órgão julgador”: DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 204; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. *Contra*, entendendo que a devolução não ocorre para o mesmo juízo que proferiu a decisão recorrida: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 143.

Além disso, os litisconsortes com advogados diferentes, *de escritórios de advocacia também diferentes*, têm prazo em dobro para opor embargos de declaração, conforme o art. 229 c/c o art. 1.023, § 1º, do NCPC²⁰. A dobra não se aplica aos *processos em autos eletrônicos*.

Assim como prevê a parte final do art. 536 CPC/73, o NCPC é explícito ao dispor que os embargos de declaração não se sujeitam a preparo (art. 1.023, *caput*, parte final).

Nos embargos de declaração, o recorrente deve *alegar e demonstrar* a existência dos vícios do art. 1.022 do NCPC (art. 535, CPC/73).

Não se deve confundir juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento dos embargos de declaração. Para a superação do juízo de admissibilidade, é suficiente a mera *afirmação da existência* dos vícios previstos em lei como hipóteses de cabimento. Assim, se o embargante não *alega, suscita* ou *afirma* a existência, *em tese*, de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, o recurso será inadmitido, porque ausente o requisito do cabimento. Poderão, contudo, à luz do disposto no § 3º do art. 1.024 do NCPC, os embargos serem conhecidos como agravo interno quando opostos em face de decisão do relator, aproveitando-se o ato²¹.

Por outro lado, saber se os vícios *realmente existem* consubstancia o juízo de mérito do recurso, ensejando o provimento ou o desprovimento dos embargos de declaração. O juízo de mérito é um passo adiante. *Afirmada* a existência do vício e não *demonstrada* a afirmação, os embargos de declaração, embora admitidos, serão desprovidos.

O CPC/73 não contempla a participação do embargado no julgamento dos embargos de declaração. É que, *em princípio*, os embargos de declaração objetivam somente a integração ou aperfeiçoamento da decisão, e não um novo julgamento da causa, com a inversão da sucumbência.

Pode acontecer, porém, de o provimento dos embargos de declaração ensejar, *reflexamente*, a alteração do resultado do julgamento²², provocando

20-O § 1º do art. 1.023 do NCPC dispõe que o citado art. 229 aplica-se aos embargos de declaração. A previsão é, em tese, desnecessária, parecendo “sobrar”. O legislador pretendeu, entretanto, combater eventual jurisprudência defensiva no sentido da inaplicabilidade do prazo em dobro a litisconsortes com advogados diferentes na oposição de embargos de declaração. Apenas esta interpretação justifica o excesso de cuidado. 21-A interpretação aqui conferida ao § 3º do art. 1.024 do NCPC não é uma interpretação que serve ao entendimento comum dos tribunais no sentido de serem incabíveis embargos de declaração contra decisões monocráticas de seus relatores, mesmo porque o NCPC, por primeiro, dispõe que os embargos cabem contra qualquer decisão e, depois, expressamente, prescreve que o embargo declaratório contra decisão monocrática deve ser julgado pelo mesmo órgão unipessoal que a proferiu. Ao contrário, é uma interpretação que serve à parte que, pretendendo impugnar a decisão, o fez genericamente, sem vincular as suas razões recursais a uma das hipóteses de embargabilidade do art. 1.022.

22-Perceba-se que a alteração do julgamento é *desdobramento* ou *consequência* do próprio provimento

a invalidação ou a reforma da decisão, a exemplo do que sucede com o suprimento da omissão no que tange à prescrição, que, uma vez reconhecida, resulta num juízo de improcedência da demanda.

Quando é assim, o julgamento dos embargos de declaração *surpreende* a parte embargada, a quem não foi dada a oportunidade de se manifestar e, portanto, de influenciar o convencimento do magistrado. É irrelevante, a meu sentir, ter havido contraditório antes da oposição dos declaratórios sobre a matéria²³. Como enfatiza Cassio Scarpinella Bueno, “até porque, fosse suficiente o contraditório exercido antes do proferimento da decisão, seria desnecessária a apresentação de contrarrazões a quaisquer recursos”²⁴.

Diante disso, a omissão legislativa não impediu que a doutrina e a jurisprudência majoritárias defendessem a necessidade de intimação do recorrido sempre que os embargos de declaração pudessem produzir efeitos infringentes ou modificativos. Essa imposição decorreria da incidência, conforme se observou, do direito fundamental ao contraditório, que garante a participação das partes na formação dos provimentos jurisdicionais.

Por força dessas razões, o NCPC positiva essa orientação. O § 2º do art. 1.023 impõe a intimação do embargado para oferecimento de resposta aos embargos opostos sempre que o possível acolhimento do recurso resulte na modificação da decisão embargada.

Quanto à fase de julgamento, determina o art. 1.024 do NCPC que os embargos de declaração devem ser julgados em 05 (cinco) dias. Quando opostos contra decisões colegiadas, o relator deve apresentar os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. De forma inovadora, o § 1º do art. 1.024 prevê que, se não julgado nesta sessão, o recurso será *automaticamente* incluído em pauta.

O NCPC dispõe que os juízes e os tribunais devem obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão (art. 12, NCPC), mas exclui da regra o julgamento de embargos de declaração (art. 12, § 2º, V, NCPC).

dos embargos, Não se pede, essencialmente, a modificação do resultado do julgamento, mas, sim, que seja sanado o vício apontado. Ao expungir-se o vício, como decorrência necessária, o resultado do julgamento se modifica.

23-Contra, representando entendimento minoritário, Daniel Assumpção: “Penso assim porque nesse caso não haverá a alegação de uma nova matéria, mas tão somente o pedido de saneamento de omissão de matéria já alegada e, presumidamente, já impugnada pela parte contrária”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014, item 27.7 (livro digital, suporte Kindle).

24-BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, n. 3 do Capítulo 8 (livro digital, suporte Kindle).

5. EFEITOS

5.1. Efeito Interruptivo

Consoante a parte final do *caput* do art. 1.026 do NCPC, correspondente ao art. 538 do CPC/73, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso²⁵.

Assim, opostos os embargos de declaração, o prazo para a interposição de outros recursos se interrompe. Após a intimação da decisão do julgamento dos declaratórios, o prazo, por inteiro, se inicia novamente para todos os legitimados para recorrer²⁶.

Desde que não sejam intempestivos, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso, mesmo que sejam *incabíveis, desprovidos ou protelatórios*.

A intempestividade, contudo, não produz o mesmo efeito para o embargado, que, além de não ter dado causa à perda do prazo, também não deve atuar como vigia dos atos praticados pela parte adversa²⁷.

A redação do CPC/73 prescreve a interrupção do prazo “de outros recursos”. O NCPC, por sua vez, trata da interrupção do prazo “de recurso”, suprimindo a expressão “outros”.

A alteração tem razão de ser. Ela serve para deixar claro que o outro recurso, citado pelo CPC/73, pode ser, inclusive, os segundos embargos de declaração opostos pela mesma parte contra a decisão que julgou os primeiros embargos. “*Outros recursos*” *não quer dizer outra espécie recursal (apelação, agravo, recurso especial etc.), mas sim recurso diverso daquele já interposto*.

Além disso, os embargos de declaração de uma parte não têm o condão de interromper o prazo dos embargos da outra, se uma e outra se insurgem contra a mesma decisão²⁸. Em outras palavras, não fica interrompido o prazo para o embargado opor embargos de declaração contra a decisão *já* embargada pela

25-Os embargos de declaração contra sentença proferida no Juizado Especial suspendem o prazo para recurso (art. 50, Lei n. 9.099/1995). Os arts. 1.065 e 1.066 do NCPC dão, respectivamente, nova redação aos arts. 50 e 83, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, unificando os regimes e determinando a interrupção do prazo também no procedimento sumaríssimo.

26-“A reabertura do prazo deve beneficiar todos que tenham legitimidade para recorrer, e não apenas o embargante”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, n. 561 do §85 (livro digital, suporte Kindle). Na jurisprudência do STJ, sobre a interrupção do prazo de recurso de terceiro, ver: STJ, 3ª Turma, REsp 712.319, Ministra Nancy Andrighi, j. 25.09.2006, DJ 16.10.2006.

27-STJ, 3ª Turma, REsp 869.366, Ministro Sidnei Beneti, j. 17.06.2010, DJ 30.06.2010.

28-STJ, Corte Especial, EDcl no REsp 722.524, Ministro Teori Zavascki, j. 09.11.2006, DJ 18.12.2006. Na doutrina, conferir, amplamente, sobre essa específica hipótese: DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 210-215.

outra parte. Por força do princípio da igualdade, o prazo de cinco dias para a interposição do recurso é comum a ambas as partes. Escoado o quinquídio, dá-se a preclusão.

Hipótese diferente é aquela em que os embargos atacam vícios surgidos por ocasião do julgamento dos embargos da parte contrária. Aí, não há que se falar nem mesmo em efeito interruptivo, porque o interesse recursal surgiu depois, a partir do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo adversário.

5.2. Efeito Suspensivo

O CPC/73, a respeito do efeito suspensivo dos recursos, dispõe que:

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

Diante da literalidade deste dispositivo legal, doutrina majoritária²⁹, capitaneada pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira, entende que os embargos de declaração, não tendo sido excepcionados, possuem, sim, efeito suspensivo, isto é, a sua interposição impede a produção de efeitos da decisão embargada.

Além disso, a suspensividade decorrente da oposição dos embargos de declaração seria conatural à própria finalidade do recurso, consistente no esclarecimento ou aperfeiçoamento do ato decisório; do contrário, os vícios que inquinam a decisão comprometeriam sua própria execução.

Embora aceito amplamente, o referido entendimento não é pacífico. Na doutrina, Flávio Cheim Jorge³⁰ defende, à luz do CPC/73, que os embargos de declaração só possuem efeito suspensivo se o recurso imediatamente cabível contra a decisão embargada também o tiver.

Assim, se contra a decisão embargada é cabível apelação com efeito suspensivo (art. 520, CPC/73), os embargos de declaração terão efeito

29-Por todos, conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 306. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, n. 561-A do §85 (livro digital, suporte Kindle).

30- CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 295 e ss.

suspensivo. Se, por outro lado, os embargos forem opostos contra decisão que desafia imediatamente agravo de instrumento, não dotado, por lei, de efeito suspensivo, os embargos de declaração não impedem a produção de efeitos da decisão.

Por sua vez, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que o efeito suspensivo dos embargos de declaração não decorre de sua simples interposição. Ensina a autora que:

Segundo o nosso entendimento, o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de pedido formulado pela parte, fundado na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos³¹.

A preocupação de referida doutrina é com as situações em que a oposição dos embargos de declaração, segundo o entendimento majoritário, é capaz de suspender, só pelo fato de sua interposição, uma tutela antecipada baseada na urgência, quando nem mesmo o agravo interponível contra a referida decisão teria essa aptidão.

No NCPC, ao contrário do CPC/73, os recursos, como regra, não possuem efeito suspensivo. Segundo o art. 995, os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. A lógica se inverteu.

Portanto, os recursos podem ter efeito suspensivo por força de lei (*ope legis*), a exemplo da apelação (art. 1.012, NCPC), ou podem ter efeito suspensivo atribuível por decisão judicial (*ope judicis*), como ocorre com o agravo de instrumento (art. 1.019, I, NCPC).

Quanto aos embargos de declaração, o NCPC inova, em relação à doutrina majoritária que se formou em torno do CPC/73. Segundo o § 1º do art. 1.026, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos depende de pedido do embargante e de decisão judicial, e *não mais* decorre de sua simples interposição. Além disso, a suspensão da eficácia da decisão embargada condiciona-se ao preenchimento dos seguintes pressupostos: (1) a probabilidade de provimento do recurso ou (2) fundamentação relevante e risco de dano grave ou de difícil reparação.

31- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 214. O tema mereceu tratamento aprofundado pela autora em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão judicial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69 e ss.

O NCPC, portanto, acolhe a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo a qual a suspensão da eficácia da decisão deve decorrer de pedido da parte e de concessão pelo órgão jurisdicional, e não por força de lei, sempre e em todo o caso.

6. (DES) NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO E COMPLEMENTAÇÃO DE OUTRO RECURSO

Conforme visto, os embargos de declaração cabem contra qualquer decisão. Sendo assim, pode ocorrer – e frequentemente ocorre – de uma parte embargar de declaração e a outra parte interpor diversa modalidade de recurso.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) exige, nestes casos, que o recorrente ratifique o recurso após o julgamento dos embargos de declaração, *mesmo que não haja modificação da decisão*.

Este entendimento, bastante criticado pela doutrina, foi incorporado à Súmula do Tribunal, com a edição do Enunciado n. 418, cujo teor é o seguinte: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Embora se refira ao recurso especial, por identidade de razões, tal orientação tem sido aplicada também para outros recursos, a exemplo da apelação, dos embargos infringentes, do recurso ordinário, do recurso extraordinário, do agravo interno etc.

Além da exigência de ratificação, o STJ permite, em caso de modificação da decisão embargada, o aditamento do recurso, nos exatos limites da modificação. A preclusão consumativa impede a complementação daquilo que não guarda conexão com o que foi alterado. O princípio da complementaridade autoriza, então, essa adaptação limitada do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração.

A exigência de ratificação do recurso, sem que tenha havido alteração da decisão embargada, é perversa, porquanto o efeito interruptivo dos embargos de declaração existe em benefício das partes, e não contra elas. O entendimento do STJ deturpa a lógica do sistema, ao criar um ônus não previsto em lei.

O NCPC, que é também um Código contra a jurisprudência defensiva, altera sensivelmente essa sistemática.

Por primeiro, o § 4º do art. 1.024 do NCPC faz da complementação um *direito*. Isto gera duas consequências.

A primeira é que a complementação não pode ser negada. Se o julgamento dos embargos de declaração implicar a alteração da decisão, a parte que

recorreu anteriormente ao seu julgamento tem direito à complementação do recurso então interposto, nos exatos limites da modificação.

A segunda é que a ausência de complementação não poderá dar ensejo à inadmissibilidade do recurso. O NCPC qualifica a complementação como *direito*; logo, o recorrente não poderá ser punido por não exercê-lo. A avaliação sobre a necessidade de complementação é da parte, e não do órgão jurisdicional. É preciso, então, que, na prática, as partes tenham cuidado no momento do aditamento, minorando os riscos de desprovimento do recurso.

A complementação deve ocorrer no prazo de quinze dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

Além disso, o NCPC *dispensa a ratificação* do recurso se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior. Fica superada a Súmula, n. 418, do STJ³². Ou seja, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

O dispositivo é bastante elogiável, porque afasta odiosa jurisprudência defensiva.

7. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIOS

O uso desmedido dos embargos de declaração, principalmente como instrumento para retardar o fim do litígio e a formação da coisa julgada, inclusive no processo penal, que condiciona o cumprimento definitivo da pena, por força do princípio constitucional da não culpabilidade, à formação irrecorrível do juízo sobre a culpa, motivou o legislador a criar mecanismos sancionadores específicos contra a má-fé processual manifestada por embargos declaratórios.

De acordo com o parágrafo único do art. 538 do CPC/73, quando os embargos de declaração forem *manifestamente* protetatórios, o órgão jurisdicional, após declarar tal fato, deve condenar o embargante a pagar ao embargado multa de até 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Em caso de reiteração de embargos protetatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento) e a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do valor respectivo. O depósito prévio do valor da multa condiciona a interposição do outro recurso somente na hipótese de

32-Nesse sentido, o Enunciado n. 23 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado em Salvador, em 2013.

reiteração de embargos de declaração protelatórios, sendo ilegal a referida exigência se o embargante teve *um único* recurso de embargos considerados protelatórios³³.

O § 2º do art. 1.026 do NCPC, por seu turno, aumenta o valor da multa a ser aplicada aos *primeiros* embargos manifestamente protelatórios. De até 1% (um por cento) passa para até 2% (dois por cento).

Além disso, a base de cálculo não será mais “o valor da causa”, conforme previsto no CPC/73, mas, sim, “o valor *atualizado* da causa”, o que é importante, considerando-se o efeito corrosivo do tempo sobre a moeda e a duração média dos processos.

O NCPC não altera o valor da multa a ser aplicada na hipótese de *segundos* embargos de declaração, que permanece sendo de até 10% (dez por cento) sobre o valor *atualizado* da causa. Assim como faz o CPC/73, o NCPC condiciona, na hipótese de reiteração, a interposição de qualquer recurso ao depósito prévio do valor da multa (art. 1.026, § 3º, NCPC).

O NCPC inova, contudo, em relação ao CPC/73, ao dispensar do depósito prévio a Fazenda Pública e o beneficiário da gratuidade da justiça, que deverão recolher ao final (art. 1.026, § 3º, NCPC).

Dispensa-se, note-se bem, o depósito prévio, mas não o pagamento da multa. A insuficiência de recursos não é um escudo protetor de condutas desleais³⁴ nem tampouco os entes de direito público podem atuar à margem da boa fé objetiva.

O CPC/73 é omissivo no que toca à oposição de *terceiros* embargos de declaração. Diante disso, o recorrente com boas condições financeiras, a fim de evitar o trânsito em julgado e a execução da decisão, não raro paga a multa e continua embargando de declaração de forma protelatória, prolongando a marcha processual para além do razoável e causando prejuízos à parte contrária.

Diante disso, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha consideram que “é possível interpretar o CPC [CPC/73] no sentido de que não é possível ao interessado opor, por três vezes sucessivas, embargos de declaração. A segunda oposição abusiva gera a perda do direito de embargar pela terceira vez (é uma preclusão por ato ilícito)”³⁵.

33-Na mesma linha: STJ, Corte Especial, ED no REsp 389.408, Ministro Francisco Falcão, j. 15.10.2008, DJ 13.11.2008.

34-Na jurisprudência, ver, por todos: STJ, Corte Especial, AgRg nos ED no REsp 765.878, Ministro João Otávio de Noronha, j. 07.05.2012, DJ 22.05.2012.

35-DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 229.

Acolhendo a doutrina dos referidos autores, o § 4º do art. 1.026 do NCPC determina que não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores tiverem sido considerados protelatórios. Quer isso dizer que os terceiros embargos de declaração, independentemente de serem protelatórios ou não, serão inevitavelmente inadmitidos, porquanto incabíveis, dando lugar à formação da coisa julgada³⁶.

Tem-se, ainda, que a multa prevista para os embargos de declaração protelatórios não pode ser cumulada com aquela outra prevista no art. 81 do NCPC (multa por litigância de má-fé) e aplicada em razão da interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII, NCPC). Prevalece, aqui, a especialidade e a proibição de dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*)³⁷.

Nada impede, porém, a cumulação da multa por embargos de declaração protelatórios com a indenização pelos prejuízos que a parte contrária sofreu em decorrência do ato de litigância de má-fé (art. 81, *caput*, NCPC)³⁸. Aquela tem natureza punitiva; esta, por outro lado, finalidade reparatória. Não há *bis in idem*, dada a finalidade diversa de uma e de outra.

Em todo caso, a decisão que condena o embargante a pagar multa deve ser fundamentada (art. 1.026, § 2º, NCPC). “Manifestamente protelatório” é conceito jurídico *relativamente* indeterminado.

O conceito jurídico indeterminado é, em verdade, *determinável*, porque, em face da situação concreta, ganha determinação. É indeterminado somente quando considerado *abstratamente*, e mesmo assim não completamente. Existe, desse modo, um grau de determinação ou certeza positiva e negativa; é possível dizer o que é manifestamente protelatório (embargar de declaração apenas para impedir o trânsito em julgado) e o que não é (embargar de declaração objetivando o prequestionamento – Súmula, n. 98, STJ). Mas existe uma zona conceitual cinzenta, embaçada, anuviada, representada pela dúvida do que pode ser. Aí, então, faz-se importante a apreciação do caso concreto.

Diante disso, exige-se, no emprego do conceito jurídico indeterminado, a confrontação com o caso concreto (art. 489, § 1º, II, NCPC). É preciso que o órgão jurisdicional revele, com base na situação fática delineada nos autos, em que momento se faz presente o intuito protelatório, sendo nula a decisão

36-Nesse sentido, o Enunciado 361 do IV Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis, realizado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014: “Na hipótese do art. 1.026, § 4º, não cabem embargos de declaração e, casos opostos, não produzirão qualquer efeito”.

37-No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, ED no REsp 511.378, Ministro José Arnaldo, j. 17.11.2004, DJ 21.02.2005.

38-No sentido o texto: STJ, 4ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.399.242, Ministro Luís Felipe Salomão, j. 04.08.2011, DJE 15.08.2011.

que se limita à reprodução genérica da expressão. Embora a jurisprudência assim já entenda³⁹, é louvável a exigência, que se harmoniza com a sistemática democrática do Novo Código.

8. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO

Segundo a CRFB, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, III) e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III) são cabíveis contra “causas decididas”.

Por “causas decididas”, entende-se a manifestação expressa do juízo recorrido sobre a controvérsia de direito constitucional ou de direito federal discutida no processo. Em outras palavras, para que o STF e o STJ possam verificar o acerto da decisão recorrida, é necessário que o órgão jurisdicional *a quo* tenha, *antes*, efetivamente decidido a respeito da tese jurídica ventilada nos recursos extraordinário e especial. É preciso, como se costuma dizer, esgotar a instância, *questionando previamente* o juízo do qual se recorre sobre a aplicação e interpretação do direito constitucional ou federal. Daí falar-se em *prequestionamento*, que nada mais seria do que “causa decidida” ou decisão a respeito da questão de direito⁴⁰.

Omitindo-se o tribunal sobre a tese jurídica suscitada, franqueia-se à parte interessada a via dos embargos de declaração, a fim de que o órgão jurisdicional decida sobre a questão constitucional ou infraconstitucional federal levantada. A oposição dos embargos de declaração, quando silente o tribunal no acórdão sobre a controvérsia jurídica apresentada, é de rigor, sob pena de não se fazer presente, segundo a interpretação historicamente conferida pelo STF e pelo STJ, o requisito constitucional da causa decidida.

Para o STJ, a simples oposição dos embargos de declaração não é suficiente para configurar o requisito do prequestionamento. Se, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração, a omissão remanescer, a parte deve, em seu recurso especial, suscitar a violação do próprio art. 535 do CPC/73. Este deve ser, aliás, o primeiro dos fundamentos do recurso especial⁴¹.

39-STJ, 5ª Turma, REsp 197.346, Ministro Edson Vidigal, j. 18.03.1999, DJ 26.04.1999.

40-Conferir, amplamente: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, n. 2.1. do Capítulo 11 (livro digital; suporte Kindle).

41-Conforme alertam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 240.

Reconhecida a omissão do juízo *a quo* e, pois, a violação ao art. 535 do CPC/73, o STJ provê o recurso especial e determina a devolução dos autos para que o tribunal supra a omissão. Sanada a omissão, fica caracterizado o prequestionamento. Entretanto, persistindo a omissão, deve *mais uma vez* a parte opor os declaratórios e, caso rejeitados, suscitar *mais uma vez* no recurso especial a agressão ao art. 535 do CPC/73. Consoante entendimento do próprio STJ, o tribunal superior não poderá, persistindo a omissão, julgar o recurso especial. *Mais uma vez*, será impositivo o retorno dos autos para tentar se extrair manifestação do tribunal recorrido⁴². Este entendimento do STJ está consagrado no Enunciado n. 211 de sua Súmula, que possui o seguinte teor: “inadmissível recurso quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Por outro lado, o STF tem entendimento menos rígido. O Supremo Tribunal admite o *prequestionamento ficto*, ou seja, basta a mera oposição dos embargos declaratórios, independentemente do suprimento da omissão, para que a Corte possa julgar o recurso extraordinário. Compreende-se, *fictamente*, que, com a oposição dos embargos de declaração, a questão foi decidida (Súmula, n. 356, do STF).

Diante desse quadro, é fácil observar que o entendimento do STJ atrasa o processo, porque, se realmente presente a omissão, terá sido necessária a interposição de um recurso apenas para ter isso reconhecido, sem falar da esdrúxula hipótese de recalcitrância do tribunal de grau inferior, quando, então, mais e mais recursos serão interpostos com a única finalidade de se sanar a omissão.

Pensando nisso, o NCPC prevê inovação que pretende por de volta nos trilhos o procedimento recursal. Eis o teor no novo dispositivo:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

42-O exemplo é real: “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO ANTERIORMENTE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO INDEVIDA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. Não é lícito ao Tribunal local rejeitar novamente os embargos de declaração, quando a omissão neles apontada já foi declarada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Resta à instância precedente, nessa situação, acolher os embargos e sanar a omissão”. STJ, 3ª Turma, REsp 604.785/SP, Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, j. 20.03.2007, DJ 14.05.2007, p. 279.

Com base no art. 1.025, é possível afirmar, primeiramente, que o Enunciado n. 211 da Súmula do STJ fica superado⁴³. Verificada a omissão sobre a questão jurídica, o STJ *não mais* dará provimento ao recurso especial por violação ao art. 1.022, II, do NCPC (correspondente ao art. 535, II, CPC/73), com o retorno do processo para o tribunal *a quo* para nova decisão. Opostos embargos declaratórios, considera-se, *fictamente*, incluída no acórdão embargado a tese jurídica sobre a qual não se manifestou o órgão jurisdicional, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados⁴⁴. Trata-se de prequestionamento ficto, igual àquele consagrado na Súmula, n. 356, do STF.

Não é de somenos importância a parte final do art. 1.025, que exige, para a integração da questão suscitada no acórdão embargado, a confirmação pelo tribunal superior de que realmente houve erro, omissão, contradição ou obscuridade.

É que pode acontecer, por exemplo, de o embargante inovar nos embargos de declaração, lançando mão de tese jurídica nova, que não recebeu atenção do tribunal *a quo* porque obviamente ela não estava presente no processo no momento do julgamento. Daí a necessidade de o tribunal superior analisar se realmente houve, no exemplo dado, efetivamente omissão do órgão jurisdicional *a quo*⁴⁵.

43-Nesse sentido: TESHEINER, José Maria Rosa; RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto. Recursos em espécie no Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 80.

44-Rafael de Oliveira Guimarães sustenta que o art. 1.025 possui constitucionalidade duvidosa, porquanto viola o preceito da CRFB que exige “causa decidida”, ao considerar fictamente incluído no acórdão o que demanda pelo Texto Constitucional manifestação expressa. Ver: GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 515 e ss. Penso, contudo, que “causa decidida” é conceito que pode ser *conformado* pelo legislador infraconstitucional, como fez o NCPC. Além disso, o prequestionamento ficto, agora previsto com *um único* sentido tanto para o STF como para o STJ, traz segurança jurídica, eliminando antiga divergência que existe entre estas Cortes. Não fosse suficiente, o NCPC estabelece uma presunção legal, como o faz, aliás, o CPC/73 e o NCPC (art.1.035, § 3º), ao presumir em determinadas hipóteses a repercussão geral. Nada obstante, o entendimento incorporado à legislação nova é aquele consagrado pelo STF, tribunal responsável por conferir a última palavra sobre a CRFB. Por fim, relevante é o esgotamento de instância para se inaugurar a jurisdição uniformizadora do STF e do STJ, que, após um juízo de cassação, aplica o direito ao caso concreto, mesmo sem ter havido anterior debate na instância de origem sobre a interpretação ou a aplicação a ser dada.

45- Contra: “Ora, se o Tribunal Superior entender que o acórdão já tinha analisado a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausentes tais vícios, o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado”. DUARTE, Zulmar. Embargos declaratórios: efeito integrativo (prequestionamento virtual). **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 817.

9. CONCLUSÃO

Não raro, vozes, ainda que isoladas, questionam a importância, desmerecem o papel e diminuem as finalidades dos embargos de declaração, entendendo que a supressão deste antigo instrumento não faria falta ao processo civil. É preciso compreender, porém, que os embargos de declaração possuem um nexo de instrumentalidade muito íntimo com importantes garantias fundamentais do processo, a exemplo dos direitos fundamentais à motivação, à inafastabilidade do controle jurisdicional e à razoável duração do processo. O regramento conferido aos embargos de declaração pelo NCPC potencializa o referido recurso, incorpora os bons entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e combate, com mais rigor, o mau uso que se possa fazer deles, conforme se tentou demonstrar.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar Bondioli. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Vol. 2.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DUARTE, Zulmar. Embargos declaratórios: efeito integrativo (prequestionamento virtual). **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração – efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos.** 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Os embargos de declaração no Projeto do CPC. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** vol. 7, ano 5, jan. a jun. 2011. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 14 de março de 2010.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILLER, Cristiano Simão Miller. A “contradição externa” como vício capaz de ensejar a oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20793>>. Acesso em: 8/06/2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. **Revista de Processo**, v. 238, dez. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial. **Revista de Processo**, v. 201, nov. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos na oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1253, 6 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9251>>.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa; RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto. Recursos em espécie no Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3**. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão judicial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ticiano Alves e Silva

Mestrando em Direito Processual (UERJ). Professor de Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro).

E-mail: alves.ticiano@gmail.com

Twitter: [@ticiano_alves](https://twitter.com/@ticiano_alves)

RESUMO: o artigo estuda todo o regramento da gratuidade da justiça no Código de Processo Civil de 2015, sinalizando o que representa verdadeiras inovações legislativas e informando aquilo que nada mais é do que a incorporação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no inciso LXXIV do art. 5º, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Com natureza de direito fundamental, o direito à justiça gratuita, desde 1950, é regulamentado, fundamentalmente, pela Lei n. 1.060.

Embora anterior à atual Constituição, a Lei n. 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária – LAJ) sempre foi considerada uma lei progressista, afinada com valores sociais de um Estado Democrático, ao assegurar aos hipossuficientes de recursos financeiros o acesso à justiça gratuito.

Sem embargo disso, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) dedica uma seção exclusivamente à gratuidade da justiça, em cinco artigos, consolidando entendimentos jurisprudenciais e prevendo novos instrumentos para dar ainda mais efetividade ao citado direito fundamental.

A LAJ, contudo, não será revogada. Conforme o art. 1.072, III, do NCPC, ficam revogados “os arts. 2º, 3º, 4º, *caput* e §§ 1º a 3º, 6º, 7º, 11, 12

e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950¹. Referidos dispositivos são aqueles que ora regulamentam a gratuidade da justiça, que passa a ser regida *concentradamente* pelo NCPC.

Neste ensaio, primeiramente, será objeto de estudo o direito à justiça gratuita como direito fundamental e as repercussões que decorrem dessa sua especial natureza no plano infraconstitucional.

Depois, será feita uma análise da nova regulamentação legal. Primeiramente, a respeito de quem pode gozar do benefício e obedecidos quais requisitos, ou seja, segundo um viés subjetivo; em seguida, o estudo se voltará sobre o objeto da gratuidade, vale dizer, que tipos de despesas são abraçados pelo benefício constitucional; por fim, terá espaço a análise do procedimento para concessão do benefício.

Em todo caso, o estudo será também comparativo entre a Lei n. 1.060/50 e a regulamentação prevista no NCPC, até mesmo pela finalidade do artigo.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À GRATUIDADE DA JUSTIÇA: ANÁLISE A PARTIR DO PLANO CONSTITUCIONAL

O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita. O referido direito é amplo e desdobra-se ainda no direito à assistência judiciária, no direito à orientação jurídica extrajudicial e no ora tratado direito à gratuidade da justiça¹.

O *direito à assistência judiciária* consiste no patrocínio da causa de forma gratuita por advogado público (por exemplo, Defensor Público) ou particular (por exemplo, núcleos de prática jurídica das faculdades de direito). Tem a ver, portanto, com a prestação de serviços em juízo.

O *direito à orientação jurídica extrajudicial*, que é mais conhecido como assistência judiciária, compreende a prestação de serviços jurídicos fora do âmbito judicial, podendo-se citar a atuação em processos administrativos, na formulação e execução de contratos, na veiculação de campanhas publicitárias que esclareçam os direitos dos cidadãos, em mediações e conciliações extrajudiciais etc. Essa nova adjetivação da assistência, que passa a ser *jurídica* e não mais apenas *judiciária*, é um dos grandes avanços da Constituição Federal de 1988², que se preocupou com o acesso à justiça para além da via jurisdicional, ou seja, de maneira global, considerando todas as possíveis vias de acesso, que, se bem assistidas, evitam mesmo os próprios litígios.

1-Sobre o tema, conferir: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. São Paulo: edição eletrônica, 2009, p. 39.

2-Ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Temas de Direito Processual – Quinta Série**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

O *direito à gratuidade da justiça*, ou justiça gratuita, por sua vez, é a dispensa do pagamento antecipado das despesas do processo e dos honorários advocatícios, que, contudo, podem vir a ser cobrados na hipótese de superveniência de idônea capacidade financeira. Além disso, essa dispensa de pagamento abarca também alguns atos extrajudiciais, indispensáveis à tutela jurisdicional efetiva.

Como se vê, o direito à assistência jurídica integral e gratuita é bem amplo, abarcando os três direitos acima mencionados. E não poderia ser diferente, considerando que, além de vedar a autotutela, o Estado objetiva fundamentalmente construir uma sociedade justa, livre e solidária, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, sem discriminação (art. 3º, CF)³.

Não assistir aqueles que não possuem recursos para ir a juízo, desamparando-os, é o mesmo que lhes negar proteção jurídica⁴. De nada valeria as leis, se, ante uma violação, aos pobres não fosse dado obter tutela jurisdicional estatal e o restabelecimento da ordem jurídica violada. O direito fundamental à igualdade seria agredido na hipótese.

Em relação, especificamente, ao direito à justiça gratuita, depreende-se da Constituição Federal que seus titulares são os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, conforme o *caput* do art. 5º, embora tal ilação reste superada há muito por uma interpretação favorável aos direitos fundamentais.

Além disso, pode-se igualmente afirmar que o requisito para o gozo da gratuidade da justiça é a *comprovação* de insuficiência de recursos. O texto constitucional exige expressamente comprovação da miserabilidade, vale dizer, não se satisfaz com a mera afirmação ou alegação sem prova.

Por outro lado, é preciso dizer que a Constituição Federal não exclui as pessoas jurídicas do usufruto do benefício. É sabido que também as pessoas jurídicas, inclusive de direito público, titularizam direitos fundamentais. Nem mesmo a interpretação do requisito para gozar da gratuidade leva a esse resultado, já que de “insuficiência de recursos” podem padecer tanto as pessoas naturais como as pessoas jurídicas. A Constituição não alude a sustento próprio ou da família.

Como se nota, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é bem abrangente e encontra-se em harmonia com o Estado Democrático

3-Para uma relação entre o direito à assistência jurídica gratuita e os objetivos fundamentais da República, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 5º, inciso LXXIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, item 1 (livro digital, suporte Kindle).

4-A relação entre o custo financeiro do processo e outros obstáculos e o acesso à justiça foi tratada na obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

brasileiro, que deve incluir os excluídos na participação processual, como também conceder-lhes proteção jurídica efetiva e acesso à justiça. O direito à justiça gratuita, por sua vez, encontra-se bem delineado na Constituição, com previsão da titularidade e do requisito para o gozo desse benefício.

3. DAQUELES QUE PODEM SER BENEFICIÁRIOS DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

O *caput* do art. 98 do NCPC dispõe sobre aqueles que podem ser beneficiários da justiça gratuita:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Qualquer um que seja parte – demandante ou demandada – pode usufruir do benefício da justiça gratuita e bem assim o terceiro, após a intervenção, quando, então, assume a qualidade de parte.

Embora a lei se refira à “pessoa”, parece intuitivo que também os entes despersonalizados, que possuem apenas personalidade no plano processual, podem gozar da gratuidade da justiça. A negativa, neste caso, se admitida, atingiria, em última análise, o direito fundamental à justiça gratuita das próprias pessoas vinculadas a esses entes.

Conforme o art. 98, tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica têm direito à justiça gratuita, sejam estas brasileiras ou estrangeiras.

A interpretação literal do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 1.060/50 conduz ao entendimento de que as pessoas jurídicas não podem usufruir do benefício da gratuidade, uma vez que considera necessitado “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da *família*”.

Ao aludir à incapacidade de sustento próprio ou da família, o texto pode levar ao entendimento de que apenas as pessoas naturais podem ser beneficiárias da justiça gratuita; afinal, só elas podem compor uma *família*.

É verdade que, à luz da Lei n. 1.060/50, a doutrina⁵ e a jurisprudência⁶ são unânimes quanto à possibilidade de concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, que, apesar de não terem família, podem, perfeitamente, não ter condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção.

Mais do que isso, o próprio texto da Constituição Federal não restringe a titularidade do direito fundamental à justiça gratuita apenas às pessoas naturais. Assim, uma restrição infraconstitucional desse tipo seria a meu sentir inconstitucional, por vício material, ao atingir o núcleo intangível do direito, reduzindo consideravelmente o âmbito de proteção no aspecto subjetivo.

Por seu turno, a redação do NCPC, ao requisitar “insuficiência de recursos”, é mais clara, trazendo, pois, segurança na aplicação do instituto e prevenindo discussões desnecessárias.

Além disso, o art. 98 do NCPC estende o benefício da gratuidade aos estrangeiros, enquanto o *caput* do art. 5º da CF/88 o faz apenas para os estrangeiros *residentes*, em relação à generalidade dos direitos fundamentais⁷. Não há aí, evidentemente, nenhum vício de inconstitucionalidade, por aparente contrariedade entre o ato normativo infraconstitucional e a CF/88.

Independentemente de qualquer reciprocidade em favor de brasileiros, os estrangeiros, inclusive os apátridas, residentes ou não, mesmo que em trânsito pelo território nacional, titularizam direitos fundamentais, especialmente aqueles de índole processual, como o direito à justiça gratuita.

Como visto acima, a Constituição dispõe sobre o *conteúdo irredutível* do direito à justiça gratuita, autorizando o legislador infraconstitucional,

5-Por todos, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 677. No mesmo sentido, Ticiano Alves e Silva: “Ora, o benefício da justiça gratuita pretende garantir o acesso à justiça àqueles que se encontrem impossibilitados de fazê-lo por razões de ordem financeira. E razões desta ordem tanto podem acometer as pessoas naturais como as pessoas jurídicas, suscetíveis às variações de humor do mercado. Não se pode esquecer, também, que a pessoa jurídica de direito privado é, em última análise, uma entidade que depende para ser criada da vontade humana, do querer direcionado das pessoas físicas. Dessa forma, atua como instrumento da pessoa humana na busca pela satisfação de seus interesses, seja econômico, cultural, social, recreativo etc. Negar acesso à justiça à pessoa jurídica por razões financeiras é, pois, por via oblíqua, negar acesso à justiça à pessoa física sócia ou associada”. SILVA, Ticiano Alves e. Os entendimentos divergentes do STJ e do STF acerca do procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. **Revista de Processo** 151/195, São Paulo: RT, 2007.

6-Por exemplo: “Justiça Gratuita. Pessoa jurídica. O prejuízo do sustento próprio, a que se refere o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 1.060/50, pode dizer também com a pessoa jurídica (REsp 122.129-RJ). Recurso conhecido e provido”. (REsp 135.181/RJ, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/1998, DJ 29/03/1999, p. 162).

7-A referência legislativa anterior (art. 2º da Lei n. 1.060/50) fazia menção expressa aos “estrangeiros residentes”, o que não impedia a doutrina, com base na teoria dos direitos fundamentais, de estender o benefício também ao estrangeiro não residente ou apenas de passagem pelo território nacional.

obviamente, em nome da *máxima efetividade* do direito, a ampliar o âmbito de proteção, de modo a resultar em maior tutela à situação jurídica da pessoa.

Sem prejuízo desse argumento, o direito à justiça gratuita, assim como os demais direitos fundamentais processuais, possui nítida função instrumental, servindo à tutela dos demais direitos (materiais ou processuais) em juízo, o que inviabilizaria, acaso negados, qualquer tipo de proteção judicial ao estrangeiro.

Nesse sentido, prevê o art. 26, II, do NCPC, no capítulo sobre Cooperação Internacional, “a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados”.

Cumpra observar, ainda, com fundamento no § 5º do art. 99 do NCPC (correspondente, em parte, ao art. 10 da Lei n. 1.060/50), que o direito ao benefício da gratuidade judiciária é personalíssimo, porque personalíssima é a insuficiência de recursos que autoriza sua concessão. Logo, o fato jurídico morte extingue o benefício, com efeitos *ex nunc*.

Diante disso, a justiça gratuita concedida a uma parte não se estende ao litisconsorte (art. 99, § 6º), que pode, obviamente, possuir condições financeiras suficientes para pagar as despesas do processo. Por força de iguais razões, ao sucessor do beneficiário também não se estende o benefício antes deferido ao sucedido (art. 99, § 6º). É claro que, satisfeito o requisito legal, litisconsortes e sucessores poderão *pessoalmente* gozar da justiça gratuita.

Por força de idênticas razões, ao advogado não se estende o benefício concedido à parte, quando aquele interpõe recurso para discutir *exclusivamente* o valor dos honorários sucumbenciais fixados. Os honorários de sucumbência são direito do advogado e a dispensa do preparo só terá lugar se ele próprio, o advogado, requerer a gratuidade.

4. OBJETO E EXTENSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA: O BENEFÍCIO ABRANGE O QUE E EM QUE MEDIDA?

O § 1º do art. 98 do NCPC, à semelhança do art. 3º da Lei n. 1.060/50, enumera as despesas processuais abrangidas pelo benefício da justiça gratuita.

Assim, a gratuidade da justiça compreende: (1) as taxas ou custas judiciais; (2) os selos postais; (3) as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; (4) a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral,

como se em serviço estivesse; (5) as despesas com a realização de exame de código genético (DNA) e de outros exames considerados essenciais; (6) os honorários do advogado e do perito, e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; (7) o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; (8) os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; (9) os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

De início, é importante destacar, sobretudo com base nas raízes constitucionais do instituto, que o rol do § 1º do art. 98 do NCPC, embora contemple numerosas hipóteses e seja mais completo que o da Lei n. 1.060/50, não é exaustivo⁸, devendo ser interpretado à luz do art. 5º, LXXIV, da CF, e do *caput* do art. 98 do NCPC.

Desse modo, a parte com insuficiência de recursos poderá requerer a justiça gratuita em relação a uma despesa processual não prevista no § 1º do art. 98. Para isso, basta que fique demonstrada a inviabilidade econômica do acesso à justiça provocada por aquele óbice financeiro.

Além disso, o legislador sistematizou o tratamento dado à matéria. Concentrou em apenas um dispositivo legal as dispensas de pagamento previstas esparsamente em outras leis.

Assim ocorreu, *por exemplo*, com a isenção do custo com a elaboração da memória de cálculo, que é prevista no § 3º do art. 475-B do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), e, também, com a dispensa de pagamento dos emolumentos devidos em decorrência da prática de ato notarial e registral, tipificada, especificamente, no art. 12, § 2º, da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e no art. 6º da Lei n. 6.969/1981, que regulamentam, respectivamente, a ação de usucapião especial urbana e a ação de usucapião especial rural.

Em relação a esta última isenção, importa sublinhar que o NCPC generalizou a concessão de tais benefícios para outras hipóteses em que se combinem a insuficiência de recursos e a necessidade de prática de ato notarial e registral. Este é um caso exemplar de isenção de despesa extrajudicial, mas que se vincula diretamente com a efetividade da tutela jurisdicional, que, sem

8- No mesmo sentido, porém em relação ao rol do art. 3º da Lei n. 1.060/50: STJ, 3ª Turma, REsp 1052679, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 08.06.2010, DJE 18.06.2010.

o ato notarial ou registral, não pode ser considerada completa e acabada ou até mesmo pode se tornar inefetiva.

No que toca à extensão da gratuidade judiciária, o NCPC trouxe importantíssimas inovações, acolhendo a doutrina de Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira⁹, que, interpretando, por analogia, o art. 13 da LAJ, sustentam a possibilidade de (1) concessão *parcial* do benefício, bem como (2) o gozo da gratuidade para apenas *um só ato* e mesmo (3) o *parcelamento* da despesa processual.

Com efeito. A gratuidade recai sobre quantia em dinheiro. Logo, seu objeto é divisível. A divisibilidade da obrigação permite, portanto, que o magistrado *fracione* o seu objeto, concedendo desconto (10%, 20%, 30% etc.) e parcelamento (uma, duas, três vezes etc., em periodicidade razoável, não necessariamente mensal), além de isentar a parte da despesa referente a ato específico do processo (perícia, recurso etc.).

Na prática, ao invés de indeferir totalmente o benefício, o juiz poderá deferir o benefício *parcial* ou *parceladamente*, fazendo valer a *justa medida* na aplicação do direito fundamental à justiça gratuita.

Assim, segundo o §§ 5º e 6º do art. 98 do NCPC, uma vez atendidos os requisitos, a parte poderá pedir e o juiz conceder (1) a gratuidade em relação *um só ato* processual; (2) a “redução percentual” – verdadeiro *desconto* – das despesas processuais, que deverá ser proporcional, evidentemente, à insuficiência de recursos; e (3) o *parcelamento* das despesas processuais, mais uma vez de maneira proporcional, em quantas vezes for suficiente para o beneficiário pagar.

Embora o NCPC não contemple a hipótese de maneira explícita, é plenamente possível, a meu ver, a *combinação* de todas as três benesses referidas, vale dizer, a concessão de *redução percentual* da despesa de *um só ato* processual, mediante pagamento *parcelado*.

O dispositivo tem grande importância prática. Primeiramente, evita que aquele que tem *algum recurso* para pagar as despesas do processo usufrua do benefício *integralmente* ou tenha a gratuidade *totalmente* negada ante uma aparente suficiência de recursos para todo o processo, em relação ao qual não se podem prever, antecipadamente, os custos do início ao fim. Em suma, prevê a proporcionalidade como balizadora da concessão do benefício, fixando a extensão da gratuidade.

9- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 24-25.

Em segundo lugar, a nova previsão legal é útil ao Estado, que deve, segundo o NCPC, custear *imediatamente* a perícia requerida pelo beneficiário da gratuidade da justiça, com possibilidade de posterior ressarcimento ao erário. Dessa maneira, o *parcelamento puro* livra o Estado dessa obrigação. A redução proporcional das despesas, por sua vez, torna a obrigação menos onerosa à Fazenda Pública.

Por fim, não se pode falar do objeto da gratuidade judiciária sem tratar também daquilo que *não* é abrangido pelo benefício. De forma expressa, e consagrando anterior ensinamento doutrinário, o NCPC dispõe que “a concessão da gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas”.

Ao cuidar de multas processuais, sem discriminar ou ressaltar, o NCPC refere-se a multas coercitivas e multas punitivas. Tanto uma quanto a outra não estão abarcadas pelo benefício. Supor o contrário é, nos casos de multa punitiva, permitir, sem obstáculos, uma atuação irresponsável e desleal da parte com recursos insuficientes, desafinada com a boa-fé objetiva, que é muito cara ao novo sistema processual. Por outro lado, na hipótese de multa coercitiva, é arriscar tornar completamente sem efetividade as decisões judiciais proferidas contra o necessitado. Como destaca o Professor José Carlos Barbosa Moreira, “a pobreza não justifica, a nosso ver, a concessão de um *bill* de indenidade quanto a comportamentos antijurídicos”¹⁰.

5. REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

Segundo a Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e o NCPC (art. 98), o requisito para usufruir da gratuidade da justiça é somente a “insuficiência de recursos”.

Na prática, não existem maiores controvérsias quanto ao requisito em si, mas verdadeiramente quanto a sua comprovação.

Falando em “processo evolutivo”, o Professor José Carlos Barbosa Moreira relembra que:

A princípio, consoante se registrou, precisava ele [o requerente da gratuidade] obter atestado de autoridade pública. Mais tarde, a apresentação do atestado passou a ser dispensada para quem exibisse carteira de trabalho,

10- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Temas de Direito Processual – Quinta Série**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 52-53.

à vista da qual o juiz pudesse apurar a carência (Lei n. 6.654, de 30-05-1979). A evolução atingiu o ápice com a Lei n. 7.510, de 4-7-1986, que modificou radicalmente a redação do art. 4º da Lei n. 1.060, para estabelecer que a pura e simples declaração do interessado, de não estar em condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou da família, geraria em seu favor a presunção relativa de necessidade (antes, já nesse sentido, mas em termos menos específico, o art. 1º, caput, da Lei n. 7.115, de 29-8-1983).

Pois bem. O NCPC dispõe que “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural” (art. 99, § 3º).

Assim, à pessoa natural, inicialmente, basta a mera alegação de insuficiência de recursos, sendo *desnecessária* a produção de provas da hipossuficiência financeira. A alegação presume-se verdadeira, admitindo-se, contudo, que cesse por prova em contrário produzida pela parte adversa ou em razão de investigação feita de ofício pelo juiz. Qualifica-se, pois, como presunção *relativa*.

A presunção de veracidade da alegação de insuficiência de recursos criada por lei não contraria a Constituição, que, de maneira diversa, exige a “comprovação” da insuficiência. É que a lei não restringiu o direito fundamental. A ampliação proporcional do âmbito de proteção do direito, atribuindo-se o ônus da prova do fato contrário à parte que contesta a alegação de hipossuficiência, encontra-se dentro do poder de conformação do legislador¹¹.

É importante destacar que essa alegação de insuficiência de recursos não precisa vir em forma de declaração escrita e assinada pela própria parte, em documento anexo, como ainda se vê na prática e, pior, conforme muitas vezes alguns magistrados exigem. Seja à luz da LAJ, seja do NCPC, é suficiente que a afirmativa de miserabilidade, com o respectivo pedido de justiça gratuita, que não pode ser concedido de ofício¹², conste apenas na petição, subscrita pelo advogado. Entretanto, o advogado necessita, ao contrário do que ocorre sob a égide da LAJ, de poderes especiais para tanto, constante em cláusula específica (art. 105, NCPC¹³).

11- No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 676. Ainda no mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita.** 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 40-41.

12-No STJ, ver, no mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.089.264, Ministro Luís Felipe Salomão, j. 14.04.09, DJ 27.04.09.

13- “Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado

A pessoa jurídica merece tratamento diferente. Ela deve comprovar a insuficiência de recursos para fazer jus à gratuidade da justiça, sendo irrelevante possuir finalidade lucrativa ou não. Vale dizer, tanto as pessoas jurídicas *com* fins lucrativos como as pessoas jurídicas *sem* fins lucrativos devem demonstrar a insuficiência de recursos para usufruir o benefício da justiça gratuita.

Assim, para as pessoas jurídicas, não se tem a presunção relativa de veracidade da alegação; deve o interessado, pois, *alegar e provar* a insuficiência de recursos.

Nesse sentido, o NCPC incorpora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema¹⁴. Especificamente, a Súmula, n. 481, do STJ, permanece plenamente em vigor: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

Conforme o § 4º do art. 99 do NCPC, a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça, como entendem atualmente alguns juízes, que determinam até a juntada do contrato de honorários. O patrocínio da causa por advogado particular e a necessidade da gratuidade da justiça não são incompatíveis. Em ambiente altamente competitivo, não é incomum que o advogado aceite receber remuneração futura e incerta, sobre o êxito da demanda, ou mesmo que exerça advocacia *pro bono*. Além disso, pode ocorrer de os recursos da parte sejam suficientes para custear o patrocínio particular da causa, mas não sejam capazes de pagar um determinado ato do processo, como uma perícia ambiental, por exemplo.

pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica”.

14-Relembre-se, contudo, que, durante muitos anos, os entendimentos do STF e do STJ sobre o ponto eram diferentes, causando grande insegurança jurídica. Acerca dessa divergência, conferir: SILVA, Ticiano Alves e. Os entendimentos divergentes do STJ e do STF acerca do procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos. **Revista de Processo** 151/195, São Paulo: RT, 2007 e SILVA, Ticiano Alves e. Benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas: o entendimento (agora) unitário do STF e do STJ. **Revista de Processo** 189/271. São Paulo: RT, 2010.

6. PROCEDIMENTO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

6.1. O Pedido de Gratuidade: Momento e Forma

O requerimento de justiça gratuita pode ser *inicial* ou *posterior*.

Será inicial quando formulado no momento de ingresso do interessado no processo, isto é, na primeira oportunidade que tem o requerente para falar nos autos. Assim, conforme o art. 99, *caput*, do NCPD, o autor deve deduzir o seu pedido de justiça gratuita, quando *inicial*, na petição inicial; o réu na contestação e o terceiro na petição de ingresso no processo ou em recurso.

Pode ocorrer, contudo, de a necessidade da justiça gratuita surgir após o momento de ingresso no feito. Considerando o tempo do processo, a insuficiência de recursos pode se configurar depois, supervenientemente, ao longo da tramitação processual. Ou, ainda, pode ser que faltem recursos para o pagamento de um determinado ato processual, imprevisível no início da demanda.

Por essas razões, o NCPD admite igualmente a formulação de pedido de justiça gratuita *posterior*, ou seja, depois do momento de ingresso do requerente no processo. Nesse caso, o pedido será veiculado por simples petição, nos autos do *próprio* processo (não mais será autuado em separado – art. 6º, LAJ) e não suspenderá o curso do feito (art. 99, § 1º, NCPD).

Parece intuitivo que o momento de formulação do requerimento de justiça gratuita, inicial ou posterior, não desnatura a presunção relativa de veracidade da afirmação de insuficiência de recursos feita pela pessoa natural. Como ensina Augusto Marcacini, “mesmo no curso do processo, basta a mera declaração, feita na própria petição em que se solicita o benefício”¹⁵.

Por outro lado, o deferimento do pedido *posterior* de justiça gratuita não tem efeitos retroativos¹⁶, noutras palavras, não alcança as despesas processuais anteriores ao pedido. Como explicam Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira, “a se entender o contrário, ter-se-ia que admitir legítima a esdrúxula situação em que a parte, vendo-se na iminência de sair-se derrotada, pleiteasse, antes mesmo da prolação da sentença, o deferimento do benefício da justiça gratuita, no intuito único de ver-se liberta dos ônus da sucumbência”¹⁷.

15-MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. São Paulo: edição eletrônica, 2009, p. 103.

16- “A gratuidade não opera efeitos *ex tunc*, de sorte que somente passa a valer para os atos ulteriores à data do pedido” (STJ, 4ª Turma, REsp 556.081, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 14.12.2004, DJ 28.03.2005).

17- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 49-50.

O requerimento de gratuidade da justiça poderá ainda ser feito em recurso (art. 99, § 7º, NCPC). Nessa hipótese, o recorrente fica dispensado do pagamento do preparo *até* o relator apreciar o requerimento, lembrando-se que o NCPC pôs fim ao duplo juízo de admissibilidade recursal. Acaso o pedido de concessão seja indeferido, o relator fixará prazo para a realização do recolhimento. O recurso só poderá ser considerado deserto se o recorrente, uma vez intimado, não efetuar o pagamento do preparo. A solução é muito melhor do que aquela adotada por alguns tribunais, no sentido de que, para usufruir do benefício em grau recursal, deve a parte requerer e ter deferida a gratuidade da justiça antes de interpor o recurso¹⁸.

6.2. A Apreciação do Pedido de Gratuidade pelo Magistrado

Diante do pedido de concessão da justiça gratuita, o magistrado pode deferi-lo ou indeferi-lo.

A omissão, embora possa ocorrer, não é um comportamento correto e não implica o deferimento do pedido, haja vista que, por força do direito fundamental à motivação das decisões, são vedadas pela Constituição as decisões implícitas. A parte prejudicada, no caso o requerente, deve, pois, opor embargos de declaração para que o órgão jurisdicional supra a omissão e aprecie o pedido de gratuidade, que, lembre-se, uma vez deferido, produz efeitos *ex nunc*.

O indeferimento do pedido de justiça gratuita, por seu turno, só terá lugar se o juiz, à luz dos elementos constantes nos autos, verificar a falta do requisito legal para a concessão da gratuidade, isto é, constatar que, ao contrário do que afirma o requerente, ele tem sim recursos suficientes para pagar as despesas do processo.

Por força do princípio da cooperação processual (art. 6º, NCPC) e do direito ao contraditório como direito de *audição* e de *não surpresa* (art. 10, NCPC), deverá o magistrado esclarecer-se (dever de esclarecimento) junto à parte requerente, permitindo que esta comprove o preenchimento do requisito da gratuidade (art. 99, § 2º, NCPC¹⁹).

18-Contra: STF, Primeira Turma, AI 652139 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, j. 22/05/2012, DJE 23-08-2012.

19- “O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”.

A imposição legal pode causar algum estranhamento, principalmente nos magistrados. Ora, se indagar, por que deve o juiz ouvir ainda o requerente se já há elementos nos autos que comprovam a falta do requisito para a concessão da gratuidade? Imagine-se a situação de o requerente residir na Viera Souto, em Ipanema, ou ser um profissional liberal bem remunerado. A razão é que muitas vezes o que parece ser não é e a essa conclusão só se chega mediante um diálogo franco, aberto, direto e transparente entre o órgão jurisdicional e a parte. Pode ser que a parte resida na Vieira Souto porque é zelador de um condomínio de luxo ou mesmo porque mora *de favor* ou, na segunda hipótese, pode ser que esteja desempregado. O dever de esclarecimento redimensiona-se quando se sabe que, em relação às pessoas naturais, a afirmação de insuficiência de recursos goza de presunção de veracidade, dispensando-se a produção de prova até a alegação ser contestada. É necessário diálogo para saber que provas produziria o requerente de sua insuficiência financeira acaso não existisse a presunção legal.

Além disso, a experiência demonstra que a audiência prévia da parte que será, possivelmente, prejudicada pela decisão indeferitória não tem o condão de atrasar a marcha do processo, que, certamente, demoraria mais na hipótese de proferimento de uma decisão precipitada seguida da interposição de recursos “esclarecedores”.

Cabe pôr em relevo, ainda, que o NCPC parece limitar a investigação oficiosa do magistrado, ao dispor que “o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver *nos autos* elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade...” (destacou-se). Em verdade, o que se pretende é coibir aquele comportamento judicial exagerado que, em todo e qualquer caso, quase que por assim dizer *automaticamente*, intima o requerente para comprovar a insuficiência de recursos, esvaziando a presunção relativa de veracidade da afirmação de miserabilidade. A desconfiança do órgão jurisdicional deve ser fundada e as razões expostas na decisão.

A meu ver, extraindo dos autos ou mesmo de fatos públicos e notórios elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, pode o magistrado, de ofício, investigar esses dados, como, por exemplo, inspecionar a página pessoal da parte em rede social, o que não é incomum, vale destacar. O que não pode esquecer, porém, é de dialogar com a parte sobre isso, como determina a lei.

Para deferir o pedido de gratuidade, o juiz não precisa ouvir a parte contrária, que terá para si reservada a possibilidade de impugnação do

benefício (art. 100, NCPC). Ao deferir, o magistrado deve explicitar em que extensão o faz, se total ou parcialmente, se concede a redução percentual e de quantos por cento, se permite o parcelamento, em quantas vezes e com qual periodicidade.

Deferido o pedido, a justiça gratuita produzirá efeitos em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9º da Lei 1.060/50²⁰. O dispositivo não é revogado pelo NCPC, de modo que a orientação prevalecerá sob a égide da nova codificação.

Por fim, alteradas as circunstâncias que justificaram a concessão ou o indeferimento do pedido de justiça gratuita, pode o magistrado, de ofício ou mediante provocação da parte interessada, respectivamente, revogar ou conceder o benefício. Não se trata de redecidir, nem há que se falar em preclusão, haja vista a alteração do quadro fático (capacidade financeira) e, pois, da causa de pedir.

6.3. A Impugnação ao Pedido de Gratuidade

A parte contrária pode impugnar o pedido de justiça gratuita. Quando a parte requerente for pessoa natural, em cujo favor há presunção legal de veracidade da afirmação de insuficiência de recursos, deve o impugnante produzir prova da ausência do requisito. A presunção legal aí termina por atribuir à parte adversa a prova do fato contrário àquele presumido.

Quando o requerente for pessoa jurídica, em relação a qual se exige a comprovação da insuficiência de recursos, o impugnante poderá tanto produzir provas contrárias àquelas do impugnado quanto alegar que as provas produzidas por este não demonstram a insuficiência de recursos.

20-Recentemente, em março de 2015, o STJ pacificou a questão em acórdão assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA (LEI 1.060/50, ARTS. 4º, 6º E 9º). CONCESSÃO. EFICÁCIA EM TODAS AS INSTÂNCIAS E PARA TODOS OS ATOS DO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESNECESSIDADE. AGRAVO PROVIDO. 1. Uma vez concedida, a assistência judiciária gratuita prevalecerá em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9º da Lei 1.060/50. 2. Somente perderá eficácia a decisão deferitória do benefício em caso de expressa revogação pelo Juiz ou Tribunal. 3. Não se faz necessário para o processamento do recurso que o beneficiário refira e faça expressa remissão na petição recursal acerca do anterior deferimento da assistência judiciária gratuita, embora seja evidente a utilidade dessa providência facilitadora. Basta que constem dos autos os comprovantes de que já litiga na condição de beneficiário da justiça gratuita, pois, desse modo, caso ocorra equívoco perceptivo, por parte do julgador, poderá o interessado facilmente agravar fazendo a indicação corretiva, desde que tempestiva. 4. Agravo interno provido, afastando-se a deserção” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EAREsp 86.915, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 26.02.2015, DJE 04.03.2015).

Conforme o art. 100, *caput*, do NCPC, a impugnação deve ser oferecida na primeira oportunidade que a parte tiver para falar nos autos. Nesse sentido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, contra o pedido formulado na petição inicial; na réplica, contra o pedido formulado na contestação; nas contrarrazões de recurso, contra o pedido formulado no recurso. São estes os primeiros momentos para falar nos autos concedidos à parte contrária.

Nos casos de pedido posterior ou formulado por terceiro, a impugnação poderá ser oferecida por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso. Como se nota, o NCPC pôs fim à impugnação como incidente processual²¹. O prazo de 15 dias para impugnar por petição simples conta-se da intimação da decisão que deferiu o pedido.

Se a impugnação for julgada procedente e o juiz revogar o benefício, a parte deverá pagar as despesas processuais que tiver deixado de adiantar (art. 100, parágrafo único, NCPC).

Acaso seja interposto recurso, o pagamento somente precisará ser feito após o trânsito em julgado da decisão que revogou a gratuidade (art. 102, *caput*, NCPC).

Segundo o parágrafo único do art. 102 do NCPC, sobrevindo o trânsito em julgado daquela decisão e não efetuado o recolhimento no prazo fixado pelo órgão jurisdicional, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.

6.4. Recursos Cabíveis e Outros Aspectos Recursais

Em conformidade com a sistemática da LAJ, contra as decisões que indeferem o pedido de gratuidade da justiça cabe apelação (art. 17). A previsão sempre foi muito questionada. Afinal, tanto a decisão de primeiro grau que indefere a gratuidade como aquela que decide a impugnação possui natureza de decisão interlocutória e, portanto, desafia agravo. O STJ não admite a aplicação do princípio da fungibilidade, por entender que, tratando-se de texto legal expresso, a interposição de agravo no lugar da apelação constitui erro

21- Contra, entendendo que “o art. 100 projetado manteve o incidente”: NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **Assistência judiciária gratuita: acesso à justiça e carência econômica**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 382.

grosseiro. Entretanto, o STJ construiu jurisprudência segundo a qual a decisão proferida nos autos do processo principal desafia sim agravo, enquanto aquela tomada no incidente deve ser atacada por apelação²². A atecnia legislativa enseja muitas dúvidas e provoca grande confusão.

O NCPC encerra essa controvérsia. Segundo o *caput* do art. 101 do NCPC, contra a decisão que *indeferir* a gratuidade ou a que *acolher* pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação. Com o NCPC, volta a imperar a lógica. Decisões interlocutórias são atacadas por agravo; sentenças por apelação.

Observa-se que, rigorosamente, a previsão é desnecessária, e a solução decorreria mesmo do sistema recursal previsto no Novo Código. Ocorre que a ideia encontra-se tão arraigada em nossa tradição jurídica que o disposto no *caput* do art. 101 assume uma função praticamente didática.

O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso. A previsão, contida no § 1º do art. 101 do NCPC, objetiva, forte no direito fundamental do acesso à justiça, favorecer o beneficiário, mantendo a gratuidade até deliberação final.

Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

É preciso notar, ainda sobre a recorribilidade, que a decisão que *deferre* o pedido de gratuidade e a que *indeferre* o pedido de revogação não são recorríveis mediante agravo de instrumento²³. Isso não quer dizer, por outro lado, que sejam inatacáveis.

Com o fim do agravo retido, tal questão não se sujeita à preclusão, e poderá ser ventilada em preliminar na apelação ou nas contrarrazões de apelação, conforme o impugnante reste vencido ou não ao final do processo (art. 1.009, § 1º, NCPC).

22- O *leading case* é o STJ, 4ª Turma, REsp 7.641, rel. Ministro Athos Carneiro, j. 01.10.1991, DJ 11.11.1991, p. 16150. A informação é de Fernanda Tartuce e Luiz Dellore: DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no Novo CPC. **Revista de Processo** 236/305. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, edição digital.

23-No mesmo sentido: DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no Novo CPC. **Revista de Processo** 236/305. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, item 5.2 (edição digital).

Poderá ainda, segundo penso, ser ventilada em apelação *exclusivamente* com essa finalidade, se porventura o vencido beneficiário não recorrer. É que remanesce aí interesse recursal²⁴.

7. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Ao contrário do que muitas vezes se supõe, a concessão da gratuidade da justiça não afasta, só por si, a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios (art. 98, § 2º, NCPC).

O benefício da gratuidade da justiça não constitui propriamente uma dispensa de *pagamento*, mas apenas uma dispensa de *adiantamento* das despesas do processo. Por isso que é equivocado, na sentença, isentar o beneficiário *vencido* do pagamento das despesas processuais e dos honorários do advogado.

Para saber se a parte beneficiária ficará realmente livre do pagamento das despesas do processo e dos honorários advocatícios, deve-se analisar a concessão da gratuidade em conjunto com a regra da sucumbência.

No processo civil, o custo financeiro do processo é atribuído àquele que deu causa à demanda (princípio da causalidade). Presume-se, então, que o vencido, ou seja, aquele que sucumbiu, é o responsável pelo custo do processo.

Fixadas essas premissas, pode-se afirmar, portanto, que o beneficiário da gratuidade *vencedor* realmente ficará dispensado de pagar as despesas do processo e os honorários advocatícios, mas isso não se dá por força da justiça gratuita, e sim em razão da regra de sucumbência. A parte vencida *não beneficiária* deverá pagar à Fazenda Pública tudo aquilo que esta adiantou, bem como pagar os honorários do advogado da parte beneficiária.

Se o beneficiário, porém, restar *vencido*, ele não ficará dispensado do pagamento das despesas processuais e dos honorários. Sua responsabilidade continuará existindo. A obrigação de pagar, decorrente de sua sucumbência, ficará sob condição suspensiva de exigibilidade. Essa suspensão liga-se à insuficiência de recursos. Os credores serão a Fazenda Pública, que realizou todas as despesas, e o advogado do vencedor, em relação aos honorários advocatícios.

24- Nesse sentido, por similitude de razões: UZEDA, Carolina. Apelação exclusivamente contra decisão interlocutória: a ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação e o recurso contra a multa arbitrada. Portal Processual. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/apelacao-exclusivamente-contra-decisao-interlocutoria-a-ausencia-injustificada-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-e-o-recurso-contra-a-multa-arbitrada/>>. Acesso em 25.04.2015.

No prazo de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que certificou a obrigação, *enquanto perdurar a hipossuficiência econômica*, não poderá o credor executar o beneficiário vencido.

Entretanto, se, dentro desse quinquênio, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, poderá executar o devedor para reaver aquilo que gastou, bem como os honorários.

Passados os cinco anos, se a situação de insuficiência de recursos não cessar, extingue-se a obrigação e, aí sim, o beneficiário vencido fica dispensado do pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 98, § 3º, NCPC).

Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela será custeada pela Fazenda Pública, preferencialmente pelas formas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 95 do NCPC.

Após o trânsito em julgado da decisão final, a Fazenda Pública moverá, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia.

Caso o responsável pelo pagamento das despesas seja o beneficiário de gratuidade da justiça, sua obrigação condiciona-se à perda da qualidade de hipossuficiente, dentro do prazo de cinco anos, extinguindo-se ao término do quinquênio.

8. SANÇÃO APLICÁVEL AO REQUERENTE DE MÁ-FÉ

Segundo o parágrafo único do art. 100 do NCPC, revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e *pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.*

Primeiramente, deve-se dizer que a base de cálculo da multa se altera com o NCPC. A LAJ utiliza as “custas judiciais” como base de cálculo. O NCPC, por outro lado, indica que a base de cálculo são as “despesas processuais”, conceito mais amplo, que abrange também as custas judiciais.

Em segundo lugar, o destinatário da multa é a Fazenda Pública estadual ou federal²⁵, conforme o caso. A multa poderá ser inscrita em dívida ativa

25-O NCPC acolheu a doutrina de Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira, à luz da LAJ: “Por se tratar de conduta que fere a dignidade da justiça, a verba aí deveria ser destinada ao Estado. A conclusão se vivifica ainda mais quando se trata de sanção a que alude o art. 4º, § 1º, da LAJ, vez que, perdurando o benefício para o beneficiário não-necessitado, o mais prejudicado com isso seria o próprio Estado, que, além

e, portanto, submetida à execução fiscal. Atualmente, a multa imposta ao requerente da justiça gratuita de má-fé é revertida em favor da parte contrária, segundo a sistemática do art. 18 do CPC/73, mantida pelo art. 96 do NCPC. Embora essa multa setorial seja evidentemente por litigância de má-fé, optou o legislador por dar-lhe destinação diversa, afastando a incidência da regra geral.

Além disso, como se trata de multa com caráter punitivo, a sanção pecuniária pode ser aplicada de ofício pelo magistrado, independentemente de provocação da parte contrária²⁶. Mesmo quando não haja impugnação ao pedido de gratuidade e a revogação decorra da atuação do órgão jurisdicional, este pode aplicar a multa oficiosamente.

Tem-se, ainda, que a má-fé de que cuida o NCPC é subjetiva, ou seja, a aplicação da multa pressupõe a demonstração de dolo da parte requerente. Justamente por isso o órgão jurisdicional deve ter cuidado ao aplicar a multa. Muitas vezes não existe má-fé, mas apenas um desacordo razoável sobre a configuração do requisito da insuficiência financeira.

Despiciendo dizer, por fim, que a decisão que fixa multa por litigância de má-fé setorial deve ser fundamentada, com a demonstração do dolo do requerente, a exposição da dosimetria da multa etc.

9. CONCLUSÃO

A título de conclusão, cabe fazer um balanço das alterações promovidas pelo NCPC. Nesse sentido, parece intuitivo que o NCPC aperfeiçoou o regramento contido na Lei 1.060/50, que já sofreu numerosas modificações no passado.

O mérito do NCPC é pôr fim às diversas controvérsias que existiam e ainda existem, e que vinham ao longo do tempo sendo depuradas pela doutrina e pela jurisprudência, desde quem pode fazer jus ao benefício e sob que condições (por exemplo, as pessoas jurídicas) até o que está abrangido pelo benefício (por exemplo, despesas notariais e registrais).

de sofrer verdadeiro atentado contra a administração da justiça, ainda é o responsável por arcar, durante o curso processual, com eventual adiantamento devido pelo beneficiário ou, ao cabo do processo em que se saiu ele derrotado, pelo pagamento das verbas decorrentes da sucumbência à parte adversária, vencedora. Por outro lado, a contraparte não teria suportado, com o deferimento do benefício a quem dele não precisa, qualquer prejuízo, donde não existir nenhum motivo plausível para destinar a ela o montante da sanção pecuniária". DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 65.

26- Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.125.169, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, j. 17.05.2011, DJ 23.05.2011.

Além disso, o NCPC altera verdadeiramente uma série de regras, a exemplo do recurso cabível contra a decisão que indefere o benefício, a forma de impugnação, a base de cálculo da multa setorial por litigância de má-fé, o destinatário do valor da multa, a possibilidade de redução percentual e de parcelamento das despesas processuais etc.

Por fim, maximiza o direito fundamental à justiça gratuita, tal como já fazia a LAJ, ao ampliar subjetivamente o âmbito de proteção do direito fundamental para estrangeiros em trânsito pelo território nacional, bem como ao manter a presunção relativa de veracidade da afirmação de hipossuficiência que existe em favor das pessoas naturais.

Conclui-se, assim, que as alterações foram positivas e que, não tendo sido poucas, justificam o presente trabalho, que trata de tema com importância prática irrecusável.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Temas de Direito Processual – Quinta Série**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no Novo CPC. **Revista de Processo** 236/305. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. São Paulo: edição eletrônica livre, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 5º, inciso LXXIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

OS DESAFIOS DO JUIZ NO CPC/2015

Trícia Navarro Xavier Cabral

Doutora em Direito Processual na UERJ

Mestre em Direito pela UFES

Juíza Estadual no Espírito Santo

Membro-efetivo do IBDP

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar os principais desafios do juiz com o advento do CPC/2015, que traz uma nova ideologia, aprimora as técnicas processuais e atribui mais deveres ao magistrado. Além disso, o CPC/2015 tenta equilibrar as condutas de todos os participantes, exigindo um comportamento cooperativo entre as partes e o juiz, em prol de decisões mais céleres, justas e legítimas. Essas alterações devem ser bem compreendidas e também aplicadas pelo magistrado, a fim de que o novo diploma legal alcance a efetividade esperada.

Palavras-chave: desafios – juiz – CPC/2015 - efetividade.

ABSTRACT: The present study aims to analyse the main challenges of the judge with the advent of the CPC/2015, which brings a new ideology, enhances the procedural techniques and assigns more duties to the magistrate. In addition, the CPC/2015 tries to balance the ducts of all participants, requiring a cooperative behavior between the part and the judge, in favor of faster, fair and legitimate decisions. These changes must be well understood and also applied by the magistrate, in order that the new legislation grasp the effectiveness expected.

Keywords: challenges – judge – CPC/2015-effectiveness.

1. AS DIRETRIZES DO CPC/2015

Espera-se, com grande expectativa, a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Passados mais de 40 anos de vigência do CPC/73 e com o advento da Constituição de 1988, fez-se necessário redefinir a ideologia do processo civil e as regras de condutas procedimentais, adequando-as à atual realidade social e jurídica. O CPC/15, de certa forma, resgata o formato do CPC/39, no sentido de tentar adotar um Código mais simples, flexível e com maior participação das partes, em um movimento cíclico e pendular dos modelos legais. Além disso, positivas experiências estrangeiras foram incluídas na nova legislação, incrementando-se as técnicas processuais. Algumas delas foram bem recepcionadas pela comunidade jurídica. Outras foram muito criticadas. E existem aquelas que, de antemão, não dá para saber de seu benefício para o nosso ordenamento.

O início dos trabalhos legislativos se deu em 2009, quando o presidente do Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, para a formatação de um novo Código de Processo Civil. O Anteprojeto foi apresentado ao Senado em 08.06.2010, e convertido no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, contendo uma Exposição de Motivos com os seguintes 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; 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Com sua aprovação, o PLS 166/2010 seguiu para a Câmara dos Deputados e tramitou como Projeto de Lei n. 8.046/10, tendo ocorrido diversas modificações, com a inclusão de outras técnicas processuais inovadoras. Aprovado em 26.03.2014, o Projeto retornou ao Senado, onde foram acolhidas algumas Emendas dos parlamentares, as quais suprimiram ou corrigiram materialmente os dispositivos constantes do Projeto da Câmara, chegando-se a uma versão final, aprovada em 17.12.2014. Após revisão e sanção presidencial, o novo Código de Processo Civil foi publicado no DOU em 17 de março de 2015.

No que tange à estrutura, o CPC/15 possui 1072 artigos, distribuídos em 10 livros – parte geral (teoria geral) com 6 livros (das normas processuais civis, da tutela provisória, da função jurisdicional, dos sujeitos do processo,

dos atos processuais, da formação, suspensão e extinção do processo), parte especial (espécies de tutelas e procedimentos) com 3 livros (do processo de conhecimento e cumprimento de sentença, do processo de execução, e dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), e um livro complementar tratando das disposições finais e transitórias.

O CPC/2015 também inovou ao trazer, logo no seu início, um rol de artigos relativos aos princípios e garantias do processo civil, exteriorizando as premissas basilares que devem pautar o direito processual, todos, obviamente, frutos da ideologia constitucional que refletiu sobre a matéria após 1988.

Com essas mudanças ideológicas e estruturais, o CPC/2015 vem com o compromisso de resgatar a credibilidade do Poder Judiciário, solucionando o problema de morosidade nos julgamentos, democratizando o processo, melhorando o acesso à justiça, simplificação e aprimorando as técnicas processuais e harmonizando os valores constitucionais da segurança jurídica e da efetividade.

2. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Mais do que inovação legislativa, o CPC/2015 vem carregado de novos paradigmas valorativos, cuja absorção pelos operadores do direito será essencial para a adequada aplicação das técnicas processuais.

Verifica-se, pois, que a necessidade de um novo Código se justifica diante da real perspectiva legislativa de: a) resgatar a credibilidade do Poder Judiciário; b) solucionar o problema de morosidade nos julgamentos; c) aprimorar as técnicas processuais; d) harmonizar os valores constitucionais da segurança jurídica e efetividade; e) simplificar atos e procedimentos; f) democratizar o processo; e g) melhorar o acesso à justiça.

Para tanto, o CPC/2015 traz, logo de início, um rol de princípios que devem ser observados pelos sujeitos processuais, como a duração razoável do processo, boa-fé, cooperação, igualdade, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência, contraditório, não surpresa e motivação das decisões.

Criou-se, assim, uma grande preocupação da comunidade jurídica quanto aos possíveis arbítrios do juiz na aplicação dos princípios estabelecidos no CPC. Isso porque, embora os princípios já façam parte de nosso ordenamento, não se sabe se o juiz vai privilegiar um princípio em detrimento às regras - que

conferem maior segurança jurídica às condutas normatizadas¹ -, aplicando-o indistintamente.

De qualquer forma, o que vai efetivamente legitimar uma decisão baseada em princípios é a adequação da fundamentação utilizada pelo magistrado. Com efeito, as decisões baseadas unicamente em princípios não devem ter como objeto questões habituais e sem uma especificidade que demande a ponderação de valores. Por outro lado, caso os pronunciamentos judiciais sejam justos e se refiram a hipóteses excepcionais, tendem a ser mantidos pelos Tribunais e consolidadas em nosso ordenamento.

3. GOVERNANÇA JUDICIAL

A palavra de ordem, agora, no Poder Judiciário é gestão, especialmente em relação aos seus maiores gargalos: custo-lentidão-complexidade.

E além dos aspectos processuais, o gerenciamento do magistrado deve incluir os aspectos periféricos à atividade jurisdicional em si, relacionados à estrutura administrativa, pessoal e material da unidade judiciária, uma vez que podem influenciar no bom andamento do processo e prejudicar a eficiência do sistema judiciário.

A governança é um mecanismo analítico de compreensão e controle dos fatores que envolvem todos os meios pessoais, materiais e estruturais no alcance dos objetivos². Por conseguinte, a gestão judicial é o conjunto de tarefas que garante o uso eficaz de recursos do Poder Judiciário visando a uma prestação jurisdicional eficiente.

Não obstante, tem-se por práticas governamentais o conjunto de medidas e comportamentos para o planejamento, acompanhamento e controle das atividades judiciais e judiciárias. Assim, a governança judicial inclui as seguintes dimensões: independência judicial, *accountability* (controle externo – responsabilidade e responsabilização), acessibilidade à justiça, estrutura do Poder Judiciário e recursos estratégicos do Poder judiciário. Importante, ainda, se estabelecer um ambiente institucional, com práticas de interação com outros órgãos e atores do sistema judicial.³

1-Cf.: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

2-AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomas de Aquino. *Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100008&script=sci_arttext >. Acesso em: 07 jan. 2015.

3-Confira interessante artigo sobre o assunto. In: AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomas de Aquino. *Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico*. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/pe/files/noticias_publicacoes/arquivos/governanca_judicial.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

Nesse contexto, o modelo de juiz-gestor constitui um novo paradigma⁴, já que essa postura otimiza o funcionamento das unidades judiciárias, por meio de decisões racionais e fundamentadas que buscam a satisfação das necessidades dos jurisdicionados. Para tanto, o juiz-gestor utiliza indicadores e metas de desempenho no exercício de sua profissão. Planos estratégicos e operacionais, bem como um efetivo acompanhamento e controle de gestão, garantem a eficiência da prestação jurisdicional, especialmente em unidades judiciárias doentes⁵.

A governança judicial ganhou força no Brasil especialmente após a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que tem por missão servir de instrumento efetivo de desenvolvimento do Poder Judiciário, contribuindo para a efetividade da prestação jurisdicional para beneficiá-la e obter seu reconhecimento.

Para esse fim, o CNJ utiliza a Gestão de Processos como metodologia para acompanhar, avaliar e redesenhar os processos de trabalho, visando à melhoria contínua destes e o alcance dos objetivos estratégicos da organização.

As ações são divididas em 11 macroprocessos, relacionados à governança judiciária (promoção da cidadania, do acesso à justiça e da modernização do Judiciário) e também à correição e fiscalização, permitindo uma visão sistêmica e abrangente da atuação do CNJ⁶, ajudando, inclusive, na solução das dificuldades quantitativas e qualitativas dos Tribunais brasileiros.

Outro desafio é fazer com que os servidores entendam a nova filosofia e aceitem caminhar em direção a um objetivo comum, que é gerir uma unidade judiciária de forma correta e dinâmica.

Isso porque o poder de gestão do juiz passa, também, pela administração das secretarias e dos servidores, especialmente no que se refere às novas técnicas como o calendário e as convenções processuais, sem contar no atendimento às metas do CNJ que estabelecem prioridades e exigem relatórios periódicos.

Registre-se, ainda, que, embora no campo legislativo, a postura ativa do juiz sempre tenha sido prestigiada, no campo extraprocessual, não havia qualquer preocupação com a gestão administrativa relativa ao todo o entorno da relação jurídica processual.

4-REIS, Wanderlei José dos. *Juiz-gestor: um novo paradigma*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>. Acesso em: 07 jan. 2015.

5-REIS, Wanderlei José dos. *Juiz-gestor: um novo paradigma*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>. Acesso em: 07 jan. 2015.

6-Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/macroprocessos>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Também na doutrina, o gerenciamento pelo juiz vinha sendo estudado somente sob a perspectiva judicial, ou seja, quanto à gestão das técnicas processuais capazes de conferir mais efetividade à prestação jurisdicional, sem, contudo, se preocupar com uma mudança comportamental dos juízes também fora do processo.

Contudo, a gestão administrativa (judiciária) aliada à judicial, é muito mais eficaz na garantia da coerência estrutural do sistema.

Portanto, constata-se que a maior eficiência na gestão administrativa e na condução processual pode proporcionar a efetividade jurisdicional⁷, eliminando, por consequência, a morosidade das ações judiciais e a baixa eficácia de suas decisões.

4. OS PODERES E OS DEVERES DO JUIZ NO CPC/2015

O aumento dos poderes do juiz vem sendo discutido desde o início do século passado, tendo passado por diversas fases, até chegar ao estágio atual.⁸

Não obstante, o poder de gerenciamento do processo pelo juiz é alvo de calorosos debates em vários ordenamentos jurídicos⁹, até mesmo por aqueles que sempre desconfiaram desse tipo de postura ativa do magistrado, como é o sistema norte-americano.

Seguindo essa tendência, as reformas processuais em diferentes países, entre eles Inglaterra, Itália Alemanha, França e Espanha, passaram a enfatizar a necessidade de gestão pelo juiz, já que visualizaram, no seu protagonismo, uma possível solução para os problemas da justiça. Com isso, introduziram, em suas leis, técnicas que conferiam maiores poderes ao juiz na direção, instrução e julgamento dos feitos, como forma de melhorar a qualidade da justiça.¹⁰

Assim, a figura do juiz como legítimo representante estatal se revelou fundamental, sendo que a sua participação no processo como mero espectador

7-Cf.: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional* (com remissões ao projeto do novo CPC). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. (Coleção Andrea Proto Pisani, vol. 10).

8- Sobre a evolução dos poderes do juiz, cf.: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38-48.

9- Destaca Michele Taruffo que na maioria dos ordenamentos jurídicos comparados há tendência em fortalecer de forma simultânea e com total compatibilidade os poderes do juiz e os direitos processuais dos jurisdicionados. In: TARUFFO, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 15, n. 2, dic. 2003. p. 1.

10-Acerca das novas tendências mundiais, cf.: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (eds.). *Civil litigation in comparative context*, ed. Thomson/West, St. Paul, 2007. p. 241-260.

cedeu lugar a uma conduta mais enérgica¹¹, imprimindo maior controle e atuação, bem como assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo.¹²

Ademais, visando aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foram colocadas à disposição do magistrado algumas técnicas processuais que lhe servissem de ferramenta para a condução do processo, entre elas o amplo poder diretivo, decisório e instrutório.

Dessa forma, o juiz passa a atuar na gestão do processo, utilizando-o não só como instrumento para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo, no procedimento, toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Com isso, autoriza-se ao juiz agir com mais flexibilidade no processo, de modo a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar do devido processo legal.

O CPC/73 - instituído em um contexto constitucional e ideológico próprio -, bem como suas posteriores modificações, já confere aos juízes amplos poderes diretivos, probatórios e coercitivos, visando a uma maior eficiência e efetividade na entrega da tutela jurisdicional. Contudo, o uso desse comportamento ainda é tímido pelos magistrados, seja porque, **às vezes**, fica restrito às circunstâncias de prova e de efetivação de medidas judiciais, seja porque os juízes ainda estão presos a uma concepção mais passiva de atuação.

Já no CPC/2015¹³, os poderes do juiz foram ainda mais intensificados,

11- “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislativo ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009. p. 77).

12-Sobre o papel ativo no juiz na “aceleração do processo”, ver: BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

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

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela duração razoável do processo;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

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

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

possibilitando uma atuação positiva no desenvolvimento do processo. Com efeito, a Comissão de Juristas quis ir além, para dotar os juízes de amplos poderes gerenciais do processo, autorizando, inclusive, adaptações procedimentais ainda pouco experimentadas¹⁴.

Essa tendência foi mantida durante a tramitação do Projeto nas duas Casas Legislativas, o que criou uma automática reação de alguns setores da comunidade jurídica, especialmente a dos advogados, por temerem abusos e arbítrios pelos magistrados.

No entanto, a participação ativa dos juízes no equilíbrio processual é necessária para controlar e disciplinar as condutas dos sujeitos processuais e não deve ser considerada uma ameaça aos advogados, mas, sim, uma forma de proteção à regularidade processual, em prol dos próprios sujeitos processuais¹⁵.

Talvez o termo “poder” não seja o mais adequado para indicar uma postura gerencial ampla do magistrado, já que pode parecer uma forma de sobreposição do juiz frente aos sujeitos processuais. Na verdade, o que se tem é o maior incremento de atribuições de direção e controle dentro do processo.

Registre-se, também, que há novos deveres dos juízes que devem ser assimilados, pois serão cobrados pelos operadores do direito e pela sociedade.

Ademais, o CPC/2015 prevê a responsabilidade civil e regressiva do juiz na hipótese de sua conduta dolosa ou fraudulenta causar perdas e danos.¹⁶

Dessa forma, espera-se que essa tentativa legislativa de equilibrar o poder e a responsabilidade do juiz possa resultar em magistrados com comportamentos mais ativos e conscientes.

VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

14-Segundo Barbosa Moreira, os poderes do juiz servem de instrumento para a boa prestação jurisdicional, mas é a quantidade e a qualidade de sua atuação que dirão se contribuirão para a efetividade do processo, objetivo de toda reforma. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

15-Cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 275-294, jun. 2012.

16-Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

5. ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO

Regra polêmica no CPC/2015 diz respeito à exigência de o juiz seguir a ordem cronológica de conclusão dos processos para o seu julgamento, dando-se, inclusive, publicidade às listas formadas.¹⁷

Ainda de acordo com a referida regra, se o processo da listagem precisar sair para instrução ou diligência, volta depois para a mesma posição. Por sua vez, se a sentença for anulada ou na hipótese do 1.040, II, o feito retorna para o 1º lugar na lista.

Pelo referido dispositivo, na prática, o magistrado terá que formar ao todo nove blocos de processos: a) sentenças comuns; b) sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo e de improcedência liminar; c) casos repetitivos; d) sentenças do 485 e 932; e) embargos de declaração; f) preferências legais do CNJ; g) processos criminais; e h) causas urgentes, assim consideradas de forma fundamentada.

Por sua vez, art. 153 estabelece que “o escrivão ou chefe de secretaria deverá obedecer à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais”, sob pena de responsabilidade funcional.¹⁸

17-Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do *caput*:

I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV – as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V – o julgamento de embargos de declaração;

VI – o julgamento de agravo interno;

VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I – tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II – se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

18-GAJARDONI: Fernando. O novo CPC e o fim da gestão na Justiça. Disponível em: < <http://jota.info/o->

Observa-se, pois, que o CPC/2015, se aplicado ao pé da letra, pode acabar comprometendo a gestão de processos feita pelo juiz e pelos tribunais, tanto em relação à gestão das unidades judiciais pelos auxiliares da justiça, quanto no que se refere à ordem de julgamento dos processos.

Por essa razão, o artigo foi fortemente criticado pela comunidade jurídica, uma vez que retira do juiz e dos servidores a liberdade de administração das unidades judiciárias por meio da aplicação de outras técnicas de gestão em nome da igualdade de tratamento pelo Poder Judiciário.

Contudo, considerando que, no Brasil, não há uma política de gerenciamento judiciário e judicial, e, ainda, que existe uma tendência de privilegiar partes ou advogados específicos ou então de adotar como critério de gestão a menor complexidade dos processos, parece que a referida técnica legislativa pode contribuir para uma interessante mudança de cultura e de comportamento dos juízes e servidores.

Com efeito, em muitos casos – especialmente no Brasil - a lei se torna o modo mais eficiente de se alcançar certo padrão de conduta que outros mecanismos não conseguem impor.

Não se nega que alguns temperamentos pelos órgãos de controle serão necessários até que se equacione a mudança de paradigma. Porém, não dá para saber, de antemão, se a regra efetivamente trará mais malefícios do que benefícios, de forma que seria recomendável aguardar e observar a sua aplicação antes de estigmatizá-la de antemão como ineficiente.

6. A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Entre os principais desafios do juiz moderno está a assimilação de um Código mais democrático, que confere a todos os sujeitos processuais igualdade de participação na formação da convicção judicial, na tentativa de se eliminar a relação vertical atualmente existente entre o juiz e as partes, em que aquele assume o protagonismo gerencial e decisório da relação jurídica processual sem permitir maiores ingerência dos últimos.

Com efeito, o dever de cooperação entre o juiz e as partes por meio do diálogo, do esclarecimento, do auxílio e da prevenção também foi muito intensificado no CPC/2015¹⁹, sendo que o princípio do contraditório foi

[-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica](#) >. Acesso em 20 fev. 2015.

19-A questão da nova dimensão do direito do contraditório no Projeto do novo CPC foi abordada em: MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010. p. 35-38.

reforçado para que sua obediência pelo magistrado ocorra até mesmo diante de matéria de ordem pública ou de outras questões cognoscíveis de ofício.

Nesse contexto, foram inseridas novas formas de flexibilização do procedimento, que dão nova roupagem à concepção de previsibilidade inerente à segurança jurídica e ao devido processo legal, fazendo-se necessário tentar dimensionar o modo e as consequências resultantes da utilização das variações procedimentais destinadas à prestação adequada da tutela jurisdicional de acordo com os escopos da jurisdição.²⁰

Importante destacar, ainda, que as técnicas de flexibilização do procedimento conferem um dinamismo diferente às condutas dos sujeitos processuais. Assim, se, de um lado, há uma nítida tendência a se conferir maiores poderes ao juiz, por outro se permite que as partes tenham maior disponibilidade sobre o procedimento.

A conjugação desses fatores deve ser bem dimensionada para que não haja uma superposição de interesses, vontades ou de atos processuais. Quer-se dizer com isso que do mesmo modo que as partes têm de conviver melhor com as técnicas à disposição dos juízes²¹, estes também devem ser mais tolerantes com os mecanismos processuais que admitem uma maior disposição procedimental das partes, como é o caso das convenções processuais.

Portanto, são várias as nuances e os desafios que envolvem a flexibilização do procedimento, mas essa técnica processual possui perfeita compatibilização com a função legitimante do procedimento²² e com o devido

20- “Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.” (BE-DAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68-69).

21-Marcelo Bonicio assevera que uma postura ativa do juiz quando da adequação de meios deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, e acrescenta: “A exigência de adequação de meios, tal como estruturada no princípio da proporcionalidade, parece unir os antigos reclamos da doutrina processual com a moderna tendência de instrumentalização do processo, tornando ainda mais consistente a obrigação que o juiz tem de participar ativamente do processo. Esta busca por uma maior participação do juiz no processo deve contribuir para tornar o processo mais justo e equo, com uma fase instrutória conduzida com sabedoria e comprometimento com os ideais de justiça que se esperam desta atividade. Tudo isso deverá resultar num julgamento que se aproxime o máximo possível da verdade.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 94).

22-“A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar e amortizar as frustrações ao longo do *iter*. Em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional de Luhmann se condicionou o poder legitimante do

processo constitucional²³ – material e formal -, e visam atender às expectativas dos jurisdicionados de uma tutela judicial que efetiva e tempestivamente corresponda ao seu direito material.²⁴

A flexibilização do procedimento não é novidade no Brasil, e se manifesta em fenômenos denominados de: a) princípio da conversão: se revela no sentido de troca, substituição; b) princípio da fungibilidade: no sentido de escolha; c) princípio da adaptação, no sentido de elasticidade ou de aproveitamento do meio como se fosse o mais correto; e d) princípio do aproveitamento. Contudo, o CPC/2015 inova a trazer mais duas ferramentas: as convenções processuais e o calendário processual.

Como se vê, a variação do procedimento admite diferentes formatos, podendo ser classificada em quatro categorias²⁵: a) por imposição legal; b) por ato judicial; c) por ato conjunto das partes e do juiz; e d) por atos de disposição das partes.²⁶

procedimento à sua rigidez. Por isso, mesmo com um procedimento maleável conforme às circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 97).

23- “Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consuetânea com a relação de direito material controvertida. Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 100).

24- “Assim, em prol da justa adequação de meios, seria muito melhor que fosse estabelecido um procedimento específico para cuidar dos assuntos mais recorrentes, na esfera da ação civil pública, porque entre eles não há a mesma homogeneidade que há entre as demandas individuais, de maneira que o procedimento ordinário, evidentemente, não tem condições de oferecer respostas *adequadas* aos problemas que surgem na esfera das ações civis públicas.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 151).

25-Diogo Almeida também defende a existência de variados sistemas de flexibilização, a saber: a) por procedimento livre; b) por procedimento opcional; c) por procedimento em calendário; d) por procedimento legal adaptável. Conclui que a hipótese de flexibilização por convenção processual entre as partes seria um quinto modelo que denomina de flexibilização por procedimento convencional. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 44).

26- Já Fernando Gajardoni classifica os sistemas de flexibilização procedimental em: 1) flexibilização por força de lei, subdividida em a) flexibilidade procedimental legal genérica e b) flexibilidade procedimental legal alternativa; 2) flexibilização procedimental judicial; e 3) flexibilização procedimental voluntária das regras de procedimento. E assevera: “Por vinculado ao sistema da legalidade das formas, nosso país se filiou, preponderantemente, ao primeiro regime de flexibilização procedimental, com ampla incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexi-

A primeira - flexibilização por imposição legal - ocorre quando o próprio legislador identifica, de antemão, as hipóteses passíveis de alteração do procedimento para melhor atender às especificidades da causa, de acordo com as peculiaridades do direito material controvertido (ex.: conversão do arresto em penhora).

Por sua vez, a flexibilização por ato do juiz pode ocorrer em duas situações: a) quando a lei fixa previamente alternativas ao magistrado, ficando a critério deste escolher o procedimento a seguir, citando-se como exemplo o julgamento monocrático dos recursos; e b) quando o juiz, em razão de seus próprios poderes diretivos e de gestão, tem a autonomia de adaptar o procedimento, mesmo na falta de previsão legislativa específica, como acontece no caso dos direitos difusos e coletivos, nos procedimentos diferenciados²⁷, na fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, na fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas, etc.

Ademais, a variação do procedimento também pode ocorrer por ato conjunto das partes e do juiz. É a hipótese do calendário processual inserido no CPC/2015, que permite que os sujeitos processuais preestabeleçam datas para a prática de seus atos, adequando o ritmo e a duração da demanda às especificidades do caso concreto.

Por último, tem-se a possibilidade de as partes firmarem uma convenção em matéria de processo, dispondo sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, tanto extrajudicialmente quanto durante a tramitação do processo judicial.

Registre-se que o nosso ordenamento processual já vinha admitindo a flexibilização por imposição legal e a por ato do juiz. Porém, a novidade surge em relação às duas outras espécies de flexibilização, ou seja, a por ato conjunto das partes e do juiz e a por atos de disposição das partes, estabelecidas nos artigos 190 e 191, do CPC/2015.²⁸

bilização.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 138-139).

27- “As técnicas diferenciadas existentes no Brasil que tentam, ou “que se propõem” a uma adequação a essas demandas seriais ou em massa pode ser resumida do seguinte modo: (a) julgamento liminar de ações repetitivas (art. 285-A, CPC); (b) incidente de uniformização (art. 476, CPC); (c) afetação de julgamento a órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal (art. 555, §1º, CPC); (d) uniformização de interpretação da lei federal no Juizado Especial Federal (art. 14, Lei 10.259/2001); (e) súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988 e Lei 11.417/2006); (f) julgamento por pinçamento dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C, CPC), entre outras.” (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010, p. 133).

28-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

Nesse passo, o CPC/2015 procurou não só aprimorar as técnicas processuais, mas mexer na própria fisionomia do processo, para que ele pudesse ser mais maleável e adaptável aos diversos tipos de conflitos sociais levados a juízo, permitindo um tratamento individualizado às causas judiciais quando o caso demandasse, sendo que esse novo modelo também afeta outros institutos relacionados, como o das nulidades processuais, o da preclusão e, conseqüentemente, o recursal, trazendo mais fluidez ao processo.

Assim, essas novas técnicas, baseadas em sólidos estudos e em positivas experiências estrangeiras, objetivaram inserir, em nosso direito processual, o que havia de mais moderno nos ordenamentos jurídicos mais avançados, possibilitando o caminho para uma necessária evolução do sistema processual brasileiro, visando, acima de tudo, ao aprimoramento da tutela jurisdicional.

Portanto, espera-se dos sujeitos processuais uma mudança de mentalidade e um comportamento compatível com o modelo idealizado, estabelecendo-se uma relação horizontal entre o juiz e as partes, com uma atuação cooperativa²⁹ na busca da solução mais adequada ao caso concreto.

7. O FORTALECIMENTO DE OUTROS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

O CPC/2015 menciona a conciliação, a mediação e a arbitragem em diversas passagens, deixando clara a intenção do legislador de incentivar a utilização de outros meios de resolução de controvérsias. Não obstante, a nova lei disciplina a figura do conciliador e do mediador, incluindo-os, inclusive, na categoria de auxiliares da justiça.

sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

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.

29-“A cooperação e o diálogo humano, que devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo, exige o mútuo reconhecimento das disposições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelar, sem rivalidades, nem autoritarismo, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da conseqüente solução mais adequada possível da causa.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: < www.revistaprocessual.com >. Acesso em: 08 fev. 2008).

Mas a novidade mais preocupante neste tema é a criação de audiência obrigatória de conciliação/mediação como ato inicial do rito comum, ou seja, antes da apresentação da contestação pelo réu. Segundo o Código, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação (art. 334) e, somente com o encerramento do ato e em não tendo havido transação, terá início o prazo para contestação (art. 335, I). Esta audiência só poderá ser dispensada pelo magistrado se ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual ou se a hipótese não admitir autocomposição (art. 334, §4º).

Inicialmente, vê-se que o legislador não levou em consideração a atual estrutura da maioria dos Tribunais brasileiros, que não estão preparados para essa realidade. Isso porque os juízes não conseguirão presidir todas as audiências de conciliação e mediação, o que, inclusive, não é tecnicamente indicado em razão do princípio da confidencialidade.

Ademais, o Código estabelece como órgãos responsáveis pelas audiências os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (art. 165), nos termos disciplinados pelo CNJ.

Porém, com exceção de alguns Estados que se encontram mais avançados, a maioria dos Tribunais ainda não absorveu a necessidade de priorizar a política da conciliação e não criaram os CEJUSC's em quantidade suficiente para atender essa demanda que o a nova legislação impôs.

Com isso, até a devida regularização, as audiências deverão ser feitas por servidores, estagiários ou voluntários indicados, o que certamente pode comprometer qualitativamente a função da norma.

Dessa forma, fatores legislativos e estruturais podem comprometer a eficácia da audiência inaugural.³⁰

Por sua vez, de acordo com o CPC/2015, a referida audiência só não ocorrerá: a) quando o direito em debate não admitir autocomposição; e b) se ambas as partes, expressamente manifestarem o desinteresse na composição amigável.

Observa-se, pois, que é vedado ao juiz dispensar o ato, mesmo que o acordo seja improvável. Ademais, a lei não admite a dispensa de apenas uma das partes.

Diante disso, conclui-se que o CPC/2015: a) não privilegia a vontade das partes; b) obriga a mediação/conciliação quando uma das partes insistir; c)

30-Sobre as variadas dificuldades práticas, consultar artigo: GAJARDONI: Fernando. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: < <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao>>. Acesso em 20 fev. 2015.

possibilita manobras protelatórias; d) aumenta o custo do processo, pois além das despesas do mediador/conciliador, obriga o demandado que reside em outra localidade a se deslocar para a audiência; e e) prevê que o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando-se multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Não obstante, o CPC/2015 não inclui a remuneração dos mediadores/conciliadores como despesas processuais, deixando a dúvida sobre se eles serão detentores de cargo público ou se receberão pela tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros do CNJ.

Por outro lado, o artigo 82 diz que caberá à parte interessada o pagamento dessa despesa. Assim, se o autor e o réu demonstrarem desinteresse e houver acordo, as custas serão deliberadas no ato, mas, se não houver acordo, o vencido pagará a despesa ao final (art. 82, §2º, CPC/15).

Portanto, embora louvável a tentativa legislativa de instituir a cultura da pacificação, há dificuldades estruturais que demandarão uma rápida atenção pelos Tribunais na busca de soluções adequadas, sob pena de comprometimento do instituto.

8) SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

O novo CPC também fez algumas alterações na forma de saneamento e organização do processo, visando simplificá-la.

O controle dos atos processuais começa na petição inicial, especialmente em relação aos pressupostos processuais. Competência, valor da causa, procedimento escolhido e outros aspectos processuais devem ser analisados criteriosamente, evitando-se futuras declarações de nulidade e retrocesso a fases já superadas. Aliás, o princípio da sanabilidade dos defeitos processuais foi ressaltado na nova legislação.

Importante destacar que, no CPC/15, as condições da ação serão a legitimidade³¹ e o interesse de agir, sendo que a possibilidade jurídica passou para a categoria de mérito. Com isso, elimina-se um obstáculo para o alcance de um pronunciamento de mérito.

Não obstante, toda decisão, ainda que sobre matéria cognoscível *ex officio*, deve ser precedida de contraditório (art. 10). A norma objetiva evitar

31-**Enunciado FPPC - 296.** (art. 339; art. 340) Quando conhecer liminarmente e de ofício a ilegitimidade passiva, o juiz facultará ao autor a alteração da petição inicial, para substituição do réu, nos termos dos arts. 339 e 340, sem ônus sucumbenciais. (*Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento*).

as chamadas “decisões surpresa”, e que ainda excluem a contribuição das partes para o convencimento judicial.

As espécies de audiências serão: a) de conciliação/mediação; b) de saneamento e organização do processo; e c) de instrução e julgamento. Eliminou-se a audiência preliminar do procedimento comum, e só existirá em dois procedimentos especiais: a) embargos de terceiro para a prova da posse; b) homologação de penhor legal.

Assim, ao receber a petição inicial, o juiz deve designar audiência de conciliação/mediação nas hipóteses cabíveis, oportunidade a partir da qual se inicia o prazo para contestar (art. 335, I).³²

A decisão saneadora será, em regra, dada em gabinete, resolvendo as questões preliminares, fixando pontos controvertidos, definindo a distribuição do ônus da prova, deferindo provas e, se for o caso, designando audiência de instrução e julgamento (art. 357). Entretanto, se a matéria apresentar complexidade de fato ou de direito³³, o juiz poderá designar audiência de saneamento para, em cooperação com as partes, delimitar melhor as alegações (art. 357, § 3º).³⁴

Registre-se que o § 9º, do art. 357 estabelece que as pautas devem ser preparadas com um intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências³⁵. Trata-se de mais uma regra que pretende interferir no planejamento da rotina de trabalho do juiz em benefício das partes.

9) FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Outra regulamentação polêmica, no CPC/2015, diz respeito à fundamentação das decisões, pois impõe ao juiz a apreciação de todos os argumentos levantados no processo, sob pena de nulidade.

32-**Enunciado FPPC - 273.** (art. 250, IV; art. 335, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 335, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (*Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento*).

33-**Enunciado FPPC - 298.** (art. 364, §3º) A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa. (*Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento*).

34-**Enunciado FPPC - 299.** (art. 364, §3º; art. 191, §§ 1º, 2º e 3º) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão. (*Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento*).

35-**Enunciado FPPC - 295.** (art. 335, § 12º; art. 364, §9º; art. 1.059). As regras sobre intervalo mínimo entre as audiências do CPC só se aplicam aos processos em que o ato for designado após sua vigência. (*Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias*).

Isso porque o § 1º do artigo 489 estabeleceu requisitos objetivos para a fundamentação de qualquer decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que são: a) abordar todas as questões de fato e de direito; b) explicar a indicação do ato normativo; c) explicar o motivo da aplicação de conceito jurídico indeterminado; d) impossibilidade de ser genérica ou padrão; e) enfrentar todos os argumentos capazes de influenciar a convicção do julgador; f) identificar fundamentos que ajustem o caso ao enunciado de súmula ou precedente; g) ao deixar de aplicar enunciado de súmula ou jurisprudência alegada deve mostrar a distinção ou a superação do entendimento.

Já o § 2º prevê que, em caso de colisão de normas, deve o juiz indicar objeto e critérios da ponderação, tanto para afastar quanto para acolher a norma.

Por sua vez, o § 3º estabeleceu a boa-fé como critério de interpretação da decisão.

Registre-se, ainda, que, nas decisões judiciais que condenam ao pagamento de quantia, ressalvadas as hipóteses de impossibilidade de se determinar desde logo o valor, o artigo 491 exige que se conste: a) a extensão da obrigação; b) o índice de correção monetária; c) a taxa de juros; d) o termo inicial de ambos; e) periodicidade da capitalização de juros, se houver.

Como se observa, o juiz terá o dever de formular uma fundamentação exaustiva para legitimar seu ato decisório.

Mas a maior crítica à extensão da fundamentação se deu em relação à necessidade de que a decisão judicial enfrente “*todos* os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º, IV). Isso porque as dificuldades de aplicação prática da regra pode pôr em risco o cumprimento da norma constitucional que determina a duração razoável do processo e a celeridade na sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII).

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se assoberbado de processos e os magistrados estão sempre em busca de soluções criativas para equacionar o tempo de entrega da prestação jurisdicional.

Assim, essas exigências legais, se não forem devidamente temperadas pelos próprios operadores do direito, poderão comprometer sobremaneira a rapidez e efetividade das decisões judiciais, piorando a situação atual da nossa Justiça.

10. PERSPECTIVAS SOBRE O NOVO CPC

A elaboração de um novo modelo processual passa, necessariamente, pela análise dos principais obstáculos à melhoria da justiça. No topo da lista está a falta de celeridade dos juízes brasileiros e de prontidão das decisões judiciais, ensejando o desprestígio de todo o Poder Judiciário e o rótulo de uma justiça denegada e ultrapassada.

Dessa forma, diante do problema da morosidade da justiça, os desafios da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil destinada a elaborar um novo ordenamento processual foram justamente resgatar não só a imagem do Judiciário, mas a satisfação dos jurisdicionados, por meio do aprimoramento das técnicas processuais que permitam a entrega de uma prestação jurisdicional compatível com os novos direitos e mediante mecanismos cada vez mais eficientes.

Não bastassem a simplificação e a organização do sistema também foram metas seguidas no intento de se instituir um Código de Processo Civil que confira o maior rendimento possível a cada processo e ainda consiga munir o juiz de instrumentos que possibilitem decisões mais adequadas à causa, reduzindo algumas complexidades desnecessárias.

Ademais, buscou-se amenizar a rigidez procedimental, dando espaço à possibilidade de modulação do procedimento para adequá-lo às especificidades da causa, em benefício dos jurisdicionados.

Além disso, o CPC/2015 tenta democratizar a relação jurídica processual, tornando o procedimento mais fluido, adaptável e disponível para todos os sujeitos processuais. Com isso, saímos de um modelo rígido e formalista, pautado em ideais eminentemente publicistas e espelhado na postura do juiz, para experimentar uma espécie de “ativismo” das partes, oportunizando a disposição de seus ônus, poderes, faculdades e deveres ou então ajustado, em cooperação com o juiz, o procedimento a ser adotado no caso concreto. O controle dessa conjugação de condutas ficará a cargo do juiz, tanto quanto a validade como quanto à eficácia.

Registre-se que o juiz terá de ter grande atenção ao aplicar o direito intertemporal no caso concreto. A principal cautela é não misturar os dois regimentos. Para a aplicação do novo CPC deve ser observado o fim do prazo já iniciado para a prática do ato processual, ou então já estar concluída a fase processual do regime anterior.

Portanto, o CPC/2015 ampliou as técnicas processuais e de controle do juiz para tentar otimizar o procedimento, em busca de pronunciamentos eficientes, rápidos e justos, para se obter satisfatória e efetivamente a tutela do direito.

11. REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil).

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomas de Aquino. *Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 07 jan. 2015.

_____. *Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico*. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/pe/files/noticias_publicacoes/arquivos/governanca_judicial.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE*. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91. 2009.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil*

e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 275-294, jun. 2012.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional (com remissões ao projeto do novo CPC)*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. (Coleção Andrea Proto Pisani, vol. 10).

CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (eds.). *Civil litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, p. 241-260, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

_____. O novo CPC e o fim da gestão na Justiça. Disponível em: < <http://jota.info/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica> >. Acesso em 20 fev. 2015.

_____. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: < <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao> >. Acesso em 20 fev. 2015.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: < www.revistaprocessual.com >. Acesso em: 08 fev. 2008.

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

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010.

REIS, Wanderlei José dos. *Juiz-gestor: um novo paradigma*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>. Acesso em: 07 jan. 2015.

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 205-213, dic. 2003.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vinicius Silva Lemos

Advogado, Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Direito Processual Civil em 2004, pela Faculdade de Rondônia - FARO.

Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO, em 2003.

Professor de Direito Civil e Processo Civil na Faculdade de Rondônia – FARO, desde 2011. Conselheiro Estadual da OAB/RO, desde 20013. Diretor

Acadêmico da Escola Superior de Advocacia de Rondônia – ESA/RO desde 2014. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo Civil – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil –

ABDPC. e-mail: viniciuslemos@lemosadvocacia.adv.br

RESUMO: Este artigo tem o propósito de apresentar um estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. A criação deste instituto, o seu conceito, finalidade e aplicabilidade. Vários aspectos legais inseridos no código de processo civil por causa deste instituto, que nasce processualmente com uma imensa dúvida sobre sua origem e sua real importância.

Palavras-Chave: Recurso, Processo, Incidente, Demandas Repetitivas.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos uma *vacatio legis* de uma nova codificação processual, tempo tal para nos habituarmos com as mudanças e, ainda, imaginarmos a aplicabilidade de cada inovação trazida pela lei. Não há como prever o impacto de cada ponto no dia a dia forense, tampouco na jurisprudência. Somente o cotidiano e a aplicabilidade do novo código é que nos farão entender esse novo momento.

O código de 2015 primou pela valorização dos precedentes, pelo julgamento por amostragem como forma da resolução da multiplicidade de

ações de matérias idênticas, um verdadeiro combate à imensa quantidade de processos que abarrotam o judiciário brasileiro em todos os níveis.

Uma das apostas do novo código passa por um instituto novo no nosso ordenamento, o incidente de resolução de demandas repetitivas, uma tentativa de ampliar o leque da formação de precedentes já em segundo grau. Uma louvável tentativa que merece ser estudada e compreendida em todas as suas nuances.

2. 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, julgar 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. Inculcar 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.”¹ A utilização, no direito alemão, serviu como base para a criação desta novidade legislativa do código de 2015. Foi instituída no ano de 2005,² para a resolução de demandas específicas para o mercado de capitais, com um intuito bem delimitado e com

1-AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Revista do Processo, ano 36, volume 196, junho/2011. p. 255/256.

2-“Foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litígios no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao ZPO (Zivilprozessordnung). Técnica similar foi ampliada em 2008 na Alemanha quando da ocorrência de mais de 20 casos idênticos envolvendo a assistência e previdência social (Sozialgerichtsgesetz).” NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido Revista Justificando. <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merecer-compreendido-p-4>

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.”³

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 para a utilização do incidente; já, no Brasil, servirá como base para o julgamento de milhares ou milhões de demandas já distribuídas ou possíveis futuras demandas. Aqui, além de uma quantidade exacerbada de processos em busca ao judiciário, trabalha de forma contrária uma jurisprudência claudicante, quase lotérica.⁴ 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.

2.1 Requisitos a instauração do incidente

Para a instauração do incidente de demandas repetitivas nos tribunais estaduais ou regionais, requisitos têm de ser preenchidos no recurso em questão. Somente quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, haverá possibilidade de instauração do incidente, nos moldes do artigo 976, I e II.⁵

3-NUNES, Dierle. Ob. cit. p. 5

4-“A idéia 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, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, abr. 2001. p. 111

5-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.

Os requisitos são bem delimitados e necessitam de uma conjunção simultânea. Se ausente um destes requisitos, não há a possibilidade de instauração do incidente. O primeiro requisito subdivide-se em três momentos: a existência de uma mesma questão de direito, com ênfase na necessidade de versar somente sobre o direito⁶; a multiplicidade de demandas perante aquele tribunal sobre a mesma questão e, por último, a necessária controvérsia pelos órgãos daquele tribunal.

O segundo requisito acaba por ser uma consequência do primeiro requisito. Quando se estipula a necessidade de risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica, logicamente, ocorre quando houver a incidência do primeiro requisito, diante de seus três momentos, por interpretação contínua, há uma ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Uma conjunção de mesma questão de direito, multiplicidade e controvérsia dentro de um mesmo tribunal naturalmente coloca em total risco a isonomia e a segurança jurídica, com a possibilidade de processos com matéria idêntica ter resoluções diferentes pelo mesmo tribunal. É de se questionar se haveria a possibilidade da presença das circunstâncias do inciso I e a não configuração das possibilidades do inciso II. Creio que os requisitos a serem analisados objetivamente estão presentes no inciso I; com o seu cumprimento e demonstração, conseqüentemente, está configurado o inciso II.

Dessa forma, em interpretação contrária, não se enquadra em possibilidade de instauração do incidente, quando houver discussão material de fatos, quando não houver a multiplicidade na questão de direito e quando o tribunal decidir sempre no mesmo sentido, de forma coerente, íntegra e estável.

Entretanto, dois requisitos têm certa subjetividade para sua análise. A efetiva repetição de processos é caráter necessário para a instauração do incidente, mas como se verificaria essa efetividade? Há uma forma quantitativa? Como a efetiva repetição de processos é verificada nos limites da jurisdição daquele tribunal, conseqüentemente, os números para configuração podem mudar. A partir de qual momento é verificável essa efetividade de repetição? Total subjetividade neste ponto, como a aplicabilidade recaem aos tribunais de segundo grau, cada qual tem um tamanho diverso, como o TRF1 que tem limite em 60% do Brasil, ou um tribunal de justiça de um estado menor, que não pode ser comparado com um tribunal como de São Paulo. São peculiaridades que influenciam a análise sobre a efetiva repetição. ⁷

6-Comentário do autor: podendo, no entanto, ser questão de direito material ou processual.

7-Enunciado n.º 87 do FPPC. A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

Dierle Nunes entende como "discutível nestes termos o conteúdo do enunciado 87, (...) sob pena de negativa

Outro requisito seria, com certa subjetividade, a verificação da controvérsia que embasa a possibilidade da instauração do incidente. Ultrapassada a questão da quantidade de processos e uma efetiva repetição, quando há uma controvérsia que enseja o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica? Suponhamos que, em um tribunal médio, cerca de cinco mil ações são intentadas com a mesma questão de direito, já em fase processual recursal, qual seria a quantidade de decisões contrárias para ensejar a instauração? Se mais de 90% dos casos tiverem um posicionamento e alguns poucos um outro posicionamento, caberia a instauração? O melhor posicionamento para a instauração não é uma quantidade de controvérsia em si, não entender essa divergência como um determinado número de acórdão, mas entender como o posicionamento sobre a matéria por uma turma ou câmara.

3. O PEDIDO E A LEGITIMIDADE DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

A legitimidade para o pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com o artigo 977,⁸ tem algumas possibilidades: pelo juiz, pelo relator, pelas partes, pelo ministério público e defensoria pública.

O instituto possibilitou, em sua criação, uma amplitude da legitimidade, permitindo tanto de ofício, pelo juiz de primeiro grau ou o relator, em segundo grau, ou por requerimento, pelas partes, ministério público e defensoria pública, não restringindo nenhum dos atores processuais possíveis. Qualquer um entre eles pode requerer a instauração do incidente.

Tanto na forma oficiosa pelo juízo ou em requerimento, há a necessidade a instrução da instauração com documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente, para uma maior e melhor verificação pelo órgão julgador do cumprimento dos requisitos. A necessidade de melhor instrução do pedido tem como intuito uma

de vigência ao teor do art. 973, I, que exige a efetiva repetição de processos. Salvo se sua interpretação for no sentido de verificação do efetivo dissenso interpretativo.” Não vejo, no entanto, ofensa ao requisito da efetiva repetição, somente um critério de que a repetição não necessita ser imensa, mas uma repetição existente. O complexo, tanto do texto, quanto do enunciado, recai no que seria grande repetição e o que seria pequena repetição. Uma subjetividade em números.

8-Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, por petição; III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente

comprovação dos requisitos para uma análise com base nestes documentos pelo órgão julgador. Independe do pagamento de custas processuais.

O momento do pedido ou de ofício da instauração do incidente tem de ser antes do julgamento do recurso, pelo seu fator incidental. Pode ser a qualquer momento em primeiro grau e, em segundo grau, tem a limitação do julgamento do recurso, que torna desnecessária a instauração do incidente.

A novidade do instituto é a possibilidade do pedido ser realizado quando o processo ainda está em primeiro grau; salvo a figura do relator, todos os outros legitimados podem requerer a instauração do incidente, ainda nesta fase, modificando o requisito da divergência de entre decisões divergentes do tribunal, ampliando para sentenças diferentes dos juízes de primeiro grau, se houver o requerimento nesta fase.

Criou-se uma forma de julgamento por amostragem que um grau pode suscitar a manifestação de um outro grau, antecipando a jurisdição recursal do tribunal, para um julgamento da tese jurídica neste incidente de resolução de demandas repetitivas. Claro que a possibilidade do pedido para instaurar o incidente, ainda em primeiro grau, necessita de uma vinculação daquela demanda somente com questões de direito, sem a necessidade de instrução probatória. Se a demanda de primeiro grau ainda carece de produção e decisão sobre provas, não cumpre o requisito da questão somente de direito, impossibilitando a instauração do incidente.

Quando o pedido da instauração do incidente for em segundo grau, entre a sentença e o julgamento da apelação, também tem necessidade da questão recursal somente impugnar o direito, com a impossibilidade de versar sobre os fatos, para não esbarrar no mesmo requisito.

3.1 A possibilidade de nova suscitação do incidente

A necessidade do preenchimento dos requisitos para a instauração do incidente de demandas repetitivas é fundamental para o juízo de admissibilidade do próprio incidente. Quando o pedido da instauração for carente de algum dos requisitos estipulados pelo artigo 976, I e II, em juízo de admissibilidade não é admitido, impossibilitado de instaurar o incidente.

Entretanto, não há preclusão durante o processo sobre o incidente, podendo a qualquer momento, até o julgamento recursal, suscitar a devida instauração, mesmo quando anteriormente suscitado e negado, por ausência de requisitos. De acordo com o artigo 976, §3º,⁹ somente basta, neste novo

9-Artigo 976. (...) §3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

pedido de instauração do incidente, realizar a comprovação do requisito que o tribunal firmou entendimento como ausente.

Num pedido em que o tribunal rejeita a instauração por ausência de efetiva repetição, depois de um espaço de tempo, com a entrada de mais demandas sobre a mesma questão de direito, o requisito carente, no momento anterior, preenchido estaria, cabendo um novo pedido de instauração, com possibilidade total de admissibilidade pelo tribunal.

3.2 A impossibilidade de instauração quando a matéria está afetada por tribunal superior

Apesar da possibilidade de suscitar, a qualquer momento, processo até o julgamento do recurso de apelação, há um impedimento objetivo para a instauração do incidente de demandas repetitivas, na hipótese daquela mesma matéria suscitada, em um tribunal superior, STJ ou STF, ter uma decisão de afetação idêntica, seja em rito repetitivo ou em repercussão geral, tornando incabível o incidente, nos moldes do artigo 976, § 4º.¹⁰

Nesta hipótese, a instauração do incidente não teria efeito prático, tornando-se inócuo, uma desnecessidade processual. Com a afetação da mesma questão de direito pelo tribunal superior, em outro nível, em um rito também de julgamento por amostragem, repetitivo ou em repercussão geral, não há motivos para o tribunal de segundo grau afetar uma matéria já afetada.

3.3 A desistência e a inserção do ministério público

A partir do momento da instauração do incidente, mesmo se for por requerimento de uma parte, o interesse público tem prioridade, não cabendo para a situação processual, a desistência como meio de encerrar o incidente. A parte tem total direito de requerer a desistência, de não mais continuar vinculado àquele procedimento, conforme preconiza o conteúdo do artigo 976, §1º e §2º.¹¹

Ainda que a parte requerente do incidente desista ou abandone, pelo caráter transcendental do procedimento, seja social ou juridicamente, o

10-Artigo 976. (...) § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

11-Artigo 976. (...) §1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

prosseguimento da instrução tem o ministério público, pela determinação legal, como o novo requerente.¹²

Este entendimento segue a tendência dos julgamentos por amostragem, em uma amplitude que acata o pedido da parte, mas impossibilita a desistência do procedimento, que, pelo interesse público, tem prosseguimento. Sobre a mesma matéria em recurso repetitivo, o STJ firmou posicionamento no mesmo sentido, discutindo sobre a possibilidade da desistência do recurso, se escolhido como representativo da controvérsia. A solução dada na hipótese do incidente tem um cumprimento melhor até do que o vislumbrado pelo STJ, consegue uma solução tanto da parte, que não tem mais interesse dela prosseguir vinculada ao incidente, quanto do interesse maior, patrocinado a partir desse momento pelo ministério público.¹³

4. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE E A DECISÃO DE AFETAÇÃO

O pedido de instauração 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. Em um aspecto geral, a priori, deve ser o mesmo órgão responsável que era responsável por julgar o incidente de uniformização de jurisprudência e da

12-“Com efeito, no incidente de fixação de tese para causas repetitivas no tribunal local, há a intervenção obrigatória do ministério público, tendo em vista que, uma vez provocado o órgão para a formação do precedente, o direito material ou processual que está sendo discutido não será mais individual, mas coletivizado, e “a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”. ARAUJO, José Henrique Mota. Incidentes de causa repetitivas no projeto do NCPC – aspectos importantes. Revista Síntese n 05 set-out/2013. p. 73

13-RECURSO REPETITIVO. DESISTÊNCIA. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, submetido o recurso ao disposto na Resolução n. 8/2008-STJ e no art. 543-C do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 11.672/2008 (recurso repetitivo), não há como ser deferido pedido de desistência. Admitiu-se que, quando submetido o recurso ao regime daquela legislação, surge o interesse público ditado pela necessidade de uma pronta resolução da causa representativa de inúmeras outras, interesse esse que não se submete à vontade das partes. O Min. João Otávio de Noronha (vencido) entendia possível acolher a desistência, visto que é a lei quem a garante, além do fato de que a desistência, de acordo com a doutrina, é ato unilateral. Outros Ministros ficaram vencidos em parte, por entenderem diferir a análise da desistência para depois do julgamento da questão de direito tida por idêntica, garantindo, assim, a produção dos efeitos previstos no § 7º do art. 543-C do CPC, solução que, segundo essa linha, atenderia tanto ao interesse público quanto ao das partes. Dessarte, os autos retornaram à Segunda Seção para o julgamento do recurso repetitivo. QO no REsp 1.063.343-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgada em 17/12/2008.

assunção de competência, geralmente as câmaras reunidas, variando para cada tamanho e organização de tribunal.¹⁴

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 conseqüente 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 982.¹⁵ 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, intima-se o ministério público para manifestação em igual prazo.

4.1 A possibilidade de ampliação ou prorrogação da suspensão

Com a suspensão decretada pelo relator do incidente, este comunica, primeiramente aos 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.¹⁶

14-“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, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo: RT, jan. 2010, v. 179, p. 139-174.

15-Artigo. 982. Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; 189 III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

16-Artigo. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Os processos afetados ficam sobrestados pelo prazo de um ano para julgamento do incidente. Este prazo, estipulado no artigo 980,¹⁷ 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. Neste caso, dificilmente um relator deixará de fundamentar e continuar com a suspensão, quando necessário.

Os legitimados para o pedido de instauração do incidente podem,¹⁸ 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, § 4º¹⁹, 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 para o STF, de acordo com a

17-Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

18-Artigo 982. (...) §3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

19-Artigo 982. (...) §4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

tese jurídica definida no incidente, devendo também fundamentar o pedido e a comprovação da necessidade e requisitos.

4.2 O processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas

Com o juízo de admissibilidade positivo, instaurado o incidente no tribunal de segundo grau, com a decisão de afetação, delimitando a matéria da questão de direito, o processamento prossegue no órgão competente, definido pelo regimento de cada tribunal. O relator, após as informações dos juizes ou das turmas do tribunal e do parecer do ministério público, prossegue com a instrução processual.

O relator abre prazo comum de 15 dias para a manifestação das partes do processo originário do incidente, bem como aos demais interessados, sejam órgãos, entidades ou pessoas com interesse na controvérsia delimitada pela questão de direito afetada, na figura de *amicus curiae*. Cada qual deste pode juntar documentos e requerer diligências para melhor elucidação da matéria.

É possível, no caso de matéria pertinente a isto, o relator marcar audiência pública sobre a matéria afetada, para manifestações sobre a questão de direito afetada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas. O intuito é dar voz à sociedade sobre a questão, ouvindo pessoas experientes e conhecimento sobre a matéria afetada, com maior embasamento teórico, discernimento e elucidação aos julgadores. Após todos essas providências, o ministério público tem o prazo de 15 dias para manifestação.

Concluída a instrução do incidente, o relator solicita a inclusão do incidente na pauta de julgamento.

5. JULGAMENTO DO INCIDENTE

Na sessão de julgamento, cabe ao relator, com a palavra, realizar a leitura do relatório, com a abertura de prazo para a manifestação, em sustentação oral, das partes do processo que originou o incidente, pelo prazo de 30 minutos para cada um destes, após, o ministério público por mais 30 minutos e os interessados, na figura do *amicus curiae*, juntos por 30 minutos, divididos entre os inscritos. Se houver excesso de inscrições, o colegiado pode estender este prazo para os terceiros.

Com todas as manifestações realizadas, passa ao voto do relator, que deve abranger todas as questões suscitadas durante o incidente, seja pelas partes do

processo, pelos terceiros ou ministério público, respondendo cada um destes fundamentos, ainda que sejam rejeitados.

O julgamento do incidente é um julgamento em abstrato, da tese jurídica delimitada na admissão do incidente, não julga naquele momento o processo que originou ou suscitou a instauração. Ainda mais, na hipótese da instauração do procedimento quando o processo está em primeiro grau. Não há uma sentença, tampouco recurso em si. A discussão do incidente de resolução de demandas repetitivas é em forma abstrata, utilizando as ações que existam e os posicionamentos realizados pelas partes, terceiros e ministério público, mas aplica a interpretação em abstrato, para uma utilização posterior aos casos concretos, com vinculação.

5.1 Julgamento por cisão ou por modelo

O julgamento da questão de direito do incidente ocorre mediante uma cisão da cognição, um julgamento da tese jurídica em um momento, na cognição do órgão colegiado competente naquele tribunal, utilizando como base o processo modelo que serviu para a instauração do incidente.

Neste momento cognitivo, a análise do incidente deve ter como forma a apreciação “somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”.²⁰ O órgão colegiado competente ao incidente, não realiza o julgamento da ação, da demanda repetitiva, somente a análise das questões de direito repetitivas, primordialmente com um contraditório amplo, com total amplitude de argumentos e em uma tentativa de esgotar a matéria, com a elaboração do melhor precedente possível.

O julgamento de todas as outras demandas que foram suspensas acontece em outro momento processual. Se o processo suspenso foi em primeiro grau, a sentença será prolatada da mesma forma pelo juiz competente a fazê-lo, utilizando-se do contraditório e verificando se a causa tem consonância com a questão de direito decidida no incidente. Se o processo suspenso estava em fase recursal, o órgão colegiado competente para o julgamento do recurso será o responsável pelo acórdão, com a mesma necessidade de verificação entre o caso e a decisão do incidente. Em ambos os casos, o julgador competente originário para o julgamento “aplicará o padrão decisório em consonância

20-CABRAL, Antônio do Passo. A escolha das causa-piloto no incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. v. 231, Maio/2014. p. 203.

com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso”.²¹

No caso específico do processo modelo, aquele do qual o incidente foi instaurado, o artigo 978, parágrafo único,²² dispõe que o órgão competente para julgar o incidente também é competente para julgar o recurso daquele processo em específico. Quando o incidente é instaurado com o processo em primeiro grau, naturalmente, há uma cisão, o órgão do tribunal julga as questões de direito repetitivas, para, após, mesmo naquele processo, o juiz de primeiro grau, depois de todo o procedimento comum realizado, aplicar o resultado da cognição da resolução do incidente. Dois momentos distintos. Se este processo for impugnado por apelação, pelo referido texto legal, o recurso tem a distribuição preventa pelo julgamento do incidente, para o mesmo órgão em que este se realizou.

A dúvida sobre a existência de cisão permanece quando o incidente for instaurado, quando o processo modelo estiver em vias recursais. A competência para o julgamento deste recurso muda da câmara ou turma comum, para o órgão responsável pela resolução do incidente. Não há menção, no código, como diferenciados os momentos de julgamento do incidente e do recurso. Mas, continua a ser um julgamento por cisão? Com duas fases cognitivas diversas? Como o código deixou para cada tribunal atribuir o órgão dos tribunais de segundo grau competentes para a resolução do incidente, somente por alterações, nos regimentos internos, que cada um sanará essa dúvida. Porém, entendo que funcionará como no recurso repetitivo: um momento de cognição para a decisão da questão repetitiva, com posterior análise do recurso no mesmo julgamento. Não há uma cisão idêntica aos demais casos, porém, há uma cisão relativa. Não se julga tudo ao mesmo tempo, mesmo que se julgue tudo na mesma sessão de julgamento.

5.2 As possibilidades recursais cabíveis do julgamento do incidente

Quando o incidente é julgado, essa decisão valerá, em um outro momento, para o processo em si, mas, também, para aplicabilidade nas demandas afetadas pela suspensão e nas futuras a serem interpostas. Mesmo diante desse modelo, há possibilidade de recurso da decisão que julga o incidente

21-NUNES, Dierle. Ob. cit. p.1

22-Artigo 978. (...) Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

de demandas repetitivas. De acordo com o artigo 987,²³ cabem recursos excepcionais dependendo do enquadramento material sobre o acórdão do incidente encaminhado para o STJ, em recurso especial, em caso de questão federal, ou encaminhado ao STF, em recurso extraordinário, em caso de questão constitucional.

A legitimidade para a interposição destes recursos recai sobre as partes, o ministério público e a defensoria pública. Quando houver manifestação de terceiros, na modalidade de *amici curiae*, por haver interesse deste na causa, com admissão para manifestação, com possibilidade de interposição do recurso, independentemente da existência de recursos dos outros legitimados.²⁴ Em uma interpretação expansiva do art. 982, I, além dos legitimados e dos terceiros que efetivamente participaram do incidente, as partes, que seus processos foram suspensos por causa do incidente, também têm legitimidade para interpor recurso contra a decisão do mérito, por ser interessado na matéria afetada.²⁵

Essa ideia parece coerente, pelo fato das partes dos processos suspensos, invariavelmente, estarem vinculadas ao incidente. Por isto, o resultado do julgamento do incidente influencia totalmente no processo de cada parte, tornando-o legitimado para a interposição do que entende que lhe prejudicar.

Nesta possibilidade de impugnação da decisão que resolve o incidente via recursos excepcionais, estes terão o efeito suspensivo automático, o que é ato contínuo à suspensão existente sobre os outros processos afetados. Com a interposição do recurso, a matéria decidida pelo incidente não está totalmente resolvida, com a remessa do conteúdo da decisão do tribunal de segundo grau para aquele tribunal superior, pertinente que todos os processos continuem suspensos e, com isso, há a necessidade da concessão/manutenção do efeito suspensivo.

Como a questão foi decidida em incidente de resolução de demandas repetitivas, há a presunção da existência de repercussão geral, por força do artigo 987, §1º.²⁶ Se há presunção, deve o recorrente falar sobre a repercussão?

23-Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. § 2º Apreciação do mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

24-Artigo 138. (...) § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

25-Enunciado n.º 94 do FPPC - A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra ao acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

26-Artigo 987. (...) §1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão

A necessidade da fundamentação da preliminar persiste nesta peça de recurso extraordinário? Como a presunção é *ex lege*, entendo pela desnecessidade da fundamentação ou menção no recurso extraordinário. A falta de fundamentação quanto à repercussão geral não contraria a disposição da presunção.

6. VINCULAÇÃO PARA OS JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU E DAS TURMAS DO TRIBUNAL DO CONTEÚDO DA DECISÃO DO INCIDENTE

A própria existência do instituto de resolução de demandas repetitivas ressalta a importância da segurança jurídica e a estabilidade das decisões. Com isso, o julgamento do incidente realizado, o conteúdo do acórdão serve de base de aplicabilidade nos outros processos afetados pela matéria delimitada. O primeiro efeito será, ao julgar os processos sobrestados na jurisdição do tribunal, aplicar o mesmo conteúdo da decisão. Após, quando houver mais processos futuros sobre a matéria, a decisão do incidente deverá ser aplicada da mesma forma.

Pelo artigo 985, I e II,²⁷ verifica-se a vinculação dos órgãos julgadores dentro da jurisdição do tribunal sobre a questão de direito afetada e decidida no incidente. Com a decisão por amostragem, necessário se faz o cumprimento do precedente tanto pelos juízes de primeiro grau, quanto das turmas daquele tribunal.

Entretanto, a aplicabilidade do precedente depende da suspensão dos processos afetados cessar. Se houver um recurso excepcional da decisão do incidente, mesmo com a decisão sobre a tese jurídica, a matéria foi remetida a tribunal superior, impedindo, neste momento, da aplicação da decisão para os casos sobrestados, pelo fato de eles continuarem sobrestados, não mais pelo incidente em segundo grau, porém pelo recurso excepcional interposto.

Temos, no caso, duas hipóteses de aplicabilidade da decisão do incidente: não interposto recurso excepcional da decisão do incidente ou a decisão final

constitucional eventualmente discutida.

27-Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à 190 agência reguladora competente para

do recurso excepcional interposto. Na primeira possibilidade, com a conjunção da resolução do incidente cumulada com a não interposição de recurso,²⁸ a suspensão dos processos cessa, de modo que a aplicabilidade do conteúdo da decisão não recorrido sobre o incidente deve ser aplicado em todos os casos sobrestados e, ainda, vinculando os futuros processos naquela jurisdição sobre aquela questão de direito resolvida.

Em outra possibilidade, se interposto este recurso excepcional, no momento em que é julgado, substitui a decisão do incidente, com a mesma aplicabilidade para aqueles processos suspensos. Decidido o recurso em tribunal superior, a matéria forma precedente, com aplicabilidade vinculada aos órgãos daquele tribunal, bem como de todos os outros tribunais, com ampliação territorial da matéria.²⁹

Mesmo com a decisão do incidente, ou do recurso que o impugna, não pode este fato suprimir o contraditório, o processo prossegue normalmente até a aplicabilidade no momento da sentença.³⁰ Quando, em sentença ou acórdão, o juiz ou o colegiado do tribunal não aplicarem a decisão constante no incidente, e, independe se o incidente foi decidido em segundo grau ou rediscutido em tribunal superior, há a imposição da utilização do precedente.

6.1 O cabimento da Reclamação quando não houver a utilização do precedente

Na hipótese da não utilização do precedente pelo tribunal, há a possibilidade da interposição da reclamação.³¹ O intuito da utilização da reclamação é a notória vinculação do decidido no julgamento por amostragem para a aplicação nos casos afetados. Para o precedente criado pelo julgamento do incidente tem validade, não se tornar inócuo, necessária a sua utilização adequada diante da tese jurídica afetada e decidida. Sem a vinculação, ou o respeito à vinculação, não há validade do próprio procedimento.

Por isto, a garantia de uma estabilidade na utilização do precedente criado pela decisão do incidente passa pela possibilidade da utilização da reclamação,

28-Artigo 982 (..) § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

29-Artigo 987. (..) § 2º Apreciação do mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

30-Não se trata o IRDR, então, e nem pode ser interpretado como um mecanismo de submissão hierárquica dentro do judiciário, mas sim de implementação dialógica do direito jurisprudencial". . NUNES, Dierle. Ob. cit. p. 6

31-Artigo 985. (..) § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

deste sucedâneo recursal para possibilitar ao tribunal superior, enquadrar a aplicabilidade do precedente.

Esse cabimento da reclamação pode ter duas possibilidades concretas, “tanto pela aplicação indevida da tese jurídica fixada quanto com a sua não aplicação aos casos em que ela correspondam.”³² São duas situações diferentes, ambas com a mesma necessidade de combatê-las. A primeira, o julgador aplica a tese decidida no incidente em casos que nada contêm a tese jurídica, tentando uma aplicabilidade equivocada, por isto a possibilidade da reclamação. Na sua segunda possibilidade, o tribunal não aplica em sua decisão, negando vigência ao precedente, seja por nem citar o precedente, por entender superado ou por entender que aquela demanda não se enquadra naquela aplicação daquele incidente.

A complicação sobre a vinculação do precedente ocorre em uma situação *sui generis*, quando um incidente for decidido em tribunal de segundo grau, sem a interposição de recurso, em um sentido, estabilizando a decisão do incidente e com aplicabilidade perante aquele tribunal. Entretanto, outro incidente, instaurado em tribunal de segundo grau diverso, sobre a mesma matéria, chega aos tribunais superiores, com decisão estabilizando em sentido diverso. Necessariamente, a decisão do STJ ou STF deve ser aplicada por todos os tribunais. O complexo da questão é a aplicação de sentido diverso como precedente naquele tribunal específico durante um período de tempo.

6.2 Revisão da tese jurídica

Após a fixação da tese jurídica e a sua aplicabilidade, em momento posterior, caso haja novas possibilidades jurídicas, novas leis ou procedimentos, é possível uma revisão da tese fixada. O cuidado com a criação do precedente tem que primar pela aplicabilidade, com a existência de ética, integridade e coerência.

Ainda assim, um precedente pode ser questionado, via uma revisão da tese jurídica fixada. Igual a todo precedente, essa possibilidade existe, com a realização prevista para a competência do mesmo tribunal que fixou a tese jurídica. Há, porém, uma mudança na legitimidade. As partes daquele processo originário da instauração do incidente não tem mais interesse, excluindo sua possibilidade de pedir a revisão de tese, esta fica a cargo dos juízes ou relatores, de ofício ou, do ministério público ou da defensoria pública,

32-LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O Incidente de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. Editora LiberArs São Paulo. 2014. p. 480.

mediante requerimento, conforme estipulação do artigo 986.³³ É admissível em outras demandas, com requerimento das partes destes, suscitar a revisão de tese, nos mesmos casos possíveis para a revisão de forma oficiosa ou por requerimento. Há uma necessidade de prudência em tal utilização, para não configurar uma forma usual de defesa processual ou de atraso processual, configurando inclusive, litigância em má-fé.

A revisão ao ser oficiada ou requerida deve ser encaminhada ao tribunal que realizou a estabilização da tese. Uma decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas sem um recurso que lhe impugna, tem a competência para o julgamento da revisão de tese. Porém, caso um recurso excepcional levou a matéria para o tribunal superior, com a fixação da tese por este tribunal, competente será este tribunal superior, não o tribunal local, pela simples leitura do artigo 986.

Se o entendimento pela tese jurídica somente houve a estabilização no grau do STJ ou STF, não há como um tribunal local revisar a tese jurídica, por faltar-lhe competência para tal feito. Outro ponto sobre a necessidade da revisão da tese, neste caso, ser do tribunal superior prolator da decisão, é a vinculação daquele precedente a todos os processos do Brasil inteiro. Qual seria a serventia de uma revisão perante um tribunal local, se a tese vale para todo o território nacional? Por estes motivos, quando necessitar de revisão de tese fixada por tribunal superior, este é competente para realizá-la.

7. O CARÁTER PREPARATÓRIO PARA UMA REPETIÇÃO FEDERAL OU CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE UM PRECEDENTE DE TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU

A motivação para a criação de um instituto com o incidente de resolução de demandas repetitivas passa pela necessidade de assegurar uma aplicabilidade idêntica e coerente para a jurisprudência. Com o acesso à justiça como premissa fundamental, a quantidade de processos a cada ano aumenta, com uma impossibilidade do judiciário lidar com tamanha litigiosidade de forma a analisar, um a um, os casos.

No âmbito recursal, tanto o código anterior, ao delimitar a repercussão geral e ao criar o recurso repetitivo, quanto o código de 2015, ao manter estes institutos, confiam aos tribunais superiores o caminho para a estabilização da jurisprudência.

33-Artigo. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Entretanto, a diferença deste incidente recai em uma agregação à temática repetitiva dos tribunais de segundo grau, estaduais e regionais. Ao conceder a competência do instituto a estes tribunais, diferenciou dos julgamentos por amostragem dos tribunais superiores em caráter recursal, ampliando as possibilidades de resolução em massa de demandas. O intuito é o alcance maior e mais cedo processualmente da pacificação das decisões e a aplicabilidade da justiça coerentemente.

Pela novidade do instituto no ordenamento brasileiro, o seu êxito depende da utilização pelos tribunais de segundo grau, estaduais ou regionais. A sua efetividade deve ser testada durante os primeiros anos de vigência do código de 2015. Há uma tensão sobre a necessidade de se buscar a estabilização de um entendimento pelo tribunal de segundo grau, se esta decisão, além de passível de revisão pelo tribunal superior, ainda tem uma pluralidade de tribunais do mesmo patamar com a possibilidade do mesmo instrumento e com possíveis decisões diversas.

Seria pertinente incluir um tribunal de segundo grau neste caminho repetitivo? Melhor não seria instruir a questão federal ou constitucional para os tribunais superiores, com as conhecidas técnicas de julgamento em massa? Essa dúvida está no ar. Somente o dia a dia, a correta interpretação e aplicação do instituto, podem mostrar o caminho diverso.

Entendo que dificilmente o incidente será aplicado nos processos afetados antes da resolução pelo tribunal superior competente. A decisão válida e estabilizante da questão de direito delimitada quase sempre será deste tribunal superior que recebeu o recurso excepcional sobre a decisão do incidente, causando efeito semelhante ao rito repetitivo.

O incidente, de certa forma, funciona como uma forma preparatória e célere para o tribunal fixar questão de direito, debruçar-se sobre o tema, paralisando as ações afetadas, possibilitando uma maior discussão jurídica sobre a matéria, em um espaço de tempo menor, com uma efetividade mais robusta. A instauração do incidente melhora a prestação jurisdicional em geral e, sobretudo, do efeito posterior da vinculação da decisão. A decisão certamente sofrerá impugnação via recurso especial ou extraordinário, remetendo a questão regional para um âmbito nacional, com a possibilidade de um julgamento por amostragem no tribunal superior, com um caminho processual, teoricamente, reduzido até o tribunal superior.

Acredito que pensar este incidente deve passar por visualizá-lo coletivamente, como um instituto dentro de um sistema processual de

resolução em massa.³⁴ Se o incidente se estabilizar na tese jurídica no próprio tribunal, não há problemas. Contudo, se a estabilização somente acontecer via recurso especial ou extraordinário, o intuito maior do incidente conseguiu êxito para seu tribunal e, amplificadamente, para os outros tribunais.

Certamente, o instituto deve passar por controle de constitucionalidade, tamanhas as posições sobre possíveis inconstitucionalidade,³⁵ há uma tendência processual ao precedente, à coletivização dos processos, almejando a soluções repetitivas. Este incidente, se bem utilizado pelos tribunais, ajudarão em uma aplicação mais justa do direito, com segurança jurídica e pacificação dos entendimentos.

8. BIBLIOGRAFIA.

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

ARAUJO, José Henrique Mota. Incidentes de causa repetitivas no projeto do NCPC - aspectos importantes. Revista Síntese n 05 set-out/2013.

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.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha das causa-piloto no incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. v. 231, Maio/2014.

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

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

34-Enunciado n.º 345 do FPPC: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

35-“Por sua vez, o art. 985, § 1º, CPC/2015, reforça que caberá reclamação se não observada a tese adotada no incidente de resolução de demandas repetidas (IRDC) Em nosso entender, essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição.” LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015 <http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>

ENCONTRO DO FÓRUM DE PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 05, 06 e 07 de dezembro de 2014: coordenadores gerais: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes - Salvador: Ed. JusPoivm. 2015

LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015 <http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O Incidente de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. Editora LiberArs São Paulo. 2014.

NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido Revista Justificando. p.4 <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merceser-compreendido>

NUNES, Dierle. SILVA , Natanael Lud Santos e. CPC Referenciado - Lei 13.105/2015. 1ª ed. - Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). Novas tendências de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

www.stj.jus.br/ Site Superior Tribunal de Justiça.

www.stf.jus.br/ Site Supremo Tribunal Federal.

ENUNCIADOS APROVADOS – CURSO SOBRE NOVO CÓDIGO

DE PROCESSO CIVIL

Seção Judiciária de PE – Junho de 2015

Enunciado 01: O precedente somente ganha força vinculante após o trânsito em julgado (artigo 927).

Enunciado 02: Os deveres de fundamentação decorrentes do art. 489, parágrafo único, do CPC/2015 também se aplicam às petições das partes e dos demais partícipes do processo. É desnecessária a manifestação expressa do Juiz acerca de tese logicamente incompatível com a fundamentação já apresentada.

Enunciado 03: O juiz, valendo-se do poder geral de cautela, poderá, em situações excepcionais, conceder tutela de urgência de ofício.

Enunciado 04: O art. 379 não exime a parte do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, assegurando apenas o direito de não produzir prova contra si com implicações criminais.

Enunciado 05: Conta-se em dias corridos o prazo de dez dias para CONFIRMAÇÃO DAS intimações eletrônicas (artigo 5º, § 3º, da Lei 11.419/2006).

Enunciado 06: A declaração de incompetência absoluta, quando da análise da petição inicial, não depende de prévia consulta à parte autora, por se tratar de matéria implicitamente debatida quando da indicação do juízo competente.

Enunciado 07: A indisponibilidade de ativos financeiros prevista no art. 854 possui a natureza jurídica de arresto executivo e, como tal, poderá ser efetivada antes da citação do executado e independentemente da presença do periculum in mora.

Enunciado 08: O artigo 854 se aplica às execuções fiscais.

Enunciado 09 (Incidente de resolução de demandas repetitivas): A suspensão do processo com base no art. 982, I, do CPC será inaplicável se o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, resolver pela distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no IRDR.

Enunciado 10 (Desconsideração da personalidade jurídica): É admissível o contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica, desde que preenchidos os requisitos da tutela de urgência (artigo 135).

Enunciado 11 (Dever de consulta): Caso o Tribunal, no julgamento da apelação, decida anular a sentença em virtude de esta haver sido proferida com base em argumento sobre o qual a parte apelante não foi ouvida previamente, pode, se estiver a causa madura para julgamento, avançar no mérito da demanda (artigo 9º).

Enunciado 12 (Ordem cronológica de conclusão e julgamento): Incluem-se no rol das exceções ao caput do artigo 12, além daquelas previstas em seu § 2º, as sentenças de extinção de execução.

Enunciado 13: Tendo em vista que no microsistema dos juizados especiais há procedimento próprio, não se aplicam à espécie os arts. 334 e 335, I e II, do novo CPC.

Enunciado 14: A convenção das partes para adiamento da audiência (art. 362, I, NCPC) poderá ser rejeitada quando houver abuso de direito.

Enunciado 15: As partes só poderão realizar o registro audiovisual da audiência se não houver prejuízo para o ato e apenas nos casos não abrangidos pelo sigilo (art. 367, § 6º, NCPC).

Enunciado 16: O registro audiovisual da audiência (artigo 367, § 6º, deve, necessariamente, ser previamente comunicado ao juízo.

Enunciado 17 – O artigo 332 do Novo Código de Processo Civil (Improcedência Liminar do Pedido) não obsta o julgamento de improcedência

em outras hipóteses, quando no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos (hipótese do artigo 285-A, CPC/73).

Enunciado 18 – Não se aplica a técnica de julgamento não unânime (artigo 942 NCPC) aos Juizados Especiais Federais.

Enunciado 19 – Os intervalos de 20 minutos entre as audiências de conciliação ou mediação e de 01 (uma) hora entre audiências de instrução (artigos 334, §12 e 357, §9º, NCPC) não se aplicam ao procedimento dos Juizados Especiais Federais, tendo em vista a simplicidade das demandas e dos princípios reitores deste microsistema (artigo 2º Lei 9099/95).

Enunciado 20 – Não se aplica o artigo 489, §1º do NCPC ao microsistema dos Juizados.

Enunciado 21: (art. 1.040, I) Aplica-se o art. 1.040, I, aos recursos extraordinários interpostos nas turmas ou colégios recursais dos juizados especiais cíveis, federais e da fazenda pública.

Enunciado 22: (art. 1.030, parágrafo único) Aplica-se o art. 1.030, parágrafo único, aos recursos extraordinários interpostos nas turmas ou colégios recursais dos juizados especiais cíveis, federais e da fazenda pública.

Enunciado 23: (art. 1.030, parágrafo único; art. 14 da Lei 10.259/2001; arts. 18 e 19 da Lei 12.153/2009) Os pedidos de uniformização previstos no art. 14 da Lei 10.259/2001 e nos arts. 18 e 19 da Lei 12.153/2009 formulados contra acórdão proferido pela Turma Recursal devem ser remetidos à Turma Nacional de Uniformização ou à Turma Regional de Uniformização respectiva independentemente de juízo de admissibilidade, aplicando-se por analogia a regra decorrente do art. 1.030, parágrafo único.

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ENUNCIADOS APROVADOS

TEMA 1: CONTRADITÓRIO NO NOVO CPC

- 1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.
- 2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanação daquele princípio.
- 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.
- 4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.
- 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.
- 6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório

TEMA 2: PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CPC

- 7) O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante.
- 8) Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.
- 9) É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
ENUNCIADOS APROVADOS

TEMA 3: MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CPC

- 10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão, se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa
- 11) Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.
- 12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.
- 13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios

TEMA 4: HONORÁRIOS NO NOVO CPC

- 14) Em caso de sucumbência recíproca, deverá ser considerada proveito econômico do réu, para fins do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a diferença entre o que foi pleiteado pelo autor e o que foi concedido, inclusive no que se refere às condenações por danos morais.
- 15) Nas execuções fiscais ou naquelas fundadas em título extrajudicial promovidas contra a Fazenda Pública, a fixação dos honorários deverá observar os parâmetros do art. 85, § 3º, do CPC/2015.
- 16) Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015).
- 17) Para apuração do “valor atualizado da causa” a que se refere o art. 85, § 2º, do CPC/2015, deverão ser utilizados os índices previstos no programa de atualização financeira do CNJ a que faz referência o art. 509, § 3º.
- 18) Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015).

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
ENUNCIADOS APROVADOS

TEMA 5: IRDR NO NOVO CPC

- 19) A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigmática, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.
- 20) O pedido fundado em tese aprovada em IRDR deverá ser julgado procedente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, salvo se for o caso de distinção ou se houver superação do entendimento pelo tribunal competente.
- 21) O IRDR pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais.
- 22) A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.

TEMA 6: RECURSOS REPETITIVOS

- 23) É obrigatória a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, em trâmite nos Estados ou regiões, nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC/2015, bem como nos termos do art. 1.037 do mesmo código.
- 24) O prazo de um ano previsto no art. 1.037 do CPC/2015 deverá ser aplicado aos processos já afetados antes da vigência dessa norma.

TEMA 7: TUTELA PROVISÓRIA

- 25) A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).
- 26) Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ENUNCIADOS APROVADOS

demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.

27) Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015.

28) Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso.

29) Para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora.

30) É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.

31) A concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma.

TEMA 8: ORDEM CRONOLÓGICA, FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E CALENDÁRIO PROCESSUAL NO NOVO CPC

32) O rol do art. 12, § 2º, do CPC/2015 é exemplificativo, de modo que o juiz poderá, fundamentadamente, proferir sentença ou acórdão fora da ordem cronológica de conclusão, desde que preservadas a moralidade, a publicidade, a impessoalidade e a eficiência na gestão da unidade judiciária.

33) A urgência referida no art. 12, § 2º, IX, do CPC/2015 é diversa da necessária para a concessão de tutelas provisórias de urgência, estando autorizada, portanto, a prolação de sentenças e acórdãos fora da ordem cronológica de conclusão, em virtude de particularidades gerenciais da unidade judicial.

34) A violação das regras dos arts. 12 e 153 do CPC/2015 não é causa de nulidade dos atos praticados no processo decidido/cumprido fora da ordem

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ENUNCIADOS APROVADOS

cronológica, tampouco caracteriza, por si só, parcialidade do julgador ou do serventuário.

35) Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo

36) A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

37) São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

38) Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica (arts. 190 e 191 do CPC/2015).

39) Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1º, do CPC/2015).

TEMA 9: SISTEMA RECURSAL NO NOVO CPC

40) Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

41) Por compor a estrutura do julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes.

42) Não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte.

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
ENUNCIADOS APROVADOS

TEMA 10: JUIZADOS ESPECIAIS E O NOVO CPC

- 43) O art. 332 do CPC/2015 se aplica ao sistema de juizados especiais e o inciso IV também abrange os enunciados e súmulas dos seus órgãos colegiados competentes.
- 44) Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema.
- 45) A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais.
- 46) O § 5º do art. 1.003 do CPC/2015 (prazo recursal de 15 dias) não se aplica ao sistema de juizados especiais.
- 47) O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.

**TEMA 11: CUMPRIMENTO DE JULGADOS E EXECUÇÃO NO
NOVO CPC**

- 48) O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.
- 49) No julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520, IV.
- 50) O oferecimento de impugnação manifestamente protelatória ao cumprimento de sentença será considerado conduta atentatória à dignidade da Justiça (art. 918, III, parágrafo único, do CPC/2015), ensejando a aplicação da multa prevista no art. 774, parágrafo único.
- 51) A majoração de honorários advocatícios prevista no art. 827, § 2º, do CPC/2015 não é aplicável à impugnação ao cumprimento de sentença.

SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ENUNCIADOS APROVADOS

52) A citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015).

53) O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.

54) A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, *caput*, do mesmo código.

55) Às hipóteses de rejeição liminar a que se referem os arts. 525, § 5º, 535, § 2º, e 917 do CPC/2015 (excesso de execução) não se aplicam os arts. 9º e 10 desse código.

TEMA 12: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

56) Nas atas das sessões de conciliação e mediação, somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes.

57) O cadastro dos conciliadores, mediadores e câmaras privadas deve ser realizado nos núcleos estaduais ou regionais de conciliação (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC), que atuarão como órgãos de gestão do sistema de autocomposição.

58) As escolas judiciais e da magistratura têm autonomia para formação de conciliadores e mediadores, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ.

59) O conciliador ou mediador não cadastrado no tribunal, escolhido na forma do § 1º do art. 168 do CPC/2015, deverá preencher o requisito de capacitação mínima previsto no § 1º do art. 167.

60) À sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador aplicam-se os impedimentos de que tratam os arts. 167, § 5º, e 172 do CPC/2015.

61) Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º.

62) O conciliador e o mediador deverão advertir os presentes, no início da sessão ou audiência, da extensão do princípio da confidencialidade a todos os participantes do ato.

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Times New Roman, corpo 11, sendo a tiragem de
210 exemplares,
capa impressa em papel Triplex 250 gr/m² e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m².
Produzido no Parque Gráfico da Nacional Gráfica e Editora - NGE,
em outubro de 2015.
Fone: (81) 3081.0454
www.ngegrafica.com.br

REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária
de Pernambuco