

REFLEXÕES SOBRE OS CINCO ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/15

**Estudos dos membros do Centro de
Estudos Avançados de Processo - Ceapro**

COORDENADORES:

**ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO
ANA CÂNDIDA MENEZES MARCATO
DANIEL PENTEADO DE CASTRO
FERNANDA TARTUCE
GLAUCIA MARA COELHO
RODRIGO BARIONI
SIDNEI AMENDOEIRA JR.**

PUBLICAÇÃO



Elias Marques de Medeiros Neto

Ana Cândida Menezes Marcato

Daniel Penteado de Castro

Fernanda Tartuce

Glaucia Mara Coelho

Rodrigo Barioni

Sidnei Amendoeira Jr.

(Coordenadores)

**Reflexões sobre os Cinco Anos de Vigência do Código de Processo
Civil de 2015: Estudos dos membros do Centro de Estudos
Avançados de Processo - Ceapro**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reflexões sobre os cinco anos de vigência do código de processo civil de 2015 [livro eletrônico]: estudos dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo : Ceapro / (coordenadores) Elias Marques de Medeiros Neto...[et al.]. -- São Paulo : Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2021.790 Kb ; Mobi - Vários autores.

Outros coordenadores: Ana Cândida Menezes Marcato, Daniel Penteado de Castro, Fernanda Tartuce, Gláucia Mara Coelho, Rodrigo Barioni, Sidnei Amendoeira Jr.

Bibliografia.

ISBN 978-65-87351-28-5

1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil

I. Medeiros Neto, Elias Marques de. II. Marcato, Ana Cândida Menezes. III. Castro, Daniel Penteado de. IV. Tartuce, Fernanda. V. Coelho, Gláucia Mara. VI. Barioni, Rodrigo. VII. Amendoeira Junior, Sidnei.

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Código de processo civil 347.9(81)(094.4) 2. Código de processo civil : Brasil 347.9(81)(094.4)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

PREFÁCIO

El prólogo, cuando son propicios los astros, no es una forma subalterna del brindis; es una espécie lateral de la crítica. Jorge Luis Borges (Prólogos com um prólogo de prólogos)

Como bem recomenda Jorge Luís Borges, o prefácio de uma obra não deve se dedicar a elogiar imerecidamente o seu conteúdo, mas a analisa-lo antes do leitor, apresentando um juízo crítico sincero. Ainda segundo o festejado escritor, poeta, tradutor, crítico e ensaísta argentino, “*el prólogo, en la triste mayoría de los casos, linda com la oratória de sobremesa o con los panegíricos fúnebres y abunda en hipérboles irresponsables, que la lectura incrédula acepta como convenciones del género*”.

Para não incorrer no erro tão sabiamente denunciado por Borges, é preciso bastante critério ao aceitar a honrosa e lisonjeira tarefa de prefaciara obra. Elogiar obra indigna de cumprimentos, por receio de ferir susceptibilidades, só não é mais inadequado do que aceitar a tarefa e tecer críticas inesperadas que indelicadamente frustrem as expectativas de quem formulou o convite.

Para evitar os dois equívocos, o primeiro juízo crítico que o prefaciador precisa fazer é o de conhecer os autores do texto a ser prefaciado. E foi justamente por conhecer o trabalho dos coordenadores Elias Marques de Medeiros Neto, Ana Cândida Menezes Marcato, Daniel Penteado de Castro, Fernanda Tartuce, Gláucia Mara Coelho, Rodrigo Barioni e Sidnei Amendoeira Júnior e da maioria dos articulistas que pude, sem qualquer receio, aceitar a tarefa que me foi confiada. Para quem eventualmente não os conhecer, hipótese improvável dada a notoriedade de seus trabalhos e a intensidade com se dedicam à Academia e a ciência processual, posso dizer que são jovens inteligentes, absolutamente capazes e obstinados em assegurar que o brilho do Direito Processual Brasileiro, que já contou com luminares como Enrico Túlio Liebman, José Frederico Marques, Ada Pellegrini Grinover, Moacir Amaral Santos, Alfredo Buzaid, Pontes de Miranda, e ainda conta com as lições de Candido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos Marcato, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Lucon, Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Thereza Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim, jamais esmaeça.

Após estudar a obra, posso dizer, sem favor algum, que o texto apresentado efetivamente superou minhas expectativas, que eram elevadas. Trata-se de uma obra de

grande densidade teórica e de enorme abrangência. Nela são enfrentados os mais variados temas do Direito Processual. Na obra é possível encontrar desde releitura de temas antigos, como a sustentação oral, a temas de indiscutível atualidade como os aspectos processuais da Lei Geral de Proteção de Dados. Textos gerais orientando a compreensão do novo CPC se somam a textos que enfrentam temas bastante específicos, como os incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal, o procedimento especial marítimo. Apesar de a maioria dos artigos versar sobre o direito processual civil, há textos também de Direito Processual do Trabalho, por vezes injustamente esquecido e desprestigiado.

Em suma, a obra cumpre magnificamente o seu propósito de celebrar o quinto aniversário do Código de Processo Civil e divulgar o relevante trabalho desenvolvido pelos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo CEAPRO, criado em 2013 por quarenta entusiastas do Direito Processual e que desde então vem fomentando intensos e relevantes debates em busca da melhor compreensão do Direito Processual, em particular do Código aniversariante.

Além de sincero em seus cumprimentos e em sua crítica, o prefácio deve também ser curto, limitando-se a apresentar sucintamente a obra e a despertar no leitor a curiosidade de conhecê-la em profundidade. Finalizo-o, portanto, desejando a todas e todos que encontrem em sua leitura dessa obra a mesma satisfação, iluminação e deleite que eu encontrei.

Que seja profícua a leitura!

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho
Diretor Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB SP
Professor do Mackenzie, FGV e São Judas

SUMÁRIO

COMPREENDENDO O NOVO CPC – UMA BREVE ANÁLISE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS.	17
1. Visão geral do Novo Código de Processo Civil	17
2. Comentários sobre as normas fundamentais (ou “parte geral”) do CPC 2015: artigos 1º. ao 15º.....	18
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54
A Aplicabilidade Do Incidente De Desconsideração Da Personalidade Jurídica No Redirecionamento Da Execução Fiscal (Art. 135º, Iii, Do Ctn). Análise Crítica Da Jurisprudência Do Superior Tribunal De Justiça.....	56
DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO	57
DA POSIÇÃO PROCESSUAL DO SÓCIO RESPONSÁVEL	60
ASPECTOS MATERIAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	62
ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: OS MOTIVOS PELOS QUAIS O INCIDENTE DEVE SER OBSERVADO NA HIPÓTESE DO ART. 135, III, DO CTN	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	75
A Audiência Do Art. 334º Do Código De Processo Civil E Os Primeiros Anos De Experiências Práticas: Afronta À Voluntariedade Ou Incentivo Aos Meios Consensuais?.....	79
1. A expansão dos meios de resolução de conflito:.....	79
2. O atual código de processo civil e o estímulo ao sistema multiportas de resolução de conflitos	81
3. A voluntariedade na mediação e a audiência do art. 334º, CPC	83
4. A adequada interpretação sistemática	86
5. Primeiros anos de experiências práticas	87
REFERÊNCIAS	90
O Juiz Não Pode Decidir Com Base Em Fundamento A Respeito Do Qual Não Deu Oportunidade Às Partes De Se Manifestar	92
O CPC de 2015 acabou com a jurisprudência defensiva?	97
II – FORMA E FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL	98
III – A CHAMADA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA	100
3.1 – Origem e conceito	100
3.2 – A incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva e o formalismo valorativo	103
IV – A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O CPC DE 2015	105
4.1 - Casos de jurisprudência defensiva praticados antes do CPC atual.....	105
4.2 – Algumas das respostas do vigente CPC para combater a jurisprudência defensiva.....	107
4.3 – Novas situações de jurisprudência defensiva, após o atual Código.	109
A técnica para a correção do polo passivo nos 5 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015.	117
Perspectiva geral do novo Código de Processo Civil brasileiro	117
O fim da nomeação à autoria e a possibilidade correção da legitimidade passiva	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	132

REFERÊNCIAS	133
Decisões monocráticas sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015	134
Os poderes do relator no Código de Processo Civil de 2015	136
Formação de precedentes e decisões monocráticas	137
Insegurança jurídica e dever de fundamentação	139
O meio de impugnação à decisão monocrática.....	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
A inépcia da petição inicial em ações revisionais de contratos por inobservância do art. 330, §§2º e 3º do CPC: falta de uniformidade jurisprudencial e necessária ponderação à luz do acesso à justiça.....	150
1. O problema: a necessária especificação da ‘obrigação controvertida’ e do ‘valor incontroverso’ do art. 330, §§2º e 3º do CPC.....	150
2. A evolução histórica da ideia inculpada no art. 330, §§2º e 3º, CPC.....	151
3. A finalidade da previsão do art. 330, §2º do CPC	153
4. Necessária (e cabível) ponderação sobre a exigência do art. 330, §2º para garantia do acesso à justiça	155
5. A divergência jurisprudencial quanto à exigência de indicação do valor “incontroverso” (art. 330, §2º, CPC)	157
6. Critérios para compatibilização entre a previsão do art. 330, §2º do CPC e a garantia de acesso à justiça	159
7. Dissenso quanto à (tormentosa) previsão do §3º do art. 330 do CPC.....	161
REFERÊNCIAS	166
As alterações da Ação Rescisória no Novo Código de Processo Civil e sua Utilização no Processo do Trabalho	167
OBJETO	170
1.1.1 SENTENÇA, ACÓRDÃO OU DECISÃO INTERLOCUTÓRIA?.....	170
1.1.2 DECISÃO DEFINITIVA OU TERMINATIVA?	171
1.1.3 Questão Prejudicial?.....	177
HIPÓTESES DE CABIMENTO	180
1.2.1 Exclusão de Fundamento para Invalidar Confissão, Desistência ou Transação.....	180
1.2.2 Substituição da hipótese de violação a dispositivo de “lei” por violação a “norma jurídica”	182
1.2.3 Ampliação do fundamento de “documento novo” para “prova nova”, cuja obtenção possa assegurar ao autor pronunciamento favorável	188
DEPÓSITO PRÉVIO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	191
PRAZO PARA PROPOSITURA.....	193
1.4 Das tutelas de urgência para suspensão da execução da decisão rescindenda	199
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	204
TUTELAS DE URGÊNCIA E SEU (DES)CABIMENTO NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DE NATUREZA TRIBUTÁRIA: DEPOIS DE CINCO ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O QUE MUDOU?	208
2. A evolução histórica das tutelas de urgência e a busca pela brevidade processual.....	209
3. Das Modalidades das Tutelas de Urgência: Entre o passado e o presente.	212

4. Da Exceção de pré-executividade: do início até os dias atuais.....	218
5. Do cabimento das tutelas de urgência na exceção de pré-executividade: O ontem, o hoje e o amanhã.....	221
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	224
O RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MATÉRIA TRABALHISTA	226
DECISÃO DE “ÚNICA” OU “ÚLTIMA INSTÂNCIA”	228
a) As causas decididas em <i>única</i> instância na Justiça do Trabalho.....	228
b) As causas decididas em <i>última</i> instância na Justiça do Trabalho	229
b.1) Cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de subseção em embargos..	230
b.2) Cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de turma em recurso de revista ou respectivo agravo	232
b.3) Cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de turma com simultaneidade de recurso de embargos.....	235
II.A QUESTÃO CONSTITUCIONAL	237
III.A DEMONSTRAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL.....	237
REFERÊNCIAS	243
ASPECTOS DO INVENTÁRIO NOS PRIMEIROS ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	245
1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: MUDANÇAS NOS ASPECTOS SUCESSÓRIOS DURANTE A SUA ÉGIDE	246
2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: LINHAS GERAIS.....	247
3 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES DO CPC/2015 COM RELAÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES	249
3.1 Jurisdição internacional.....	249
3.2. Competência.....	250
3.3. Aspectos gerais.....	251
3.4. Procedimento	252
3.5. Partilha	254
3.6. Inventário extrajudicial.....	256
4 IMPORTANTES DECISÕES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO INVENTÁRIO: UM OLHAR À INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS MODIFICAÇÕES	258
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	262
REFERÊNCIAS	265
Atividades Extrajudiciais Antes Delegadas ao Poder Judiciário: Breves Comentários em Confronto com as Iniciativas de Desjudicialização da Execução Civil	269
1. Desjudicialização da Execução e crise da justiça	269
2. atividades extrajudiciais, inicialmente restritas ao monopólio do poder judiciário	273
3. TENDÊNCIAS No plano da Execução Extrajudicial – BREVES COMENTÁRIOS AO Projeto Lei n. 6.204/19	280
CONSIDERAÇÕES FINAIS	287
REFERÊNCIAS	289
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: DESENVOLVIMENTO APÓS A PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	291

Produção de Provas	291
Produção Antecipada de Provas	295
2.1. Evolução histórica: do procedimento cautelar à ação probatória autônoma	298
Condições da ação	302
Meios de prova admitidos.....	305
Aspectos procedimentais	307
5.1. Exercício do contraditório	310
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	315
REFERÊNCIAS	316
Regras sobre autocomposição, mudança de mentalidade e aprimoramento de práticas	
judiciais.....	319
1. Relevância do tema.....	319
2. O papel da normatização na concepção cultural sobre a gestão de conflitos.	320
3. Capacitação de mediadores e conciliadores como fator de obtenção de segurança jurídica e capricho nas práticas.....	322
4. O primordial papel da Resolução 125/2010 do CNJ e a celebração de convênios com universidades.....	323
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	329
REFERÊNCIAS	330
CONTAGEM DE PRAZOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS EM DIAS ÚTEIS OU DIAS CORRIDOS.	
IMPRESSÕES DO ART. 12-A DA LEI 9.099/95	332
2. A Lei 13.728/2018 e a contagem de prazos em dias úteis nos Juizados Especiais: visão geral	333
3. Prazos para interposição de recursos	338
4. Amplitude: prazos processuais e/ou materiais? A previsão legal acerca da prática de atos processuais	339
5. Direito intertemporal	341
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	342
REFERÊNCIAS	343
O Procedimento de Dissolução Parcial de Sociedade	345
REFERÊNCIAS	361
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a coletivização da prestação	
jurisdicional no CPC/15.....	362
REFERÊNCIAS	373
Abandono afetivo e obrigação de convivência: a sentença sempre resolverá o conflito? 375	
II – Das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	375
III – Da convivência entre pais e filhos (faculdade ou obrigação)	376
IV – A ausência paterna e o cumprimento de sentença de obrigação de fazer	378
V – A sentença de mérito tem a capacidade de resolver, de forma efetiva, o conflito?	380
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	386
REFERÊNCIAS	387
CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO CIVIL.....	388

2. Condições de validade dos negócios jurídicos processuais bilaterais e atípicos.....	391
2.1. Capacidade do agente e o limitador semântico “seus” do art. 190, caput, do CPC.....	391
2.2. Objeto lícito	393
2.3. Forma prescrita ou não defesa em lei	394
2.4. Preservação da (autonomia) da vontade dos contratantes	395
2.5. Direitos que admitam autocomposição	395
2.6. Partes <u>plenamente</u> capazes.....	397
3. Convenções processuais atípicas na execução civil	398
3.1. Convenção processual de extrajudicialização (total ou parcial) da execução civil.....	406
3.2. Convenções (pré) processuais para incidência de medidas atípicas de indução e coerção em casos de inadimplemento	411
3.3. Convenção processual de penhorabilidade dos rendimentos do devedor	415
3.4. Convenções processuais sobre o bem de família legal	418
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	426
REFERÊNCIAS	427
DIANTE DO DESPREZO DO LEGISLADOR AO LIVRO II DE EXECUÇÕES NO CPC/2015, ANALISAR O PL Nº 6.204/2019 COM BONS OLHOS É MEDIDA QUE SE IMPÕE	430
1. O desprezo do legislador ao Livro de Execuções no CPC/2015	430
2. Análise geral do PL nº 6.204/2019 do Senado Federal	432
3. Reflexões sobre algumas críticas ao PL nº 6.204/2019	437
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	446
REFERÊNCIAS	448
BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO: NECESSIDADE E DESAFIOS	454
1. Por que a desjudicialização é necessária? \.....	454
2. A execução extrajudicial e desjudicializada no direito comparado	458
2.1. A execução extrajudicial no <i>common law</i>	458
2.2. A execução desjudicializada no civil <i>law</i>	461
3. A desjudicialização da execução no Brasil e os seus desafios	463
4. Projeto de Lei nº 6.204/19	466
REFERÊNCIAS	473
A FRAUDE À EXECUÇÃO E O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO MATRICULAR: breves reflexões sobre a evolução jurisprudencial da matéria nos cinco anos de vigência do CPC/2015....	475
1. A fraude à execução e sua importância no sistema processual civil	476
2. O princípio da concentração matricular	477
3. O verbete 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.....	480
4. O Recurso Especial 956.943/PR, de 14.12.2015.....	482
5. A Lei 7.433/1985 e as diligências esperadas nos negócios imobiliários	487
6. A Lei 13.097/2015 e o princípio da concentração matricular	491
7. O Código de Processo Civil de 2015 e a fraude à execução: evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nos cinco anos de vigência do CPC.	494
Considerações finais	508
Referências	510

Reflexões sobre a Tutela de Evidência em caso de abuso do direito de defesa (art. 311, I, do CPC 2015): uma análise de elementos do AgInt no AREsp 1.393.461/GO	511
A Tutela de Evidência – Considerações Iniciais	513
Tutela de Evidência concedida com fundamento no abuso.....	517
A tutela antecipada por abuso do direito de defesa	517
A necessária plausibilidade ou probabilidade do direito.....	520
Defesa abusiva vs. ampla defesa	520
Desvio de finalidade como elemento central do abuso	521
Impossibilidade de concessão “ex officio”	522
O Ag Int no AREsp 1.393.461/GO	523
O precedente analisado	525
A argumentação sobre o indeferimento da tutela de evidência por abuso do direito de defesa	526
Ação rescisória fundada em violação à norma jurídica: evolução histórica.....	534
REFERÊNCIAS	553
A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO NO CPC/2015	555
A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS COMO NORMA FUNDAMENTAL NO CPC/2015	555
A CONSOLIDAÇÃO DA OPÇÃO PELO MODELO MULTIPORTAS DE PROCESSO CIVIL.....	556
OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO COMUM NO CPC/2015: O PAPEL DA AUDIÊNCIA DO ART. 334	562
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	567
As ações coletivas e a estabilização da tutela antecipada antecedente	568
Introdução	568
Tempo processual e o princípio da igualdade	569
3. A reversibilidade da tutela provisória	570
4. A estabilização das tutelas antecipadas antecedentes e o devido processo legal	571
5. Tutelas provisórias e ações coletivas	578
6. Estabilização de tutela em ações coletivas.....	580
7. Estabilização de tutela in utilibus	585
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	586
REFERÊNCIAS	587
A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: OBSERVAÇÕES QUANTO AOS ASPECTOS FORMAIS.....	590
I. Natureza jurídica da reclamação e sua utilização no STF.....	590
3- Momento de apresentação de Reclamação visando o atendimento à precedente obrigatório – divergência interpretativa. Observações ao entendimento do STJ.....	594
3- Outros requisitos formais para utilização da Reclamação visando atender padrão decisório advindo de RERG: suporte fático e pertinência temática	602
REFERÊNCIAS	605
Prescrição intercorrente no CPC/2015	607

2. Prescrição	607
3. Prescrição intercorrente nas legislações anteriores ao cpc/2015	610
4. Disposições do CPC/2015 e as decisões do STJ.....	613
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	621
REFERÊNCIAS	622
A UTILIZAÇÃO PRÉVIA DAS ODR’S EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 COMO	
REQUISITO DO INTERESSE DE AGIR.....	624
2. SISTEMA MULTIPORTAS E AS ODRS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19	626
3. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO CONSENTIMENTO INEQUÍVOCO NAS RELAÇÕES DE	
CONSUMO	631
4. CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO ONLINE DE DISPUTAS EM CONTRATO ESPECÍFICO	633
5. INTERESSE DE AGIR E A EXIGÊNCIA DA PROCURA POR COMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA O	
RECEBIMENTO E PROCESSAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL	637
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	645
A NECESSÁRIA REVISÃO DA SÚMULA 519 DO STJ	651
2. AS NORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM	
SEDE DE EXECUÇÃO.....	651
3. E SE A DEFESA DO EXECUTADO FOR ACOLHIDA?.....	655
4. OS TEMAS FIXADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	656
5. A SÚMULA 519 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	658
6. A REVISÃO DA SÚMULA 519 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DO CPC/15	661
NOVA LEITURA DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – AS	
PECULIARIDADES DA CITAÇÃO, A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E UMA NOVA LINGUAGEM	
JURÍDICA EM PROL DA SOLUÇÃO DAS DEMANDAS.....	669
DA NOVA REALIDADE APRESENTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	670
DA NÃO APRESENTAÇÃO DA CONTRAFÉ NAS AÇÕES FAMILIARES	673
DA MEDIAÇÃO NA SEARA FAMILIAR	676
DA LINGUAGEM JURÍDICA E SUAS BARREIRAS.....	685
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	691
REFERÊNCIAS	692
GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. A simplificação da linguagem jurídica como	
instrumento fundamental de acesso à justiça. In: Publicatio Ciências Humanas, Linguística, Letras e	
Artes. v. 20, n. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa: UEPG, 2012.....	694
Honorários advocatícios sucumbenciais, Súmula 519 do STJ e Fazenda Pública	697
II – Cumprimento de Sentença em face da Fazenda Pública:.....	697
III – Honorários na fase de cumprimento de sentença por quantia:	699
IV – Súmula 519, do STJ:.....	706
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	711
REFERÊNCIAS	712
O refinamento da ratio decidendi do precedente judicial no tempo: o caso da	
impenhorabilidade do bem de família do fiador a partir dos posicionamentos do STJ e do	
STF.	714

ANÁLISE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STJ E DO STF ACERCA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR	714
A NORMA DO PRECEDENTE E O REFINAMENTO DA RATIO DECIDENDI À LUZ DO JULGAMENTOS DO STJ E STF.....	726
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	729
REFERÊNCIAS	730
Variação do recurso no julgamento dos embargos de declaração	731
1. Panorama geral dos embargos de declaração no CPC/2015	731
2. Efeitos integrativo e modificativo dos embargos declaratórios.....	734
3. Variação e fungibilidade.....	736
4. Variação dos embargos declaratórios em agravo interno no CPC/2015	739
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	746
REFERÊNCIAS	747
Aspectos Processuais da Lei Geral de Proteção de Dados: Impressões Iniciais.....	751
A evolução da sociedade tecnológica	752
Aspectos gerais da privacidade e proteção de dados e o advento da LGPD.....	755
A tutela dos interesses e dos direitos dos titulares de dados.....	760
O regime probatório na LGPD	766
5.1. Produção de provas: as medidas de segurança e a comunicação de incidentes.....	770
5.1.1. Medidas de segurança.....	770
5.1.2. Comunicação de incidentes de segurança	774
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	778
REFERÊNCIAS	779
O Procedimento Especial Marítimo: “às Avarias no CPC/15”	782
1. Da evolução legislativa processual marítima	782
2. Do Conceito de Avaria Grossa.....	784
3. Do procedimento de regulação de avaria grossa	787
REFERÊNCIAS	790
A EFICÁCIA DA TUTELA EXECUTIVA ANALISADA EM NÚMEROS	794
AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO	798
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	811
REFERÊNCIAS	812
A importância da sustentação oral	814
1. Finalidades.....	815
1.1. Aproximar os advogados dos julgadores.....	816
1.2. Ampliar o contraditório	817
1.3. Explicar os motivos do pedido ou da defesa	818
1.4. Destacar questão relevante para o caso	819
1.5. Sugerir alternativas à decisão impugnada.....	820
1.6. Conferir maior amplitude à participação dos advogados no processo decisório.....	821
2. Providências prévias à preparação do discurso	822
3. A organização do discurso	825
4. Atuação na sustentação oral	828
4.1. Traje.....	828

4.2. Primeiras palavras	828
4.3. Voz	829
4.4. Expressão corporal	830
4.5. Clareza e simplicidade	832
4.6. Brevidade.....	834
4.7. Linguajar	836
4.8. Outros pontos a considerar	837
5. Aspectos a serem considerados para resgatar o prestígio	838
5.1. Momento para realizar a sustentação oral	839
5.2. Oportunidade de verdadeiro diálogo entre advogado e magistrados	844
5.3. Alteração do número de integrantes que acompanham a sustentação oral	847
5.4. Uso de recursos visuais.....	849
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	851
LEGAL DESIGN: A experiência do usuário no Poder Judiciário	852
Introdução	852
Conceito de Legal Design.....	853
Aplicabilidade no Código de Processo Civil	854
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	857
Referências	858
Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração.....	860
1. Delimitação sumária do estudo	860
2. Princípio da ampla embargabilidade	861
3. Dos embargos de declaração (recurso de saneamento): função constitucional e natureza vinculada	863
4. Efeito suspensivo dos embargos de declaração: noções	866
5. Possibilidade de efeito suspensivo ativo (tutela provisória recursal)	868
6. Postulação da tutela provisória recursal.....	870
7. Da decisão que concede a tutela provisória recursal: requisitos básicos	871
8. Embargos de declaração contra decisão que delibera sobre tutela provisória.....	871
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	873
Referências	874
Apelação Cível No Brasil, Efeito Suspensivo Ope Legis E Sua Exclusão Por Meio Das Tutelas Provisórias Em Grau Recursal	877
1 - Os efeitos dos recursos cíveis no Brasil: a apelação e os demais recursos	877
2 - O Novo CPC brasileiro e os efeitos da apelação	878
3 - Críticas ao efeito suspensivo automático da apelação cível brasileira	880
4 - Comparativo com o regime italiano de recepção da apelação.....	884
5 - Como deveria ser o sistema de recepção da apelação cível no direito brasileiro	885
6 - Lidemos com o que temos: proposta de interpretação do CPC/2015 para fins de retirada, quando for o caso, do efeito suspensivo automático da apelação. O art. 932, II, do CPC/2015 não pode ser lido como se lia o art. 558 do CPC/73.	886
6.1 – O art. 932, II, do CPC/2015 é mais amplo que o art. 558 do CPC/73. Risco de dano pode exigir suspensão da decisão, porém pode, também, decorrer da “suspensão” da decisão	887

6.2 – O paradigma da segurança jurídica como justificador do efeito suspensivo ope legis: relativização no CPC/2015.....	891
DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS, HABILITAÇÃO E RESTAURAÇÃO DE AUTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/15.....	893
2 - Das Ações Possessórias:	893
3 - Da Habilitação:.....	896
4 - Da Restauração de Autos:	898
REFERÊNCIAS	904
Contraditório E Pertinência Da Prova No Cpc/15 E Na Arbitragem	905
2. O princípio do contraditório e a proibição de decisão-surpresa.	905
3. Poderes instrutórios e princípios da celeridade e eficiência.	909
4. A produção de prova testemunhal na arbitragem e a conveniência da coerção judicial.	912
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	915
Referências	916
Intervenção De Terceiros, Partes E Outras Figuras Com O Advento Do Cpc/15.....	919
Importância do tema e delimitação do estudo	919
Legitimação ativa	919
Conceito de parte e terceiro.....	920
Sucessão das partes	921
Sucessão “inter vivos”	922
Sucessão “causa mortis”	923
Eventual possibilidade de intervenção de terceiros.....	924
Oposição.....	924
Nomeação à autoria	925
Denúnciação da lide	926
Chamamento ao processo.....	927
Assistência	928
Litisconsórcio	929
Litisconsórcio Facultativo	930
Solidariedade.....	931
Solidariedade Ativa.....	931
Solidariedade Passiva	932
Litisconsórcio Necessário	933
Litisconsórcio Comum	934
Litisconsórcio Unitário.....	936
Dissolução de Sociedade por José Ignácio Botelho de Mesquita	938
Figura do “amicus curiae”	938
Precedentes obrigatórios e questão prejudicial favorável à terceiro	939
Incidente de desconsideração da personalidade jurídica	940
Medida Provisória nº 881/2019 convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019	944
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	946
REFERÊNCIAS	947
Revelia e manutenção das provas documentais e da contestação intempestiva nos autos	948

1. Revelia	948
2. Efeitos produzidos pela revelia.....	949
2.1. Primeiro efeito: Presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor	949
2.2. Segundo efeito: Desnecessidade de intimação do réu revel.....	950
2.3. Terceiro efeito: Julgamento antecipado do mérito	951
3. Manutenção das provas documentais e da contestação intempestiva nos autos	952
3.1. Manutenção das provas documentais	952
3.2. Manutenção da contestação intempestiva nos autos.....	957
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	961
REFERÊNCIAS	962

COMPREENDENDO O NOVO CPC – UMA BREVE ANÁLISE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS¹

Alexandre Luna da Cunha² - Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz³

Introdução

O objetivo do presente trabalho é trazer ao leitor um panorama, uma espécie de “fotografia” sobre o Código de Processo Civil de 2015, inclusive para que, se entenda sua nova configuração e, principalmente, que existe uma nova maneira de interpretar a legislação processual.

Optamos por tratar do que se convencionou chamar de “parte geral da parte geral” do CPC 15 (como o trataremos de agora em diante), ou seja, algo que faltava ao CPC 73, uma espécie de parte principiológica.

Com isso, esperamos trazer uma ideia geral do Novo Código, para que os leitores entendam sua estrutura e principais inovações

1. Visão geral do Novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 é a primeira grande codificação totalmente oriunda dentro de um Estado Democrático de Direito, com ampla participação de diversos setores da sociedade em geral, debates da comunidade jurídica, sugestões advindas de diversos setores da Magistratura, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil.

É fato que um novo código já era necessário, pois, desde o ano de 1994, podemos contar algumas dezenas de leis que alteraram, substancialmente, o CPC 73. E não é que o antigo código fosse necessariamente velho, ultrapassado, “imprestável”. Mas é fácil perceber que se tornou um modelo de comunicação que não mais atendia às necessidades da população e da comunidade jurídica em geral. Faltava sistematização, organização de ideias, técnicas inovadoras que atendessem o que nos foi trazido pela Constituição Federal de 1988 e,

¹ Trabalho publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 76 – Jan-Fev/2017. Não foram realizadas quaisquer modificações ao texto, a não ser atualização do currículo dos coautores.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie/SP; Professor da Universidade São Judas/SP, Professor convidado dos cursos de Pós-Graduação da FGV Law da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP; Advogado.

³ Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professora nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG). Professora nos cursos de Pós-graduação em Direito Processual Civil da PUC/SP. Pesquisadora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2013/2014). Membro do IBDP, Instituto Potiguar de Processo Civil – IPPC, CEAPRO e da ILA Brasil. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP. Consultora do Projeto Cascudo JuriLab - UFRN. Advogada.

inclusive, suas diversas Emendas, a exemplo, da EC45, a Reforma do Judiciário, que trouxe mudanças, como, por exemplo, a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, é como se o modelo do CPC 73 não fosse mais compatível com a demanda que acabou surgindo, após a abertura dada pela Constituição Cidadã, que abriu as portas do judiciário para a população.

Uma das características que podemos salientar, de pronto, é que no CPC 15 as partes deixam de ser coadjuvantes e passam a ser protagonistas, pois haverá muitas situações em que poderão participar da construção das regras do procedimento, juntamente com o magistrado, com o chamado “negócio processual”.

Outras novidades que podemos destacar são: a criação de regras regais, maior incentivo à conciliação e mediação, tratamento mais adequado às causas repetitivas, unificação de prazos e contagem apenas em dias úteis, melhor tratamento à tutela provisória e tutela de urgência, supressão do livro das cautelares e fim das cautelares específicas.

Além disso temos: alterações na fixação dos honorários advocatícios que, além de passarem a ser fixados, oficialmente, em diversas fases do processo, passam a ser reconhecidos, também oficialmente, como crédito alimentar; consolidação da jurisprudência no que tange à execução; criação de um sistema de precedentes; ônus dinâmico da prova; alterações nas intervenções de terceiros.

Tudo isso pode assustar, mas, na verdade, o que vemos é que nada mudou da água para o vinho. Os institutos não mudam, muda o tratamento que lhes é dado. Temos, sim, verdadeiras inovações, mas nada que não consigamos, com o tempo, nos acostumar.

A seguir, portanto, teceremos comentários pontuais a cada um dos artigos que integram as normas fundamentais do CPC 2015, cujo objetivo é deixar claro que, de agora em diante, temos que interpretar o código de uma maneira diferente, com olhos diferentes, e uma mentalidade cada vez mais participativa.

2. Comentários sobre as normas fundamentais (ou “parte geral”) do CPC 2015: artigos 1º ao 15º.

A falta de normas fundamentais, ou mesmo uma “parte geral” no CPC 73 era uma reclamação antiga de muitos processualistas. Como se faltasse algo que desse coesão a todo o conjunto de normas que regula o nosso processo, o nosso procedimento.

E é exatamente para isso que serve uma parte geral, de acordo com as palavras de Vargas (2016, p. 107):

“A parte geral serve para filtrar seletivamente todo o sistema processual civil. Para que seja compreendido em seu todo, nenhum de seus componentes deve ser interpretado isoladamente, ou seja, a seiva que dará eficácia a cada um deles deverá nela buscar fundamento. Em outras palavras, assim como a Constituição Federal, o Código de Processo Civil não pode ser interpretado em tiras, mas sim como um todo harmônico.”

O que se observa, de verdade, é que o legislador quis dar um tratamento de normas fundamentais, verdadeiros compromissos a serem assumidos pelos aplicadores do direito processual civil, pois, se o Código é um sistema, deverá ser tratado como tal. É exatamente esse o pensamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 142):

“A maior visibilidade outorgada a determinados direitos fundamentais processuais no novo Código em detrimento de outros por força da respectiva previsão como normas fundamentais do processo civil decorre da circunstância desses constituírem compromissos fundamentais do legislador: respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (arts. 1º, 2º, 3º, e 8º, CPC), prestar tutela tempestiva aos direitos (arts. 4º e 12, CPC) e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática (o que leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação, arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10º e 11º, CPC).”

Muitas das normas fundamentais que veremos aqui comentadas, na verdade, é correto dizer que sequer seriam necessárias, mas também não podemos dizer que são dispensáveis. Isso porque, se aqui estão, no mínimo, foi uma demanda do comportamento de todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo. Ao mesmo tempo, como já afirmamos, para melhor organizar o sistema.

Comentários ao artigo 1º.

CPC 2015	CPC 73
Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da	Sem correspondência.

República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.	
----------------------------------------------------------------------------	--

Wambier et al. (2015, p. 56), trazem um comentário que, em nossa opinião, traduz de forma precisa, muitas das normas fundamentais que integram os artigos de 1º a 15º do CPC 2015:

“Esta contextualização tem uma função quase didática. Não é a partir deste artigo, obviamente, que o CPC deverá passar a submeter-se à Constituição Federal. Trata-se de um dispositivo que deve ser lido antes de todo e qualquer outro dispositivo que integra o Código, que deve ser compreendido a partir dos **princípios constitucionais fundamentais**. Está aí para ser visto, para que o interprete não o deixe de lado, porque não teria sido “lembrado”. O artigo dá ênfase à imposição que já existe: a de que o CPC compreendido à luz da Constituição Federal”.

(...)

“Este dispositivo, como se observou, tem uma função didática: repete um princípio **constitucional**, revelando um aspecto típico, importante e evidente do pensamento jurídico de nossos dias.”

Observamos que, se um dos valores fundamentais é o acesso à justiça, por exemplo, não podemos ter um processo com formalismo exagerado, a ponto de impedir a prestação da tutela jurisdicional, quando seria perfeitamente possível a correção ou superação do vício. Há dispositivos do CPC 15, por exemplo, que permitem a expressa complementação dos documentos que são normalmente juntados na inicial ou contestação. O sistema de tutela antecipada antecedente também é um bom exemplo.

Carneiro (2015, p. 59) é preciso quando, ao comentar o mesmo dispositivo, afirma que:

“Não existe nenhuma pretensão em desmerecer o processo, mas sim deixar claro que ele não representa um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação de valores constitucionais que no peculiar exercício da atividade jurisdicional deve resultar, via de regra, em um julgamento de mérito, justo, eficaz e rápido”.

O que se observa, portanto, é que o objetivo do dispositivo vai muito além de simplesmente dizer o óbvio, mas, sim, de ditar qual a tônica do CPC 2015, a de um processo de resultados, que, de fato, respeite a Constituição Federal, dando ao jurisdicionado o mais

próximo do que teria, caso não tivesse sido necessário buscar o Judiciário para solucionar o conflito.

Comentários ao artigo 2º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.	Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Art. 262º. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

O Artigo reflete princípios que já conhecemos como princípio dispositivo e princípio do impulso oficial. Alguns autores denominam de princípio da inércia ou princípio da demanda. De todo modo, significa, em resumo, que uma vez instaurado o processo, por iniciativa da parte, ele se desenvolve por iniciativa do juiz, sem necessidade de pedido específico. Os princípios garantem, tecnicamente, a imparcialidade do juiz, pois, se começa por iniciativa da parte, e por ela os limites são estabelecidos, delimita a atuação do juiz dentro do processo, que por impulso oficial lhe dará continuidade.

Nesse sentido, vejamos os comentários de Medina (2015, p. 37):

“O início do processo é condicionado “à demanda da parte (*nemo iudex sine actore*). A demanda é a primeira manifestação processual do exercício do direito de ação (c.f. comentário *supra*). A jurisdição movimenta-se em decorrência da demanda (*nemo iudex sine actore*), ficando, antes, disso, inerte (*ne procedat iudex ex officio*). O princípio da inércia da jurisdição, assim, é *a outra face* do princípio da demanda, encontrando-se ambos nos princípios positivados nos arts. 2º. do CPC/2015”

(...)

Tendo-se iniciado por provocação das partes, o processo desenvolve-se “por impulso oficial” (art. 2º do CPC/2015). Doravante, põe-se a jurisdição a atuar, com o intuito de dar fim à lide, realizando os princípios e garantias decorrentes do *due processo of law*...”

Como já se observou, nada de novo no dispositivo, porém, faz parte do conjunto de normas que organizam o novo sistema de interpretação das demais regras do Código de Processo Civil.

Comentários ao artigo 3º.

CPC 2015	CPC 1973
<p>Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.</p> <p>§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.</p>	<p>SEM CORRESPONDÊNCIA (havendo correspondência do <i>caput</i> com a redação expressa da CF 88).</p>
<p>§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.</p> <p>§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.</p>	<p>Art. 125º. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...]</p> <p>IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.</p>

O primeiro comentário que se pode trazer aqui, é que, em princípio, não há correspondência exata com o CPC 73, porém, traz a repetição da redação da CF 88, repetindo a tendência de trazer, para a legislação infraconstitucional, textos, constitucionais. É a garantia do *acesso à justiça* na legislação processual. Mais uma norma que talvez não precisasse ser positivada em lei federal, mas está aqui por fazer parte de um sistema, e para que, a ela se sigam os incisos que deixam claro uma série de outras formas de se garantirem o acesso à justiça.

Tanto é assim que os parágrafos seguintes mencionam a arbitragem, o incentivo à solução consensual dos conflitos, estímulo à mediação, deixando claro que a prática deverá ser aplicada por todos, desde as partes, até juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público.

Carneiro (2015, p. 63):

“Reitera-se que o acesso à justiça não pode ser entendido exclusivamente pelo direito de participar, de obter uma resposta. É preciso que o Estado assegure meios para que ele se concretize em toda sua plenitude. Assim, deve estruturar o Poder Judiciário de forma adequada, com juízes suficientes, conciliadores serventuários diversos, cartórios devidamente equipados, etc. São prestações positivas que o Estado deve oferecer para garantir o efetivo acesso à justiça. Quanto melhor forem as ações estatais para aparelhar a máquina judiciária, mais rápido e efetivo será o acesso.”

Em suma, o acesso somente será pleno quando a informação dos direitos for adequada, estiver garantida a participação de quem quer que seja no devido processo legal e que se assegure à parte, que tem o melhor direito, a receber o mais rápido possível o bem da vida a que faz jus.

Tanto é assim, que será criada, no âmbito do Processo Civil, uma ***nova categoria de auxiliares da justiça, a dos conciliadores e dos mediadores*** (arts. 165º a 175º, CPC 15). Estes serão capacitados pelos respectivos Tribunais de Justiça, que deverão criar centros judiciários de solução de conflitos, com quadros próprios, preenchidos por concurso público, sem prejuízo de criação de câmaras privadas de conciliação e mediação.

Uma outra novidade que se vê, em decorrência, muito provavelmente, desse dispositivo, é o art. 334º, que prevê a realização prévia da audiência de conciliação ou de mediação. A partir desta, se for o caso de sua realização, passa a fluir o prazo para a apresentação da contestação (art. 335º, I). A indicação pelo interesse na audiência de conciliação ou mediação, inclusive, passa, também, a ser ***um novo requisito para a petição inicial***.

Comentários ao artigo 4º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.	SEM CORRESPONDÊNCIA Alguns comparativos apontam parcial correspondência ao: Art. 125º. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...]

O CPC 2015 tem como uma de suas características, como já vimos afirmando, o objetivo de um processo de resultados no mundo dos fatos, de modo que o excesso de formalismo não se sobreponha à satisfação do direito material.

É muito importante, por outro lado, que não se confunda processo célere com processo rápido. Ao mesmo tempo que se deve compreender que uma prestação adequada deve ser prestada com duração razoável, sem que nenhuma garantia seja violada, por outro lado, não deve haver a dispensa da prática de ato processual necessário ao adequado julgamento da causa. Portanto, quando falarmos, adiante, em diminuição do tempo do processo, é nesse sentido que estaremos nos pronunciando.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, pp. 142, 149 e 151) abordam a questão com precisão cirúrgica:

“O direito à razoável duração do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria idéia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. (...) O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo”.

(...)

“O direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual, na medida em que o aproveitamento na maior medida possível dos atos processuais já praticados – sem decretações de nulidade e repetições desnecessárias de atos – promove um processo com consumo equilibrado de tempo. Daí a razão pela qual se entende que a economia processual entra no núcleo duro do direito à tutela jurisdicional tempestiva”.

É exatamente por isso que temos a unificação de um sistema de tutelas provisórias (exequíveis de plano), sentenças parciais com efeitos imediatos, a criação de um sistema de precedentes, com o intuito de evitar decisões conflitantes. Além da criação, por exemplo, de um sistema para resolução de demandas repetitivas, dentre outras várias medidas tendentes a um processo mais justo e eficaz.

Foram feitas várias outras modificações como a concentração das defesas – contestação, reconvenção, impugnação ao valor da causa e ao pedido de justiça gratuita - todas feitas na peça de contestação.

Sem falar na limitação do uso do agravo de instrumento, que passou a ter hipóteses taxativas, o que se espera, diminuirá muito a sua utilização, e, com o tempo, acelerará a tramitação do processo.

O privilégio à prática de atos processuais na forma eletrônica, (ouvida de testemunhas, depoimento pessoal, cooperação entre juízes, etc.), e a possibilidade de oficiais de justiça, inclusive em atos de execução, poderem praticar atos em comarcas contíguas (independentemente das leis estaduais) também, espera-se, diminuirá, em muito, o tempo transcorrido entre o início e o fim do processo civil.

Na tônica do que inicialmente afirmamos, finalizamos com a reflexão de Gajardoni et al. (2015, p. 26) que afirmam que deve ser um “sempre alerta a nós aplicadores do direito, para não cairmos na tentação da pressa”:

“Não se pode diminuir o papel do processo à uma mera técnica de obtenção de resultados, uma vez que sua estruturação serve igualmente ao penhor da segurança jurídica, no que instrumentaliza, controla e direciona o poder estatal, afastando a possibilidade de desmedida sujeição das partes ao poder estatal. Processo não é só instrumento de alocação de decisão. Mesmo porque, o justo processo pressupõe mais, muito mais do que a celeridade na prestação da tutela jurisdicional.”

COMENTÁRIOS ao artigo 5º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.	Art. 14º. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé; Ver também arts. 79º a 81º CPC 2015

O objetivo maior do dispositivo é regular a conduta dos participantes do processo. É imprescindível perceber que o art. 5º não regula apenas o comportamento do autor e do réu, mas de TODOS aqueles que participam do processo. Isso quer dizer que o princípio da boa-fé

também será exigido de terceiros, serventuários, juízes e advogados. Diferentemente dos dispositivos da litigância de má-fé (que se dirigem às partes e participantes) o art. 5º, traz linhas gerais para o comportamento de todos. Dessa forma vejamos alguns exemplos que podem demonstrar o reflexo desse princípio (Carneiro, 2015, p. 69):

- Arts. 77º e 78º: deveres das partes *e de seus procuradores*. Traz a possibilidade de aplicação de algumas sanções aos procuradores, e, em outros casos, encaminhamento aos órgãos de classe.
- Art. 11º: traz a obrigação do juiz de fundamentar adequadamente as suas decisões – o que será especificado, mais claramente, no art. 489;
- Arts. 144º e 145º: tratam do impedimento e suspeição do juiz.
- Arts. 139º a 143º: poderes e deveres do juiz.

Saindo dos exemplos, Didier (2015, p. 75) vai além para trazer o seu posicionamento sobre o real significado sobre o princípio da boa-fé que ele entende ser, na verdade, extraído de uma cláusula geral processual:

“O princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva de hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º, do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral.”

“Há, ainda, as regras de proteção à boa-fé que concretizam o princípio da boa-fé e compõem a modelagem do devido processo legal brasileiro. As normas sobre litigância de má-fé (arts. 79º-81º do CPC) são um exemplo disso”.

Comentários ao artigo 6º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem <i>cooperar</i> entre si para que se obtenha, em <i>tempo razoável</i> , decisão de	SEM CORRESPONDÊNCIA.

mérito justa e efetiva.	
-------------------------	--

O art. 6º, sem correspondência no CPC 73, apresenta o dever geral de cooperação. Muitos autores já têm dito que é um redimensionamento do princípio do contraditório, para melhor aproveitamento dos atos processuais. E não deixa de ser.

O dispositivo menciona que os sujeitos devem cooperar entre si para a obtenção de decisão de mérito, justa e efetiva, em tempo razoável. Wambier et al. (2015, p. 62) chegam a relacionar a cooperação com boa-fé. Por outro lado, observamos que a cooperação vai muito além, e está mais ligada à condução que o magistrado dá ao processo, tanto permitindo a participação de terceiros, quanto observando a participação de todos, que, juntos, constroem uma boa decisão. Vemos o que afirma Carneiro (2015, p. 70/71):

“Nos processos jurisdicionais, a cooperação é verificada com a participação das partes e terceiros que devem construir, juntamente, com o juiz, a decisão.”

“A cooperação ocorre através da prática de atos processuais, que no contexto das partes, realiza-se com o exercício dos direitos de ação, de defesa, e de manifestação em geral; e na seara da magistratura se efetiva através das ordens e decisões *lato sensu*. Ademais, a cooperação, como deve ser imposto aos sujeitos do processo, pressupõe uma harmoniosa sintonia nesta prática de atos processuais, os quais devem ser realizados sempre sob signo da boa-fé...inclusive, aqueles praticados por terceiros estranhos ao conflito, que também devem cooperar com a atividade jurisdicional, como ocorre no procedimento da exibição de documentos (art. 378, c/c o art. 6º.)”

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 155) também enfatizam o papel do juiz na cooperação, quando comentam sobre os seus deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio aos litigantes, evitando, por exemplo, que esbarrem em obstáculos que impeçam o prosseguimento do feito, tendo em vista que o processo moderno, preconizado pelo CPC 2015, tem sempre o objetivo de uma decisão de mérito.

No que tange ao tempo razoável para que se profira uma decisão justa, vale lembrar que não só a CF 88 no art. 5º, LXXVIII e art. 93, XV, mas também a Convenção Americana de Direitos Humanos no art. 8º, tratam do assunto. Inclusive, CIDH 8º §1º.

“Toda pessoa tem o direito a ser ouvida *com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal

formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Comentários ao artigo 7º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.	Art. 125º. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

Presente no CPC 73 de forma mais tímida, pois dizia respeito à maneira como o juiz deveria conduzir o processo, o art. 7º, ganhou força não somente em sua redação, mas no conteúdo.

Podemos observar que existem dois lados para a aplicação do princípio da isonomia, da paridade de armas, da regra que busca trazer equilíbrio entre as partes no processo. O lado que cria regras que buscam o equilíbrio, para tentar retirar a desvantagem daqueles que já ingressam no processo em situação deficitária e aquelas regras que, do contrário, não podem ser violadas, jamais, sob o risco de causarem desacerto, desequilíbrio na balança.

No primeiro caso podemos observar dispositivos como, por exemplo, aqueles que antes constavam da Lei nº 1060/50, e agora foram inseridos no CPC 2015, dispondo, entre os arts. 98º a 102º, sobre a gratuidade da justiça, revogando diversos artigos daquela lei.

O mesmo ocorre com a prioridade de tramitação instituída no artigo 1048º, que está nas disposições finais e transitórias. O tratamento diferenciado é concedido, de maneira geral, a pessoas que tenham idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade ou portadora de doença grave.

A outra face do princípio aqui tratado é a do tratamento verdadeiramente igual, pois, é dever do juiz, inclusive em razão da sua imparcialidade, não favorecendo nenhuma das partes, mantendo a relação jurídica processual sempre equilibrada.

Vejamos o que dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero a respeito (2016, p. 157):

“O direito à igualdade – em sua dupla dimensão – dá lugar à igualdade no processo e pelo processo, nada obstante a doutrina de um modo geral preocupe-se apenas com o primeiro aspecto do problema. 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 tutela dos direitos mediante decisão justa e precedentes. E não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do Direito pelo processo. O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Embora esse não seja um problema ligado propriamente à igualdade no processo, certamente constitui assunto de direito processual a necessidade de promoção da igualdade pelo processo.”.

Os mesmos autores continuam afirmando que:

“O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Vale dizer: se dispõem das mesmas armas, se dispõem de paridade de tratamento. Trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador e sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito à igualdade e à paridade de tratamento.”

Comentários ao artigo 8º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum , resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência .	SEM CORRESPONDÊNCIA

--	--

Dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência. Preferimos assim iniciar os comentários, destacando todos os princípios enumerados no art. 8º, do CPC 2015. E nos chama atenção, especialmente, um princípio que jamais imaginaríamos ver em um código de processo civil, sim, “dignidade da pessoa humana”. Isso porque os demais, de certa forma, já faziam parte da nossa tradição. Mas vamos aos comentários.

Por mais que seja “surpresa”, o princípio da dignidade da pessoa humana em legislação processual civil, temos que nos lembrar que a dignidade da pessoa humana é preceito Constitucional:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

A percuciente lição de Carneiro (2015, p. 75/76) traz diferentes enfoques sobre o tratamento processual da dignidade da pessoa humana inserida no art. 8º:

“A dignidade da pessoa humana sob o enfoque processual pode ter dois significados: o primeiro, reconhecer às partes um direito de atuação efetiva, uma participação paritária e respeitosa, ao invés da posição de meros coadjuvantes; o segundo se refere à própria prestação jurisdicional, a qual deve ter duração razoável, bem como ser justa e eficaz.”

“Vários são os exemplos de interpretação de normas processuais sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, assim: a conveniência da decretação da prisão do

devedor de alimentos desempregado; a proteção dos direitos da personalidade; a legitimidade adequada nos processos coletivos; a impenhorabilidade de determinados bens no processo de execução; a desocupação de imóveis e terrenos ocupados por centenas de pessoas etc.”

Quanto à publicidade, seguindo também a CF 88, Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem - nesse ponto o dispositivo reproduz o texto constitucional. Observe-se, a propósito, que o art. 189, CPC 2015 determina os processos que devem tramitar em segredo de justiça. Nesse sentido, vale salientar que foram acrescentados dois incisos, com relação ao código anterior⁴.

Por fim, quanto à proporcionalidade, legalidade e razoabilidade, devemos lembrar que todo, de alguma forma, tem relação com os limites da aplicação da lei processual, consagrando, em grau máximo, o princípio do devido processo legal.

É importante destacar os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que tratam das matérias em análise, contribuindo para o esclarecimento de dúvidas que já assolam os estudiosos do tema:

106. (arts. 6º, 8º, 1.007º, § 2º) Não se pode reconhecer a deserção do recurso, em processo trabalhista, quando houver recolhimento insuficiente das custas e do depósito recursal, ainda que ínfima a diferença, cabendo ao juiz determinar a sua complementação. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

Comentários ao artigo 9º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência;	SEM CORRESPONDÊNCIA

⁴ III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311º, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701º.	
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

O CPC 2015 conta com dois princípios que, expressamente, privilegiam o contraditório, e vedam as chamadas “decisões surpresa”, ou seja, que sejam proferidas decisões (definitivas) sem que seja proporcionado às partes o devido debate⁵. Diga-se, desde já, decisões definitivas, porque a doutrina tem sido relativamente unânime quanto a questão das decisões *inaldita altera pars*, nas quais o contraditório é diferido.

Vejamos a lição de Nery Junior (2010, p. 276) que, quando ao comentar exatamente as liminares sem a ouvida da parte contrária afirma:

“Neste caso, existe o contraditório, que fica *diferido*, postergado para momento posterior do procedimento. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo”.

“Essa limitação não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar em ineficácia da atividade jurisdicional”.

Por essa razão, faz todo sentido que se dê privilégio ao princípio do contraditório e proibição da decisão surpresa, mas resguardando-se, em última hipótese, os casos em que há risco de perecimento de direito, de tutela de evidência e ação monitória, também com fundamento em evidência. Isso porque, entendemos, não faria sentido privilegiar o contraditório a tal ponto de prejudicar o direito material, que é o objetivo máximo da utilização do processo.

Vejamos o que dizem Wambier et al. (2015, p. 65):

“Salvo nessas **hipóteses excepcionais**, não se deixará de proporcionar à parte oportunidade de que se **manifeste**, *antes* que se decida algo contra seus interesses. A lei menciona ‘sem que esta seja previamente ouvida’, mas deve ser entendida como se se referisse à necessidade de que se *proporcione* à parte a **possibilidade de se manifestar.**” (grifos no original).

⁵ Melhor esclarecimento será dado no próximo artigo.

Resta muito claro, portanto, que o objetivo do dispositivo, conforme apontado, é resguardar o contraditório, e evitar o perecimento do direito material, evitando, também, a prática de atos processuais desnecessários, quando há evidência do direito, quando for o caso, conforme já esclarecido.

Acerca desta norma, assim se manifestou o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

108. (art. 9º; art. 15º) No processo do trabalho, não se proferirá decisão contra uma das partes, sem que esta seja previamente ouvida e oportunizada a produção de prova, bem como não se pode decidir com base em causa de pedir ou fundamento de fato ou de direito a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes e a produção de prova, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

Comentários ao artigo 10º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 10º. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.	SEM CORRESPONDÊNCIA

A essência do princípio do contraditório tem estreita relação com a efetiva possibilidade de as partes terem, com acesso a todas as informações do processo, elementos para influenciar na decisão do juiz, contribuindo, efetivamente, com manifestações que venham a compor o seu convencimento. Por isso diz respeito ao direito de informação, direito de manifestação, direito de ver os seus argumentos considerados.

Trata-se de um daqueles dispositivos que muitos criticaram, por dizer que não seria necessário, que não deveria estar presente, pois TODOS deveriam conhecer o seu conteúdo. Ocorre que, exatamente por ter sido reiteradamente desrespeitado, é que passou a constar da lei processual, infraconstitucional.

Mesmo quando se trata de questão de ordem pública, portanto (inclusive prescrição e decadência, por exemplo), o juiz, apesar de estar autorizado a *identificar*, não está autorizado a *decidir* sem o efetivo debate.

A imprescindível lição de Nery Junior (2010, p. 261) provavelmente pioneiro ao tratar do tema da proibição da decisão surpresa, sob essa ótica é que):

“Mas o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial*, equidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso”.

“Isso tem a ver, igualmente, com a boa-fé com “A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via”.

“Não que implique em adiantamento do entendimento do juiz, pois isso seria pré-julgamento intolerável e inconstitucional, que macula a imparcialidade necessária para o juiz julgar a causa.”

Anote-se que esse sempre foi o posicionamento de Nery Junior, independentemente de fazer parte do texto do CPC, até porque, se o contraditório é regra constitucional, deveria e deverá ser respeitado de forma plena, sem surpresas para as partes do processo.

A visão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 162) traz uma veia bem pragmática, de democratização do processo, pois entendem que tem total relação com a confiança que o cidadão deposita no Poder Judiciário, atenuando o perigo de decisões preconcebidas, em razão da transparência que traz ao processo.

Acerca desta norma, assim se manifestou o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

109. (arts. 10º e 15º) No processo do trabalho, quando juntadas novas provas ou alegado fato novo, deve o juiz conceder prazo, para a parte interessada se manifestar a respeito, sob pena de nulidade. (*Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho*).

Comentários ao artigo 11º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 11º. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão	Art. 155º. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de

<p>públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.</p>	<p>justiça os processos:</p> <p>I – em que o exigir o interesse público;</p> <p>II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.</p> <p>Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.</p> <p>Art. 165º. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso</p> <p>Art. 131º. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Com relação aos comentários sobre a publicidade, nos remetemos aos comentários do art. 8º. Dessa forma, concentraremos nossos comentários no quesito fundamentação da decisão, que que foi aquele que, no CPC 2015 sofreu maior ou, digamos, mais substancial modificação.

A fundamentação das decisões está inicialmente prevista no art. 93º, IX e X da CF 88, que de igual modo prevê, como penalidade de descumprimento, a sua nulidade. Também o processo administrativo prevê a invalidade da decisão administrativa não fundamentada (Lei do Processo Administrativo – LPA - Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – art. 53º). O

objetivo principal da fundamentação, conforme se observa, é possibilitar a compreensão da decisão e, quando for o caso, a sua recorribilidade.

A obrigatoriedade de fundamentar as decisões no processo civil sempre foi regra. Mas temos uma importante novidade no CPC 2015, que é a mudança de técnica na definição do que é considerada uma decisão fundamentada. Exatamente isso. Ao invés de determinar como uma decisão deve ser fundamentada, o CPC 2015 optou por apontar, em que situações uma decisão “não é considerada adequadamente fundamentada”.

É uma técnica minimamente estranha, porém eficaz, quando aponta o que é uma decisão NÃO fundamentada, ao invés de apontar o que a decisão deve conter para ser considerada adequadamente fundamentada.

Vejamos o texto do art. 489º:

Art. 489º. São elementos essenciais da sentença:

(...)

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

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

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

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

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar 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.

Em resumo, o que o dispositivo quer dizer é que o magistrado, ao fundamentar suas decisões, deverá realizar uma escoreita subsunção dos fatos à norma. Isto para não correr o risco de proferir uma decisão que poderia ser “colacionada” a qualquer processo, por faltar, exatamente, o liame necessário entre os dispositivos de lei, jurisprudência, precedentes citados, e o caso concreto, que muitas vezes acabam sendo a justificativa para a resposta negativa aos embargos de declaração com provimento negado.

Duarte (2015, p. 68) traz a visão da motivação sob o ponto de vista do contraditório:

“O contraditório tem estreita relação com a motivação do provimento, emancipando-se da mera condição de ato prévio a sua emanção, para passar a participar ativamente na construção do provimento jurisdicional. A manifestação das partes, enquanto expressiva da realização do contraditório, não é mais simplesmente um ato procedimental, compondo também a motivação do provimento, transmudando-se num dos itens do epílogo jurisdicional. Precisamente, o Código predisps o contraditório e a fundamentação, além de permitir e induzir o seu exercício, a ser controlada pelo contraditório (recurso). O artigo 10 exige o contraditório prévio para o exame de toda e qualquer questão, ao passo que, conseqüentemente, realizado o contraditório, a fundamentação pressupõe o exame dos argumentos apresentados (artigo 489, §1º, inciso IV). Na sequência, do mecanismo processual, os referidos fundamentos, apresentados serão objeto dos recursos apresentados, com o exercício crítico da fundamentação sob tanto o contraditório, quanto e principalmente a fundamentação dos provimentos jurisdicionais, numa relação de causa e efeito contínua e reeditada durante todo o desdobramento do andamento do processo”.

O texto acima transcrito resume, da melhor forma possível, a mais perfeita tradução do dever de fundamentação, de modo que confirma o que já dissemos anteriormente: sem adequada fundamentação, não se pode ter uma decisão justa, segura, exequível, tampouco passível de adequado recurso, quando for o caso.

Comentários ao artigo 12º.

CPC 2015	CPC 1973
<p>Art. 12º. Os juízes e os tribunais <i>atenderão, preferencialmente</i>, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)</p> <p>§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.</p> <p>§ 2º Estão excluídos da regra do caput:</p>	<p>SEM CORRESPONDÊNCIA</p>

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

<p>no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.</p> <p>§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:</p> <p>I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;</p> <p>II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040º, inciso II.</p> <p>OBS: NOVA REDAÇÃO DO CAPUT: “Art. 12º. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.</p>	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Antes mesmo de o CPC 2015 entrar em vigor, o art. 12 sofreu significativa alteração que, ao nosso ver, fez com que seu conteúdo, de certa forma fosse esvaziado. Isso porque, na redação original, constava que “Os juízes e os tribunais deverão ***obedecer***” a ordem cronológica, o que impunha conduta de respeito efetivo à ordem cronológica. Com a alteração, que substituiu o vocábulo “obedecer” por “atenderão preferencialmente” a ordem cronológica deixar de ser obrigatória, para tão somente, preferencial.

De todo modo, imagina-se que o objetivo do legislador seria, primordialmente, dar transparência aos julgamentos, evitar o “engavetamento” daqueles casos mais complexos e controlar eventual má-fé.

Além disso, trazer um maior controle da atividade jurisdicional e dos serventuários da justiça quanto ao cumprimento de prazos e previsão expressa de abertura de procedimentos junto aos órgãos de controle. De certa forma isso ocorre quando o art. 235º prevê a possibilidade expressa de representação ao Conselho Nacional de Justiça:

Art. 235º. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz

ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

§ 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.

§ 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.

Comentários ao artigo 13º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 13º. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.	

O art. 13º traz a representação máxima do respeito à soberania e melhor especificação do princípio da territorialidade, do tratamento da lei processual no espaço. Ao mesmo tempo, regula como os tratados, convenções e tratados internacionais serão aplicados aqui no Brasil, exatamente, sem que essa soberania seja violada.

Sobre as normas internacionais, Wambier et al. (2015, p. 72) explicam:

“Estes instrumentos internacionais tem a mesma hierarquia das leis ordinárias, salvo duas exceções:

(1) os que versem sobre direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais (art. 5º, §3º, CF 88);

(2) acordos cujo conteúdo diga respeito ao transporte internacional, firmado pela União (art. 178º, CF). Estes têm hierarquia correspondente às das emendas constitucionais, desde que aprovadas na Câmara e no Senado, em 2 (dois) turnos, por 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros”.

“Então, este *salvo* não significa que as normas constantes de tratados, convenções ou acordos internacionais sobre o processo devam prevalecer sobre as brasileiras. Isto quer dizer que, sendo estes tratados, convenções e acordos, normas brasileiras e também, e da mesma hierarquia, devem-se utilizar critérios de interpretação para ver qual prevalece no caso concreto”.

É relevante aqui, todavia, que se levem em consideração os critérios de interpretação adequados e em consonância com a Constituição Federal, para que não se leve à equivocada interpretação de prevalência das normas internacionais sobre as leis brasileiras, por serem de mesma hierarquia.

Comentários ao artigo 14º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 14º. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.	Art. 1.211º. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

O dispositivo em comento trata do direito intertemporal, que, tem como base duas regras: irretroatividade e aplicação imediata da lei nova. Ocorre que a questão, na prática, é bem mais complicada que o que parece. O CPC 15 traz, nas disposições finais e transitórias, alguns dispositivos que tentam resolver alguns dos seus problemas, mas o que se observa é que somente a prática nos apresentará tanto os questionamentos quanto as soluções.

Dessa forma, apresentaremos, aqui, os principais dispositivos do CPC 2015 a respeito do tema:

Art. 1.046º. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a [Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#).

§ 1º As disposições da [Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#), relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.

§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

§ 3º Os processos mencionados no [art. 1.218º da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#), cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.

§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

§ 5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código.

Art. 1.047º. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

Art. 1.054º. O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos [arts. 5º, 325º e 470º da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#).

Art. 1.057º. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no [art. 475-L, § 1º](#), e no [art. 741º, parágrafo único, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#).

Art. 1.063º. Até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis previstos na [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no [art. 275, inciso II, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#).

Acerca desta norma, assim se manifestou o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

275. (arts. 229º, §2º90, 1.046º). Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, §2º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; redação alterada no V FPPC-Vitória).

295. (arts. 334º, § 12 357º, §9º, 1.046º). 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).

308. (arts. 489º, § 1º, 1.046º). Aplica-se o art. 489º, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do

CPC, ainda que conclusos os autos antes da sua vigência. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; redação alterada no V FPPC-Vitória).

311. (arts. 496º e 1.046º) A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da publicação em cartório ou disponibilização nos autos eletrônicos da sentença ou, ainda, quando da prolação da sentença em audiência, de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica as remessas determinadas no regime do art. 475º do CPC/1973. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; *redação alterada no V FPPC-Vitória e no VII FPPC-São Paulo.*)

341. (arts. 975º, §§ 2º e 3º, e 1.046º) O prazo para ajuizamento de ação rescisória é estabelecido pela data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, de modo que não se aplicam as regras dos §§ 2º e 3º do art. 975º do CPC à coisa julgada constituída antes de sua vigência. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

354. (arts. 1.009º, § 1º, 1.046º) O art. 1009º, §1º, não se aplica às decisões publicadas em cartório ou disponibilizadas nos autos eletrônicos antes da entrada em vigor do CPC. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; redação alterada no V FPPC-Vitória).

355. (arts. 1.009º, §1º, e 1.046º) Se, no mesmo processo, houver questões resolvidas na fase de conhecimento em relação às quais foi interposto agravo retido na vigência do CPC/1973, e questões resolvidas na fase de conhecimento em relação às quais não se operou a preclusão por força do art. 1.009º, §1º, do CPC, aplicar-se-á ao recurso de apelação o art. 523º, §1º, do CPC/1973 em relação àquelas, e o art. 1.009º, §1º, do CPC em relação a estas. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

356. (arts. 1.010º, § 3º, e 1.046º) Aplica-se a regra do art. 1.010º, § 3º, às apelações pendentes de admissibilidade ao tempo da entrada em vigor do CPC, de modo que o exame da admissibilidade destes

recursos competirá ao Tribunal de 2º grau. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

366. (art. 1.047º). O protesto genérico por provas, realizado na petição inicial ou na contestação ofertada antes da vigência do CPC, não implica requerimento de prova para fins do art. 1047º. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

367. (arts. 1.054º, 312º, 503º). Para fins de interpretação do art. 1.054º, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

424. (art. 319º; art. 15º, Lei 11.419/2006) Os parágrafos do art. 319º devem ser aplicados imediatamente, inclusive para as petições iniciais apresentadas na vigência do CPC-1973. (Grupo: Direito intertemporal).

449. (art. 806º do CPC/1973) O art. 806º do CPC de 1973 aplica-se às cautelares propostas antes da entrada em vigor do CPC de 2015. (Grupo: Direito intertemporal).

463. (arts. 932º, parágrafo único, 933º e 9º, 10º) O parágrafo único do art. 932º e o art. 933º devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC/2015 e ainda pendentes de julgamento. (Grupo: Direito intertemporal; *redação alterada no VII FPPC-São Paulo*).

466. (art. 942º) A técnica do art. 942º não se aplica aos embargos infringentes pendentes ao tempo do início da vigência do CPC, cujo julgamento deverá ocorrer nos termos dos arts. 530º e seguintes do CPC de 1973. (Grupo: Direito intertemporal).

476. (arts. 1046º e 14º) Independentemente da data de intimação, o direito ao recurso contra as decisões unipessoais nasce com a publicação em cartório, secretaria do juízo ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer, ou, ainda, nas decisões proferidas em primeira instância, será da prolação de decisão em audiência. (Grupo: Direito intertemporal; *redação alterada no VII FPPC-São Paulo*).

477. (arts. 1.026º e 219º) Publicada em cartório ou inserida nos autos eletrônicos a decisão que julga embargos de declaração sob a vigência do CPC de 2015, computar-se-ão apenas os dias úteis no prazo para o recurso subsequente, ainda que a decisão embargada tenha sido proferida ao tempo do CPC de 1973, tendo em vista a interrupção do prazo prevista no art. 1.026º. (Grupo: Direito intertemporal).

479. (arts. 1046º e 43º) As novas regras de competência relativa previstas no CPC de 2015 não afetam os processos cujas petições iniciais foram protocoladas na vigência do CPC-73. (Grupo: Direito intertemporal).

493. (art. 190º) O negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015. (Grupo: Direito Intertemporal).

528. (art. 520º, §2º; art. 523º, §1º) No cumprimento provisório de sentença por quantia certa iniciado na vigência do CPC-1973, sem garantia da execução, deve o juiz, após o início de vigência do CPC-2015 e a requerimento do exequente, intimar o executado nos termos dos arts. 520º, §2º, 523º, §1º e 525º, *caput*. (Grupo: Direito Intertemporal).

530. (art. 525º). Após a entrada em vigor do CPC-2015, o juiz deve intimar o executado para apresentar impugnação ao cumprimento de sentença, em quinze dias, ainda que sem depósito, penhora ou caução, caso tenha transcorrido o prazo para cumprimento espontâneo da obrigação na vigência do CPC-1973 e não tenha àquele tempo garantido o juízo. (Grupo: Direito Intertemporal).

564. (arts.1032º-1033º). Os arts. 1.032º e 1.033º devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento. (Grupo: Direito Intertemporal).

567. (arts.1.046º, § 1º; art. 1.047º). Invalidado o ato processual praticado à luz do CPC de 1973, a sua repetição observará o regramento do CPC-2015, salvo nos casos de incidência do art. 1047º do CPC-2015 e no que refere às disposições revogadas relativas ao procedimento sumário, aos procedimentos especiais e às cautelares. (Grupo: Direito Intertemporal).

568. (art. 1046º, §1º). As disposições do CPC-1973 relativas aos procedimentos cautelares que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do CPC/2015. (Grupo: Direito Intertemporal).

569. (art.1.047º; art. 190º). O art. 1.047 não impede convenções processuais em matéria probatória, ainda que relativas a provas requeridas ou determinadas sob vigência do CPC-1973. (Grupo: Direito Intertemporal).

574. (arts. 4º; 8º) A identificação de vício processual após a entrada em vigor do CPC de 2015 gera para o juiz o dever de oportunizar a regularização do vício, ainda que ele seja anterior. (Grupo: Direito intertemporal).

596. (art. 937º, VIII) Será assegurado às partes o direito de sustentar oralmente no julgamento de agravo de instrumento que verse sobre tutela provisória e que esteja pendente de julgamento por ocasião da entrada em vigor do CPC de 2015, ainda que o recurso tenha sido interposto na vigência do CPC de 1973. (Grupo: Direito intertemporal).

616. (arts. 1046º; 14º) Independentemente da data de intimação ou disponibilização de seu inteiro teor, o direito ao recurso contra as decisões colegiadas nasce na data em que proclamado o resultado da sessão de julgamento. (Grupo: Direito intertemporal).

Comentários ao artigo 15º.

CPC 2015	CPC 1973
Art. 15º. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.	

Iniciaremos os nossos comentários com a observação de Canela Junior (2016, p. 127), que afirma serem incongruentes as hipóteses apresentadas pelo dispositivo legal:

“A primeira parte do art. 15 do CPC/2015 estabelece como condição inicial para a aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições a ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Aparentemente, o legislador estaria se referindo à inexistência de normas, ou seja, à omissão legislativa. Entretanto, esta não será a única hipótese de aplicação das normas processuais civis a outros ramos do direito processual.”

“A aplicação supletiva das normas processuais civis pressupõe omissão legislativa, porque haverá necessidade de complemento da norma. Já a aplicação subsidiária se refere, dentro do contexto normativo, ao auxílio interpretativo ou melhor estabelecimento dos parâmetros de exegese normativa. É possível, portanto, que a aplicação subsidiária da norma processual decorra da necessidade de harmonização dos institutos jurídicos dos diversos ramos do direito processual, e não da omissão legislativa”

O que Canela Junior entende é que basta que exista uma lacuna que dificulte a aplicação correta da norma processual nos outros ramos mencionados, para que se aplique a norma processual civil.

Sabemos que esse artigo já é e continuará sendo objeto de intenso debate. Isso porque, conforme já afirmamos em outra oportunidade, tão logo entrou em vigor o CPC 15, cuidou o Tribunal Superior do Trabalho de, através das Resoluções 203, 204, e 205, todas de 2016, indicar vários dispositivos que entende inaplicáveis ao processo do trabalho, deixando claro que, ao ser ver, não encontrou qualquer omissão na Consolidação das Leis do Trabalho ou, em outros casos, os dispositivos seriam incompatíveis.

Independentemente do posicionamento do TST, até porque anterior a ele, o Fórum Permanente de Processualistas Civis já publicou diversos enunciados sobre a aplicabilidade do CPC 15 ao processo do trabalho. Dessa forma, somente a prática jurídica indicará como, de fato, o artigo 15º do CPC 15 será efetivamente aplicado⁶

⁶112. (arts. 90, § 3º, 15) No processo do trabalho, se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais, se houver. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

113. (art. 98) Na Justiça do Trabalho, o empregador pode ser beneficiário da gratuidade da justiça, na forma do art. 98. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

124. (art. 133; art. 15) A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

126. (art. 134; art. 15) No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

131. (art. 190; art. 15) Aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 190 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

139. (art. 287; art. 15) No processo do trabalho, é requisito da petição inicial a indicação do endereço, eletrônico ou não, do advogado, cabendo-lhe atualizá-lo, sempre que houver mudança, sob pena de se considerar válida a intimação encaminhada para o endereço informado nos autos. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

145. (art. 319; art. 15) No processo do trabalho, é requisito da inicial a indicação do número no cadastro de pessoas físicas ou no cadastro nacional de pessoas jurídicas, bem como os endereços eletrônicos do autor e do réu, aplicando-se as regras do novo Código de Processo Civil a respeito da falta de informações pertinentes ou quando elas tornarem impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

151. (arts. 334, § 12; art. 357, § 9º; art. 15) Na Justiça do Trabalho, as pautas devem ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências designadas para instrução do feito. Para as audiências para simples tentativa de conciliação, deve ser respeitado o intervalo mínimo de vinte minutos. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

155. (art. 455, § 4º) No processo do trabalho, as testemunhas somente serão intimadas judicialmente nas hipóteses mencionadas no § 4º do art. 455, cabendo à parte informar ou intimar as testemunhas da data da audiência. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

159. (art. 485, § 7º) No processo do trabalho, o juiz pode retratar-se no prazo de cinco dias, após a interposição do recurso contra sentença que extingue o processo sem resolução do mérito. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

162. (art. 489, §1º) Para identificação do precedente, no processo do trabalho, a decisão deve conter a identificação do caso, a suma do pedido, as alegações das partes e os fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

167. (art. 926; art. 947, § 3º; art. 976; art. 15) Os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de suas próprias súmulas e aos seus precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

199. (arts. 938, § 1º, e 15) No processo do trabalho, constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

200. (art. 941, § 3º, e 15) Fica superado o enunciado 320 da súmula do STJ (“A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”). (Grupo: Ordem dos Processos nos Tribunais e Recursos Ordinários).

245. (art. 99, § 4º, 15). O fato de a parte, pessoa natural ou jurídica, estar assistida por advogado particular não impede a concessão da justiça gratuita na Justiça do Trabalho. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

246. (arts. 99, §7º, e 15). Dispensa-se o preparo do recurso quando houver pedido de justiça gratuita em sede recursal, consoante art. 99, §6º, aplicável ao processo do trabalho. Se o pedido for indeferido, deve ser fixado prazo para o recorrente realizar o recolhimento. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

250. (art. 138; art. 15). Admite-se a intervenção do amicus curiae nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

294. (arts. 332 e §1º e 15). O julgamento liminar de improcedência, disciplinado no art. 333, salvo com relação ao §1º, se aplica ao processo do trabalho quando contrariar: a) enunciado de súmula ou de Orientação Jurisprudencial do TST; b) acórdão proferido pelo TST em julgamento de recursos de revista repetitivos; c) entendimento firmado em resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

302. (arts. 373, §§1º e 2º, e 15). Aplica-se o art. 373, §§1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

304. (art. 489; art. 15). As decisões judiciais trabalhistas, sejam elas interlocutórias, sentenças ou acórdãos, devem observar integralmente o disposto no art. 499, sobretudo o seu §1º, sob pena de se reputarem não fundamentadas e, por conseguinte, nulas. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

325. (arts. 927 e 15). A modificação de entendimento sedimentado pelos tribunais trabalhistas deve observar a sistemática prevista no art. 927, devendo se desincumbir do ônus argumentativo mediante fundamentação adequada e específica, modulando, quando necessário, os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

O Tribunal Superior Eleitoral, por ocasião das eleições 2015, também já se manifestou pela adaptação do Código de Processo Civil ao Processo Eleitoral. Na resolução nº 23.478, o TSE indica tudo aquilo que, ao menos por enquanto, entende ser compatível e aplicável. Para exemplificar, observe-se que o art. 2º, da referida norma já reforça que, em razão da especialidade da matéria, há de se lembrar que o CPC tem aplicação supletiva e subsidiária (nessa ordem) aos recursos e processos eleitorais⁷.

O artigo 3º da mencionada resolução prevê, por outro lado, a aplicação expressa dos arts. 9º e 10º do CPC 15, ao mesmo tempo que o art. 6º determina não se aplicarem ao processo eleitoral, os dispositivos referentes à mediação e conciliação, o que é perfeitamente compreensível, dada a natureza do direito material envolvido.

O que se vê, portanto, é que aos poucos os nosso Tribunais se adaptam a um novo sistema e a uma nova forma de enxergar o processo.

326. (arts. 927 e 15). O órgão jurisdicional trabalhista pode afastar a aplicação do precedente vinculante quando houver distinção entre o caso sob julgamento e o paradigma, desde que demonstre, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

329. (arts. 843, caput e §1º, e 15). Na execução trabalhista deve ser preservada a quota parte de bem indivisível do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução, sendo-lhe assegurado o direito de preferência na arrematação do bem em igualdade de condições. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

330. (arts. 895 e 15). Na Justiça do trabalho, o juiz pode deferir a aquisição parcelada do bem penhorado em sede de execução, na forma do art. 895 e seus parágrafos. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

331. (arts. 916 e 15). O pagamento da dívida objeto de execução trabalhista fundada em título extrajudicial pode ser requerido pelo executado nos moldes do art. 916.96 (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho; redação revista no VI FPPC-Curitiba).

332. (arts. 938, §1º, e 15). Considera-se vício sanável, tipificado no art. 938, §1º, a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte renovar o ato processual com a juntada dos originais. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

333. (arts. 938, §1º e 15). Em se tratando de guia de custas e depósito recursal inseridos no sistema eletrônico, estando o arquivo corrompido, impedido de ser executado ou de ser lido, deverá o relator assegurar a possibilidade de sanar o vício, nos termos do art. 938, §1º. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

335. (arts. 947 e 15). O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

347. (arts. 976 e 15). Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

350. (arts. 988 e 15) Cabe reclamação, na Justiça do Trabalho, da parte interessada ou do Ministério Público, nas hipóteses previstas no art. 988, visando a preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões e do precedente firmado em julgamento de casos repetitivos. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

352. (arts. 998, caput e parágrafo único, e 15) É permitida a desistência do recurso de revista repetitivo, mesmo quando eleito como representativo da controvérsia, sem necessidade de anuência da parte adversa ou dos litisconsortes; a desistência, contudo, não impede a análise da questão jurídica objeto de julgamento do recurso repetitivo. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

353. (arts. 1.007, § 7º, e 15) No processo do trabalho, o equívoco no preenchimento da guia de custas ou de depósito recursal não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

⁷ Importante lembrar, por exemplo, que o Recurso Especial e Recurso Extraordinário eleitorais tem prazo de interposição de apenas 3 (três) dias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC 15 é fruto do Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo firmado após a Emenda Constitucional 45 de 2001 entre os três poderes.

Em decorrência do pacto, o Senado Federal no Ato do Presidente nº 379 de setembro de 2009 instituiu a Comissão de Juristas, presidida à época pelo Ministro do STJ, hoje Ministro do STF, Luiz Fux, composta por outros notáveis processualistas, destinada a elaborar o anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.

O trabalho da comissão foi desenvolvido e realizaram-se audiências públicas nas cinco regiões do país para dar publicidade ao texto do anteprojeto e recolher críticas e sugestões.

Em meados de 2010 o texto foi entregue ao Senado, dando origem ao Projeto de Lei nº 166/2010, contando, então, o projeto com 5 livros e 970 artigos. Após debates e votação no Senado, sob o encargo do Senador Relator Valter Pereira, o projeto foi enviado no mesmo ano para a Câmara dos Deputados onde recebeu o nº 8.046/2010, mantendo a composição de 5 livros, mas já com 1.007 artigos. Iniciada a tramitação na Câmara, o projeto teve como relator o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, até meados de 2012, e após, o Deputado Paulo Teixeira.

Ao longo da tramitação, inúmeros outros projetos de lei de alteração do CPC foram anexados, emendas foram propostas e destaques foram debatidos. Em 26.03.2014 a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de Lei nº 8046/2010 que passou a tramitar no Senado. Sendo finalmente sancionado em 16.03.2015 constituindo a Lei 13.105.

O pacto estabelecia as premissas sob as quais seria redigido o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, quais sejam:

- I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;
- II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;
- III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

O pacto determina como matérias prioritárias:

2 - Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional

[...]

2.6 - Revisão de normas processuais, visando a agilizar e a simplificar o processamento e julgamento das ações, coibir os atos protelatórios, restringir as hipóteses de reexame necessário e reduzir recursos.

2.7 - Aperfeiçoamento do sistema de execução trabalhista para incorporar aprimoramentos já adotados no processo de execução civil.

2.8 - Aperfeiçoamento do recurso de revista, do recurso ordinário e do procedimento sumaríssimo no processo trabalhista.

[...]

2.11 - Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo.

3 - Acesso universal à Justiça:

3.1 - Fortalecimento da Defensoria Pública e dos mecanismos destinados a garantir assistência jurídica integral aos mais necessitados.

3.2 - Revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa.

[...]

Essa é a base conceitual que inspirou e norteou a redação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, sendo expresso o desejo de que o processo do trabalho, também absorvesse as inovações e aprimoramentos da legislação de processo civil, como se vê nos itens 2.7 e 2.8.

A exposição de motivos do anteprojeto de novo código de processo civil é iniciada com o estabelecimento de fundamental premissa:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

De vital importância a exposição de motivos estabelecer já de início a fundamental premissa de que as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito não se coadunam com um sistema processual que não garanta à sociedade o reconhecimento e a realização de direitos.

Esse é o norte que inspirou a redação do anteprojeto.

De clareza solar a menção de Barbosa Moreira (2001, p. 185) que dá a perfeita noção dos objetivos do anteprojeto:

“Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”

Para sacramentar:

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

Não obstante, nos parece que o CPC 15 respeita em absoluto o princípio do contraditório quando este não afronta outro princípio fundamental do Estado Democrático de Direito que é a prestação célere e efetiva de justiça.

O objetivo real do CPC 15 é efetivar justiça a todos os cidadãos. Sejam aqueles sob a competência do processo civil, sejam aqueles sob a égide do processo do trabalho.

Nos cabe esperar que no futuro as normas e justiças se harmonizem e juntas produzam um processo justo, célere e efetivo.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. Comentários à Parte Geral, Livro I - Das Normas Processuais Civis - Título Único - Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais - Capítulo I - Das Normas Fundamentais do Processo Civil – Comentários ao artigo 15. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Thomson Reuters/ Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte geral – Livro I – artigos 1º. a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DUARTE, Zulmar. Comentários à Parte Geral, Livro I - Das Normas Processuais Civis - Título Único - Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais - Capítulo I - Das Normas Fundamentais do Processo Civil- Comentários ao artigo 11. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, VASCONCELOS, Andre; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Método/Gen, 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, VASCONCELOS, Andre; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Método/Gen, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2016.
- VARGAS Jorge de Oliveira. Comentários à Parte Geral, Livro I - Das Normas Processuais Civis - Título Único - Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais - Capítulo I - Das Normas Fundamentais do Processo Civil. In: CUNHA, José Sebastião

Fagundes (coord). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Thomson Reuters/ Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.

A Aplicabilidade Do Incidente De Desconsideração Da Personalidade Jurídica No Redirecionamento Da Execução Fiscal (Art. 135º, Iii, Do Ctn). Análise Crítica Da Jurisprudência Do Superior Tribunal De Justiça

Alexandre Minatti⁸

INTRODUÇÃO

Embora ainda não se possa falar que o entendimento manifestado pela Primeira e pela Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça representará o entendimento consolidado daquela Corte, objetivamente, tem-se que as primeiras decisões (proferidas nos julgamentos do REsp 1.775.269/PR e do REsp 1.786.311/PR) indicam a rejeição da aplicação do incidente de desconsideração de personalidade jurídica (previsto nos arts. 133º e seguintes, do Código de Processo Civil) nos casos comumente chamados de redirecionamento da execução fiscal.

Apesar de distintas quanto à abrangência da (in)aplicabilidade do incidente, as duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, especialmente em relação às hipóteses de responsabilidade do sócio, com fundamento do art. 135º, III, do Código Tributário Nacional, indicam a mesma conclusão: em sendo a responsabilidade do sócio pessoal, estando caracterizada a hipótese legal, não há propriamente uma desconsideração da personalidade jurídica e, portanto, o incidente seria inaplicável. Lê-se do voto proferido pelo Ministro Gurgel de Faria:

“Caso o pedido de redirecionamento da execução fiscal mire pessoas jurídicas não elencadas na Certidão de Dívida Ativa, após a comprovação, pela Fazenda, da caracterização de hipótese legal de responsabilização dos terceiros indicados, o magistrado também pode decidir pela inclusão no polo passivo sem a instauração do incidente de desconsideração, pois a responsabilização de terceiros tratada no Código Tributário Nacional não necessita da desconsideração da pessoa jurídica devedora. Com efeito, a atribuição de responsabilidade tributária aos sócios gerentes, nos termos do art. 135º do Código Tributário Nacional, não depende mesmo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade

⁸ Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Ceapro – Centro de Estudos Avançados de Processo. Advogado, em São Paulo. alexandre@vca.adv.br

*empresária prevista no art. 133º do CPC/2015, pois a responsabilidade dos sócios, de fato, já lhes é atribuída pela própria lei, de forma pessoal e subjetiva (v.g. AgInt no REsp 1.646.648/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/11/2017), na hipótese de ‘atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos’”.*⁹

O objetivo deste breve estudo é analisar, de forma crítica, o entendimento acima manifestado, focando exclusivamente nos casos em que se pretende o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da pessoa jurídica executada, com fundamento no art. 135º, III, do Código Tributário Nacional (dissolução irregular ou atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto), quando estes não constam do título executivo, isto é, quando os sócios não estão arrolados como devedores na certidão de dívida ativa.¹⁰

Para tanto, cabe-nos, de início, verificar qual a natureza da responsabilidade do sócio da pessoa jurídica executada, e as consequências processuais daí decorrentes, bem como os fundamentos e particularidades do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, para então, confrontá-los com a conclusão manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça.

DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO

A definição da natureza jurídica da responsabilidade tributária do sócio, em caso de redirecionamento da execução fiscal, é ponto bastante controverso, especialmente em razão da complexidade do sistema tributário e da ausência de sentido unívoco do termo “responsável”, o qual abarca tanto a pessoa como tal definida, “*desde que não tenha relação pessoal e direta com o fato gerador tributário*”¹¹, mas uma relação meramente indireta; como aquele terceiro que não mantém nenhuma relação (sequer indireta) com o fato tributado, e cujo fundamento, segundo abalizada doutrina, está no descumprimento de um dever de diligência ou cooperação.¹²

⁹ REsp 1.775.269/PR, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe em 01.03.2019.

¹⁰ Nestes casos, o sócio já poderia ter sido demandado desde o início do processo executivo, pois consta como devedor na certidão de dívida ativa, de modo que não se trata, propriamente, de inclusão de terceiro na relação processual executiva ou mesmo de caso de responsabilidade secundária; quando muito, terá havido uma “correção” do polo passivo, pois o litisconsórcio poderia ter nascido já no ajuizamento da execução fiscal.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 322.

¹² *Ibid*, p. 324.

A confusão, portanto, está, de um lado, na acepção do termo responsável, visto poder sê-lo diretamente por imposição normativa que o eleja como sujeito passivo da obrigação tributária (excluindo ou não a responsabilidade do contribuinte – arts. 128º, do CTN), ou, ainda, porque descumpriu um dever e, como tal, para facilitar a cobrança do crédito tributário, a lei o coloca como responsável direto (arts. 131º, 132º e 133º, do CTN) ou solidário (art. 134º, do CTN) pelo tributo.¹³

Para tornar a questão ainda mais tormentosa, o *caput* do art. 134º, do CTN, menciona, de forma clara, que os terceiros lá arrolados, “*respondem solidariamente com este [o contribuinte] nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis*”, ao passo que o art. 135, apesar de beber da mesma fonte e estar inserido na mesma seção, diz se tratar de responsabilidade pessoal.

Diante disso, parcela da doutrina passou a entender que, estando caracterizada a hipótese do *caput* do art. 135º, por se tratar de responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes, estaria excluída a responsabilidade da pessoa jurídica.¹⁴ Haveria, então, com o redirecionamento da execução fiscal, uma correção do polo passivo executivo: caracterizada que fosse a infração, a pessoa jurídica deveria ser excluída daquela relação e o sócio-gerente chamado a integrar o polo passivo.

Sem enfrentar, nesta oportunidade, as questões processuais tormentosas que essa solução traria, a tese acima parece dar suporte à ideia de que o redirecionamento da execução fiscal não cuida de hipótese de “*desconsideração da personalidade jurídica, pois apenas cuida da responsabilidade pessoal daqueles que representam a pessoa jurídica quando agem com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”.¹⁵

A posição, contudo, jamais foi unânime e, dentre outros, Hugo de Brito Machado, sustentou a impossibilidade de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica (em princípio, contribuinte) sem expressa previsão normativa, pois a simples referência à responsabilidade pessoal não implica, *ipso facto*, e plena ausência de responsabilidade de outrem – especialmente do contribuinte.¹⁶

¹³ Vale observar – e essa percepção é relevante para o perfeito entendimento da questão – que o fato de a norma tributária atribuir ao terceiro responsabilidade pessoal pelo recolhimento do tributo, nos casos em que aquele sequer indiretamente participa da relação jurídica tributária, não afasta ou impede que o terceiro procure se ressarcir perante o sujeito passivo tributário.

¹⁴ Nesse sentido, “*considerando que o texto legal faz expressa menção à responsabilidade pessoal e não solidária ou subsidiária, é de se concluir pela inexistência de responsabilidade do contribuinte – que não deu causa à situação*” (KFOURI JR., Anis. *Curso de direito tributário*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251) e “*o art. 135 do CTN retrata modalidade de responsabilização direta e exclusiva de terceiros e, conseqüentemente, caso de exclusão da responsabilidade da sociedade para aquele exclusivo fato*” (CANAZARO, Fábio. A responsabilidade tributária dos sócios e dos dirigentes em relação ao passivo tributário da sociedade cooperativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 145, out/2007, p. 23).

¹⁵ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 230.

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 160-162.

E de fato, essa posição acabou – inclusive por uma imposição prática – prevalecendo. Após inúmeros debates, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o mero inadimplemento do tributo não constitui ato ilícito apto a deflagrar a responsabilidade pessoal do sócio-gerente (Súmula 430), o que, implicitamente, significa afirmar que o ato ilícito não está na gênese da obrigação tributária, mas na prática de outros atos (ilícitos), como, por exemplo, a dissolução irregular.

Isto é, “os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, aos quais se reporta o art. 135º, III, do CTN, são aqueles atos em virtude dos quais a pessoa jurídica tornou-se insolvente”¹⁷, ou, ainda que não sejam tais atos aqueles que conduziram à insolvência, deve-se reconhecer que este ato ilícito é, invariavelmente, posterior ao fato gerador tributário e tampouco poderia conduzir ao reconhecimento da invalidade ou inexistência da obrigação tributária (especialmente porque as relações entre particulares (sócio e pessoa jurídica) não podem alterar a substância da imposição normativa tributária). Ou seja, reconhece-se que o fato jurídico que enseja a responsabilidade pessoal do sócio é distinto do fato gerador tributário.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que “o fato de a responsabilidade do sócio ser qualificada como ‘pessoal’ não implica a exclusão da sociedade contribuinte da relação jurídico-tributária (...) Em verdade, o que o art. 135º, III, do CTN prevê é a abertura de um novo caminho para a satisfação do crédito tributário sem descurar dos demais já existentes.”¹⁸

Fica claro que a responsabilidade pessoal do sócio-gerente, na linha do quanto exposto acima, decorre da inobservância de um dever, da prática de um ilícito, e, portanto, sem que ele tenha relação direta com o fato imponible, a lei atribuiu ao sócio a responsabilidade tributária, como forma de sancionar a conduta contrária ao direito. Ora, se o sócio-gerente não mantém – sequer de forma indireta – vínculo com o fato jurídico tributário, e estando claro o caráter sancionador da norma, é fácil concluir que, em relação àquela relação tributária originária (e que gerou a execução fiscal), o sócio-gerente é terceiro, tanto no aspecto processual, como no aspecto material: a pessoalidade referida na norma, na medida em que não altera a qualificação da sociedade como contribuinte, não tem o condão de qualificá-lo como “obrigado”, mas apenas como “responsável” pelo adimplemento da obrigação tributária.

¹⁷ *Ibid*, p. 161.

¹⁸ REsp 1.455.490/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.09.2014.

DA POSIÇÃO PROCESSUAL DO SÓCIO RESPONSÁVEL

Apesar dos inúmeros debates doutrinários acerca do conceito de parte e de terceiro, para os fins aqui propostos, é suficiente que se tenha que “*parte é aquele que pede ou contra quem se pede uma providência jurisdicional (Chiovenda) ou todo aquele que se encontra num contraditório perante o juiz (Liebman)*”, do que se extrai que, terceiro, será todo aquele que não estiver integrado ao processo.¹⁹

A peculiaridade que há na execução é que, em princípio, exequente e executado estão identificados no título executivo, o ponto de partida para a aferição da legitimidade ativa e da legitimidade passiva.²⁰ E ponto de partida porque a lei permite que o título circule ou que terceiros sejam chamados a responder à execução, ou seja, não há (ou pode não haver) perfeita coincidência entre as partes e aqueles sujeitos indicados no título executivo que deflagra a execução.²¹

Ponto sensível da questão está na caracterização como parte ou como terceiro do sujeito que poderá ser atingido pela execução, porquanto nem sempre a atividade executiva recairá sobre o patrimônio daquele que figura como devedor no título. Como bem anota Araken de Assis, “*a relevância prática da distinção entre parte e terceiro, na demanda executória, se mostra digna de registro em face da contundente diversidade do regime de defesa do devedor e do terceiro*”.²²

Para os objetivos deste trabalho, bastará a menção de que a falta de coincidência entre exequente e executado em relação aos sujeitos indicados no título pode se dar por sucessão, por transmissão, fusão, incorporação etc., sendo mais volátil a estabilização subjetiva da demanda executiva, quando comparada ao processo de conhecimento. Importa, portanto, aquelas situações em que a esfera patrimonial de terceiros pode ser atingida pela execução, porque possui bens sujeitos à execução ou por responsabilidade executiva.²³

¹⁹ É a doutrina de Antônio Cláudio da Costa Machado. In: *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo*, parágrafo por parágrafo. 5. Ed. Barueri: Manole, 2006, p. 982.

²⁰ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 131.

²¹ “Assim, por exemplo, a denominada legitimação derivada ou superveniente das pessoas referidas no art. 567 do CPC é averiguada em atenção ao direito contido no título executivo: podem mover a execução os sucessores do credor, sempre que lhes for transmitido o direito constante do título executivo (art. 567, inc. I, do CPC), o mesmo se podendo dizer do cessionário (inc. II do mesmo artigo), sempre que o direito tiver sido transferido por ato entre vivos (endosso ou cessão, por exemplo)”. MEDINA, José Miguel Garcia. Notas sobre a distinção entre partes e terceiros na execução civil: algumas situações limítrofes. In: DIDIER JR., Fredie. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil* (e assuntos afins). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 564.

²² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 572.

²³ SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. Sobre as partes e terceiros na execução forçada. In: DIDIER JR., Fredie. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil* (e assuntos afins). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 348.

Há situações nas quais o patrimônio de terceiro será atingido pela atividade executiva. Tais casos podem ser agrupados em dois blocos distintos: (a) quando um determinado bem é atingido; (b) quando todo o patrimônio – indistintamente – é atingido.

No primeiro caso, apesar da falta de consenso doutrinário²⁴, é possível afirmar que o atingimento de determinado bem (porque alienado fraudulentamente, por exemplo) não terá o condão de inserir o adquirente naquela relação jurídica processual e tampouco de substituir o executado originário, que continuará respondendo pelo débito se insuficiente a expropriação do bem que estava com o terceiro.²⁵ Por este motivo, o terceiro apresentará defesa de embargos de terceiro, nos termos do art. 674º, do Código de Processo Civil, porque não se torna parte na demanda executiva em sua inteireza, mas defende exclusivamente determinado bem dos atos executivos.²⁶

Outra situação muito diferente é a do responsável, que deverá responder com a integralidade de seus bens, ou seja, a responsabilidade recai sobre a integralidade do patrimônio e não sobre um bem específico. Neste caso, como a parte passiva da ação executiva é aquela cujo patrimônio é atingido para a satisfação do crédito, é de se concluir que o responsável deve ser vinculado à relação processual e deve ser considerado parte na execução.²⁷

Como visto no tópico precedente, o sócio cujo patrimônio será indistintamente atingido pela execução é, num primeiro momento, alheio àquela relação jurídico-processual, mas, a partir do momento em que as atividades executivas se voltam contra os seus bens, deve ser considerado parte. A questão que permanece é saber de qual forma o sócio deverá ser integrado ao processo executivo, isto é, se poderá sê-lo por mera decisão no bojo da ação

²⁴ Para consulta sobre as diversas posições doutrinárias, com indicação bibliográfica, confira-se ASSIS, Araken de. Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo. *Ajuris* – Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 5-14, jul. 1994.

²⁵ NETO, Olavo de Oliveira. O terceiro adquirente de bem penhorado ou alienado em fraude de execução – meios processuais adequados para efetivação de seus direitos. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos* – Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 403.

²⁶ “Assim e embora da perspectiva do terceiro essa atuação jurisdicional até possa estar alcançando diretamente seu patrimônio, para o órgão judicial é como se esse bem nunca tivesse deixado a esfera patrimonial do devedor. É que em relação ao devedor-alienante, em fraude de execução, por exemplo, embora o bem aparentemente não seja mais de sua propriedade, na realidade o é, uma vez que essa alienação é ineficaz em relação ao credor-exequente. Por esse motivo, aquele que o recebeu e se vê, após isso, atingido pela atuação executiva da jurisdição, preservará a condição de terceiro perante o processo de execução para todos os efeitos legais, até porque não é responsável direto nem indireto pela dívida do devedor.” SANTOS, *Op. Cit.*, p. 355.

²⁷ Não será possível “executar os bens de terceiro responsável sem vinculá-lo à relação processual, mediante regular citação, posto que ninguém pode ser privado de seus bens sem observância do devido processo legal e sem que lhe sejam assegurados o contraditório e os meios de defesa em juízo (CF, art. 5º, n. LIV e LV). THEODORO JR. Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV, p. 66.

executiva, ou se, para tanto, há necessidade da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.²⁸

ASPECTOS MATERIAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Sem qualquer pretensão de esgotar tão rico tema, de natureza nitidamente interdisciplinar, é preciso que sejam feitas algumas considerações sobre os aspectos materiais da desconconsideração da personalidade jurídica, passando, na sequência, a verificação de seus impactos no processo, especialmente quanto a sua forma e momento de aplicação e a posição do sócio.

É inegável que a conveniência da criação da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade dos sócios é um grande incentivo para o desenvolvimento de atividades empresariais e o fomento da economia, seja pelo atrativo de se desenvolver uma atividade com dimensionamento do risco (limitado, em princípio, ao capital destacado), seja pela possibilidade de associação com outras pessoas em caso de atividades mais complexas.

A criação da pessoa jurídica é “*técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos*”²⁹ e, desta forma, só se justifica enquanto destinada ao atingimento daqueles objetivos econômicos ou sociais, porquanto é da essência da pessoa jurídica que sua própria razão de ser sirva a estes propósitos. Sempre que a pessoa jurídica não servir a estes propósitos e sua função for deturpada, torna-se legítimo descortinar sua personalidade.³⁰

De acordo com doutrina de Rubens Requião, como a pessoa jurídica só existe para o escopo ao qual se destina, nada mais justo do que se permitir ao Estado que verifique se esse privilégio está sendo devidamente utilizado, isto é, sem qualquer desvirtuamento, fraude ou abuso.³¹

²⁸ Para BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 168-169, com a “desconconsideração da personalidade jurídica os bens daquele por ela afetados ficam sujeitos à execução e não há criação de qualquer vínculo jurídico entre credor e sócio, já que este jamais esteve adstrito a satisfazer uma pretensão. Nem mesmo a obrigação de pagar, porque o devedor é a pessoa jurídica. A desconconsideração nada mais é de que uma forma de instituição de responsabilidade patrimonial por dívida de terceiro. Ou, como se diz na doutrina, responsabilidade executiva secundária”. Por sua vez, SOUZA, André Pagani de. *Desconconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92, pontua que “a responsabilidade que recai sobre o integrante da pessoa jurídica em razão da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é uma responsabilidade societária (primária), que não se confunde com a responsabilidade secundária extraída da teoria dualista da obrigação”. Quer se considere responsabilidade primária ou secundária, sendo o litisconsórcio, em regra, facultativo da execução, e estando o sócio alheio às atividades executivas até o momento anterior à desconconsideração da personalidade jurídica, a adoção de uma ou outra posição não altera o problema enfrentado neste trabalho.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 279.

³⁰ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. In: *Revista dos tribunais*, v. 58, n. 410, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1969, p. 12.

³¹ *Ibid*, p. 13.

A desconsideração da personalidade jurídica, portanto, se justifica sempre que se verificar a fraude ou o abuso do direito, com o “*intuito de fugir à incidência da lei ou de obrigações contratuais, ou causar fraudulentamente danos a terceiros*”³², porém, sempre com essa intenção específica, pois conspiraria contra a própria essência da pessoa jurídica admitir-se a superação de sua personalidade em qualquer caso de inadimplemento ou insucesso do empreendimento.³³

Certo, portanto, que o expediente da desconsideração da personalidade jurídica deve ser medida excepcional, para combater o abuso e a fraude, sem apenar o empresário que honestamente empreendeu seus esforços para determinada atividade, mas sem sucesso em sua empreitada.

De rigor pontuar que são duas as teorias da desconsideração: a teoria maior e a teoria menor. De acordo com a teoria maior, a superação da personalidade jurídica, com o objetivo de atingimento dos bens dos sócios, só é legítima quando for apurado o abuso ou a fraude, encampada, por exemplo, no Código Civil (artigo 50º), ao passo que, para a teoria menor, bastará o prejuízo do credor para que se autorize a invasão da esfera patrimonial dos sócios da pessoa jurídica (presente, entre outros, no Código de Defesa do Consumidor, artigo 28º, e na Legislação Ambiental, artigo 4º, da Lei nº 9.605/98).³⁴

A distinção, no entanto, e apesar das críticas doutrinárias³⁵, não trará maiores consequências para os escopos deste trabalho, embora possa, em alguma medida, justificar as divergências doutrinárias sobre a posição do sócio: se responsável secundário pelo débito, ou se codevedor, juntamente com a pessoa jurídica.

Talvez a mais relevante consequência dessa distinção se dê na interpretação do art. 795º, do CPC, e na amplitude do benefício de ordem. Segundo abalizada doutrina, em casos de desconsideração da personalidade jurídica, como a norma material atribui ao sócio a responsabilidade direta, deve responder solidariamente pelo débito e, portanto, não tem o direito de primeiro ver executados os bens da pessoa jurídica.³⁶

³² ALVIM, Arruda. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração de pessoa jurídica. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. Ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 172.

³³ “*Como se sabe, para a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário a demonstração e comprovação de situações fáticas revestidas de má-fé, fraude ou abuso de direito. (...) Não basta o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento da função da mesma*”. Agravo de Instrumento nº 7.141.906-2. Tribunal de Justiça de São Paulo. Décima Oitava Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Jurandir de Sousa Oliveira. Julgado em 07.08.2007.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

³⁵ Confirma-se, na extensa referência sobre as críticas doutrinárias, GRINOVER, *Op. Cit.*, pp. 175-179.

³⁶ Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, v. 5, p. 287 e SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 240.

Respeitada a opinião divergente, comungamos do entendimento de Pedro Henrique Torres Bianqui, para quem, mesmo nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio tem direito de indicar à penhora os bens sociais, antes de ter seu patrimônio constrito.³⁷ Em abono a tese, veja-se que, especialmente em relação ao tema aqui tratado, o Superior Tribunal de Justiça se inclina em reconhecer ao sócio, com suporte no art. 4º, § 3º, da Lei de Execuções Fiscais, o benefício de ordem.³⁸

Com efeito, uma vez que a inclusão do sócio no processo executivo não implica, como exposto nos tópicos precedentes, a exclusão da pessoa jurídica, fica claro que sua participação no processo se dá na qualidade de responsável, e não de obrigado (ou coobrigado). É caso típico em que se nota a não-coincidência entre obrigação e responsabilidade: aspecto fundamental que justifica a integração de terceiros – não obrigados – ao processo executivo.³⁹

Do ponto de vista do direito material, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser definida como a técnica que permite, sem as amarras e os limites impostos pelas normas do direito societário, o atingimento de bens dos sócios para responderem por obrigações contraídas pela pessoa jurídica, desde que presentes os requisitos legais. Por sua vez, em relação ao sócio cujo patrimônio será afetado, a responsabilidade será sempre pessoal, na medida em que a lei material lhe atribui – indistintamente – a responsabilidade pelo débito (plano da responsabilidade, *haftung*), sem qualquer limitação a este ou aquele determinado bem, mas, nem por isso, passa a qualificá-lo como obrigado pela prestação (plano do débito, *schuld*).⁴⁰

Nesse sentido, pode-se afirmar que, quando o Código Tributário Nacional, em seu art. 135º, III, estabelece que o sócio fica pessoalmente responsável pelo débito e, conseqüentemente, tem seus bens (indistintamente) sujeitos à execução nos termos da lei, estabelece caso típico em que a norma material autoriza, mediante determinados pressupostos, afastar a natural limitação da responsabilidade (ordinariamente associada diretamente à obrigação), para permitir o reconhecimento da responsabilidade de terceiros (os sócios) que não figuram originalmente como devedores da obrigação tributária.⁴¹

Ou seja, ao se falar, ordinariamente, em desconsideração da personalidade jurídica, está-se diante de situação em que há imputação de responsabilidade secundária, estendendo-se a

³⁷ BIANQUI, *Op. Cit.*, pp. 177-178.

³⁸ Confira-se o voto-vista do Ministro Mauro Campbell Marques no REsp 1.455.490/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.09.2014.

³⁹ VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49.

⁴⁰ Por todos, veja-se YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art. 133 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 229.

⁴¹ Em sentido análogo, sobre a prescrição do Código de Processo Civil, confira-se THEODORO JR., Humberto. Partes e terceiros na execução – responsabilidade patrimonial. In: *Revista de processo*, n. 100, ano 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2000, p. 158.

responsabilidade patrimonial para quem não é obrigado no plano substancial, pois, “*desconsiderar para fins de responsabilidade é suspender a eficácia da limitação da responsabilidade instituída por uma norma de direito e declarar a responsabilidade executiva subsidiária indireta (ou seja, por dívida de terceiros)*”.⁴²

ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: OS MOTIVOS PELOS QUAIS O INCIDENTE DEVE SER OBSERVADO NA HIPÓTESE DO ART. 135, III, DO CTN

O ingresso do sócio na ação de execução, no rigor da técnica e em respeito ao princípio do devido processo legal, deveria ser precedido do regular contraditório, com citação do sócio para responder sobre a imputação que lhe é feita, de ter praticado algum ilícito ou utilizado a pessoa jurídica para a prática de fraude ou abuso. Porém, antes da vigência do CPC/2015 (e, arriscamos dizer, ainda hoje), não raro, via-se a inclusão do sócio – já no bojo do processo executivo – por mera decisão, sem qualquer contraditório prévio. E é justamente essa a situação que o Código de Processo Civil pretendeu evitar (em nosso pensar, também para a execução fiscal).

Admitir-se que a desconsideração da personalidade jurídica possa ser realizada a qualquer tempo no processo, sem a necessidade de ação autônoma⁴³, não implica dizer que o patrimônio do sócio – que não consta como devedor no título – possa ser simplesmente penhorado sem qualquer oportunidade (prévia) de defesa. É insuficiente, sem que concorram os requisitos legais da urgência e do risco de dano de difícil reparação, que os atos executivos sejam antecipados à própria ciência oficial do processo.

Com efeito, Ada Pellegrini Grinover, lembrando a máxima de Malatesta, e apoiada na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, de que o ordinário se presume enquanto o extraordinário deve ser provado, lembra que a fraude deve ser provada, e que sendo este fato constitutivo do direito do exequente, a ele compete esse ônus⁴⁴, de forma que seria até mesmo intuitiva a realização de prévio incidente, para apuração da responsabilidade, com o devido contraditório.

Como se nota do quanto exposto nos tópicos precedentes, o sócio da pessoa jurídica, enquanto não integrado ao processo pelo ato formal de citação é terceiro em relação à execução e, mais que isso: por não constar do título executivo como devedor originário, antes que possa ser atingido pelos atos executivos, é imprescindível aferir sua responsabilidade pelo débito, a qual, nos termos do art. 135º, III, do CTN, pressupõe a prática de ato ilícito.

⁴² BIANQUI, *Op. Cit.*, pp. 52-53.

⁴³ SOUZA, *Op. Cit.*, p. 148.

⁴⁴ GRINOVER, *Op. Cit.*, p. 180.

Nesse sentido, já defendemos que a inversão da ordem natural (cognição seguida de execução) é fruto de uma opção política na eleição do rol dos títulos executivos, baseada, em certa medida, na probabilidade da existência da obrigação e fundamentada na participação prévia do executado na formação do título⁴⁵, de sorte que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nesse contexto, se coloca, em termos processuais, como o mecanismo de assecuração do terceiro cujo patrimônio pode ser potencialmente atingido pela execução, não para evitar que seja integrado à execução, mas para garantir que somente o seja se presentes os requisitos legais e observado o devido processo legal, pois, em relação ao terceiro que não consta do título, não há qualquer forma direta de participação que justifique a inversão procedimento, autorizando a imediata execução.

Diante desse quadro, é até mesmo intuitivo dizer que o patrimônio do sócio não pode ser atingido senão após o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), o que implica dizer que a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é medida que se impõe.

Por que, então, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela inaplicabilidade do incidente?

Dizem os defensores da desnecessidade de instauração do incidente que a responsabilidade do sócio é pessoal, de sorte que a aplicação do art. 135º, III, CTN, gera a situação legal e processual de redirecionamento, a significar sujeição passiva tributária, e, por isso, não configuraria hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, aliás, o Enunciado 53, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) proclamando que “*o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133º do CPC/2015*” e o Enunciado 6, do Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec), edição 2015, dispendo que “*a responsabilidade tributária regulada no artigo 135º do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133º do CPC/2015*”.

Seguindo essa linha de raciocínio, afirma o voto condutor do acórdão proferido no REsp 1.775.269/PR, que “*a atribuição de responsabilidade tributária aos sócios gerentes, nos termos do art. 135º do Código Tributário Nacional, não depende mesmo do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária prevista no art. 133 do*

⁴⁵ MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 227.

*CPC/2015, pois a responsabilidade dos sócios, de fato, já lhes é atribuída pela própria lei, de forma pessoal e subjetiva”.*⁴⁶

podemos concordar com a tese. O sócio, até então terceiro em relação à demanda e terceiro em relação à obrigação, passa a integrar o polo passivo da execução, adquirindo a qualidade de parte na execução, mas sem que lhe seja atribuída a obrigação fiscal decorrente da relação jurídico-tributária: sua posição material no processo é de responsável, segundo os pressupostos específicos de sua responsabilidade (que são completamente distintos daqueles que geram a obrigação da pessoa jurídica).

O que legitima o sócio para compor o polo passivo da execução é o ato ilícito (a fraude, o abuso de poder, desvio ou confusão patrimonial etc.), ao passo que a pessoa jurídica é legitimada para a execução em razão da obrigação tributária decorrente da subsunção dos fatos geradores tributários à hipótese tributária de incidência.

A ocorrência do ilícito e sua imputação subjetiva devem ser reconhecidos judicialmente e, para tanto, o meio processualmente adequado é do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, no qual o exequente veicula uma pretensão autônoma em relação à execução, no sentido de ver reconhecida a responsabilidade de terceiro, que não participa da formação do título executivo, em decorrência da imputação de um ato ilícito.

Trata-se, portanto, de verdadeiro exercício do direito de ação, por meio do qual se veicula uma pretensão contra o sócio, para que seja declarada a sua responsabilidade (secundária, em termos processuais) pelo débito de terceiro, mediante o reconhecimento de determinados requisitos estabelecidos na lei material. Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell esclarece que *“ao acolher o pedido o que o juiz faz é reconhecer a responsabilidade patrimonial e, dessa forma, liberar os meios executivos sobre o patrimônio de pessoa que não figura como devedor”*, e prossegue, *“trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício de direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo cujo objeto, como se viu, é outro”*.⁴⁷

Afinal, se o sócio não participou da formação do título executivo, não é razoável admitir que seus bens fiquem sujeitos à execução sem prévia oportunidade de defesa, porquanto a sua situação de responsável pelo débito constitui o objeto do incidente de descon sideração e, sem o reconhecimento judicial dessa responsabilidade, é ilegítima a atividade executiva contra ele praticada.

⁴⁶ REsp 1.775.269/PR, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 01.03.2019.

⁴⁷ YARSHELL, *Op. Cit.*, p. 231; igualmente, VIEIRA, *Op. Cit.*, p. 107; em sentido análogo, porém, entendendo pela natureza constitutiva da decisão, SIQUEIRA, *Op. Cit.*, p. 232.

Se, por um lado, a divisão entre obrigação e responsabilidade faz com que correspondam “*a diferentes situações jurídicas de vantagem do credor em relação ao devedor/responsável*”, de modo que “*tanto a prestação devida (endonorma) quanto a responsabilidade patrimonial (perinorma) podem ser objeto de tutela pelo direito processual*”⁴⁸; de outro, essa mesma distinção determina que o direito do terceiro seja adequadamente tutelado, a exigir que qualquer incursão sobre seu patrimônio pessoal seja precedida do devido processo legal, que lhe assegure a oportunidade de influir na decisão que possa, potencialmente, atribuir-lhe a prática de ato ilícito e, conseqüentemente, a responsabilidade por débito de terceiro.

Em reforço – ou complemento – ao que se disse, é de se notar que a desconsideração da personalidade jurídica não está conceituada no ordenamento jurídico pátrio, porquanto se trate de técnica desenvolvida doutrinariamente para coibir o abuso e a fraude – justamente os pressupostos que autorizam o redirecionamento da execução fiscal para os sócios (art. 135º, *caput*, do CTN).

Afirmar que o redirecionamento da execução fiscal para os sócios não é caso de desconsideração da personalidade jurídica pressupõe que haja – em texto legal – um conceito indistinto de “desconsideração da personalidade jurídica” que limite a aplicação do instituto para tais ou quais casos.

Contudo, o Código de Processo Civil, em seu art. 133º, § 1º, não traz qualquer definição do instituto, limitando-se a dizer que serão observados os pressupostos da lei material, ou seja, mesmo que sob o nome de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o expediente deve ser impositivo para todos os casos em que haja a pretensão de executar os bens dos sócios (terceiros responsáveis, não devedores), segundo os pressupostos de responsabilização próprios do direito material e que devem ser assim declarados judicialmente.

Isso, aliado ao fato de que a desconsideração é uma técnica para afastar as limitações ordinárias de responsabilidade – isto é, serve ao propósito de permitir que a responsabilidade patrimonial extravase a figura do devedor – é suficiente para demonstrar que a hipótese de aplicação do art. 135º, do CTN, se amolda perfeitamente ao escopo da técnica, na medida em que se traduz em mero veículo para o exercício de uma pretensão que não se confunde com aquela manifestada no processo executivo, embora tenha o propósito de lhe ampliar a perspectiva de êxito.

⁴⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94.

Outrossim, como já vimos, a possibilidade de agressão patrimonial, principiando-se a atividade judicial com os atos de constrição sem prévio exaurimento da atividade cognitiva, se deve em razão da opção política do legislador ao eleger determinados fatos jurídicos como títulos executivos. Trata-se de manifestação da eficácia abstrata do título executivo, cuja função é – até certo ponto – isolar a atividade executiva da verificação da existência do direito material subjacente. A eficácia abstrata, porém, só existem em relação aos sujeitos da relação obrigacional materializada no título executivo. É o que ensina Cândido Rangel Dinamarco:

*“Ora, o que justifica a realização da penhora no processo executivo, cumprindo ao executado embargar se pretender afastá-la, é a conhecida eficácia abstrata do título executivo. (...) Quando fala na exigência de título executivo, obviamente está a lei a exigir título executivo no qual figure o executado como obrigado. Tal exigência, como parece absolutamente acima de qualquer dúvida razoável, concatena-se com aquela de figurar o executado como devedor no título executivo”.*⁴⁹

Admitindo-se a premissa de que a hipótese aqui versada é aquela em que o sócio não consta da Certidão de Dívida Ativa (i.é., do título executivo), é de se perceber que, enquanto não sobrevier decisão que afira sua responsabilidade, contra ele não há qualquer fundamento para que sejam praticados os atos executivos, porquanto não consta do título que dá ensejo à demanda.

É ilegítima a prática de atos executivos sem que haja título que lhe dê suporte. Não estando o sócio incluído na Certidão de Dívida Ativa, não há como se executar o sócio. As atividades executivas direcionadas contra o patrimônio do sócio só serão legítimas se e quando houver decisão judicial que reconheça a sua responsabilidade.

Quanto a esse elemento – essencial, frise-se – parece não haver dúvida. Da mesma forma, é fora de dúvida que o sócio deve ser citado para compor, regularmente, o polo passivo da demanda executiva. O ponto de dúvida está em saber se a aferição da responsabilidade do sócio pode ser realizada diretamente no bojo da execução, sem sua prévia participação, ou se exige a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova*. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3. Ed., t. II. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 1195-1196.

Em razão de todo o exposto, temos que é inquestionável a necessidade da instauração do incidente. E isso se dá porque se trata de responsabilidade secundária, fundada não na relação jurídica existente entre o sócio e a pessoa jurídica e tampouco em decorrência direta da existência da obrigação tributária (fosse esse o caso, e o mero inadimplemento daria ensejo à responsabilização do sócio, o que já foi repudiado pela jurisprudência). O fundamento para a aferição da responsabilidade pessoal do sócio, nos termos do art. 135º, III, do CTN, está na demonstração da prática de um ato ilícito, ou seja, cabe ao exequente demonstrar que, na hipótese concreta, estão presentes os elementos legais necessários para a responsabilização pessoal do sócio.

Basta uma simples leitura de acórdãos sobre o tema para constatar que esse ponto é essencial: cabe ao exequente fazer prova do ato ilícito, pois este é o fato constitutivo de seu direito (o direito de responsabilizar o sócio). Aliás, essa menção é expressa no próprio acórdão ora comentado: “*caso o pedido de redirecionamento da execução fiscal mire pessoas jurídicas não elencadas na Certidão de Dívida Ativa, após a comprovação, pela Fazenda, da caracterização de hipótese legal de responsabilização dos terceiros indicados...*”⁵⁰

A previsão legal do incidente de desconsideração em nada altera essa circunstância. Com efeito, já era essa a lição de Cassio Scarpinella Bueno ao analisar o tema, ainda quando tramitava o projeto que resultaria no Código de Processo Civil de 2015:

*“A justificativa do pedido, destarte, pressupõe a demonstração, ao magistrado, da ocorrência de, ao menos, uma das hipóteses legais. O dispositivo projetado, no particular, nada inova a respeito da questão. Continua a caber aos cultores do direito material explicar quando é e quando não é hipótese de desconsideração da personalidade jurídica”.*⁵¹

Pretender que essa prova seja feita diretamente no bojo da execução, com todas as suas limitações probatórias, sem participação prévia do sócio cujos bens serão potencialmente atingidos, é de todo incompatível com o devido processo legal.

Também não é razoável admitir que o sócio se defenda posteriormente, opondo embargos à execução, quando já estiver sofrendo os efeitos da penhora, como indica a ementa

⁵⁰ REsp 1.775.269/PR, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 01.03.2019.

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo código de processo civil*. In: Direito Processual Empresarial. Estudo em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Bruschi, Gilberto Gomes (org.) [et al.]. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 121.

do acórdão proferido no RESP 1.786.311/PR: “... a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134º, § 3º, do CPC/2015”.⁵²

O que justifica a inversão do iter procedimental ordinário (conhecimento-execução) é o fato de o devedor constar do título executivo – e, mais que isso, a lei somente atribui ao título executivo essa força sob o pressuposto de que o devedor foi partícipe na formação do título, seja como parte na relação substancial, seja como parte no processo (judicial, arbitral ou administrativa) do qual resultou.⁵³

O sócio – quando não é instaurado o incidente – não participa da formação do título executivo extrajudicial e nem ao menos lhe é assegurada a oportunidade de influenciar na decisão que pode, em tese, reconhecer a sua responsabilidade pessoal.

Sem que estejam presentes os requisitos que autorizam a tutela de urgência, nada justifica que o sócio tenha seus bens penhorados sem prévia oportunidade de defesa quanto à alegação de que agiu de forma ilícita. E nem se diga que essa exigência “*dificultaria a persecução de bens do devedor e facilitaria a dilapidação patrimonial, além de transferir à Fazenda Pública o ônus desproporcional de ajuizar medidas cautelares fiscais e tutela provisórias de urgência para evitar prejuízos decorrentes do risco que se colocaria à satisfação do crédito.*”⁵⁴

A assertiva, de início, parte da equivocada premissa de que, em contraposição à pretensão da Fazenda, está o devedor. Na verdade, como já exaustivamente demonstrado, o sócio não é devedor, mas mero responsável e a aferição dessa responsabilidade pressupõe o reconhecimento da prática de um ilícito.

De outro lado, o CPC/2015 é claro ao estabelecer o marco de responsabilização em caso de dissipação do patrimônio por aquele citado da instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica (arts. 137º e 792º, § 3º), além de se colocarem à disposição da Fazenda (sem contar todos os outros expediente administrativos), instrumentos hábeis para assegurar, desde logo, a constrição de bens, se demonstrado o risco de perecimento do direito, a ser verificado de forma concreta, caso a caso, e não de forma genérica, baseada num hipotético risco à satisfação do crédito.

A instauração do incidente cognitivo próprio, no qual caberá ao exequente demonstrar o fato constitutivo de seu direito, assegurando-se ao sócio o direito de defesa em regular

⁵² REsp 1.786.311/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.05.2019.

⁵³ Sobre o tema, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 211.

⁵⁴ REsp 1.786.311/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.05.2019.

contraditório, com ampla dilação probatória e cognição exauriente, é medida que se impõe, em respeito à garantia constitucional ao devido processo legal.

Observe-se que a doutrina, à unanimidade, louvou a iniciativa do Código de Processo Civil, justamente por ser uma medida atenciosa ao devido processo legal:

*“Importante, ainda, é registra que este incidente – que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior – vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e ao devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que sem a realização desse incidente, o que se via era a apreensão de bens de sócios (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial”.*⁵⁵

E, finalmente, a respeito do alegado efeito suspensivo automático (incompatível com o rito da execução fiscal), entendemos que se trata de argumento *ad terrorem*, pois, em que pese o art. 134º, § 3º, do CPC/2015 determinar que a instauração do incidente implica a suspensão do processo, o dispositivo deve ser interpretado de forma a afastar situações teratológicas.

Explica-se. Em que pese autorizada doutrina entender que a instauração do incidente acarreta a automática suspensão do processo principal, *“a fim de que o incidente seja processado”*⁵⁶, admitir que, em qualquer caso, haja a suspensão do processo principal pode conduzir a resultados contraditórios e, evidentemente, incompatíveis com o espírito da norma. Basta imaginar a seguinte situação: o exequente que vislumbra a possibilidade de aumentar as chances de êxito da execução requer a instauração do incidente, a fim de perseguir o patrimônio pessoal do sócio; não há, neste caso, qualquer razão para que a execução movida contra a pessoa jurídica fique suspensa (na qual, eventualmente, já existam bens penhorados). Fosse esse o caso, a iniciativa do exequente – contraditoriamente – teria o condão de beneficiar o executado.

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários aos arts. 133 a 137. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil*. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 425; e, também: *“É indispensável assegurar, por imperativo do direito fundamental processual ao contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988), a audiência do sócio, ou da pessoa jurídica (desconsideração inversa), e, por influência da ampla defesa, a produção de provas pelas partes”* (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 308).

⁵⁶ ROQUE, Andre. Comentários ao art. 134 do CPC/2015. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 437; em igual sentido, veja-se CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99.

Ou seja, a suspensão de que trata a norma está relacionada ao que se disse nas linhas anteriores: enquanto não resolvido o incidente e declarada a responsabilidade do terceiro, salvo em casos de urgência, não se pode admitir que contra ele se processe a execução e que sofra atos constritivos: é esse o limite e o alcance do efeito suspensivo de que trata o art. 134º, § 3º, do CPC/2015, não tendo, pois, o condão de suspender os atos executivos praticados em desfavor do executado originário.⁵⁷

Determinar a instauração do incidente, com citação do sócio para, em regular contraditório, apurar se há prova do ato ilícito que faz incidir o comando do art. 135º, III, do CTN e legitima a execução dos bens particulares do sócio, é medida que atende aos princípios processuais constitucionais, impede que haja decisão surpresa (vedada expressamente pelo art. 9º, do CPC/2015) e, no mais, confere maior segurança a todos os envolvidos, no sentido de a participação em contraditório legitimará a decisão, robustecendo-a.⁵⁸

⁵⁷ No sentido do texto, YARSHELL, *Op. Cit.*, p. 238.

⁵⁸ Em igual sentido, veja-se: “Por outro lado, não havendo título executivo formado em relação ao sócio, é necessário, como defendemos, que a apuração de sua responsabilidade tributária se faça por meio de incidente de desconsideração da personalidade jurídica (CPC/2015, arts. 133 a 137), sendo inviável o simples redirecionamento da execução fiscal para os seus bens”. SIQUEIRA, *Op. Cit.*, p. 222.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, apesar de o CPC/2015 ter designado essa nova modalidade de intervenção de terceiro como “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, entendemos que deve ser interpretado de modo a ser aplicável sempre que, com base nos requisitos estabelecidos pelo direito material, se pretenda a extensão da responsabilidade patrimonial para o sócio, nos casos em que o patrimônio deste pode ser – indistintamente (observadas as normas de impenhorabilidade) – atingido pela atividade executiva.

Assim, mesmo nos casos do art. 135, III, do CTN, em que o sócio responde de maneira pessoal e em decorrência de fato jurídico distinto daquele gerador da obrigação tributária, é de se exigir a instauração do incidente, como forma de preservação do devido processo legal e assecuração do regular contraditório, em benefício do sócio que, até aquele momento, não participava da relação processual e que não consta como devedor no título executivo que dá suporte à execução fiscal.

A exigência da instauração do incidente, por fim, não traz nenhum prejuízo ao direito do Fisco e tampouco se mostra incompatível com o rito da Lei de Execuções Fiscais, especialmente porque, como visto, não impede o prosseguimento das atividades executivas em face da pessoa jurídica, ou mesmo em face do sócio, desde que presentes os requisitos de urgência que justifiquem a inversão do iter procedimental.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo. *Ajuris* – Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 5-14, jul. 1994.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo código de processo civil*. In: *Direito Processual Empresarial. Estudo em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Bruschi, Gilberto Gomes (org.) [et al.]. São Paulo: Elsevier, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários aos arts. 133 a 137. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil*. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANAZARO, Fábio. A responsabilidade tributária dos sócios e dos dirigentes em relação ao passivo tributário da sociedade cooperativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 145, out/2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIDIER JR. Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova*. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3. Ed., t. II. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração de pessoa jurídica. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. Ed. São Paulo: DPJ, 2009.

KFOURI JR., Anis. *Curso de direito tributário*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5. Ed. Barueri: Manole, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. Notas sobre a distinção entre partes e terceiros na execução civil: algumas situações limítrofes. In: DIDIER JR., Fredie. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, Olavo de Oliveira. O terceiro adquirente de bem penhorado ou alienado em fraude de execução – meios processuais adequados para efetivação de seus direitos. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos – Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. In: *Revista dos tribunais*, v. 58, n. 410, São Paulo: Revista dos tribunais, dez. 1969.

ROQUE, Andre. Comentários ao art. 134 do CPC/2015. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. Sobre as partes e terceiros na execução forçada. In: DIDIER JR., Fredie. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV.

THEODORO JR., Humberto. Partes e terceiros na execução – responsabilidade patrimonial. In: *Revista de processo*, n. 100, ano 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2000.

VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art. 133 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A Audiência Do Art. 334º Do Código De Processo Civil E Os Primeiros Anos De Experiências Práticas: Afronta À Voluntariedade Ou Incentivo Aos Meios Consensuais?

Ana Cândida Menezes Marcato⁵⁹

1. A expansão dos meios de resolução de conflito:

O processualista moderno é, em verdade, um crítico, capaz de perceber que o bom processo conduz à garantia de efetiva Justiça ao maior número possível de pessoas, em tempo razoável e com qualidade suficiente; assim, busca-se a universalização da tutela jurisdicional, para que o acesso ao Poder Judiciário não seja apenas uma promessa formal, mas, sim, uma realidade.⁶⁰ Ele é, ainda, aquele que reconhece que o acesso ao judiciário estatal não é suficiente para garantir a forma mais adequada de resolução das inúmeras facetas de conflitos existentes.

Essa nova postura do processualista é fruto de mudança de atitude gradativa, observada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em três movimentos principiaados em 1965, denominados de *ondas renovatórias*⁶¹: a primeira delas, relacionada à assistência judiciária para as pessoas de baixa renda; a segunda, à preocupação com os direitos difusos (coletivos como um todo); e a terceira, visando à reforma interna da técnica processual de acordo com seus pontos sensíveis.⁶² A terceira onda, e mais recente, foi chamada por Cappelletti e Garth de “*ênfoque de acesso à justiça*”; esta, além de incluir as propostas anteriores, representava uma “*tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo*”, abrangendo o claro incentivo aos chamados “*meios alternativos de resolução de disputas*” (ADRs) como formas de resolução abrangendo maior proximidade das partes e menor formalismo.⁶³

A fórmula de acesso à justiça visualizada por esses doutrinadores engloba, portanto, a obtenção de resultados justos, pelo meio mais adequado e em tempo razoável. Nas palavras de

⁵⁹ Advogada. Sócia de Marcato Advogados. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Educação Executiva em Mediação de Disputas no Programa de Negociação da Harvard University. Especialista em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro do IBDP e do CBar. Membro da atual Diretoria do Ceapro.

Esse artigo reflete adaptação e expansão do raciocínio desenvolvido em artigo anterior de minha autoria: A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas”, in *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*, Volume 9, 2ª edição, Editora JusPodivm, 2018. A adaptação foi publicada na obra coletiva *Tratamento adequado dos conflitos*, Volume II, Coordenadores Amanda Barbosa e Guilherme Bertipaglia, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020, p. 55/70.

⁶⁰ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “Nasce um novo processo civil”, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 1-17, p. 1/2.

⁶¹ *Acesso à justiça*, p. 31 e seguintes. Ver, também de Mauro Cappelletti, “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”, *Revista de processo*, nº 65, p. 127-143, p. 130 e seguintes.

⁶² Ver também Cândido Rangel Dinamarco, “Nasce um novo processo civil”, p. 4.

⁶³ *Acesso à justiça*, p. 31, 68-71.

Cappelletti e Garth, “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”⁶⁴

Percebe-se, portanto, a existência de viés do acesso à justiça relacionado à expansão dos meios de resolução de conflitos. De fato, desde a terceira onda renovatória de Cappelletti desenvolveu-se não apenas a ampliação ao acesso exclusivo ao judiciário estatal⁶⁵, mas, também, a expansão de acesso às formas ditas, num primeiro momento, “alternativas” de resolução de conflito - e, hoje, já firmadas como métodos adequados de resolução de disputas.

É sabido, por um lado, que a hegemonia do judiciário estatal como única forma de resolução de conflitos de há muito é questionada e criticada; por outro, é certo que a possibilidade de convivência do processo judicial com mecanismos ditos “alternativos” de resolução de disputas – como, por exemplo, a mediação, a arbitragem, a conciliação e a negociação - não é novidade.⁶⁶

Realmente, a análise dos mecanismos adequados de solução de controvérsias demonstra que sua evolução já vem ocorrendo pelo menos desde a década de 90: i) por um lado, com a Lei de Arbitragem, que entrou em vigor em 1996 e foi declarada constitucional em 2001, por meio do julgamento do SE 5206/STF, confirmando e implementando a sua utilização (Lei 9.307/96); ii) de outro, com a mediação, que passou a ganhar destaque legislativo em 1998, por meio de um Projeto de Lei da então Deputada Zulaiê Cobra, tendo se desenvolvido e dado vida a um Projeto de Lei, do Senado.⁶⁷

Essa escalada de importância se consolidou em 2010, com a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, dispondo sobre “a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.⁶⁸ Tamanha foi a importância da Resolução, que passou a ser considerada como marco legal para a “política pública judiciária, pela qual a resolução consensual dos conflitos seria

⁶⁴ *Acesso à justiça*, p. 13.

⁶⁵ Por meio, por exemplo, das Leis dos Juizados Especiais e do alargamento da assistência jurídica.

⁶⁶ A esse respeito, conferir Paulo Eduardo Alves da Silva, *in* *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*, p. 1/3.

⁶⁷ O projeto de Lei da Câmara, de Zulaiê Cobra, era o de nº 4.827/98; tramitou, em seguida, o PL 517/11, composto pelos projetos 405 e 434/2013, de iniciativa do Senado, aprovado na Câmara, com o nº 7.169/14, em 7/4/15.

A respeito da evolução da Mediação no Brasil, conferir “O instituto da mediação e a versão da Câmara dos deputados para o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, *in* *Novas tendências do processo civil*, V.2, p. 679/683, de Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

Ainda a esse respeito, Fernanda Tartuce apresenta dados de uma conferência de Adolfo Braga, pontuando um crescimento significativo da utilização da mediação no Brasil nos últimos tempos, já que, em 1997, havia no País 18 instituições de mediação e arbitragem, número que saltou para 77 em 2004. *Mediação nos conflitos civis*, p. 209.

⁶⁸ O texto da resolução e as Emendas Regimentais nºs 1 e 2, que deixaram ainda mais claros os objetivos que norteiam a política pública de solução adequada de conflitos, podem ser consultados em www.cnj.jus.br.

paulatinamente organizada na sociedade civil a partir do próprio Poder Judiciário”; inclusive, Paulo Eduardo Alves da Silva esclarece que, a partir desse marco legal, “os tribunais organizaram os seus setores de conciliação judicial e, em alguns casos, capitanearam a organização de núcleos comunitários de solução de conflitos”.⁶⁹

Assim, percebe-se que um dos pontos de destaque do art. 1º da Resolução 125/CNJ consiste, justamente, na obrigatoriedade de o Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de solução de controvérsia, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Fruto dessa evolução, é promulgada a Lei nº 13.140/2015 - considerada o Marco Legal da Mediação no Brasil, em vigor desde dezembro de 2015 -, contendo, já em sua exposição de motivos, justificativas acerca da necessidade de criação de sistema de mediação afinado com o novo diploma processual e com a Resolução 125 do CNJ.

Ainda nessa mesma linha, o Atual Código de Processo Civil, ao entrar em vigor em 18 de março de 2016, acrescentou mais um elemento à promessa de concretização desse chamado da Resolução 125/CNJ: a implementação e o reforço, em seu bojo, de técnicas de mediação, conciliação e arbitragem.

2. O atual código de processo civil e o estímulo ao sistema multiportas de resolução de conflitos

Desde a exposição de motivos do então Anteprojeto do Atual Código de Processo Civil, ainda lá em 2010, havia a promessa de estímulo à solução multiportas de conflitos. Realmente, naquela oportunidade o Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto, já destacava a pretensão de converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito, conferindo-se, portanto, “ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação”; isso porque, “entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.”⁷⁰

Essa promessa parece atender ao alerta antigo de um dos recentes Ex-Presidentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, que, já em 1994, pontuava que a Carta Magna, ao ampliar a noção de acesso à justiça, delegou ao Poder Judiciário o compromisso de multiplicar as portas de acesso à proteção dos direitos.⁷¹

Nessa medida, e como bem explicita Fernanda Tartuce, “revela-se pertinente a

⁶⁹ *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*, p. 9.

⁷⁰ Disponível para consulta: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14 de abril de 2016.

⁷¹ O juiz e o acesso à justiça, p. 32/33.

*existência de um sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias, configurado pela presença no ordenamento de diversos mecanismos diferenciados para o tratamento dos conflitos, compreendendo mediação, arbitragem e processo judicial, entre outros”. De fato, “a oferta de diferenciados mecanismos de realização de justiça não faz com que estes se excluam; antes, podem e devem interagir os variados métodos, eficientemente, para proporcionar ao jurisdicionado múltiplas possibilidades de abordagem e composição eficiente das controvérsias”.*⁷²

Essa multiplicação de acesso à meios de proteção dos direitos é conhecida, portanto, como o modelo de processo multiportas, expressão calcada por um professor da Universidade de Harvard, em 1976, justamente para concretizar a noção de que há mais de uma técnica adequada para a solução dos conflitos, de acordo com as particularidades do caso concreto, além da justiça civil comum.⁷³

Dito isso, vale reforçar que o atual Código de Processo Civil⁷⁴ contém em seu bojo a promessa de um sistema multiportas, além de incorporar a direção das normas da Resolução nº 125/CNJ, solidificando o uso dos meios consensuais de resolução de disputas. Realmente, basta o cotejo do diploma de 1973 com o de 2015, para constatar que a atual legislação intensificou e aprofundou a utilização da conciliação – muito mais tímida no CPC ainda vigente -, e trouxe todo um regramento próprio para a mediação - inexistente no CPC/73.⁷⁵

Trata-se de mudança de cultura e de concepção e, por consequência, de mudança efetivamente estrutural: necessidade de formatação do método de ensino nas faculdades de direito, formando advogados, juízes e promotores aptos à atuação perante a nova realidade; de formação de profissionais técnicos capacitados e cadastrados junto aos Tribunais; de criação de espaço físico etc.

Exemplos clássicos da adoção desse sistema multiportas no Atual CPC são encontrados nos artigos 3º e 334º: o primeiro, declara expressamente a possibilidade de a apreciação a lesão de direitos se dar por meio de arbitragem, além de estimular a utilização da conciliação,

⁷² *Mediação nos conflitos civis*, p. 87/88

⁷³ A esse respeito, conferir as considerações de Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto, em “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”, in *Novas tendências do processo civil*, vol. 3, p. 202/204.

⁷⁴ Lei 13.105/2015.

⁷⁵ O Novo Código, logo de início, vem informado por um modelo processual cooperativo, contemplando a admissibilidade de arbitragem e o estímulo aos meios consensuais de resolução de conflitos, conforme enunciado no art. 3º. A esse respeito, Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto, ainda falando da redação dada ao projeto, que não se alterou muito com relação a essa matéria, afirmam que “*Da leitura do projeto observa-se que os meios alternativos de resolução de disputas deixam de ser apenas alternativos, passando a compor um quadro geral dos meios de resolução de disputas; passam a ser meios integrados de resolução de disputas. A dicotomia (resolução judicial X meios alternativos) fica atenuada. Não se fala mais no meio de resolução de disputas e suas alternativas, mas se oferece uma série de meios, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de cooperação, voltados à resolução de disputas e pacificação social*”, “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”, in *Novas tendências do processo civil*, vol. 3, p. 200.

mediação e outros métodos de solução consensual; o segundo, determina a designação de audiência de conciliação ou mediação previamente à apresentação da contestação, quando preenchidos os requisitos, cabendo ao juiz – ou aos técnicos dos Cejuscs - a função de analisar qual dos métodos de solução consensual é mais condizente com a disputa no caso concreto, encaminhando-o à via adequada para essa audiência prévia.

Mais especificamente no que tange à mediação, o atual diploma processual incorporou, ainda, as seguintes e principais alterações (arts. 165º a 175º): i) dever de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (Cejuscs); ii) existência de princípios norteadores da mediação; iii) capacitação de mediadores em entidades credenciadas; iv) credenciamento de mediadores e Câmaras de Mediação junto aos quadros dos Tribunais; v) previsão de remuneração dos mediadores em tabela fixada pelo Tribunal; vi) causas de impedimento e descredenciamento dos mediadores; e vii) possibilidade de criação de Câmaras específicas à resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

3. A voluntariedade na mediação e a audiência do art. 334º, CPC

A mediação é a atividade de facilitação da comunicação entre as partes, objetivando uma compreensão mais apurada acerca dos contornos da situação controvertida, propiciando aos envolvidos não apenas diferentes ângulos de análise, mas, também, a posição de protagonistas da solução consensual.⁷⁶

Nas palavras do mediador californiano, Gary Friedman, conhecido, dentre outras atividades, por sua participação no *Program on Negotiation* da Universidade de Harvard, “*Mediation is a voluntary process in which the parties make decisions together based on their understanding of their own views, each other’s, and the reality they face*”; portanto, “*the mediator works as a non-coercive neutral to help the parties negotiate an agreement that serves them better than their alternatives*”.⁷⁷

Extraí-se do próprio conceito de mediação uma série de diretrizes essenciais à sua prática; contudo, com vistas ao objeto restrito desse estudo, cabe destacar o elemento da autonomia da vontade (ou da voluntariedade, da autodeterminação).

Consubstancia-se em uma das principais diretrizes da prática da mediação, fazendo parte de sua essência e abrangendo o procedimento como um todo. Justamente por isso, Adolfo Braga Neto traz alerta explícito a respeito da importância desse elemento:

⁷⁶ Fernanda Tartuce trata das técnicas para obtenção dessa finalidade, dentre elas, a provocação da reflexão dos indivíduos. *Mediação nos conflitos civis*, p. 208.

⁷⁷ And Jack Himmelstein, in *Challenging conflict – Mediation through understanding*, p. 31.

“A autonomia das vontades possui um protagonismo muito relevante, senão o mais, pois o caráter voluntário da mediação constitui-se a grande mola propulsora da atividade. Este elemento garante o poder das pessoas em optar pelo processo ao conhecê-lo. Em outras palavras, só existirá o processo se as pessoas efetivamente quiserem dele fazer parte e, para tanto, é fundamental que se conheçam seus objetivos, seu dinamismo, bem como seu alcance e limitações. (...) Com base nas observações expostas, conclui-se que a mediação de conflitos não possui qualquer caráter ou elemento impositivo. Ela existirá caso as pessoas efetivamente desejem que ela exista, tomará o rumo que elas determinarem e ao mesmo tempo incluirá temas por elas identificados e que estejam dentro de seus interesses discuti-los. (...) Por isso, não há como impor a mediação, suas regras e muito menos as questões a serem discutidas.”⁷⁸

Não se descuidou do tratamento desse princípio informador da mediação no texto do Atual Diploma Processual e da Lei de Mediação.

De um lado, o atual diploma processual prevê, em seu art. 166º, §4º⁷⁹, que a mediação será informada pelo princípio da autonomia da vontade, aplicável, inclusive, na condução do procedimento em si. De outro, o art. 2º, V, e §2º, da Lei de Mediação⁸⁰, dispõem que a mediação será orientada pelo princípio da autonomia da vontade das partes e que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Fica claro, portanto, que o princípio da voluntariedade permeia não apenas as escolhas relacionadas ao procedimento de mediação quando já em curso, mas, e principalmente, a própria adesão à técnica mediadora.

Nesse cenário, a análise do art. 334º, §4º, I e II, NCPC⁸¹, traz ingrata surpresa ao

⁷⁸ *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*, p. 105. Ainda a esse respeito, vale o alerta de Fernanda Tartuce: “o consentimento para aderir à técnica mediadora deve ser genuíno, assim como legítima deve ser sua concordância em aderir ao resultado obtido com a mediação”, *Mediação nos conflitos civis*, p. 212.

⁷⁹ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (...) § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

⁸⁰ Lei 13.140/2015: Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: V – autonomia da vontade das partes; (...) §2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

⁸¹ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...) § 4º A audiência não será realizada:

operador do direito. Isso porque, sua interpretação literal sugere a obrigatoriedade da realização da audiência de mediação, quando presentes os requisitos. Em outras palavras, preenchendo a petição inicial os requisitos essenciais, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, tratando-se de matéria em que permitida a autocomposição e não havendo discordância de ambas as partes, a designação da audiência pelo juiz será obrigatória.⁸²

Cuidando-se, então, de matéria em que possível a autocomposição, e não havendo interesse do réu, por exemplo, na designação de audiência de mediação, esse será obrigado a comparecer à audiência designada pelo juiz caso o autor não se oponha à sua realização.

A interpretação literal desse dispositivo dá azo, portanto, ao reconhecimento de afronta ao princípio da voluntariedade da mediação e, conseqüentemente, aos arts. 166º, §4º, CPC/2015 e art. 2º, V, da Lei de Mediação.

Trata-se de óbvia contradição intrínseca do diploma processual: de um lado, busca atender a promessa de solução multiportas e de acesso aos meios adequados de solução de disputas; de outro, ao assim proceder, acaba ferindo um dos princípios basilares da mediação quando estritamente interpretado esse artigo específico.⁸³

De outro turno, o dispositivo correspondente a esse na lei de mediação apimenta ainda mais a discussão, uma vez que não contempla a exceção da designação da audiência por oposição de ambas as partes, consignando, apenas, que, preenchidos os pressupostos, “o juiz designará a audiência de mediação”.⁸⁴

A esse respeito, Thiago Rodovalho conclui que a designação da audiência é obrigatória: seja porque o dispositivo da lei de mediação exprime um poder-dever do magistrado, devendo

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

II – quando não se admitir a autocomposição.

⁸² Interpretação que, inclusive, vem sendo reiterada pela Escola Nacional da Magistratura, ao formular o Enunciado de nº 61 prevendo, categoricamente, que “somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência, não sendo a manifestação externada por uma das partes justificativa para afastar a multa”.

⁸³ Fernanda Tartuce já apontava, em 2008, os desafios: “*Todavia, deve haver significativa cautela e adequação da postura do magistrado ao realizar a ‘sugestão’ às partes quanto à adoção de outros mecanismos, a fim de evitar não só situações de constrangimento ou intimidação às partes, como também a indevida procrastinação do processo, em prejuízo de sua tão desejada celeridade*”, *Mediação nos conflitos civis*, p. 93.

Por outro lado, interessante a notícia de como funciona o sistema em outros Países: na Inglaterra, as *Civil Procedure Rules* contêm regra que determina o encorajamento das partes a usar os ADRs, mas a *English Court of Appeal* já se manifestou limitando o poder de a *Hight Court* impor a tentativa de mediação às partes; dessa forma, mesmo sem a imposição da mediação, houve significativa redução do número de demandas e considerável aumento do número de mediações (vide “O instituto da mediação e a versão da Câmara dos deputados para o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, p. 684/685, de Humberto Dalla Bernardina de Pinho). O sistema italiano é de *opt out*, ou seja, todos os litígios são submetidos à mediação privada antes de se recorrer ao judiciário estatal, tratando-se de requisito pré-processual de admissibilidade das ações. Tem-se notícia de que o percentual de acordo esteja na faixa dos 70% e, mesmo se apenas 4% obtivessem acordo, a economia propiciada já compensaria os custos das mediações sem acordo. Conforme exposição de Gabriela Assmar, no GNT de seguro, arbitragem e mediação, ocorrido no contexto do IX Congresso de Direito Securitário da AIDA, em 27/3/15, SP. No Canadá, em Quebec, há um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares, conforme nos esclarece Fernanda Tartuce, em *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*, p. 8 – acesso em 13/4/16 em:

[file:///C:/Users/ana/Downloads/Media%C3%A7%C3%A3o%20no%20novo%20CPC-Tartuce%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ana/Downloads/Media%C3%A7%C3%A3o%20no%20novo%20CPC-Tartuce%20(1).pdf)

⁸⁴ Art. 27, lei 13.140/2015.

o mesmo designá-la; seja porque há incompatibilidade entre os diplomas e “*é inquestionável que a lei de mediação se sobrepõe à regulamentação do NCPC, pois se trata de lei especial (lex specialis derogat generali) e de lei posterior (lex posterior derogat legi priori), dos critérios para resolver antinomias entre normas*”. E vai além, afirmando que esse modelo inclui o Brasil no circuito de países estrangeiros que já adotam a mediação obrigatória com sucesso, razão de sua convicção pessoal de que se trata de um grande avanço.⁸⁵

4. A adequada interpretação sistemática

O incentivo à mediação deve ocorrer sempre com olhos postos em sua base principiológica e em sua interpretação sistemática; em outras palavras, incentivo à implementação e utilização da mediação, feito ao arrepio de seus princípios basilares, não é salutar e não deve ser encorajado, sob pena de efeito reverso e perverso.

Dito isso - e considerando que não houve revogação expressa de qualquer dos diplomas legais pelo outro e que as suas estruturas de princípios e diretrizes são similares -, faz todo sentido a interpretação que prevê a utilização do diálogo das fontes diante da aparente antinomia dos dispositivos no CPC/2015 e da lei de mediação. Em outras palavras, as normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, sendo plausível reconhecer a viabilidade de “*subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação*”, devendo o intérprete, em caso de dúvida quanto à aplicação das normas, “*conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação*”.⁸⁶

Assim, a análise sistemática dos diplomas que cuidam da mediação judicial (NCPC e LM), especialmente voltada à sua base principiológica, convence do desacerto na designação obrigatória da audiência de mediação, quando ausente o elemento volitivo de uma ou de ambas as partes (seja com base no NCPC, seja com base na lei de mediação). A virtude parece estar em respeitar à máxima potência o princípio da autonomia da vontade e designar a audiência de mediação apenas e tão somente com a concordância de ambas as partes.

Essa compreensão ganha especial reforço nos casos em que já houve tentativa prévia e infrutífera de autocomposição extrajudicial, comprovada nos autos por qualquer das partes; nesse caso específico, ousamos ir além e defender que faltaria o elemento elencado no inciso II, §4º, do art. 334º, NCPC, uma vez que esse litígio específico não seria passível de autocomposição (porque já tentada e já frustrada).

⁸⁵ *Mediação obrigatória?*, publicado no Portal Processual, acesso em 15/09/2015, em: <http://portalprocessual.com/mediacap-obrigatoria>

⁸⁶ Vale conferir o raciocínio integral desenvolvido por Fernanda Tartuce a respeito da interação do NCPC e da lei de mediação, *Mediação nos conflitos civis*, 2ª edição, p. 264-269.

Contudo, esse posicionamento não é imune a críticas e a entendimentos contrários, especialmente pela parcela doutrinária que defende que a valorização e o incentivo aos métodos autocompositivos devam ser privilegiados.

Assim, o fundamento dos que defendem que não há que se falar em infração à voluntariedade repousa especialmente no fato de que o diploma processual atual tem por objetivo global o incentivo aos métodos autocompositivos, além de a obrigatoriedade ser de comparecimento à audiência do art. 334º, mas não de permanência ou de efetivação de acordo. Agregam-se a isso a experiência estrangeira bem-sucedida acima comentada e a necessidade de disseminar conhecimento acerca de um método cuja utilização ainda encontra certa dificuldade, oriunda justamente de seu desconhecimento.

Por fim, o fato é que esse debate deve levar em consideração, também, os números extraídos da experiência autocompositiva no Judiciário Estatal.

Os números fornecidos pelo Nupemec a respeito da semana de conciliação de 2019 não podem ser desprezados: foram 7.374 acordos homologados em casos cíveis, somados os casos processuais e pré-processuais, em valores totais equivalentes a R\$ 49.732.111,84. Deste total, 1690 acordos foram homologados justamente em audiências de conciliação e mediação designadas pelo rito do art. 334º, CPC, representando um valor total de R\$ 8.716.718,61.⁸⁷

O Relatório Justiça em Números de 2020, organizado pelo CNJ, também traz dados interessantes: num universo de 77,1 milhões de processos tramitando, foram homologados 3,9 milhões de acordos; entretanto, a despeito de todo o incentivo conferido pelo diploma processual vigente, o fato é que, pelo terceiro ano consecutivo, vem caindo o número de sentenças homologatórias de acordo (13,5% em 2017, 12,7% em 2018 e 12,5% em 2019).⁸⁸

5. Primeiros anos de experiências práticas

As experiências práticas de aplicação do art. 334 do CPC, com quase cinco anos de sua entrada em vigor⁸⁹, infelizmente, confirmam a preocupação acima externada.

Várias e diferenciadas situações têm sido vivenciadas no dia-a-dia do operador do direito⁹⁰:

i) empresas incluindo em seus contratos, com base na previsão de negócio jurídico processual do art. 190º, NCPC, cláusulas de *opt-out* da audiência de mediação do art. 334º;

⁸⁷ Dados extraídos dos relatórios do Nupemec que constam do site do TJSP, acesso em 11/09/20: http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/SemanaNacionalConciliacao_2019.pdf?d=1599849508856.

⁸⁸ Dados extraídos do relatório que consta do site do CNJ, acesso em 11/09/20: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>

⁸⁹ Esse artigo foi entregue em fevereiro de 2021.

⁹⁰ Situações extraídas de vivências pessoais, informações disponibilizadas em grupos de debates sobre o NCPC e em troca das decisões mais recentes.

- ii) nas Comarcas em que não há Cejusc instalado, juízes afirmando que eles próprios farão a audiência de mediação, circunstância inadmissível, seja porque o juiz não é mediador e não possui a qualificação técnica necessária, seja porque fere a confidencialidade e pode comprometer a imparcialidade do juiz com o resultado final;
- iii) ainda nas Comarcas em que não há Cejuscs, juízes postergando a designação dessa audiência para momento oportuno, apenas se houver manifesto interesse de ambas as partes, com fundamento nos princípios da eficácia e da duração razoável do processo, e na possibilidade de flexibilização das regras processuais;
- iv) juízes deixando de designar a audiência do art. 334º, mesmo antes de ouvir as partes, seja porque não há estrutura preparada para a sua efetivação (Cejuscs e mediadores treinados), seja porque a quantidade excessiva de feitos tramitando, em contraposição, por vezes, à pequena quantidade de estrutura de Cejuscs finalizada, estenderia a pauta de audiências para períodos superiores a um ano;⁹¹
- v) elaboração de enunciados em Jornadas voltadas ao estudo dos métodos adequados de resolução de disputas, como é o caso da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2017, cujo Enunciado 29 prevê que: *“Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.”*⁹²;
- vi) a existência de Projeto de Lei cujo único objetivo é o de estipular a possibilidade de dispensa da realização obrigatória da audiência do art. 334º, CPC, com base em simples manifestação discordante de uma das partes;⁹³
- vii) debate a respeito da ocorrência, ou não, de cerceamento de defesa ou de nulidade diante da não designação da audiência do art. 334º, CPC.⁹⁴

Conclui-se, portanto, que passados quase cinco anos da entrada em vigor do CPC vigente, já comemorados os 10 anos da Resolução 125 do CNJ, o sentimento que fica é duplo: em primeiro lugar, a necessidade de comemoração desse incentivo incrível aos métodos adequados de resolução de controvérsias, capitaneado pela Resolução 125/CNJ; em segundo,

⁹¹ Feito nº 1050845-54.2016.8.26.0100, 15ª VC Central da Capital do Estado de São Paulo, Feito nº 1129882-67.2015.8.26.0100, 42ª VC Central da Capital do Estado de São Paulo.

⁹² <https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>, acesso em 11 de setembro de 2020.

⁹³ O PL5495/16 segue aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087194>, acesso em 8 de fevereiro de 2021.

⁹⁴ Decisão recente do STJ, afirmando a ausência de cerceamento ou de nulidade: AGINT no AG em Resp 1406270, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.

a lição de que sempre devemos continuar trabalhando para suplantar os desafios ainda vigentes: os de ordem estrutural (necessidade de mais e melhor estrutura física para recebimento dos Cejuscs, contratação e remuneração de pessoal, organização de agendas e rotinas); os de ordem educacional (preparação dos operadores do direito, dos funcionários dos Cejuscs e dos mediadores); e os de ordem cultural (criação de novos paradigmas sobre a utilização dos meios consensuais).⁹⁵

⁹⁵ A esse respeito, vide interessante artigo de João Luiz Lessa Neto, “O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?”, *Revista de processo*, nº 244, p. 427-441.

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini e Paulo Eduardo Alves da Silva. São Paulo, Método, 2013.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”. *Novas tendências do processo civil*, Vol. 3, p. 202-204.

_____. “O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!” , *Revista de Processo*, ano 40, Vol. 244, junho 2015, p. 427-441.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de Mediação nº 7.169/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>. Acesso em 12/4/15.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei de Mediação nº 517/2011. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791. Acesso em 12/4/15.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros>. Acesso em 11/4/15.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”. *Novas tendências do processo civil*, Vol. 3, p. 202-204.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. “Nasce um novo processo civil”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 1-17.

FRIEDMAN, Gary; HIMMELSTEIN, Jack. *Challenging conflict - Mediation through understanding*. American Bar Association, 2008.

MENEZES MARCATO, Ana Cândida. “Audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do NCPC: facultativa ou obrigatória? Afronta à voluntariedade da mediação?”. *Novo Código de Processo Civil, Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, Coordenadores

Mirna Cianci, Lúcio Delfino, Bruno Dantas, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo e Bruno Garcia Redondo, Volume 1, p. 41-49, São Paulo, Saraiva, 2015.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “O instituto da mediação e a versão da Câmara dos deputados para o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. *Novas tendências do processo civil*, Vol. 2, p. 679-683.

RODOVALHO, Thiago. *Mediação obrigatória?*. Acesso em 15/9/15 em: <http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria>

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008.

_____. *Mediação nos conflitos civis*, 2ª edição, São Paulo, Método, 2015.

_____. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. Acesso 12/4/15 em:

[file:///C:/Users/ana/Downloads/Media%C3%A7%C3%A3o%20no%20novo%20CPC-Tartuce%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ana/Downloads/Media%C3%A7%C3%A3o%20no%20novo%20CPC-Tartuce%20(1).pdf)

O Juiz Não Pode Decidir Com Base Em Fundamento A Respeito Do Qual Não Deu Oportunidade Às Partes De Se Manifestar⁹⁶

André Pagani de Souza⁹⁷

É curioso como alguns intérpretes da lei têm a tendência de interpretar algo introduzindo na sua interpretação elementos que gostariam que existissem no texto legal, mas não existem. Inventa-se algo que não está escrito na lei, mas que se *gostaria* que estivesse escrito lá. Mas não está.

O art. 10º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), estabelece que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Por acaso, o atento leitor do parágrafo acima, conseguiu enxergar a palavra “jurídico” após a palavra “fundamento”? Pois é. Nem eu. O que se lê depois de “fundamento” é “a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar”.

Pode parecer engraçado ter que explicar algo que parece óbvio, mas não é. Em julgado que passou a ser repetido recentemente – ainda bem que é só um julgado – o Superior Tribunal de Justiça introduziu uma palavra nova no art. 10 do Código de Processo Civil, logo depois de “fundamento”. Trata-se da palavra “jurídico”. Mas, pode isso? Claro que não. Quem fez a lei e tinha legitimidade para tanto foi o Poder Legislativo. Não cabe ao Poder Judiciário alterar a lei e introduzir nela algo que não está escrito sob o pretexto de “interpretar”.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual se colocou no art. 10º do Código de Processo Civil algo que não estava lá escrito:

“RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ADOTOU FUNDAMENTO DIVERSO DO ADOTADO PELA SENTENÇA, COM BASE EM NOVA SITUAÇÃO DE FATO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. ART. 10 DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO PARA OITIVA DA PARTE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

⁹⁶ Texto com acréscimos publicado originariamente na Coluna “CPC na Prática”, no portal Migalhas, na *internet*, no site: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/cpc-na-pratica/330087/o-juiz-nao-pode-decidir-com-base-em-fundamento-a-respeito-do-qual-nao-deu-oportunidade-as-partes-de-se-manifestar> (acesso em 25.01.2021).

⁹⁷ Doutor, mestre e especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela USP. Professor de Direito Processual Civil e coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Pós-doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. "O 'fundamento' ao qual se refere o art. 10º do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação -, não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure" (EDcl no Resp nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017.)

2. O art. 933º do CPC/2015, em sintonia com o multicitado art. 10, veda a decisão surpresa no âmbito dos tribunais, assinalando que, seja pela ocorrência de fato superveniente, seja por vislumbrar matéria apreciável de ofício ainda não examinada, deverá o julgador abrir vista, antes de julgar o recurso, para que as partes possam se manifestar.

3. Não há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito, ainda que as partes não a tenham invocado (iura novit curia) e independentemente de oitiva delas, até porque a lei deve ser do conhecimento de todos, não podendo ninguém se dizer surpreendido com a sua aplicação.

4. Na hipótese, o Tribunal de origem, valendo-se de fundamento jurídico novo - prova documental de que o bem alienado fiduciariamente tinha sido arrecadado ou se encontraria em poder do devedor -, acabou incorrendo no vício da decisão surpresa, vulnerando o direito ao contraditório substancial da parte, justamente por adotar tese - consubstanciada em situação de fato - sobre a qual a parte não teve oportunidade de se manifestar, principalmente para tentar influenciar o julgamento, fazendo prova do que seria necessário para afastar o argumento que conduziu a conclusão do Tribunal a quo em sentido oposto à sua pretensão.

5. No entanto, ainda que se trate de um processo cooperativo e voltado ao contraditório efetivo, não se faz necessária a manifestação das partes quando a oitiva não puder influenciar na solução da causa ou quando o provimento lhe for favorável, notadamente em razão dos princípios da duração razoável do processo e da economia processual.

6. No presente caso, ainda que não exista prova documental sobre a localização do equipamento (se foi arrecadado ou se está em poder do devedor ou de terceiros), tal fato não tem o condão de obstaculizar o pedido de restituição, haja vista que, conforme os ditames da

lei, se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, deverá o requerente receber o valor da avaliação do bem ou, em caso de venda, o respectivo preço (art. 86º, I, da Lei nº 11.101/05).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1755266/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 20/11/2018, grifos nossos)”.
Com o devido respeito, a “interpretação” feita pelo Superior Tribunal de Justiça relativa ao art. 10º do Código de Processo Civil de 2015 não é a melhor. Não está escrito no art. 10º do Código de Processo Civil que o juiz não pode decidir com base em “fundamento jurídico” a respeito do qual não deu às partes a oportunidade de se manifestar. O que está escrito é “fundamento”. E só. Se o legislador – alguém com legitimidade para criar leis e eleito por meio do voto popular para exercer sua função – quisesse delimitar que tipo de fundamento não poderia surpreender as partes em um processo civil, ele (ou ela) teriam colocado esse limite. Mas não o fizeram e não caberia ao juiz fazê-lo. Juiz não é legislador ou, pelo menos, não deveria ser, pois não foi eleito para isso, *data maxima venia*.

O art. 10º do CPC/2015, como se sabe, tem raiz na Constituição Federal. Trata-se de concretização do Princípio do Contraditório, consagrado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Confira-se: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Princípio do Contraditório é destinado às partes e ao juiz⁹⁸. As partes têm o direito de participar do processo (pedindo, alegando, provando) com oportunidades reais de influenciar no seu resultado final. O juiz, por sua vez, tem o dever de zelar para que o contraditório (e as oportunidades de participação a ele inerentes) seja garantido durante todo o curso do processo.

Se o juiz não dá oportunidade para as partes se manifestarem e participarem do processo com chances concretas de influenciar no seu resultado, viola o Princípio do Contraditório consagrado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Com efeito, há muito tempo, o Princípio do Contraditório não se resume apenas ao binômio informação- reação. Não basta informar a parte de que algo contra ela foi pedido perante o Poder Judiciário e dar oportunidade para ela reagir. Tem que dar para a parte reais e concretas possibilidades de

Se o juiz não dá oportunidade para as partes se manifestarem e participarem do processo com chances concretas de influenciar no seu resultado, viola o Princípio do Contraditório consagrado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Com efeito, há muito tempo, o Princípio do Contraditório não se resume apenas ao binômio informação- reação. Não basta informar a parte de que algo contra ela foi pedido perante o Poder Judiciário e dar oportunidade para ela reagir. Tem que dar para a parte reais e concretas possibilidades de

⁹⁸. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e a sua dupla destinação. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 124-135.

participar de todo o processo e de influenciar no seu resultado. Por isso é que se procura concentrar a definição do Princípio do Contraditório em um trinômio (informação-reação-participação)⁹⁹.

Por tais razões é que, se o juiz esconde das partes aquilo que se passa pela sua cabeça, omite dos demais sujeitos do processo o enquadramento legal que pretende dar aos fatos, ele na verdade está lhes vedando a oportunidade de influência no resultado final do processo e, por consequência, negando vigência ao Princípio do Contraditório e ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Isso nada tem a ver com o brocardo *iura novit curia*. Por óbvio, o juiz sabe o direito e as leis. É dever do juiz saber as leis assim como as partes não podem alegar que desconhecem o ordenamento jurídico. Em outras palavras, o juiz pode – e deve – aplicar a lei que bem entender aos fatos que lhe são apresentados pelas partes no processo.

O que o juiz não pode fazer – porque o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal não deixa – é aplicar as leis ao caso concreto *sem antes dar oportunidade de as partes se manifestarem* sobre o enquadramento legal que entende ser o correto e mais adequado aos fatos.

Como já foi possível explicar em outra ocasião, “A aplicação do princípio *iura novit curia* não deve ser causa para violação do princípio do contraditório e consequente prolação de uma decisão-surpresa. Por outro lado, a vedação das decisões-surpresa não inviabiliza que se coloque em prática o entendimento de que ‘o juiz conhece o direito’, desde que se observe o contraditório”¹⁰⁰.

E não adianta dizer que isso vai contra a “razoável duração do processo” que estaria no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, pois dar mais 15 (quinze) dias para alguém falar não vai deixar o processo mais ou menos “razoavelmente” demorado. Não é o contraditório que atrasa o processo. É a falta de técnica.

Com efeito, cabe aqui a reprodução da certa lição de Humberto Theodoro Jr. e Dierle José Coelho Nunes: “ao contrário da forma como vêm sendo interpretadas por boa parte da doutrina brasileira, a garantia constitucional do contraditório não constitui um obstáculo para a obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); (e debates acerca) dos pontos controversos, é fonte geradora de um sem-número de recursos (a começar de embargos de

⁹⁹. SOUZA, André Pagani de. *A vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98.

¹⁰⁰. SOUZA, André Pagani de. *A vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 170.

declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente, não auxilia na obtenção de uma *razoável duração do processo*”¹⁰¹.

Na hipótese do julgado cuja ementa foi acima transcrita, um juiz de primeiro grau viu os fatos e entendeu que a lei aplicável era uma. Já em segundo grau, o desembargador viu os mesmos fatos e entendeu que a lei aplicável era outra.

Como bem observa José Rogério Cruz e Tucci, “é certo que a liberdade outorgada ao tribunal, no que se refere a eleição da melhor interpretação pretoriana a ser aplicada, independentemente de ser ela invocada pelos litigantes, não dispensa a prévia manifestação das partes acerca da questão aviltrada pelo juiz, em inafastável observância do princípio do contraditório”¹⁰².

Ora, se nem os membros do Poder Judiciário se entendem sobre qual é a lei aplicável em relação a determinados fatos em um processo, como é que as partes poderão participar com chances reais e concretas de influenciar no seu resultado? Todos os sujeitos do processo devem agir com lealdade para que o resultado seja o melhor possível. Assim, só há uma saída: cooperação. O juiz tem que cooperar com as partes, facilitando, na medida do possível, o cumprimento do seu papel. E as partes e seus advogados devem fazer o mesmo, cooperando com o juiz. É daí que decorre o Princípio da não-surpresa, como corolário de algo maior, que é o Princípio do Contraditório.

Se continuar a ser feita essa interpretação apequenada do art. 10 do Código de Processo Civil por órgãos fracionários do STJ, mais críticas surgirão. De qualquer forma, cabe ao Supremo Tribunal Federal ser o guardião do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e não ao Superior Tribunal de Justiça. No final das constas, trata-se de uma questão Constitucional e não apenas infraconstitucional. Portanto, a última palavra ainda não foi dada e o debate está longe do fim.

¹⁰¹. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107-141.

¹⁰². CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao código de processo civil: procedimento comum (disposições gerais até da audiência de instrução e julgamento)*. v. II. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 167.

O CPC de 2015 acabou com a jurisprudência defensiva? Andrea Boari Caraciola¹⁰³ - Carlos Augusto De Assis¹⁰⁴ - Luiz Dellore¹⁰⁵

INTRODUÇÃO

O assunto em pauta vem despertando a atenção dos autores desse artigo já há algum tempo¹⁰⁶. O advento do Código de Processo Civil de 2015 trouxe novas luzes sobre o tema.

É hora de revisitá-lo.

Para fazê-lo de forma adequada, julgamos oportuno retomarmos algumas premissas já levantadas anteriormente.

Em primeiro lugar, destacaremos a o papel da forma e do formalismo no processo civil. Ao contrário do que uma visão apressada poderia sugerir, a forma e o formalismo têm papel extremamente relevante no processo.

Além de ser fator de segurança, ajuda a atingir as finalidades do processo. Isso, porém, se as formalidades forem bem concebidas e aplicadas de maneira adequada. Esse ponto serve de base para as devidas considerações sobre a jurisprudência defensiva.

O que exatamente se entende por jurisprudência defensiva? Quais suas relações com as formalidades do processo? Há conflito entre jurisprudência defensiva e o formalismo virtuoso (formalismo-valorativo)?

Feita essa análise, estaremos em condições de examinar especificamente os casos de jurisprudência defensiva existentes no direito anterior e como o CPC de 2015 procurou afastá-los. Teve ele pleno êxito nessa tarefa? Ainda há casos de jurisprudência defensiva hoje em dia?

¹⁰³ Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutorado em Direito Processual Civil – Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CAPES – CNPQ) “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Advogada.

¹⁰⁴ Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Professor de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

¹⁰⁵ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Visiting Scholar (pós-doutorado) na Syracuse University e Cornell University (EUA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Diretor do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Professor de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Paulista de Direito (EPD). Ex-assessor de ministro do STJ. Advogado concursado da Caixa Econômica Federal. Consultor jurídico.

¹⁰⁶ Em coletânea acerca do STJ, Carlos Augusto de Assis e Andrea Boari Caraciola. Forma e formalismo no processo civil segundo a jurisprudência do STJ, in O Papel da Jurisprudência no STJ, coord. Isabel Gallotti [et al.]. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014. E, em coautoria com terceiros, Luiz Dellore: A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC, Consultor Jurídico, set. 2013, disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>, acesso em 15/01/2021.

Essa é a linha de desenvolvimento desse trabalho.

II – FORMA E FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL

Investigar o tema acerca do que doutrinariamente se convencionou chamar “jurisprudência defensiva”, nos convida, indubitavelmente, a decodificar, desenhar e dimensionar o papel que a forma e o formalismo desempenham no processo civil, até mesmo para que se possa desenvolver uma postura crítica acerca da inadmissibilidade padronizada e em larga escala utilizada pelos tribunais do país, amparada em artifícios ilegítimos e rigor formal extremo na análise dos pressupostos recursais para inviabilizar o exame do mérito recursal, com nítido intuito de, a partir de uma técnica de “blindagem” dos tribunais, realizar um controle de gestão processual com vistas a “sobrevivência” dos tribunais em razão do excesso de trabalho, implementando, na prática, uma percepção generalizada de terror quanto ao juízo de admissibilidade recursal.

É neste contexto que se nos afigura imperioso delimitar o sentido da forma no processo, sua finalidade e as consequências da sua inobservância, análise aqui dimensionada em perspectiva histórica, para que possamos identificar a evolução do tema até chegarmos à instrumentalidade das formas, sendo certo que o CPC de 2015, ao optar ideologicamente pela valorização da primazia do mérito¹⁰⁷, o que se pode constatar, em grau recursal, notadamente na redação do parágrafo único do art. 932º, que imprime à forma um valor instrumental e finalístico, na medida em que impõe ao relator o dever de, antes de considerar inadmissível um recurso, oportunizar ao recorrente a correção do vício ou complementada a documentação exigível¹⁰⁸, bem como a possibilidade de o STF ou o STJ desconsiderarem vício formal de recurso tempestivo ou determinarem a sua correção, desde que não o repute grave¹⁰⁹.

Adentrando a análise da forma, em perspectiva evolutiva, impõe-se registrar que em tempos mais remotos, a forma tinha estreita ligação com considerações de ordem religiosa, de modo a representar um verdadeiro sacramento, cuja observância era de rigor, sob pena de invalidade do ato¹¹⁰. O formalismo exagerado, mesmo posteriormente, teve forte presença, em particular no período do chamado “processo comum”¹¹¹. Tivemos, ainda, nesse suceder da

¹⁰⁷ O art. 319 do CPC é particularmente representativo dessa opção pela valorização da primazia do mérito.

¹⁰⁸ CPC, art. 932, parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

¹⁰⁹ CPC art. 1.029, § 3º. O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

¹¹⁰ É conhecido o exemplo dado por Gaio da rigidez formal dominante no processo romano das ações da lei. Uma pessoa teria perdido “... a demanda pelo fato de haver empregado em juízo a palavras *uitis* (videira), em vez do termo *arbor* (árvore), como preceituava a Lei das XII Tábuas com relação à *actio de arboribus succisis* (ação relativa a árvores cortadas), e isso apesar de, no caso concreto, as árvores abatidas terem sido justamente videiras”. (MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, Rio de Janeiro: Forense, 14.ª ed., 2007, p. 204)

¹¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Do formalismo no processo civil, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29.

história, momentos de rejeição à forma¹¹², até chegarmos a um formalismo moderno, já no início do século XX, em que a forma passou a ser identificada como uma necessidade, mas sem extremismos inúteis.

Já nos tempos atuais tomou-se consciência da exata dimensão e do papel representados pela forma do processo: “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”¹¹³. Trata-se, pois, de decodificar a forma em adstrição a sua função no processo. Nesse sentido, a síntese apresentada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹¹⁴:

“... o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo”.

Assim é que “Não se pode falar em forma do ato processual sem dar o devido destaque para o princípio da instrumentalidade das formas”¹¹⁵, que relativiza as exigências formais à luz do atingimento da finalidade do ato processual, sempre que não cominada nulidade para a sua inobservância¹¹⁶.

Cândido Rangel Dinamarco, tratando da instrumentalidade no seu sentido negativo, destaca que as formas são garantia de segurança para as partes, e, nesse sentido tem reconhecido valor. Entretanto, não podem funcionar como verdadeiras “armadilhas” para os desavisados¹¹⁷, de modo que a forma não constitui, nem pode constituir, um valor em si mesma, sendo que o formalismo processual deve ser examinado à luz dos objetivos a serem alcançados¹¹⁸, para que seja possível adentrar ao exame do mérito.

112 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40.

113 LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. trad. da 4.^a ed. Italiana por Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, vol. 1, 3.^a ed., 2005, p. 328. Naturalmente se percebe que Liebman utiliza o termo “formalismo”, como sinônimo de exagero formal.

114 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em 08/01/2021.

115 CARACIOLA, Andrea Boari; DE ASSIS, Carlos Augusto; DE SOUZA, André Pagani; DELLORE, Luiz; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 427.

116 Neste sentido os arts. 188 e 277, ambos do CPC.

117 *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: RT, 1987, p. 383.

118 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

Diversos os dispositivos do CPC a particularizar a primazia do exame do mérito¹¹⁹, este sim o fim do processo, vetor este identificado tanto no curso do processo em primeiro grau de jurisdição (arts. 139º, IX, 319º, § 2º., 321º, 338º, 352º, 485º, §7º.), quanto em grau recursal (arts. 932º, parágrafo único, 1.007º §§ 2º. e 7º., 1.029º, § 3º, 1.032º e 1.033º), conjunto este de dispositivos legais que assegura o julgamento do mérito como garantia fundamental, transpondo, sempre que possível, óbices formais.

“Neste contexto, ganha relevância o debate acerca do formalismo processual e sua adequada compreensão na processualística contemporânea, pois, atento sobretudo ao escopo social do processo, não se revela plausível que regras procedimentais sejam vistas como entraves a uma prestação digna”¹²⁰

Sob essas premissas, que a doutrina processual contemporânea estabelece em matéria de forma, é que nos cabe analisar o posicionamento jurisprudencial. Antes, porém, traçaremos algumas linhas que identificam a chamada jurisprudência defensiva e a analisaremos sob a perspectiva do formalismo valorativo. Só então passaremos ao exame de alguns casos significativos, por parte do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao advento do CPC de 2015 e posteriormente à sua entrada em vigor.

III – A CHAMADA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

3.1 – Origem e conceito

Nossa proposta, neste breve estudo, diz respeito à análise da forma e do formalismo no que se refere especificamente à jurisprudência defensiva. Cabe, portanto, em primeiro lugar, entender exatamente o que vem a ser aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva.

Inicialmente, cabe destacar que a expressão, segundo consta¹²¹, teve como autor intelectual o ex-Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros. Nesse sentido, é possível citar um trecho de discurso em que a expressão foi apresentada:

¹¹⁹ CPC, arts. 317 e 488.

¹²⁰ Carvalho, Fabrício de Farias; Jobim, Marco Félix. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de processo civil de 2015. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Revista de Processo, ano 44, vol. 298, dezembro/2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 81.

¹²¹ Ricardo Giuliano Figueira Torre, “A Valorização dos Precedentes pelos Tribunais Superiores e a Jurisprudência Defensiva”, dissertação de mestrado defendida em 2015, na Faculdade de Direito da USP, sob a orientação de Ricardo de Barros Leonel,, p. 117 e Arthur de Paiva Marques, , em Dissertação de mestrado defendida em 2015, na UFRN, sob

“Para fugir a tão aviltante destino, adotou a denominada ‘jurisprudência defensiva’, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.”¹²²

É claro que, sendo um comportamento, atribuído aos tribunais superiores, não é possível indicar um momento preciso em que se teve início, mas podemos dizer que é um fenômeno que pode ser identificado por volta do final do século passado¹²³.

Mas, embora não seja possível dizer com precisão o momento de início dessa política dos tribunais superiores, o motivo é absolutamente claro: refrear o excessivo volume de recursos a serem julgados por aquelas Cortes de Justiça, de modo a “defender” o Tribunal da verdadeira avalanche de processos.

Mas, o que seria exatamente a jurisprudência defensiva? O significado de jurisprudência defensiva já pode ser depreendido do pequeno trecho do discurso do Ministro Humberto Gomes de Barros, acima referido, mas igualmente pode ser extraído da fala de diversos autores, que, na sua substância, convergem na formulação de seu conceito. Vejamos alguns deles.

Riccardo Giuliano Figueira Torre¹²⁴, conclui ser:

“... a tentativa dos tribunais superiores de brearem, a todo custo, os recursos excepcionais, mediante a deturpação de entendimentos jurisprudenciais legítimos, evitando que efetivamente cheguem para sua apreciação e julgamento.”

Das palavras de Fernanda Mercier Querido Farina¹²⁵ também é possível se extrair um conceito de jurisprudência defensiva:

orientação de Leonardo Martins, com o título “Jurisprudência defensiva: da identificação do problema à sua resolução”, p. 17.

¹²² Trecho do discurso do ministro Humberto Gomes de Barros, proferido em 7/4/2008, quando era empossado no cargo de Presidente do STJ.

¹²³ Arthur de Paiva Marques Carvalho, em Dissertação de mestrado defendida em 2015, na UFRN, sob orientação de Leonardo Martins, com o título “Jurisprudência defensiva: da identificação do problema à sua resolução”, fala em meados dos anos 2000 (p. 24).

¹²⁴ A Valorização dos Precedentes pelos Tribunais Superiores e a Jurisprudência Defensiva, dissertação de mestrado defendida em 2015, na Faculdade de Direito da USP, sob a orientação de Ricardo de Barros Leonel, p. 116.

¹²⁵ Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores, in RePro 209/jul.2012, p. 105-144. Igualmente falando em “excessos” na interpretação das normas de cabimento de recursos, ver Paulo Camargo Tedesco, “Jurisprudência Defensiva de Segunda Geração”, in RePro 182, abr.2010, p. 259-290.

“A denominada “jurisprudência defensiva” pode ser caracterizada, hoje, como um excesso de rigorismo processual e procedimental. São decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos.”

Ou seja, seriam *barreiras processuais* criadas para obstar a admissibilidade do conhecimento de recursos.

Leonardo Greco¹²⁶ também destaca o exagerado formalismo como característica marcante da jurisprudência defensiva, como se pode perceber do excerto abaixo:

“O crescimento avassalador do volume de recursos nos últimos anos provocou da parte do Supremo Tribunal e, mais recentemente, também do STJ, o que tem sido chamado de jurisprudência defensiva, consistente numa interpretação cada vez mais restritiva dos seus pressupostos de admissibilidade, na criação de novas e exageradas exigências e na exacerbação do formalismo, com o intuito deliberado de limpar as prateleiras, desestimulando a sua interposição e reduzindo drasticamente a sua probabilidade de êxito.”

Flávio Cheim Jorge¹²⁷ associa a jurisprudência defensiva às restrições ilegítimas ao cabimento de recursos:

“Esta consiste, em última análise, na interpretação inadequada dos requisitos de admissibilidade, por intermédio da imposição de restrições ilegítimas, indevidas e ilegais ao conhecimento dos recursos.”

Cássio Scarpinella Bueno¹²⁸, por sua vez, assim define a jurisprudência defensiva: “... *o conjunto de decisões que criavam os mais variados óbices, mormente de cunho formal, para inviabilizar a superação do juízo de admissibilidade recursal*”.

A partir dos conceitos apresentados por esses diversos autores, podemos identificar alguns elementos básicos nessa ideia de jurisprudência defensiva: (i) *barreira de acesso às*

¹²⁶ Instituições de Processo Civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais, volume III / Leonardo Greco. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 227.

¹²⁷ Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7.ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 229.

¹²⁸ Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – vol 2: Saraiva, 9.ª ed., 2020, p. 578.

*cortes superiores*¹²⁹, (ii) *utilização deturpada das regras de admissibilidade dos recursos excepcionais* e (iii) *excessivo formalismo*. Qualquer conceito que se pretenda formular de jurisprudência está ligado a algum – senão todos – os elementos aqui indicados.

Tendo esses aspectos em consideração, é possível fazer o confronto como formalismo valorativo. É o que se passará a desenvolver.

3.2 – A incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva e o formalismo valorativo

Para fazermos o mencionado confronto, é importante não perdermos de vista que a jurisprudência defensiva opera precisamente no juízo de admissibilidade recursal (especialmente na admissibilidade dos recursos especial e extraordinário¹³⁰).

Mas, por que razão o sistema recursal prevê um juízo de admissibilidade? A resposta a essa pergunta pode ser encontrada nas considerações de Araken de Assis¹³¹, que nos permitimos reproduzir abaixo:

“Todo recurso prolonga indefinidamente a solução do processo. É natural que, para legitimar a atividade adicional subsequente à interposição, a lei imponha uma série de requisitos específicos. Ao exame desse conjunto de condições, que incumbirá ao órgão judiciário, previamente ao julgamento do próprio conteúdo da impugnação, dá-se o nome de juízo de admissibilidade. Traça-se, não raro, sugestivo paralelo entre as condições de admissibilidade do recurso e os pressupostos processuais ou ‘condições’ da ação.”

Percebe-se, portanto, que são razões sobretudo de eficiência que tornam conveniente a existência de requisitos de admissibilidade que, ausentes, dispensam a atividade de exame do conteúdo dos recursos.

Mas, tais requisitos não podem ser desarrazoados, sob pena de frustrar a própria finalidade para a qual foram criados. Barbosa Moreira¹³², com sua habitual clareza, assim explicava o significado político do juízo (negativo) de admissibilidade:

¹²⁹ É certo que existem situações de jurisprudência defensiva não só em tribunais superiores, mas este é o foco do presente artigo.

¹³⁰ Vide nota anterior.

¹³¹ Manual dos Recursos. São Paulo: RT, 9.^a ed., 2017, p. 149.

¹³² Restrições Ilegítimas ao Conhecimento dos Recursos. In Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1, abril 2006, p. 40.

“Convém pôr em relevo especial a significação do juízo negativo de admissibilidade do ponto de vista da política jurídica. Hipotético ordenamento processual poderia facultar a impugnação de decisões judiciais por meio de recursos sem subordiná-la a requisito algum, seja relativo à escolha do recurso utilizado, seja à pessoa do recorrente, seja ao tempo ou à forma da interposição, e assim por diante. Logo se percebem as conseqüências negativas que semelhante liberalidade traria. Basta atentar no tópico atinente ao tempo: imagine-se o que representaria como fator de insegurança a eventualidade de ficar indefinidamente em aberto a matéria que constitui objeto da impugnação – talvez a própria solução final do litígio ajuizado. Noutros casos, seria clamorosamente inútil o exercício de atividade cognitiva por parte do órgão *ad quem*. A máquina judiciária, cuja manutenção reclama despesa pública vultosa, deve funcionar de maneira tão eficiente quanto possível; e a idéia de eficiência implica por força a observância de parâmetros razoáveis quanto à duração, assim como a omissão de atos inidôneos para produzir resultado prático relevante.”

Mas, da mesma forma que reconhecia a importância da existência desse juízo de admissibilidade, advertia contra os exageros:

“Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.”¹³³

Como se nota, o problema está em “exagerar na dose”, para utilizar a expressão empregada pelo saudoso processualista. Ora, o exagero está na própria raiz da chamada jurisprudência defensiva, o que faz com que a sua razão de ser seja desvirtuada, violando as bases que compõem o devido processo legal¹³⁴.

¹³³ Idem, p. 41.

¹³⁴ Diogo Ciuffo Carneiro aponta, com razão, que tais exageros ofendem a própria garantia de acesso à justiça: “De acordo com tal garantia, portanto, não podem os Tribunais Superiores criarem óbices indevidos à admissão dos recursos especial e extraordinário, quer seja mediante novos requisitos de admissibilidade que não aqueles exigidos pela lei ou pela Constituição, bem como mediante o excesso de formalismo com os requisitos já existentes. A circunstância dos Tribunais Superiores encontrarem-se abarrotados de recursos aguardando julgamento não pode e não deve ser argumento para a utilização dos requisitos de admissibilidade dos recursos como freios para a contenção do grande volume recursal. O acesso à Justiça é bem de maior importância e deve, portanto, ser sempre preservado.” (Os Requisitos de Admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais – RePro 160/jun.2008, p. 205-232).

Não é preciso discorrer muito mais para concluirmos pela manifesta incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva e o formalismo valorativo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que cunhou a expressão formalismo valorativo, o contrapõe justamente ao formalismo *excessivo* (que, como vimos, está à base da jurisprudência defensiva). Com efeito, o autor, que discorre pormenorizadamente sobre o formalismo no processo, expondo sua importância¹³⁵, adverte que “*não há formalismo por formalismo*”¹³⁶, e que deve ser rejeitado fortemente o “*formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso.*”¹³⁷

Em outras palavras, o formalismo é excessivo quando trai as finalidades para as quais foi criado, ao contrário do valorativo, que se afigura essencial para implementá-las. O seguinte excerto resume bem o pensamento:

“De tudo o que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidez daí decorrente -, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo.”¹³⁸

A jurisprudência defensiva, cuja finalidade é simplesmente livrar-se de recursos sem examiná-los no seu mérito, para fazer frente ao grande volume de trabalho dos tribunais superiores, certamente não está direcionada “às finalidades essenciais do processo”. Como os exemplos que serão abordados a seguir deixarão patente, nada colabora para a efetividade, segurança, boa-fé, lealdade e processo justo. Aliás, só atenta contra tais valores fundamentais.

IV – A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O CPC DE 2015

4.1 - Casos de jurisprudência defensiva praticados antes do CPC atual

Os exemplos de jurisprudência defensiva, infelizmente, são inúmeros.

¹³⁵ Do Formalismo no Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 1997.

¹³⁶ O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, RePro 137, julho/2006, p. 13.

¹³⁷ O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, RePro 137, julho/2006, p. 24.

¹³⁸ O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, RePro 137, julho/2006, p. 25.

Em artigo anterior, elaborado antes do atual CPC e com foco no STJ, dois dos coautores deste artigo¹³⁹ trouxeram algumas situações concretas de jurisprudência defensiva.

E cravou-se que essa rigidez na admissibilidade recursal¹⁴⁰:

“(...) surge vinculada a uma leitura restritiva da lei e extremamente rigorosa quanto aos requisitos de natureza processual que devem ser atendidos para a admissibilidade do recurso especial, culminando com restrições aleatórias, quase sempre ilegítimas ao cabimento deste recurso, vez que frequentemente surgem adstritas a regulamentações internas, como resoluções, por exemplo, que, não obstante o caráter regulamentador que exercem, não estão legitimadas a criar ou restringir direitos. Ademais, cumpre ainda destacar a prática frequente do STJ de se reportar a precedentes para o fim de também estabelecer restrições ao recurso especial, de sorte a serem considerados posicionamentos firmados no próprio STJ acerca de determinada matéria para o fim de se conhecer ou não um recurso, reproduzindo julgados por vezes desprovidos de significado jurídico.”

A partir dessa premissa, foram apontadas algumas situações concretas de jurisprudência defensiva, a saber¹⁴¹:

- (i) carimbo ilegível de protocolo do recurso especial conduz à inadmissibilidade do recurso¹⁴²;
- (ii) preenchimento “à mão, incompleto ou incorreto” da guia de preparo, seja quanto à indicação precisa do número do processo recorrido ou ao correto código das custas ou agência bancária de recolhimento – sob pena de deserção e sem possibilidade de correção¹⁴³;
- (iii) recurso interposto antes do início do prazo ser considerado intempestivo, bem como necessidade de ratificar o recurso se a parte contrária embarga de declaração, ainda que não provida essa irresignação¹⁴⁴.

Esses temas foram enfrentados, direta ou indiretamente, pelo Código de Processo Civil de 2015 – cujo contexto, no tocante à forma, já foi delineado no tópico 2 acima.

É o que trataremos a seguir.

¹³⁹ Vide nota 1, artigo elaborado por Assis e Caraciola.

¹⁴⁰ Cf. Forma e formalismo no processo civil segundo a jurisprudência do STJ, cit., p. 101.

¹⁴¹ Idem, p. 102 e ss.

¹⁴² Por exemplo, AgRg no Ag 1277134/SP, DJe 27/08/2012.

¹⁴³ Por exemplo, AgRg no Ag 1247768/DF, DJe 13/08/2012, AgRg no AgRg no Ag 1059585/MG, DJe 12/03/2012 e AgRg no Ag 1367474/RS, Dje 20/04/2012.

¹⁴⁴ Por exemplo, súmula 418/STJ e AgRg no AREsp 23363/PR, DJe 28/06/2012.

4.2 – Algumas das respostas do vigente CPC para combater a jurisprudência defensiva

Considerando o histórico de situações de jurisprudência defensiva, e tendo em vista o reforço na instrumentalidade e o princípio da primazia do mérito¹⁴⁵, o legislador trouxe uma série de dispositivos de modo a expressamente afastar as situações de excessivo rigor na admissibilidade dos recursos.

Para resolver a situação de carimbo ilegível (mencionada em (i) no item anterior), existe a cláusula geral de saneamento recursal, já mencionada no item 2 acima. Referimo-nos aos artigos 932º, parágrafo único e 1.029º, § 3º¹⁴⁶.

Ou seja, por esses dispositivos, se houver dúvida quanto à data do protocolo, deve-se abrir prazo para que a parte comprove ou, inclusive, o órgão *ad quem* provocar o órgão *a quo*.

De qualquer forma, com o avanço da tecnologia – e a popularização do processo eletrônico (inclusive com a digitalização de processos físicos após a pandemia) – o problema de carimbo na petição, típico do processo físico, está no passado.

Assim, podemos dizer que esse problema está solucionado.

Analisemos agora a solução que o atual Código trouxe para a situação de recurso interposto antes do prazo e necessidade de ratificação do recurso (ou seja, os dois problemas expostos no item (iii) acima).

Aqui, uma vez mais, o Código de 2015 buscou afastar expressamente o entendimento ilegítimo e reprovável da jurisprudência defensiva.

Em relação à intempestividade de um recurso interposto antes do início do prazo (que é um total contrassenso), o assunto foi expressamente enfrentado na parte geral do Código, no art. 218º, § 4º: “Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

De seu turno, em relação à necessidade de ratificação do recurso após julgamento de declaratórios, a questão, como mencionado, estava sumulada pelo STJ, no verbete 418: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”

De modo a afastar esse entendimento, o CPC atual trouxe regulamentação específica para isso no capítulo que trata dos embargos de declaração. É o que consta do art. 1.024º, § 5º:

“Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”.

¹⁴⁵ Temas já mencionados no item 2 acima.

¹⁴⁶ Vide notas 3 e 4.

Em virtude dessa alteração legislativa – e de modo distinto do que se verifica em relação a outras súmulas do STJ que, mesmo havendo previsão legal em sentido inverso, ainda não foram revogadas¹⁴⁷ – felizmente o Tribunal revogou a referida súmula.

E, ainda que não fosse necessário, tendo a previsão legal do art. 1.024º, § 5º, o STJ optou por editar outro verbete, no lugar da 418. Trata-se da Súmula 579: “Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração quando inalterado o julgamento anterior.”

Assim, de forma bastante ampla e efetiva, esse problema está superado.

Por fim, no que se refere ao preparo (problema mencionado no tópico (ii) acima), o legislador trabalhou tanto de forma genérica – conforme cláusula geral de saneamento, conforme os dois artigos antes mencionados, quanto se tratou da situação (i) – como de forma específica, em artigo próprio para tratar dos problemas com o preparo. Trata-se do art. 1.007, que tem 7 parágrafos.

E o que nos interessa é, exatamente, o último parágrafo. Vejamos a redação:

“O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”.

Portanto, se não houver número do processo ou o nome da parte na guia, se a guia for recolhida no banco errado ou com código de custas errado, se a guia for recolhida a mão ou se houver qualquer outro problema burocrático, deve-se abrir vista à parte.

Com esse parágrafo, portanto, o legislador buscou acabar com diversas hipóteses de jurisprudência defensiva. E atingiu seu desiderato, tanto que as hipóteses antes existentes de jurisprudência defensiva relativas a custas, e narradas no tópico acima, rarearam.

Porém, apesar da previsão legislativa bastante o problema relativo a custas e jurisprudência defensiva, infelizmente, não foi totalmente solucionado, como se exporá no tópico a seguir.

Ou seja, ainda que o legislador tenha mapeado e procurado afastar os entendimentos de jurisprudência defensiva, o fato é que novas barreiras foram criadas, ainda que ilegais e indevidas.

¹⁴⁷ Por exemplo, a súmula 306/STJ, ainda não revogada, apesar da previsão expressa constante do art. 85,§ 14, que veda a compensação de honorários.

4.3 – Novas situações de jurisprudência defensiva, após o atual Código.

A criatividade dos tribunais, especialmente do STJ, infelizmente, fez com que novas situações de jurisprudência defensiva fossem criadas, após a vigência do CPC 2015.

E com uma agravante: as hipóteses anteriores já eram conhecidas – ao menos do advogado diligente e atualizado com a jurisprudência. Considerando as novas situações (ainda em consolidação, pois segura – e infelizmente – novas hipóteses vão surgir), muitos profissionais são surpreendidos com os “requisitos defensivos de admissibilidade”.

Vejam algumas dessas situações, que antes não existiam – ou tomaram nova roupagem com o atual Código:

a) Comprovação de feriado local no ato de interposição de recurso.

Este é um exemplo de uma situação em que a posição do STJ, infelizmente, regrediu.

O feriado local é o feriado não nacional, ou seja, estadual e municipal. Assim, se no Estado ou Município sede do tribunal de origem houver feriado durante a fluência do prazo recurso especial, por óbvio esse dia não é computado. E o tribunal de origem, igualmente por óbvio, não atestará a intempestividade do especial, quando da admissibilidade na origem.

Porém, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no passado, concluiu pela necessidade de que os tribunais superiores não teriam como saber se houve feriado local na origem, se isso não fosse comprovado nos autos. Inicialmente, decidiu-se, que era fundamental que essa comprovação fosse feita no ato da interposição do recurso, não sendo possível prova posterior – em típico entendimento restritivo indevido¹⁴⁸.

Mas, antes mesmo do atual Código, a jurisprudência do STF e, em seguida, do STJ, mudou de entendimento, apontando ser possível a comprovação do feriado local posteriormente – o que, por certo, foi uma ótima evolução jurisprudencial¹⁴⁹.

Mas, quando da elaboração do anteprojeto do CPC, ainda prevalecia o entendimento de necessidade de comprovação no ato da interposição. Por isso, o art. 1.006 do Código trouxe a seguinte redação: “O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

Com a evolução jurisprudencial, que afastou a comprovação no ato do recurso, apontou-se que seria conveniente alterar o referido parágrafo¹⁵⁰. Contudo, os defensores do Código – e de

¹⁴⁸ EREsp 299.177/MG, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/2/2008.

¹⁴⁹ AgRg no AREsp 137.141/SE, Corte Especial, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 19/9/2012.

¹⁵⁰ Por exemplo, um dos autores deste artigo assim se manifestou: “Para compatibilizar o projeto com a recente evolução da jurisprudência, extirpando mais este aspecto da jurisprudência defensiva, seria conveniente alterar o dispositivo, não somente

sua rápida tramitação – apontaram que isso não seria necessário, pois havia a previsão da “cláusula geral de saneamento do recurso”¹⁵¹.

A melhor doutrina corroborou esse entendimento, conforme se depreende do enunciado 66 do Conselho da Justiça Federal:

“Admite-se a correção da falta de comprovação do feriado local ou da suspensão do expediente forense, posteriormente à interposição do recurso, com fundamento no art. 932, parágrafo único, do CPC”.

Porém – como infelizmente era de se imaginar – a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido contrário, determinando que a comprovação do feriado local seja feita no ato de interposição do recurso, sob pena de preclusão.

A questão foi assim decidida pela Corte Especial do STJ:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. 1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/15, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial. 2. O art. 1.003º, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso". 3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3º do seu art. 1.029º impõe, para tanto, que se trate de "recurso tempestivo". 4. A intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/15, reservado às hipóteses de vícios sanáveis. 5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada. 6. Agravo

para admitir a comprovação do feriado local após o ato de interposição, como também para ampliar sua incidência aos casos de suspensão do expediente forense.” (DELLÖRE, Luiz; ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando e DUARTE, Zulmar. A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC, disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>, acesso em 14/01/2021).

¹⁵¹ Ou seja, os já mencionados art. 932, p.u. e art. 1.029, § 3º.

Ora, não há relação de causalidade entre o prequestionamento ficto do art. 1.025º e o uso dos embargos de declaração por omissão com base no art. 1.022º do Código. Mas esse entendimento, infelizmente, espalhou-se pelo STJ e hoje é amplamente utilizado – para negar admissão aos recursos especiais, por certo.

Dentre inúmeros julgados nesse sentido, vejamos a título de exemplo um acórdão que adota esse entendimento, reproduzido a seguir na parte útil para o presente trabalho:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) 5. O prequestionamento é exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do recurso especial. Dessa forma, há a necessidade de ser a causa decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto. 5.1. O prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025º do CPC/2015, só é admissível quando, após a oposição de embargos de declaração na origem, o recorrente suscitar a violação ao art. 1.022 do mesmo diploma, porquanto somente dessa forma é que o órgão julgador poderá verificar a existência do vício e proceder à supressão de grau. 6. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1704820/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Perceba-se, pela redação do item 5.1 da ementa, como a questão já é aplicada como sendo pacífica. Trata-se, indubitavelmente, de uma indevida existência.

Ora, interpretando o art. 1.025º, Zulmar Duarte assim conclui¹⁵⁴:

“É uma de duas: ou o Tribunal Superior entende que o acórdão já analisou a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausentes tais vícios, e o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado; ou reconhece o vício e tem a matéria prequestionada virtualmente”.

Mas, como se percebe, o STJ decidiu bem longe disso. Para sintetizar, vale trazer à baila a pertinente conclusão de Marcelo Mazzola¹⁵⁵:

¹⁵⁴ DUARTE, Zulmar et alii. Comentários ao CPC 2015: Execução e Recursos. 2. ed. São Paulo: Gen, p. 1107.

“A exigência é absurda, pois, à luz do art. 1.025º (justamente para fins de prequestionamento), consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes os alegados vícios. Ora, se o vício existe e foi reconhecido pelo tribunal, a matéria deve ser apreciada, não podendo o recurso ser fulminado sob a alegação de que o recorrente também deveria ter suscitado a violação ao art. 1.022º”.

c) Código de barras do pagamento do preparo deve corresponder à guia de custas, sob pena de pagamento “em triplo” das custas.

Por fim, analisemos a questão relativa às custas.

Como visto no tópico 4.1 acima, a jurisprudência era bastante rígida quanto à prova das custas. E, como exposto no tópico 4.2, o CPC trouxe uma previsão expressa de possibilidade de correção.

Mas, infelizmente, a rigidez do STJ já mostrou sua face também em relação a isso.

Para demonstrar a assertiva, vejamos o seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DETERMINAÇÃO DE REGULARIZAÇÃO COM RECOLHIMENTO DO PREPARO EM DOBRO. PROVIDÊNCIA NÃO CUMPRIDA. PRECLUSÃO. RECURSO CONSIDERADO DESERTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 187 DO STJ. 1. A determinação do § 4º do art. 1.007 do Código de Processo Civil de 2015 é uma obrigação processual da parte. Assim, sendo determinado à parte que realize o pagamento em dobro, cabe a ela fazê-lo ou impugnar a determinação com o recurso apropriado. A juntada de nova petição, sem o cumprimento da determinação de recolhimento em dobro, diante da falha na comprovação do preparo, gera a preclusão para realizar o ato de comprová-lo. 2. Registre-se que, embora regularmente intimado para sanar o referido vício, o agravante não o fez, limitando-se a trazer o comprovante de pagamento, desacompanhado da guia de recolhimento das custas devidas ao STJ (fls. 204-206, e-STJ). 3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a "ausência de correspondência entre o código de barras da guia de recolhimento e o comprovante

¹⁵⁵ Jurisprudência defensiva dos tribunais: versão "CPC/15", em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/284052/jurisprudencia-defensiva-dos-tribunais-versao-cpc-15>, acesso em 16/01/2021.

de pagamento enseja irregularidade no preparo do recurso especial, e, portanto, sua deserção" (AgInt no AREsp 1.132.940/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 28/8/2018). 4. Essa exigência tem respaldo na necessidade de constarem o número do código de barras e o do processo, viabilizando o cotejo com aqueles lançados na GRU apresentada, para que não haja dúvida acerca da validade do documento e do efetivo recolhimento do preparo. 5. Dessa forma, o Recurso Especial não foi devida e oportunamente preparado, incidindo, na espécie, o disposto na Súmula 187 deste Tribunal, que dispõe sobre a deserção: "É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos." 6. Agravo interno improvido. (AgRg no RMS 63.518/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2020, DJe 24/11/2020)."

O que se teve, no caso concreto, é que houve o recolhimento do preparo. Mas o número do código de barras da guia de recolhimento não coincide exatamente com o número do código de barras do comprovante de pagamento¹⁵⁶.

Nesse caso, não se está diante de falta de pagamento (o que acarretaria o recolhimento em dobro, nos termos do art. 1.007º, § 4º¹⁵⁷). Quando muito, está-se diante de uma situação de irregularidade no preenchimento da guia, o que não impõe o recolhimento em dobro (conforme o art. 1.007º, § 7º¹⁵⁸), mas somente a intimação para “sanar o vício”, o que, no caso significaria a juntada do comprovante de pagamento (já realizado, frise-se), com a indicação completa do código de barras.

Mas isso pouco importa, pois a jurisprudência (por óbvio, defensiva) já se firmou no sentido de que, nesses casos, deve haver novo recolhimento, em dobro: ou seja, tem-se uma necessidade de recolhimento das custas “em triplo”: além do recolhimento inicial, novo recolhimento, em dobro, sob pena de deserção.

Logo, o profissional do contencioso deve estar atento a esse entendimento, de modo a evitar deserção.

¹⁵⁶ Isso acontece, por exemplo, em alguns aplicativos de internet pelo celular de bancos, que apresentam, no comprovante de pagamento, não a íntegra do código de barras -

¹⁵⁷ § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

¹⁵⁸ § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se expôs neste artigo, é de se concluir que a forma, sem dúvidas, é necessária. Mas não o formalismo exagerado.

Portanto, necessário se faz dissociar a ideia de formalismo do apego exagerado às formalidades processuais, tendo em vista a superação do formalismo oco e pernicioso, que não encontra fundamento em valores sociais e que privilegia a forma pela forma, sem que se possa dela extrair um significado teleológico.

Necessária, pois, a rejeição e a superação do formalismo desmesurado e vazio, uma vez que impede que os institutos processuais sejam interpretados e aplicados da maneira mais favorável ao acesso à Justiça e à efetividade do direito material.

Registre-se que não se há conceber que a forma seja dimensionada em exagero, a ponto de superar o direito material. Não objetivamos aqui tecer um discurso que prestigie a atecnia, o abandono das regras processuais e procedimentais, tampouco objetivamos afastar a forma da ordem jurídica; mas, sim, desmistificar o conteúdo de normas, regras e princípios, de natureza formal, conferindo a estes elementos significado que esteja cingido às suas finalidades.

A jurisprudência defensiva surge nesse contexto, como um expediente que revela e prestigia o apego ao formalismo desmesurado, ignorando a instrumentalidade das formas, a boa-fé processual, os deveres de cooperação e de lealdade, como de resto, também, a finalidade das normas processuais.

Nesse contexto, com o objetivo de afastar essa prática nociva, situações sedimentadas de jurisprudência defensiva foram enfrentadas no âmbito do atual CPC, de modo a superar diversos entendimentos jurisprudenciais restritivos. E, por certo, isso é uma boa notícia, e em parte teve êxito, como se expôs no item 4.2 do texto.

Porém, insistindo nessa visão restritiva quanto ao conhecimento dos recursos, o STJ já criou outras situações de jurisprudência defensiva, indevidamente restringindo o conhecimento de recursos. Expôs-se, no item 4.3, três situações em que isso já ocorre atualmente. E, infelizmente, é certo que outras situações surgirão.

Imperioso lançarmos um olhar sobre as questões relacionadas às restrições ilegítimas à admissibilidade dos recursos, sob o prisma da efetividade da jurisdição e do direito material. As normas que veiculam requisitos e exigências formais não de ser aplicadas tendo-se em vista o atingimento das finalidades pretendidas quando de sua criação, evitando-se, assim, os excessos formais, fontes de insegurança, incerteza e imprevisibilidade.

Em que pese ao número excessivo de recursos, a prática da jurisprudência defensiva além de não contribuir, constitui-se em expediente nocivo à ordem jurídica, na medida em que autoriza a reprodução de julgados desprovidos de significado jurídico, de modo a revelar o desequilíbrio na ponderação de valores por parte do órgão julgador e, desta forma, o desprezo ao devido processo legal.

Mais adequado seria (i) previsão na lei dos requisitos rígidos de admissibilidade (aí não seriam ilegais, ainda que ilegítimos) ou (ii) efetivamente a criação da repercussão geral para a admissibilidade do recurso especial – o que já está há anos em trâmite no Congresso Nacional.

O que não se pode admitir é a aceitação passiva e mesmo a normalização dos entendimentos de jurisprudência defensiva, especialmente após a vigência do atual Código.

A técnica para a correção do polo passivo nos 5 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Arlete Inês Aurelli¹⁵⁹ - Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão Ferreira¹⁶⁰

Introdução

No presente artigo pretendemos analisar as mudanças da jurisprudência sobre a técnica de correção do polo passivo, na sistemática trazida pelo CPC/15, especificamente entre os arts 338º e 339º, analisando os avanços trazidos, em relação à uma das modalidades de intervenção de terceiros prevista no CPC/1973: a nomeação à autoria.

Objetivamos, assim, analisar como o judiciário vem enfrentando, na prática, os pedidos de correção de polo passivo, na forma prevista no CPC, a estudando se aqueles indicados e convocados a ocupar o polo passivo, o fazem na condição de parte ou terceiros, bem como se, efetivamente, o legislador deu uma nova roupagem a essa forma de intervenção, inclusive, na hipótese de o autor optar por manter o primitivo réu no polo passivo, em litisconsórcio com aquele que foi indicado. Nesse caso, é preciso discutir se seria uma forma de chamamento ao processo, se poderia ser determinada de ofício pelo juiz, bem como qual seria a natureza do litisconsórcio formado. E mais, vamos discutir se o juiz poderia recusar essa forma de intervenção, caso o autor utilize uma tal técnica, bem como qual seria a responsabilização do primitivo réu, caso não indique o verdadeiro e correto polo passivo. Enfim, pretendemos demonstrar que a inovação constante dos artigos 338 a 339 é muito bem-vinda e totalmente adequada à finalidade do CPC/15, que é a de simplificar o procedimento, tencionando alcançar o máximo possível a satisfação do direito. Nada mais natural que se permita, por economia processual e para garantir a efetividade da tutela, privilegiando o direito material, que se traga para o processo àquele sujeito que é titular da relação de direito material discutida em juízo e contra quem a ação deveria ser movida, ou seja, busca-se a pertinência subjetiva da ação no polo passivo.

Perspectiva geral do novo Código de Processo Civil brasileiro

Antes de adentrarmos nesse estudo, é preciso asseverar que sob uma perspectiva geral do CPC/2015, a palavra chave do novel processual é *celeridade*. Celeridade porque o que se busca é sanar as falhas do sistema para evitar o desperdício de atividade jurisdicional, efetivando-se, sempre que possível, o direito material.

¹⁵⁹ Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu da PUC/SP. Advogada em São Paulo.

¹⁶⁰ Mestre pela PUC/SP. Pós graduada em direito das telecomunicações. Professora convidada de cursos de especialização da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada em São Paulo.

Verificamos que uma das principais diretrizes seguidas na elaboração do CPC/2015 objetivam maior celeridade ao processo, fazendo com que este cumpra seu papel precípua de servir de instrumento para fazer valer o direito material da parte. De fato, o processo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para que se alcance um objetivo. É evidente que não se pode pretender jamais a eliminação pura e simples da forma. A existência de um modelo legal é necessária para a própria segurança do cumprimento das garantias processuais, que são, em suma, asseguradas pelo contraditório. O problema reside no formalismo excessivo¹⁶¹. Por isso, é imperioso que se busque mais celeridade e menos formalismo no desenvolvimento do processo, mas não se tencione o desapego total à forma. Observa-se, portanto, que as alterações levadas a efeito no NCPC visam, e com relação ao tema em estudo não é diferente, em suma, simplificar e dar maior celeridade na tramitação dos processos, mas sempre preservando um mínimo de garantias, a fim de não violar o modelo constitucional do processo civil.

Fica evidente que a intenção do CPC/2015 não foi de inovar o direito ou revolucionar o sistema, mas sim trazer soluções para os problemas enfrentados no dia a dia da comunidade jurídica, soluções estas que poderão aprimorar a melhor aplicação das normas.

Dentre as alterações, temos a conversão da nomeação à autoria, modalidade de intervenção de terceiros no CPC/1973 (arts. 62 a 69), em *incidente de substituição da parte* a ser apresentada no bojo da contestação, para correção do polo passivo (arts. 338 e 339 do CPC/2015), ampliando-se a incidência de sua aplicação, que era restrita às duas hipóteses dispostas no diploma processual de 1973, para todas as formas de tutela.

O fim da nomeação à autoria e a possibilidade correção da legitimidade passiva.

O instituto da nomeação à autoria foi suprimido no CPC/2015, como forma de intervenção de terceiros. Alguns, desavisadamente, poderiam pensar que se trata de supressão *stricto sensu*, ou seja aquela em que o instituto é simplesmente abolido. Ledo engano. Na verdade, trata-se de supressão *lato sensu*, ou seja, aquela em que alguns institutos não foram propriamente abolidos, mas inseridos noutra contexto do CPC/2015. De fato, a ideia é simplificar, mas simplificar de outro modo. A finalidade do CPC/2015 é possibilitar a

¹⁶¹ BEDAQUE, nesse sentido, afirma que: “Forma e técnica não são, em si mesmas, um mal. Ao contrário, a existência de um modelo legal é fator de garantia para as partes, que têm assegurada a participação efetiva no contraditório. Além disso, contribuiu, decisivamente para o normal e ordenado desenvolvimento do processo. É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída.. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.” *Efetividade do processo e técnica processual*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 52.

correção da legitimidade passiva para todos os processos, indistintamente¹⁶² E, com isso, propiciar a efetivação não somente da aceleração do procedimento, mas também o cumprimento do princípio da primazia do mérito

Sabe-se que a finalidade da nomeação à autoria era corrigir o polo passivo equivocado. Nesse sentido, Arruda Alvim já dizia que o que ocorre na nomeação é que o nomeado deve assumir o processo, pois é contra este que a ação deveria ser movida e esta oportunidade - corretiva da legitimação passiva- é ensejada ao autor.¹⁶³

Ocorre que na previsão do CPC/1973, a correção somente era autorizada para hipóteses restritas, prevista na lei, em que há uma, às vezes, inevitável, confusão sobre quem deva ocupar o polo passivo. Eram hipóteses ligadas a questões de detenção, posse e propriedade de bens. Em todos esses casos, a dúvida sobre quem é o responsável pela violação do direito reclamado é originária da difícil percepção de quem é o verdadeiro possuidor ou proprietário. É o que se verifica nos casos de detenção e daquele que pratica atos a mando de terceiro. Assim, a finalidade era permitir a correção da ilegitimidade passiva somente nessas hipóteses.

No CPC/2015, a ideia é permitir que se possa corrigir o polo passivo em todas as formas de tutela jurisdicional. É o que se depreende da análise dos artigos 338º e 339º.

O artigo 338º reza que:

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

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

Da análise do referido dispositivo, verifica-se a clara intenção de simplificar o procedimento, não suprimindo simplesmente o instituto da nomeação à autoria, como forma de intervenção de terceiros, mas sim permitindo que o autor possa corrigir o polo passivo equivocado sempre que o réu vier a alegar sua ilegitimidade ad causam. Trata-se de um

¹⁶² Essa também é a opinião de José Miguel Garcia Medina, conforme se vê em *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011. p. 100.

¹⁶³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 657.

verdadeiro caso de sucessão processual¹⁶⁴, em que o réu sairá do processo, deixando de ocupar o polo passivo, sendo substituído por aquele que vier a ser indicado pelo próprio réu e aceito pelo autor.

A inovação é muito bem-vinda e totalmente adequada à finalidade do CPC/2015, que é a de simplificar o procedimento, tencionando alcançar o máximo possível a satisfação do direito. Conforme afirmava Vicente Greco Filho, na hipótese de nomeação à autoria, nada mais há do que a busca da pertinência subjetiva da ação no polo negativo¹⁶⁵. Dessa forma, nada melhor que buscar essa pertinência subjetiva em todos os tipos de tutela e não somente naquelas hipóteses restritas previstas para a atual nomeação à autoria.

Sobre a novidade, Alexandre Freitas Câmara entende que “Tem-se, aí, uma espécie de nomeação à autoria (embora a lei processual não empregue esta denominação, a qual encontra suas origens na nominatio auctoris do Direito Romano), criando a lei para o réu o dever jurídico de, sempre que alegar sua ilegitimidade passiva, indicar o nome do verdadeiro responsável, sob pena de responder por perdas e danos”¹⁶⁶.

É de se indagar se a alteração prevista no CPC/2015 traria prejuízo às partes ou alguma das partes, ou, ainda, se traria prejuízo ao terceiro que passaria a integrar a lide no lugar do réu ou ainda e se com essa alteração subjetiva haveria violação das garantias processuais e do modelo constitucional do processo civil.

Para todas essas indagações, a resposta só pode ser negativa. De fato, ao permitir-se a correção do polo passivo da ação, não se vislumbra nenhum prejuízo para as partes, pelo contrário, pode-se dizer que ambas serão beneficiadas. O autor porque tem a oportunidade de sanear o vício constituído pela falta de condição da ação e o réu porque será excluído do polo passivo. Também não vislumbramos prejuízo para o terceiro que passará a ocupar o polo passivo, como réu, eis que a ele será garantido o contraditório, em todos os seus termos. E para o processo, a vantagem é enorme porque toda a atividade desenvolvida até aquele momento será aproveitada. É uma vitória para o princípio da economia processual. No lugar de extinguir o feito e obrigar o autor a novamente propor ação contra o verdadeiro legitimado passivo, aproveita-se a atividade processual já realizada e resolve-se a crise existente no plano material. Não há sentido em impedir que o processo chegue exatamente ao ponto em que se encontra, no momento em que oportuniza a correção da legitimidade passiva, se não há qualquer prejuízo para as partes, nem para o terceiro que passará a ser parte e nem mesmo para a atividade jurisdicional. Todos têm a ganhar com essa benéfica mudança.

Tendo em vista que a ilegitimidade ad causam é condição da ação (art. 17, CPC/2015), que, conforme o sistema mantido pelo novel processual continuará a ter o mesmo regime jurídico, qual seja, é questão de ordem pública, que deverá ser reconhecida de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição (enquanto não ocorrer o trânsito em julgado – art.

¹⁶⁴ Nesse sentido, vide DIDIER JR, Fredie: “A regra, que confere um direito processual de alteração de polo passivo da demanda, é muito boa e simplificadora. Trata-se de uma modalidade nova de intervenção de terceiro, que tem por consequência a sucessão processual, que não depende de concordância do réu: ao alegar a ilegitimidade, o réu deve saber que poderá ser substituído, a critério do autor”. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 647.

¹⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 56

¹⁶⁶ *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo; Atlas, 2016. p. 206.

485, §3º, CPC/2015), é de se indagar se poderá o órgão julgador, no lugar de decretar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, determinar a correção da legitimidade passiva de ofício, ou, pelo menos, abrir ensejo ao autor para que o faça.

Entendemos que a correção, de ofício, não seria possível, eis que, em nosso entender, o autor é quem deve decidir contra quem quer litigar porquanto não é possível conceder tutela jurisdicional a quem não a quer. No entanto, pensamos que, como o processo é público, o órgão julgador, de ofício, poderá intimar o autor para que promova a correção da legitimidade passiva, quando verificar que aquele que foi inserido no polo passivo é parte ilegítima para a ação.

Nesse sentido, Bedaque ensina que: “Processo não é coisa das partes. São múltiplos os interesses envolvidos em uma demanda judicial, ainda que seu objeto seja exclusivamente privado. Além do aspecto econômico – afinal de contas, a jurisdição é mantida com os impostos pagos por todos-, as soluções podem transformar-se em orientação jurisprudencial sobre determinado tema, o que acaba influenciando na própria segurança das relações jurídicas.”¹⁶⁷

Vale a penas ressaltar que o dispositivo em comento contém uma imprecisão terminológica porque fala em substituição da parte, quando o termo correto seria sucessão. De fato, conforme ensinam Marinoni e Mitidiero “dá-se a sucessão quando uma parte toma o lugar da outra no processo, quando um advogado ingressa no lugar de outro no processo”¹⁶⁸, que é justamente o que ocorre na hipótese retratada na norma.

Consta do dispositivo que haveria faculdade para o autor aceitar, ou não, a indicação feita pelo réu. Mas será mesmo uma faculdade, ou deve-se entender tratar-se de um ônus? Veja-se que, caso o autor não aceite alterar a petição inicial para possibilitar a sucessão processual, correrá o risco de o órgão julgador, acatando a preliminar de ilegitimidade ad causam, levantada pelo réu, extinguir o processo, sem julgamento do mérito. Para analisar se realmente se trata de um ônus, deve-se indagar se poderia o autor, após o decurso, in albis, do prazo de quinze dias concedido pelo juiz requerer a emenda da inicial para alterar o polo passivo da ação. Haveria preclusão? Certamente a resposta há que ser positiva.

A preclusão é técnica processual que tem por finalidade precípua propiciar a celeridade processual, pois busca o atingimento do fim do processo, com solução da lide e, para isso, estabelece limites para a prática de atos processuais e discussão de questões¹⁶⁹.

Portanto, caso o autor não atenda a determinação judicial, deixando transcorrer o prazo que lhe foi dado para requerer a sucessão processual, ou substituição do polo passivo, nas palavras do CPC/2015, preclusa¹⁷⁰ estará sua oportunidade. Em razão disso, entendemos que se trata de ônus e não de faculdade¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Efetividade do processo e Técnica processual...* p.70.

¹⁶⁸ *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.132/133.

¹⁶⁹ Nesse sentido, estão os ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e Técnica processual...* p.128.

¹⁷⁰ Entendemos que na hipótese ocorrerá a preclusão temporal. José Roberto dos Santos Bedaque ensina que “a não observância do prazo estabelecido no código para a prática de determinado ato processual implica perda possibilidade de fazê-lo posteriormente, tendo em vista a necessidade de assegurar o regular

E para o réu, a indicação de quem seria o correto polo passivo é obrigatória?

Vejam os. O artigo 339 do NCPC, dispõe que:

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

A redação anterior, na versão do Senado, dizia “sempre que possível”, menção que foi retirada, para constar, o que nos parece, uma obrigação do réu na indicação do verdadeiro polo passivo (“sempre que tiver conhecimento”), tanto que incorrerá nas despesas processuais e deverá indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação¹⁷². A alteração feita pelo legislador goza de boa técnica, no nosso entender, já que visa compensar o autor que se vir prejudicado pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, por desconhecer quem realmente deveria figurar no polo passivo da demanda. Se o réu tem ciência de quem é o correto polo passivo, deve indicá-lo. Trata-se de responsabilidade subjetiva, que inclui o pagamento não somente de despesas processuais, honorários advocatícios, mas também

desenvolvimento do processo. Com o objetivo de garantir a progressão, estabelecem-se momentos e fases para que as partes desenvolvam sua atividade. O descumprimento das normas a respeito do tempo do ato acarreta a inadmissibilidade de o exercício dar-se após esgotado o prazo por uma única razão: o processo tem de seguir em sua marcha rumo à decisão final.” *Efetividade do processo e Técnica processual...* p.132. Nesse sentido, está o acórdão prolatado pelo TJDF, cuja ementa reza:” INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. ROL DO ART. 1.022, I A III, DO CPC. REEXAME DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE 1. Diante da alegação de ilegitimidade passiva, em sede de contestação, e do deferimento ao autor da faculdade de proceder a alteração do polo passivo, em atendimento ao art. 338, caput, do CPC, é inadmissível a inclusão de réu em momento processual posterior, uma vez que operados os efeitos da preclusão consumativa.(ap n. 0023936-72.2016.8.07.0018, 8cam tjdf, Rel. min. Mario Zam Belmiro, j. DJE 01/02/2018 . Pág.: 417/419) in <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos>, acesso em 10/01/2021

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie e BUENO, Cassio Scarpinella entendem que é dever, confira-se, respectivamente:

“Há situações, porém, em que o réu que alegar a sua ilegitimidade tem o dever de indicar o legitimado passivo. São os casos em que, pelas circunstâncias do caso, o réu tem conhecimento de quem seja o legitimado passivo (art. 339, caput, CPC).” – *Curso...* ob. cit. p. 647.

“Para evidenciar que se trata de dever seu, o dispositivo determina que o réu responde pelas despesas processuais, sem prejuízo de indenizar o autor pelos prejuízos que ele sofrer, quando não fizer a indicação.” – *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 316.

¹⁷² Luiz Rodrigues Wambier, discorrendo sobre a obrigatoriedade da nomeação à autoria, no atual sistema, ensina que “Toda vez que, em direito, se faz afirmação no sentido de que certa conduta, omissiva ou comissiva, é obrigatória, deve-se precisar quais seriam as conseqüências da não realização dessa conduta. Normalmente, no processo, quando se fala em obrigatoriedade de alguma conduta, a omissão da parte não gera perda de direitos materiais, mas perda de oportunidades dentro do processo, a que geralmente se segue uma conseqüência negativa para a parte que se omitiu” in *Curso Avançado de Processo Civil*. 10ª ed. atual. e

ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 325

prejuízos extraprocessuais, a serem apurados em ação autônoma¹⁷³. Deve haver prova, pelo autor, de que o réu possuía ciência de quem era o verdadeiro polo passivo, para criar a responsabilidade de pagamento da referida indenização.

Segundo entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o réu deve indicar o nome daquele que entende ser legítimo, portanto, a resposta feita à indagação feita acima, segundo este entendimento, é de que sim, a indicação é obrigatória. Confira-se:

“REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE DE VEÍCULO – ILEGITIMIDADE PASSIVA ALEGADA E COMPROVADA NA CONTESTAÇÃO – REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO – POSSIBILIDADE DOS ARTS. 338 E 339 DO NCPC – EXTINÇÃO POR ILEGITIMIDADE DESNECESSÁRIA 1 – Nos termos do art. 338 e 339 do Novo Código de Processo Civil, alegando o réu, em sua defesa, que não é legítimo para figurar no polo passivo, deve indicar o nome daquele que entende legítimo, bem como as informações necessárias para sua citação. Havendo anuência do autor, o feito deve prosseguir em face da mencionada pessoa, evitando-se, com isso, a extinção do feito por ilegitimidade passiva, em atendimento à celeridade e eficiência da prestação jurisdicional; 2 – Demandado que foi incluído no polo por figurar como proprietário do veículo causador do acidente, mas comprovou ter alienado o bem anos antes do evento danoso, sem realizar a comunicação aos órgãos oficiais, contudo. Sentença de extinção por ilegitimidade que deve ser anulada, a fim de que o feito prossiga em face do adquirente do veículo causador do dano. RECURSO PROVIDO.”¹⁷⁴

O momento adequado e oportuno para o réu indicar o correto polo passivo é na contestação. Assim, há julgados entendendo que também para o réu haverá preclusão, caso não o faça.¹⁷⁵

¹⁷³ Nesse sentido, está o enunciado 44 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – “(art. 339) A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva. (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu). Esta é também a opinião de Fredier Didier Jr, que afirma: “Se o réu não cumprir esse dever, arcará com as despesas processuais e indenizará o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação – a responsabilidade civil, no caso, é subjetiva.” – *Curso... ob. cit.*, p. 648.

¹⁷⁴ TJSP, Apelação nº 1002410-51.2013.8.26.0198, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti. 30ª Câmara de Direito Privado. j. 23/11/2016

¹⁷⁵ Nesse sentido, o acórdão do TJDF cuja menta reza: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. COBRANÇA DE ENCARGOS CONDOMINIAIS. MULTA. CONDOMÍNIO IRREGULAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INDICAÇÃO TARDIA DO LEGITIMADO. CONTESTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. O momento para a parte arguir sua ilegitimidade e indicar quem é legítimo para figurar no polo passivo é na contestação (CPC, art. 338), sob pena de, processado e julgado o feito, arcar o desdioso com as despesas processuais e honorários de sucumbência (CPC, art. 339). 2. O procedimento de sucessão processual deve ser feito junto ao juiz singular, sob pena de supressão de instância e prejuízo à instrução processual e ao contraditório. 3. Preliminar acolhida. Processo extinto, sem julgamento do mérito. (ap (0029761-

Vale ressaltar que, realizada a substituição do polo passivo, o autor deverá reembolsar as despesas e pagar honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do quanto determinado no art. 85, parágrafo oitavo.

O CPC/2015 prevê, ainda, no parágrafo segundo do art. 339, que, no mesmo prazo de quinze dias, o autor poderá optar por alterar a petição inicial para incluir como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

Pensamos que essa hipótese não trata de mera correção do equívoco, com relação à indicação do polo passivo, mas sim trazer para o processo e incluir no polo passivo aquele que foi indicado pelo réu e que deve responder conjuntamente com ele, pelo direito pleiteado em juízo.

Em nosso entender, a norma cria uma nova hipótese de litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples, o qual se dará por vontade do autor, mas não por provocação dele, e sim por parte daquele que já ocupa o polo passivo, que foi acionado individualmente. Assim, a regra objetiva que a sentença atinja a todos aqueles que também são responsáveis, tanto quanto ele, pela obrigação exigida em juízo.

Noutras palavras, embora tenha o réu alegado sua ilegitimidade de parte passiva e indicado quem, no seu modo de ver seria o legitimado para figurar no polo passivo, o autor, poderá, se entender que o caso não é de equívoco na indicação do réu, mas sim de trazer a juízo todos aqueles que são igualmente responsáveis para juntos, desde já, responderem pelo direito reclamado, e ver, desde logo, definida, por sentença, a cota parte que será de responsabilidade de cada um.

Portanto, nesse caso, não se trata de correção de legitimidade passiva. É de se indagar se seria uma hipótese típica de chamamento ao processo, já que a finalidade seria trazer todos os responsáveis para figurarem juntos no polo passivo da demanda. Para responder a essa indagação seria necessário analisar as características do instituto e verificar se se adequam à hipótese prevista no parágrafo segundo do art. 339 do Codex.

Em primeiro lugar, sabemos que a finalidade do chamamento ao processo é possibilitar a ampliação subjetiva da lide, bastando, para tanto, a comunhão de devedores, não havendo necessidade de tratar especificamente de obrigação solidária.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini definem o chamamento ao processo como *um instituto que consiste num meio de formação de litisconsórcio passivo, por iniciativa do próprio réu. Observe-se que se trata de uma exceção, pois a facultatividade do litisconsórcio está sempre ligada a figura do autor, e não à do réu. Pode-se dizer, em linguagem coloquial, que aquele que lança mão do instituto do chamamento ao processo chama aqueles que devem tanto quanto ele, ou mais do que ele, para responderem conjuntamente a ação, ampliando-se, assim, o polo passivo da relação processual.*¹⁷⁶

E, no mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno ensina que *“a doutrina, de forma predominante, sustenta ser a finalidade do chamamento ao processo a de admitir que o réu crie um litisconsórcio passivo para que todos os litisconsortes respondam, diante de uma específica situação de direito material, perante o credor comum, é dizer, que o réu leve, para o plano do processo, uma específica situação de direito material para colocar, a seu lado e perante o credor comum (o autor) outros codevedores, todos na qualidade de corréus. Nessas condições, o instituto visa à formação de título executivo contra aqueles que são chamados ao processo...”*¹⁷⁷

No caso em questão, trata-se justamente de possibilitar, por economia processual, a ampliação do polo passivo da demanda. No entanto, entendemos que o objetivo da norma é mais amplo que o do chamamento ao processo, restrito a hipóteses de fiança e obrigações solidárias. De fato, nos parece que o objetivo da ampliação permitida pelos arts. 338 e 339 do CPC/2015 não estaria restrito apenas aos casos de tutela condenatórias, com a finalidade específica de possibilitar a formação de título executivo para posterior subrogação. De fato, nos parece que também para outras espécies de tutela jurisdicional a via para a ampliação do polo passivo estará aberta. Então, pensamos que embora essa espécie nova de formação de litisconsórcio ulterior, inclua as hipóteses de chamamento ao processo, não está restrita a eles. Entendemos, ainda, que na hipótese do parágrafo segundo do art. 339 do CPC/15, tal opção, pelo autor, poderá ser utilizada tanto nas hipóteses de obrigações solidárias como subsidiárias.

¹⁷⁶ *Curso Avançado de Processo Civil*. 10ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª ed., 2011, p. 329.

¹⁷⁷ *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol 2, tomo 1, Saraiva, 5ª ed, 2012, p. 566

E essa circunstância, para alguns doutrinadores, já seria suficiente para afastar a caracterização dessa espécie de intervenção, do chamamento ao processo.

Além disso, sabe-se que a legitimidade exclusiva do chamamento ao processo é do réu, único que poderá chamar ao processo os demais devedores solidários, conforme se verifica da dicção do art. 130 do CPC/2015. No chamamento ao processo, o favorecido pela intervenção é o réu, eis que se permite a formação de título executivo dele contra os devedores chamados (embora uma corrente minoritária entenda que haverá formação de título executivo do autor contra os chamados).

No caso da nova técnica criada pelo CPC/2015 (correção da legitimidade passiva), verifica-se que a ideia é render ensejo ao princípio da primazia do mérito, o que beneficiará, em última análise o autor, que é aquele que poderá trazer o terceiro para fazer parte do polo passivo, conjuntamente com o réu. De fato, no caso em estudo, não foi por vontade do réu que o litisconsórcio foi formado, mas sim em função da vontade exclusiva do autor, o qual tenciona, claramente, ampliar as possibilidades de satisfação do direito por ele pleiteado. Essa característica tem o condão de, por si só, afastar essa forma de intervenção do chamamento ao processo.

Na verdade, parece-nos que nessa técnica de correção da legitimidade passiva, não se trata de uma forma de intervenção de terceiros, mas sim de ampliação subjetiva da lide, em que aquele que será trazido, pelo autor, para ocupar o polo passivo da demanda, o fará na condição de parte.¹⁷⁸ E, no dizer de Daniel Amorim Assumpção Neves, “*não se entende a necessidade de que, por mais elástica que necessite ser a interpretação dos institutos, novas normas de direito devam ser sempre encaixadas em institutos já existentes.*”¹⁷⁹

Segundo entendimento da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a aplicação do art. 338, pela parte, é facultativa e não obrigatória, Vejamos: “*O art. 338 do CPC/15 dispõe ser uma faculdade da parte a alteração da petição inicial para substituição do réu. Da leitura da réplica à contestação, às fls. 190/193, verifica-se que os autores insistiram na legitimidade da empresa ré. Sendo assim, os mesmos não*

¹⁷⁸ Nesse sentido, está o acórdão prolatado pelo TJDF cuja ementa reza:” O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, em seu art. 338, altera essa indesejada solução. Assim, arguindo o réu, na contestação, a sua ilegitimidade, tal como ocorreu no caso concreto, deverá o juiz possibilitar ao autor a *mutatio libelli*, isto é, a modificação subjetiva da demanda, para providenciar a substituição do demandado.”(*Acórdão 1056121, unânime, Relator: ALFEU MACHADO, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 25/10/2017*)

¹⁷⁹ Nesse sentido, está o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves, ao analisar a intervenção de terceiros trazida pelo art. 1698 do código civil de 2002. Intervenção de terceiros e a ação de alimentos, in <http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151804040.intervencaodeterceiroseacaodealimentos.pdf>, acesso em 31/05/2016.

exerceram a faculdade de requerer a alteração do pólo passivo da lide. E "dormientibus non succurrit jus". Diante de tal entendimento, foi rejeitada a preliminar de aplicabilidade do art. 338 do CPC levantada pelos autores apelantes.¹⁸⁰ Enfim, através dessa técnica de correção do polo passivo, é certo que, conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci¹⁸¹, conforme “...o autor, no prazo de 15 dias, pode escolher uma entre quatro distintas situações, a saber:

a) recusa a indicação feita pelo réu, ficando mantido o demandado no polo passivo, por sua conta e risco;

b) aceita a indicação do réu, providenciando, no prazo suplementar de 15 dias, a emenda da petição inicial para substituir o demandado. Arcará, ainda, com a sucumbência, nos termos do parágrafo único do artigo 338^o;

c) aceita a argumentação de ilegitimatio ad causam suscitada pelo réu, mas despreza o sujeito por ele indicado. Nessa hipótese, o autor cuida de emendar a inicial, substituindo o réu originário por outra pessoa, que, em seu entender, depois dos fatos revelados pelo réu, dever responder à demanda. Aqui também o demandante deverá ser responsabilizado pela sucumbência em prol do réu originário (custas) e de seu respectivo advogado (honorários), a teor do parágrafo único do artigo 338; ou, por fim,

d) aceita parcialmente a indicação do demandado, providenciando, no prazo suplementar de 15 dias, a emenda da petição para incluir, como litisconsorte passivo do réu, a pessoa por ele indicada.”

Também é importante refletir se a norma inserta no art. 338, ao dizer que estaria aberta a porta para a correção do polo passivo, sempre que o réu alegasse sua ilegitimidade passiva ou que não seria responsável pelo prejuízo, traria duas hipóteses distintas que possibilitariam a alteração subjetiva, ou estaria tratadno de uma única hipótese que estaria ligada à falta de condição da ação legitimidade ad causam. Ora, quando o legislador se refere a

¹⁸⁰ TJSP, Apelação nº 1018015-15.2015.8.26.0506. Rel. Achile Alesina. J. 05/10/2016.

¹⁸¹ Cruz e Tucci, José Rogerio. *Novo CPC traz mudanças na arguição de legitimidade passiva. In <https://www.conjur.com.br/2016-jan-19/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arguicao-ilegitimidade-passiva>, acesso em 20/01/2021*

responsabilidade pelo prejuízo causado, parece estar tratando de aferição de culpa, o que é claramente matéria de mérito. Então, nos parece que nesse caso específico, não se trata apenas de corrigir o vício da legitimidade ad causam, mas sim de correção de vício que levaria a improcedência do pedido.

Outra questão que surge é saber se uma tal técnica poderia ser utilizada em todas as formas de tutela. Tendo em vista tratar-se de técnica que tem por objetivo possibilitar o julgamento de mérito, privilegiando o direito material em detrimento da forma, pensamos que sim, a técnica prevista nos artigos 338 e 339 do CPC/15 pode e deve ser utilizada nas diversas formas de tutela jurisdicional, notadamente nos procedimentos especiais e inclusive nos Juizados Especiais. De fato, não vislumbramos nada que impeça a aplicação dessa técnica no âmbito dos juizados especiais e, também, na Justiça do Trabalho.

Por outro lado, independentemente do entendimento que se tenha a respeito de quem seria parte no Mandado de Segurança, é perfeitamente possível a utilização, nessa forma de tutela, da técnica para correção da legitimidade passiva trazida pelos artigos 338 e 339 do CPC/15. De fato, pensamos que uma tal técnica pode e deve ser usada para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica de direito público, no Mandado de Segurança, uma vez que não vislumbramos qualquer impedimento do uso de técnica simplificadora e orientada a correção de vícios nesse tipo de tutela diferenciada, que, por sua própria natureza deve ser ter procedimento simplificado e cognição sumária. Ressalte-se que foi proferido, nesse sentido, os Enunciados 42¹⁸² e 511¹⁸³ do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Ainda que não se considere a autoridade coatora como parte no Mandado de Segurança, mas apenas representante¹⁸⁴ do Poder Público, ainda assim, por uma interpretação analógica e sistemática, tomando por base e justificativa a dificuldade que se tem em verificar quem é a correta autoridade coatora dentro do emaranhado de cargos existentes na administração pública, pensamos ser extremamente necessária a aplicação de tal técnica com vistas à efetividade da tutela no mandado de segurança.

¹⁸² Enunciado n.º 42 do III FPPC-Rio – “O dispositivo se aplica mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo.”

¹⁸³ Enunciado nº 511 do FPPC (art. 338, *caput*; art. 339; Lei n. 12.016/2009) – “A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública).”

¹⁸⁴ Termo usado por Pontes de Miranda para explicar a qualidade da intervenção da autoridade coatora no mandado de segurança. Afirma ele que “*Observe-se que na comparência da parte por um órgão, não se trata de representação, mas de apresentação. O órgão apresenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não do representante... De modo que há a apresentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão apresenta, materialmente; e, processualmente também apresenta. As pessoas jurídicas, portanto, as fundações, precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou o sentimento. O órgão da pessoa física – a boca, por exemplo, fã-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo*” in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, Forense, 1974, p.240.

E com muito mais razão, é possível utilizar a mesma técnica também para correção da pessoa jurídica de direito público. Nesse caso, estaríamos frente a um verdadeiro caso de sucessão processual, em que o réu sairá do processo, deixando de ocupar o polo passivo, sendo substituído por aquele que vier a ser indicado pelo próprio réu e aceito pelo autor. É técnica que rende ensejo ao princípio da primazia do mérito, que beneficia ambas as partes. O autor porque tem a oportunidade de sanar o vício constituído pela falta de condição da ação e o Poder Público porque a pessoa jurídica incorreta será excluída do polo passivo, trazendo àquela que deve responder, de fato, pela violação do direito líquido e certo.

Quanto à correção da autoridade coatora, ainda que se entenda que a mesma não seria parte, também não vislumbramos prejuízo para a administração, a qual, sabe quem seria o responsável pela prática do ato e evitaria que uma autoridade que não tem essa responsabilidade tivesse que vir a juízo prestar informações. E para o processo, a vantagem é enorme porque toda a atividade desenvolvida até aquele momento será aproveitada. É uma vitória para o princípio da economia processual. No lugar de extinguir o *mandamus* e obrigar o autor a nova impetração, aproveita-se a atividade processual já realizada e resolve-se a crise existente no plano material. Não há sentido em impedir que o processo chegue exatamente ao ponto em que se encontra, no momento em que oportuniza a correção da legitimidade passiva, se não há qualquer prejuízo para as partes, nem para a autoridade coatora. Todos têm a ganhar com essa benéfica mudança.

Um ponto crítico que poderia ser levantado, com relação a utilização dessa técnica, no Mandado de Segurança, poderia ser a de que o art. 339 do CPC/2015 prevê que o réu que não indica o polo passivo correto, quando tem ciência disso, responderia pelos prejuízos causados ao autor.

Assim, a questão que surge é a de saber se seria a autoridade coatora ou o Poder Público quem deveria assumir tal responsabilidade. No entanto, tendo em vista que, em nosso entendimento, a autoridade coatora não é parte, mas apenas e tão somente representante do Poder Público, já que faz parte do órgão, como o coração pertence ao corpo humano, ou seja, trata-se do próprio Poder Público, pensamos que não deveria ela responder pelos prejuízos causados ao impetrante, na hipótese de não indicação da correta autoridade coatora, mas sim a pessoa jurídica de direito Público é quem deveria responder.

Na verdade, a falta de indicação da autoridade coatora correta seria uma omissão praticada pelo Poder Público, e, portanto, trata-se de responsabilidade subjetiva, que deve ser

provada pelo impetrante. Assim, caso impetrante consiga provar que houve omissão do Poder público, este deve arcar com as despesas processuais e de indenizar o impetrante pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação correta da autoridade coatora e da pessoa jurídica. Nesse sentido, o já citado Enunciado 44 do FPPC determina que a responsabilidade a que se refere o art. 339º é subjetiva.

Outro ponto que deve ser analisado seria se a utilização de tal técnica ficaria vedada caso a correção da pessoa jurídica de direito público ou a autoridade coatora, causasse também a alteração de competência absoluta. Pensamos que isso não seria impedimento para a aplicação de tal técnica, tendo em vista que o objetivo do novo CPC é o saneamento de vícios de todos os tipos, inclusive, da competência absoluta. Ora, bastaria encaminhar o processo ao juízo competente absolutamente, não havendo que se vislumbrar qualquer impedimento nesse aspecto.

Por outro lado, não se diga que essa técnica de correção de legitimidade passiva ficaria obstaculizada no mandado de segurança ante a existência da teoria da encampação. Isto porque, essa técnica nos parece bem mais ampla e efetiva que a teoria da encampação. De fato, encampação é o ingresso da autoridade coatora correta ou da pessoa jurídica a que ela pertença no feito para suprimir o vício e, em decorrência permite o julgamento do mandado de segurança. Nesse caso, deve o juiz determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito, apesar da autoridade coatora ser incorreta. Para a aplicação de tal teoria exige-se o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam: a) entre encampante e encampado ocorra vínculo hierárquico; b) que o ingresso do encampante não modifique a competência para o julgamento do mandado de segurança; c) as informações prestadas pela autoridade encampada tenham esclarecido a questão. A técnica dos artigos 338 e 339 não exige o cumprimento de tais requisitos, além de se aplicar a todas as formas de tutela, sendo expediente mais amplo e eficiente.

Em suma, entendemos que, como a técnica de correção do polo passivo, rende ensejo a efetivação do princípio da primazia do julgamento de mérito, pode e deve ser utilizada em qualquer forma de tutela, processo, procedimento ou esfera judicial, inclusive na justiça do trabalho e nos procedimentos dos juizados especiais.

O artigo 4º consagra também o princípio da primazia do mérito. Esse princípio prevê que o Judiciário deve procurar, ao máximo, resolver o mérito das demandas que lhes são submetidas à apreciação. Para tanto, devem determinar o saneamento dos vícios existentes, ainda que considerados insanáveis. A nulidade do processo ou a extinção sem julgamento do mérito devem ser decretadas apenas quando não exista a menor possibilidade de saneamento.

Esse princípio deixa claro que o instrumento não é mais importante que o direito material. No entanto, o desapego completo à forma no processo não é recomendado, sob pena de se permitir juízos autoritários. Por isso, deve haver um limite para que se deixe a forma de lado. Esse limite é o princípio da instrumentalidade das formas. A nulidade somente será deixada de lado se o ato processual viciado tiver atingido sua finalidade, bem como se não houver prejuízo para as partes. A técnica prevista nos artigos 338 e 339 do CPC/15, que permite a correção da ilegitimidade passiva é um bom exemplo disso.. Veja-se que, antes considerada nulidade insanável, que causaria de imediata a extinção do processo, sem resolução do mérito, a ilegitimidade passiva poderá ser corrigida pela técnica trazida por esses dispositivos, permitindo ao autor trocar o polo e, inclusive, trazer terceiro para responder conjuntamente com o réu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo demonstramos que, na redação em que se encontra o CPC/2015, com relação à nomeação à autoria, houve apenas uma supressão *lato sensu* do instituto, já que, na verdade, criou-se mecanismo que permite a correção da legitimidade passiva para todas as formas de tutela jurisdicional, dando-se nova e necessária roupagem à então modalidade de intervenção de terceiros.

O diploma processual excluiu o instituto como modalidade de intervenção de terceiros, passando a ser prevista no capítulo da contestação, cuja alegação de ilegitimidade deve ser feita no bojo da peça contestatória.

Vemos tal alteração com bons olhos e numa perspectiva extremamente otimista já que, conforme explanado, prestigia os princípios da celeridade e da economia processual.

De fato, a técnica constante dos artigos 339º e 340º do CPC/2015 é muito bem-vinda e totalmente adequada à finalidade do CPC vigente, que é a de simplificar o procedimento, tencionando alcançar o máximo possível a satisfação do direito. Nada mais natural que se permita, por economia processual e para garantir a efetividade da tutela, privilegiando o direito material, que se traga, em todas as formas de tutela jurisdicional, para o processo, àquele sujeito que é titular da relação de direito material discutida em juízo e contra quem a ação deveria ser movida, ou seja, busca-se a pertinência subjetiva da ação no polo passivo.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 13^a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Notas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil*. In Revista de Processo nº 191. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 299/318.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ARRUDA ALVIM, Eduardo e ASSIS, ARAKEN DE. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.
- ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Intervenção de terceiros e a ação de alimentos*, in <http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151804040.intervencaoeterceiroseacaodealimentos.pdf>, acesso em 31/10/2016.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 3^a ed, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2^a ed. revista e atualizada. São Paulo; Atlas, 2016.
- Cruz e Tucci, José Rogerio. *Novo CPC traz mudanças na arguição de legitimidade passiva*. In <https://www.conjur.com.br/2016-jan-19/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arguicao-ilegitimidade-passiva>, acesso em 20/01/2021
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17^a ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *O Projeto do CPC. Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol 2, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 5^a ed, 2012.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o Projeto de Lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil*. In Panorama individual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011.

Decisões monocráticas sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015

Luis Fernando Guerrero¹⁸⁵ - Lucas Leite Almendra¹⁸⁶ - Bárbara Marques Raupp¹⁸⁷

Introdução

No discurso dirigido aos formandos da Turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que se tornou o livro “*Oração aos Moços*”, Rui Barbosa observou que “[a] justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.¹⁸⁸ Percebe-se que, ainda no século passado, já era conhecida e debatida a problemática relativa à sobrecarga do Poder Judiciário, bem como as consequências negativas à efetividade da prestação jurisdicional, que, na maioria das vezes, alcançava o jurisdicionado de forma tardia.¹⁸⁹

Este panorama sofreu pouca ou nenhuma alteração significativa com o passar dos anos. Conforme os dados levantados no Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, dos 77,1 milhões de processos que tramitaram no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2019, 94% tramitaram no primeiro grau de jurisdição,¹⁹⁰ e mais da metade desses processos (55,8%) encontram-se em fase de execução. Em termos práticos, a morosidade do Poder Judiciário é tamanha que o tempo médio de duração dos processos em tramitação no segundo grau de jurisdição é de 2 anos e 1 mês; o tempo médio de duração dos processos em trâmite na fase de conhecimento de 1º grau é de 3 anos e 6 meses; e, ainda, o tempo médio de duração dos processos em tramitação na fase de execução do primeiro grau é de 6 anos e 9 meses.

Em atenção à situação de sobrecarga do Poder Judiciário é que a legislação sofreu diversas alterações nos últimos anos, por meio das quais se buscou privilegiar a celeridade

¹⁸⁵ (www.professorguerrero.com.br) Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Mediação de Conflitos pela Northwestern University. Visiting Scholar na Columbia University. Árbitro. Mediador. Professor Universitário. Advogado Sócio do Contencioso Judicial, Arbitragem e Solução de Conflitos de Lobo De Rizzo Advogados.

¹⁸⁶ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em parceria com a Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado associado do quadro do Contencioso Judicial, Arbitragem e Solução de Conflitos de Lobo De Rizzo Advogados.

¹⁸⁷ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Projeto Jovens Processualistas, promovido pela Processualistas. Pós-graduanda em Direito Empresarial pelo Insper. Advogada associada do Contencioso Judicial, Arbitragem e Solução de Conflitos de Lobo De Rizzo Advogados.

¹⁸⁸ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977, p. 40.

¹⁸⁹ Justiça tardia equivale à injustiça e garantia de acesso a uma ordem jurídica justa. Estes brocados também foram aplicados exclusivamente para o processo civil: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa – conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

¹⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020, p. 125. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

processual, bem como oportunizar aos jurisdicionados uma solução menos morosa aos litígios. Não poderia ter sido diferente em relação ao Código de Processo Civil de 2015. Muito embora o Princípio da Celeridade não consista em inovação do atual Código – dado que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 dezembro 2004, acrescentou o Princípio da Duração Razoável do Processo ao rol dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal¹⁹¹ –, o instituto foi privilegiado com as inovações trazidas pela legislação processual em vigor.

A esse respeito, buscando conferir celeridade à marcha processual, foi criada uma série de mecanismos pelo Código de Processo Civil de 2015 visando à promoção da conciliação entre os litigantes, a exemplo da audiência de conciliação obrigatória (artigo 334). Além disso, há orientação para que todos os Tribunais criem centros judiciários de solução consensual, com vistas à realização de sessões e audiências de conciliação e mediação (artigo 165). Nesse mesmo sentido, não se pode olvidar a ampliação das hipóteses de antecipação de prova para além do requisito de urgência, a fim de permitir maior previsibilidade sobre o resultado de demanda judicial.¹⁹²

Ademais, também houve a ampliação do instituto dos negócios jurídicos processuais, que autoriza às partes a transigir acerca de prazos e procedimentos de eventual demanda judicial ou no âmbito de processo já iniciado, permitindo a criação de calendário processual e conferindo maleabilidade a que as partes adequem o procedimento às especificidades da instrução processual do caso concreto (artigos 190 e 191).

Dentre essas inovações, o presente artigo abordará, especificamente, a ampliação dos poderes do relator pelo artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015, especialmente sob a ótica do dever de fundamentação, da recorribilidade das decisões monocráticas e da duração razoável do processo. Busca-se, com isso, traçar um panorama quanto à efetividade do instituto para desafogar as pautas dos Tribunais pátrios e às inúmeras dificuldades impostas às partes envolvidas nos processos em caso de julgamento singular.

¹⁹¹ O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal positiva o princípio da duração razoável do processo: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁹² É importante observar que a prevenção de litígios parte da premissa de que “quanto maior a maturação do direito de uma das partes, menor a disposição da contraparte de submeter-se a uma disputa forense que de antemão afigura-se vocacionada ao insucesso” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. O projeto de novo CPC e a ação probatória não cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, v.233, pp. 85-96, jul. 2014, p. 6).

Os poderes do relator no Código de Processo Civil de 2015

O alargamento dos poderes do relator no Código de Processo Civil de 2015 consiste em mais uma das alterações realizadas com vistas à asseguuração de maior celeridade na esfera recursal. A vantagem da mudança legislativa foi a racionalização do funcionamento dos Tribunais Superiores, especialmente diante do excessivo número de recursos incluídos nas pautas das sessões de julgamento. Com efeito, em várias situações, processos que teriam condições de serem decididos prontamente permanecem, por período considerável, aguardando a inclusão em pauta para julgamento pelo órgão colegiado, quando o resultado já poderia ser previsto segundo critérios relativamente objetivos.

Desse modo, o Código de Processo Civil permite ao relator que atue no lugar do Colegiado estritamente nos casos de *resultado esperado*, em que a decisão singular reflita, exatamente, o posicionamento adotado pela Câmara ou pela Turma.¹⁹³

Para tanto, adotou-se a sistemática de que o relator do recurso, conhecedor da jurisprudência do Tribunal ou daquele órgão jurisdicional, poderia antecipar o julgamento do recurso, proferindo decisão monocrática, evitando, desse modo, trâmites ordinários desnecessários. Nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil, o relator poderá decidir monocraticamente quanto à admissibilidade recursal, à antecipação dos efeitos da tutela, à atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, outrossim, à concessão liminar em tutela de urgência. Ainda, poderá ser decidido o próprio mérito recursal, para negar provimento ao recurso que for contrário (i) à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (ii) a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou (iii) a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Segundo Nelson Nery Junior, a ampliação em questão objetiva a economia processual, “*com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal*”, dado que ao relator é permitido que decida acerca de todas as questões postas, mas sob o controle do órgão colegiado, competente para decidir *definitivamente* sobre o mérito e a admissibilidade recursal.¹⁹⁴ Apesar de se tratar de exceção à regra geral de colegialidade, a alteração legislativa em discussão buscou se filiar

¹⁹³ Sobre o ponto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a expressão jurisprudência dominante do respectivo tribunal” somente pode servir de base para negar provimento ao recurso, quando o entendimento adotado estiver de acordo com a jurisprudência dos Tribunais superiores, sob pena de negar às partes o direito constitucional de acesso às vias ordinárias (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 193.189/CE. Relator Ministro Franciulli Neto, julgado em 20 jun. 2000), de modo que “as atribuições concedidas ao relator para negar e dar provimento aos recursos, a colegialidade das decisões do tribunal, em sua competência recursal, está sensivelmente reduzida” (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.979).

¹⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.978.

à tendência de valorização da uniformidade jurisprudencial, como instrumento de atendimento ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

Todavia, é importante destacar que o poder conferido ao relator pelo artigo 932, inciso IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil, para negativa de seguimento ao recurso, quando este contrariar entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, pelo próprio Tribunal Estadual, importa atribuição efeito vinculante à súmula – natureza esta que não lhe foi outorgada pela Constituição Federal. Semelhante situação pode ser observada em relação à vinculatividade que decorre do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (alínea “b”) e de incidentes de resolução de demandas repetitivas (alínea “c”). Nesse caso, também não geram vinculação obrigatória segundo a Constituição Federal, mas acabaram por receber tratamento diferenciado no âmbito do Processo Civil.

Formação de precedentes e decisões monocráticas

Como se vê, o Código de Processo Civil de 2015 buscou aperfeiçoar a natureza vinculante dos precedentes judiciais, em uma paulatina aproximação com os sistemas de *common law*. Anteriormente, a jurisprudência representava um norte de atuação aos julgadores, sem, contudo, contar com caráter impositivo. Especificamente nas disposições dos artigos 926 e 927 do atual Código processual civil, vislumbra-se esta mudança, de modo a resguardar a celeridade processual, a segurança jurídica e a união de entendimentos acerca de temas sensíveis à sociedade.

A redação do artigo 927 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que os tribunais *observarão*, de maneira obrigatória, as decisões anteriores exaradas, quebra definitivamente a perspectiva jurisprudencial até então norteadora. Busca-se, de tal modo, privilegiar os posicionamentos já consolidados pelos tribunais em nome da segurança jurídica. Nesse sentido, o caráter vinculante também impõe, em caso de não aplicação dos precedentes, a necessária exposição dos motivos determinantes, em consonância com o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Afinal, a força dos tribunais reside, justamente, na colegialidade, representada por uma diversidade quantitativa e qualitativa de especialistas que, por meio do debate, acordam, por unanimidade ou não, sobre certo tema em discussão. De tal modo, pode-se afirmar que não há fundamento no movimento em curso para que os tribunais se componham de “juízes monocráticos revisores”, o que, aliás, como se sabe, afronta a nossa própria Constituição, na medida em que ignora o princípio da colegialidade em grau recursal. Afinal, a decisão tomada

de forma conjunta é imprescindível em um país de primeira instância monocrática, eis que atua como uma ferramenta de controle da atividade do julgador de primeiro grau e, inclusive, dos próprios pares em segunda instância, na hipótese de interposição de agravo interno contra decisão monocrática proferida pelo relator do recurso.

Não obstante, a decisão singular não tem, a toda evidência, o mesmo poder de persuasão de decisão tomada pelo órgão colegiado e, portanto, tem enfraquecido a formação e a superação de jurisprudência atualizada em linha com os anseios da coletividade, sobretudo diante da exigência de esgotamento da via ordinária para interposição de recursos às Cortes Superiores.¹⁹⁵ Dessa forma, ainda que a ampliação dos poderes do relator vise a contribuir para a celeridade processual, esta não pode importar prejuízos à própria formação de jurisprudência com a qual o atual diploma processual demonstra particular zelo. Isso se torna um problema ainda mais grave em determinados casos, como o do *litigante habitual*, que pretende uma solução uniforme às demandas análogas das quais participa.

Muito embora a atuação monocrática deva ser precedida de demonstração de que, em casos similares, o órgão colegiado, do qual o magistrado relator faz parte, teria concluído no mesmo sentido, as decisões exaradas singularmente, muitas vezes, carecem de fundamentação suficiente, limitando-se a transcrever trechos de decisões anteriormente proferidas. Com efeito, em inúmeras oportunidades, a relação entre o caso concreto e o precedente observado não é adequadamente traçada,¹⁹⁶ o que, inclusive, implica violação direta à disposição do artigo 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil.

Ademais, a possibilidade de que o recurso ainda seja julgado pelo órgão colegiado também não tem o condão de eliminar ou mitigar os prejuízos à decisão monocrática, dado que, até que haja apreciação em sessão de julgamento pelo órgão colegiado, muito tempo poderá ter transcorrido. Quanto a este ponto, basta lembrar o tempo médio para o julgamento dos recursos nos Tribunais brasileiros, o que tem o potencial de ocasionar a perpetuação dos efeitos de uma decisão monocrática que verse, por exemplo, sobre a

¹⁹⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 281/STF. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015 APLICADA NA ORIGEM. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO PRÉVIO. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. Não se pode conhecer do recurso especial interposto contra decisão monocrática, tendo em vista que não houve o necessário esgotamento das instâncias ordinárias. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 281/STF. Precedentes. 2. Nos termos do art. 1.021, § 5º, do CPC/2015, o prévio recolhimento da multa prevista no § 4º do referido artigo é pressuposto objetivo de admissibilidade de qualquer impugnação recursal, não se conhecendo do recurso interposto sem esse pagamento. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.481.803/PE, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado 7 out. 2019).

¹⁹⁶ Nesse sentido é a orientação do Enunciado nº 431 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação”.

antecipação de tutela recursal, ainda que, em cognição exauriente, se devesse concluir em sentido diametralmente oposto.

Vale salientar que as hipóteses de concessão de efeito suspensivo podem parecer inofensivas e improváveis de causar danos às partes. Todavia, não se pode presumir a ausência de prejuízo de forma abstrata, na medida em que, por exemplo, a decisão monocrática que concede o efeito suspensivo para impedir o levantamento de dinheiro, por inexecução contratual, poderá obstaculizar que a parte, à beira da insolvência, quite seus compromissos trabalhistas ou tributários.

Insegurança jurídica e dever de fundamentação

De efeito, a decisão monocrática representa um mero paliativo de um Poder Judiciário lento e sobrecarregado e retoma os perigos decorrentes do julgamento de primeiro grau,¹⁹⁷ dado que exclui a deliberação entre os componentes do órgão julgador que poderiam imprimir àquela decisão uma visão mais diversificada do litígio. Isto é, a decisão proferida monocraticamente tem o potencial de eliminar o cerne do duplo grau de jurisdição, cuja origem é a “*necessidade de controle interno das decisões jurisdicionais*”, ou, ainda, o subjetivismo e o arbítrio.¹⁹⁸ Esse cenário torna-se uma fonte de insegurança jurídica às partes envolvidas e, em um cenário macro, à sociedade como um todo, especialmente diante da conhecida prática de predominância *quase automática* do posicionamento do magistrado relator.¹⁹⁹

A sistemática do Código de Processo Civil de 2015 não trouxe uma solução efetiva ao elevado número de processos judiciais em trâmite perante os Tribunais brasileiros e, sobretudo, àqueles que chegam às Cortes Superiores, como se uma terceira instância fossem. Ainda que a finalidade da adoção de julgamento monocrático consista em uma tentativa de desafogamento dos Tribunais, a raiz do problema não é atacada e, ao fim e ao cabo, a sistemática acaba tão apenas estimulando a litigiosidade. Um sistema marcado por decisões monocráticas que não observam deveres a elas intrínsecos – como é o dever de

¹⁹⁷ VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Agravo interno e a decisão monocrática fundada em precedente vinculante: entre a farra, o arbítrio e a prudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 293, pp. 219-248, jul. 2019.

¹⁹⁸ VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, pp. 407-433, jun.2017.

¹⁹⁹ Segundo Jordão Violin, existem fenômenos, de cunho sociológico, que explicam o fato de, em diversas situações, verificar-se uma predominância quase automática do posicionamento do relator do recurso. Trata-se de aversão ao dissenso – *i.e.*, quando um dos pares prefere aderir ao entendimento majoritário para não discordar dos demais julgadores que compõem o órgão julgador –; e, ainda, da polarização de grupo, o que se verifica na medida em que as decisões coletivas tendem a ser uma versão extremada das opiniões individuais. (VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, pp. 407-433, jun.2017).

fundamentação – acaba criando o efeito reverso e dando ensejo a um número ainda maior de recursos (agravos internos) em trâmite.

No entanto, ainda que se privilegie o julgamento colegiado, não é possível adotá-lo em todo e qualquer caso, sob pena de colapso do sistema judiciário. A solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi, como se vê, a flexibilização da regra geral de colegialidade, especificamente nos casos em que “*os órgãos colegiados julgariam segundo critérios objetivos*”.²⁰⁰ Assegura-se, por outro lado, a possibilidade de interposição de agravo dirigido a estes,²⁰¹ como uma forma de equilibrar os potenciais prejuízos ocasionados às partes em decorrência do julgamento singular.

Essa possibilidade, todavia, não autoriza a negativa de seguimento a praticamente todo e qualquer recurso – especialmente recursos aos tribunais superiores, que contam com mais requisitos de admissibilidade –, sem que, de fato, exista uma fundamentação adequada e pertinente àquele caso específico. Ainda que o julgador não esteja obrigado a se pronunciar a respeito de todas as alegações tecidas pelas partes, isso jamais importará autorização à existência de decisões genéricas, que não enfrentam suficientemente quaisquer das questões suscitadas pelos recorrentes.²⁰² Do contrário, estar-se-ia pondo em jogo a garantia à tutela jurisdicional efetiva,²⁰³ tornando o julgamento singular um contrassenso dentro do próprio sistema que o autoriza, por meio da denominada *jurisprudência defensiva*.

Nessa medida, se, de um lado, a duração razoável do processo demanda que a justiça se confirme da forma mais rápida possível, por outro lado, também não se pode olvidar que existem outros preceitos constitucionais a serem considerados conjuntamente. Sob este prisma, destacam-se os princípios da isonomia, do contraditório, mas, especialmente, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, positivado no artigo 93, inciso IX, da

²⁰⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do Relator e Agravo Interno. Arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 7, pp. 675-703, out.2011.

²⁰¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do Relator e Agravo Interno. Arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 7, pp. 675-703, out.2011.

²⁰² O Supremo Tribunal Federal já consolidou sólido posicionamento acerca do direito que assiste a parte de ter seus argumentos devidamente analisados pelo órgão julgador: “(III) – direito de ver seus argumentos considerados [...], que exige do julgador capacidade de compreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas [...] Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 434.059/[DF]. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 7 maio 2008).

²⁰³ PINTO, Edson Antônio Sousa Pontes; FARIA, Daniela Lopes de; BARREIROS, Letícia Mitsue Yoshida Mori. A mitigação da jurisprudência defensiva no novo código de processo civil: uma expectativa de concretização do julgamento de mérito recursal. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v.13.

Constituição Federal, bem como nas disposições dos artigos 11 e 489 do Código de Processo Civil.

Nesta toada, os incisos do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil preveem, categoricamente, a necessidade de fundamentação da decisão judicial, sob pena de nulidade. A configuração de fundamentação *inexistente* ou *insuficiente* pode ser resumida em duas situações genéricas: (i) a generalidade ou “vazio” do texto constante da fundamentação (incisos I, II, III, V e VI); ou, ainda, (ii) a falta de enfrentamento de todos os argumentos que poderiam infirmar a decisão tomada pelo juiz (inciso IV).²⁰⁴

Destarte, o tratamento que parece melhor atender à finalidade do sistema de decisões monocráticas é por meio da imposição deste dever de fundamentação. Tradicionalmente, entende-se que a decisão é suficientemente motivada quando trata de todas as questões relevantes ao processo. Desse modo,

*“a motivação é completa em relação aos fatos quando expressamente manifesta-se a respeito de todas as circunstâncias fáticas que envolvem o pedido, sejam elas causa de pedir da demanda inicial, fundamentos de um pedido de tutela antecipada ou de produção de determinada prova”.*²⁰⁵

A decisão deficiente em sua fundamentação, por seu turno, é aquela cuja fundamentação seja incompleta – faltando-lhe a apreciação de pontos imprescindíveis para o deslinde da causa – ou, ainda, genérica. Consoante Athos Gusmão Carneiro, “[p]oderíamos acrescentar, máxime em tempos de informatização do Judiciário, o caso das sentenças ou decisões ‘padronizadas’, com (aparente) fundamentação tão genérica e imprecisa que se aplica a um grande número de lides semelhantes”.²⁰⁶

²⁰⁴ “[O] texto coíbe a utilização, pelo juiz, de fundamento que caberia para embasar qualquer decisão. Tem ocorrido amiúde no foro brasileiro o emprego desse expediente, agora proibido expressamente. A alegação genérica de que, por exemplo, ‘houve o cerceamento de defesa’, deve ser especificada com a menção do porquê, naquele caso, teria sido cerceada a defesa da parte. A negativa de seguimento de RE e REsp pela “ausência de prequestionamento”, terá de vir acompanhado dos motivos pelos quais, concretamente, se entendeu que a matéria impugnada pelos recursos excepcionais não constaria do teor da decisão recorrida. O modelo pronto ‘chapinha’, nunca foi e agora, mais clara e expressamente, não será tolerado como decisão fundamental. E a decisão que padecer desse vício é nula por falta de fundamento” (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.248).

²⁰⁵ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 224.

²⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.81, p. 222, jan./mar.1996.

Do mesmo modo que o magistrado de primeira instância, o relator, ao decidir monocraticamente, está obrigado a fundamentar, de modo adequado e suficiente, a sua decisão, seja para a aplicação do precedente que se enquadra à hipótese, seja para afastá-lo. Com efeito, a sistemática dos precedentes “*impõem um ônus argumentativo ao julgador que pretende decidir em sentido diverso*”, uma vez que a sua força persuasiva reside, justamente, no convencimento da justiça da superação do entendimento anterior.²⁰⁷

Tudo isso contribui não apenas para o controle interno do mérito das decisões proferidas, mas também reduz todas as dificuldades impostas às partes quando da impugnação recursal. Uma decisão deficiente em sua fundamentação poderá acarretar um recurso igualmente precário, que não ataca o mérito da decisão, mas que acaba por repetir, por exemplo, todos os argumentos da petição inicial, por não conseguir extrair a *ratio decidendi* do julgado, como observado por Alexandre Freitas Câmara:

*“A decisão mal fundamentada é equiparável à não fundamentada no que se refere à sua legitimidade constitucional, sendo assim tão eivada de nulidade quanto esta. Isso porque tanto quanto a decisão não fundamentada, a decisão mal fundamentada impede a adequada fundamentação do recurso que a parte eventualmente queira interpor, além de ser inadequada para permitir a verificação da legitimidade da atuação do juiz, tornando impossível o controle difuso da atividade jurisdicional. Assim sendo, tais decisões devem também ser consideradas nulas”.*²⁰⁸

A observância ao dever de fundamentação, nesse sentido, substitui o debate que seria – ou, ao menos, *deveria* ser – inerente ao julgamento colegiado. Além da importância em processo, é nítida a repercussão extraprocessual da devida fundamentação das decisões judiciais, porquanto existe um interesse público no controle do poder estatal.²⁰⁹ Isto é, as

²⁰⁷ VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.268, pp. 407-433, jun.2017.

²⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 66. v.1.

²⁰⁹ “A motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial. Isso se dá por uma razão. Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada a posteriori, através da análise do correto exercício de suas funções. (...) Trata-se, pois, de mais uma garantia ligada à ideia de processo justo, de devido processo legal. A motivação das decisões judiciais é essencial para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65. v.1).

decisões judiciais deverão demonstrar tanto às partes quanto ao próprio juiz a *ratio scripta* que legitima o decisório, permitindo que sejam dimensionados os limites objetivos do julgado e da própria vontade do juiz.

O meio de impugnação à decisão monocrática

O agravo interno, previsto no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, assegura que a questão submetida à instância superior seja realmente apreciada por um órgão colegiado,²¹⁰ sob pena do trânsito em julgado da decisão monocrática, com os mesmos efeitos de uma decisão colegiada.²¹¹ Atua, assim, como uma ferramenta de controle da atividade do relator²¹² e de garantia dos princípios constitucionais do juiz natural, da ampla defesa e, ainda, do duplo grau de jurisdição.²¹³ Não obstante o relator, ao proferir uma decisão monocraticamente, não atue por delegação,

*“(...) por razões principalmente de política judiciária, assecuratória da colegialidade das decisões em grau recursal, a lei processual prevê o direito de a parte ‘reiterar’ o apelo perante o próprio colegiado, ou melhor, de a parte impugnar os fundamentos da decisão monocrática”.*²¹⁴

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, ainda que o Novo Código de Processo Civil amplie os poderes conferidos ao relator, *“todas as suas decisões se submetem ao controle do órgão natural, que tem competência para o julgamento do recurso, em perfeita sintonia com o aludido princípio da colegialidade”.*²¹⁵

O objeto do agravo interno não residiria no mérito do recurso julgado, mas na decisão do relator *per se*, tanto com relação a *vício de atividade* (i.e., questões procedimentais, como a

²¹⁰ VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Agravo interno e a decisão monocrática fundada em precedente vinculante: entre a farra, o arbítrio e a prudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.293, pp. 219-248, jul. 2019.

²¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do Relator e Agravo Interno. Arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v.7, pp. 675-703, out.2011.

²¹² ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²¹³ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Poderes do relator e agravo interno: causa e consequência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v.14.

²¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do Relator e Agravo Interno. Arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v.7, pp. 675-703, out.2011.

²¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O julgamento do agravo interno e o princípio da colegialidade*. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/paradoxo-corte-0julgamento-agravo-interno-principio-colegialidade>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

falta de intimação para apresentação de contrarrazões) quanto a *vício de juízo*, a afastar a aplicação de um determinado precedente em razão do *distinguishing*, por exemplo.²¹⁶

Como é lógico, o cabimento do agravo interno restringe-se à decisão monocrática, não importando a sua natureza – se interlocutória ou extintiva.²¹⁷ Apesar disso, existem decisões monocráticas irrecorríveis, como, a título ilustrativo, a que versa sobre admissão, ou não, de *amicus curiae* (art. 138, § 1º) e a decisão do relator de recurso extraordinário que rejeita a sua prejudicialidade em relação a recurso especial interposto contra o mesmo acórdão e determina a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.031, § 3º).

Uma vez interposto o agravo interno, o relator está obrigado a submeter o recurso ao respectivo órgão colegiado, o que se justifica não apenas diante do princípio da colegialidade e do duplo grau de jurisdição, mas também da exigência de esgotamento das instâncias ordinárias para o cabimento de recurso extraordinário e especial, como visto anteriormente. Essa conclusão decorre da disposição da Súmula nº 281 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*”. Em suma, não é possível a interposição de tais recursos em face de decisões monocráticas,²¹⁸ de modo que o caminho a ser seguido é o do agravo interno.

À luz da possibilidade de aplicação de multa em sede de agravo interno – como prevê o artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil –, a decisão monocrática, quando não é bem fundamentada, por dificultar a sua recorribilidade, amplia severamente o ônus da parte recorrente. A referida multa é aplicável – embora não automaticamente – aos agravos internos *declarados manifestamente inadmissíveis ou improcedentes, em votação unânime*, em atenção à boa-fé processual e à duração razoável do processo, em harmonia com as disposições dos artigos 4º e 5º do Código de Processo Civil.²¹⁹

De acordo com Pedro Miranda de Oliveira,

²¹⁶ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²¹⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Poderes do relator e agravo interno: causa e consequência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v.14.

²¹⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al (Coord.). **Breves Comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.518.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 549.

*“A referida multa tem natureza tripla: inibidora, sancionadora e reparadora. O raciocínio é o seguinte: natureza inibidora porque a imposição da multa é fator que desestimula a multiplicação de recursos, que inibe a interposição do agravo interno contra a decisão do relator e impede o exercício irresponsável do direito de recorrer; natureza sancionadora porque, se não inibir, penaliza o litigante que inquestionavelmente não apresenta um recurso de acordo com os requisitos exigidos para a sua admissibilidade ou sem fundamento, provocando o inútil funcionamento da máquina jurisdicional; e natureza reparadora porque o fruto da pena tem como destinatário o agravado, prejudicado com a interposição do recurso”.*²²⁰

Por mais louvável que seja o objetivo de previsão da multa para tais hipóteses, os termos utilizados na disposição legal são demasiadamente imprecisos, a nosso ver. Não parece razoável que a parte arque com uma penalidade simplesmente porque o órgão julgador entende que o recurso seria *manifestamente* inadmissível ou *manifestamente* improcedente.²²¹ Nesse caso, a parte fica sujeita ao arbítrio do julgador, o que não se coaduna com os princípios do acesso à justiça e o do juiz natural. Outrossim, o valor da multa é fixado conforme critérios de razoabilidade e proporcionalidade, como estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 895.868/RJ, sob relatoria do Ministro Edson Fachin.²²²

²²⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Poderes do relator e agravo interno: causa e consequência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v.14.

²²¹ Nesse sentido, tratam (i) os Enunciados nº 358 e 359 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (“A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige manifesta inadmissibilidade ou manifesta improcedência” e “A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige que a manifesta inadmissibilidade seja declarada por unanimidade”, respectivamente); bem como (ii) o Enunciado nº 74 da I Jornada de Processo Civil (“O termo ‘manifestamente’ previsto no § 4º do art. 1.021 do CPC se refere tanto à improcedência quanto à inadmissibilidade do agravo”).

²²² “EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO, CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA DO ART. 1.021. § 4º, DO CPC QUE ATINGE MONTANTE CINCO VEZES MAIOR QUE O DA CONDENAÇÃO PRINCIPAL. REDUÇÃO DA SANÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte entende que a interposição de agravo manifestamente improcedente atrai a incidência da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, que tem caráter repressivo e preventivo, com base no princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. 2. Entretanto, quando se verifica que o valor anteriormente fixado para a sanção atinge montante cinco vezes maior que a condenação principal, a redução do valor da multa é medida que se impõe, visto que a fixação da sanção em seu patamar mínimo atinge, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma plena, o objetivo de resguardar a razoável duração do processo, considerados o valor atualizado da causa e da condenação principal. 3. Embargos de declaração providos apenas para alterar o valor da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, anteriormente fixada em 5% do valor atualizado da causa, para 1% do valor atualizado da causa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 895.868/RJ AgR-ED-ED. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 29 jun. 2018).

Isto é, a parte recorrente arca com um excessivo ônus, diante da possível aplicação de multa, principalmente em que se recorre de uma decisão deficiente em sua fundamentação. Ou, então, quando intenta, por exemplo, impugnar um entendimento jurisprudencial que, naquele caso específico, pode não ser perfeitamente adequado, a despeito do posicionamento do magistrado relator. Não só o *distinguishing* é necessário, mas, em determinados casos, também a superação da jurisprudência (*overruling*), a qual não jamais poderia ser vista como algo estático. É natural que alguns entendimentos sejam superados, como de fato ocorre, inclusive com a possibilidade de modulação de efeitos, “quando essa superação é motivada pela mudança social”.²²³

É de se questionar, assim, a possibilidade de convivência entre a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, e a necessidade de esgotamento das vias ordinárias para interposição de recursos às Cortes Superiores, como visto acima. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é de que a penalidade não terá cabimento nesta hipótese, por não possuir caráter protelatório diante da exigência de esgotamento de instância,²²⁴ visto que, do contrário, inibiria “atividade processual lícita e necessária”.²²⁵

²²³ “RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ANTIGO. TEORIA DA PROSPECTIVE OVERRULING. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO PROSPECTIVA. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. PRECEDENTES QUALIFICADOS. NÃO INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE. 1. Ação ajuizada em 09/01/2012, recurso interposto em 28/03/2016 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017. 2. O propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese de mudança de jurisprudência, a nova orientação poderia ser aplicada indiscriminadamente sobre os litígios surgidos durante a vigência do entendimento jurisprudencial anterior, ainda mais sobre aqueles já submetidos ao Poder Judiciário. 3. A teoria da superação prospectiva (*prospective overruling*), de origem norte-americana, é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, isto é, prospectivos, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto. 4. A força vinculante do precedente, em sentido estrito, bem como da jurisprudência, em sentido substancial, decorre de sua capacidade de servir de diretriz para o julgamento posterior em casos análogos e de, assim, criar nos jurisdicionados a legítima expectativa de que serão seguidos pelo próprio órgão julgador e órgãos hierarquicamente inferiores e, como consequência, sugerir para o cidadão um padrão de conduta a ser seguido com estabilidade. 5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. Na hipótese, é inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ. 7. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.721.716/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 10 dez. 2019).

²²⁴ “PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO. PREJUÍZO DE EVENTUAL VÍCIO. PROPÓSITO DE ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO. MULTA APLICADA. AFASTAMENTO. 1. A Corte de origem, ao negar provimento ao Agravo Interno do ora recorrente, considerou que não foram impugnados especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Assim, no que tange à suposta ofensa ao art. 489, II e § 1º, do CPC/2015, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional, nem em vício, haja vista que o acórdão impugnado aplicou tese jurídica devidamente fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte. 2. De igual modo, não há contradição em afastar a negativa de prestação jurisdicional e reconhecer a ausência de prequestionamento quando o Tribunal de origem não decide a matéria à luz dos dispositivos invocados nas razões do Recurso Especial, como ocorreu na espécie. 3. Verifica-se que os arts. 17-G da Lei 6.938/1981 e 173, I, do CTN não foram apreciados no acórdão recorrido, carecendo o ponto do indispensável prequestionamento, o que atrai a incidência, por analogia, do óbice previsto na Súmula 282/STF. 4. No que concerne ao afastamento da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, a pretensão merece

Outro ponto de importante reflexão é que o julgamento monocrático, por uma questão lógica, independe da inclusão do recurso em pauta de julgamento. O recorrente, por diversas vezes, espera a inclusão em pauta e acaba sendo surpreendido pela superveniente decisão singular por parte do relator. Essa situação conduz a graves prejuízos ao contraditório, sob a ótica da previsibilidade e da vedação à surpresa.

Com efeito, essa situação específica da decisão monocrática parece-nos incoerente com a evidente preocupação do Código de Processo Civil de 2015 com a observância do Princípio da Não Surpresa,²²⁶ ao estabelecer, a título exemplificativo, a intimação da contraparte para manifestação sobre documentos novos (artigo 437, § 1º), e, ainda, a intimação das partes sobre a inclusão do julgamento em pauta, com antecedência mínima de cinco dias (artigo 935).

Por outro lado, o fato de existir a possibilidade de agravo interno contra a decisão monocrática, a ser analisado pelo colegiado, não afasta, por completo, a violação ao contraditório e à ampla defesa. Conforme exposto, a decisão monocrática conta com uma série de limitações, mormente em virtude da ausência de relatório, revisão, inclusão e retirada de pauta, pedido de vistas, voto vencido etc. Com efeito, a impossibilidade de sustentação oral em sede de agravo interno²²⁷ – exceto nas hipóteses previstas no art. 937, § 3º –, em especial, coloca em prejuízo o referido princípio, sob a ótica da possibilidade de influência sobre a decisão do julgador.

acolhida. 5. O Agravo Interno manejado, na origem, contra decisão monocrática com o propósito de esgotamento de instância não possui caráter procrastinatório, descabendo a aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; REsp 1.833.718/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 3 out. 2019).

²²⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²²⁶ “Da mesma maneira, a parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento (*Überraschungsentscheidung*), vale dizer, fatos que não esclareçam o porquê da decisão. Decorre diretamente da cláusula do devido processo, que integra o princípio do *due process of law* (CF 5.º LIV), e do princípio do contraditório (CF 5.º LV), a proteção das partes contra a decisão surpresa. (...) A proibição de haver decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja ex officio. Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016).

²²⁷ Dita possibilidade foi suprimida do texto legal por veto do Presidente da República, sob o argumento de que: “A previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais”. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 6 dez. 2020.

Além disso, prática comum nos regimentos internos dos Tribunais Pátrios a submissão de agravos internos a julgamento virtual, o que nem sempre dá ensejo à verdadeira colegialidade. Os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça contêm previsões nesse sentido (artigo 317, § 5º,²²⁸ e artigo 184-A,²²⁹ respectivamente), bem como a Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No entanto, de acordo com a disposição do art. 184-F do Regimento Interno do Superior de Justiça, após liberado o relatório e voto do relator no julgamento virtual, e não havendo manifestação dos demais ministros no prazo de sete dias corridos, isso acarretará adesão integral ao voto do relator.²³⁰ Tal adesão também ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 1º, § 3º, da mencionada Resolução nº 549/2011.²³¹

Nesse caso, pode se tratar de um julgamento colegiado meramente aparente, em que se tem uma decisão monocrática enrustida de acórdão, não obstante a parte interessada tenha interposto um agravo interno para, justamente, obter uma decisão submetida ao colegiado, com os benefícios que lhe são inerentes, como a possibilidade de debate e contraposição de ideias. Diante disso, a parte novamente ficaria à mercê do entendimento isolado do relator, que, por uma questão de conveniência e celeridade, acaba prevalecendo. A sessão virtual, embora ocorra mediante composição da turma, ao final do dia, importará decisão singular. Trata-se da “*colegialidade simbólica: julgamento conjunto na forma, mas individual no conteúdo*”.²³²

²²⁸ “§ 5º O agravo interno poderá, a critério do Relator, ser submetido a julgamento por meio eletrônico, observada a respectiva competência da Turma ou do Plenário”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

²²⁹ “Parágrafo único. Os seguintes recursos podem ser submetidos ao julgamento virtual:

I - Embargos de Declaração;

II - Agravo Interno;

III - Agravo Regimental”. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

²³⁰ “Art. 184-F. A não manifestação do Ministro no prazo de sete dias corridos previstos no art. 184-E acarretará a adesão integral ao voto do relator”.

²³¹ “§ 3º Caso ocorra divergência, o discordante elaborará seu voto e o transmitirá ao relator e ao outro Juiz componente da turma. Confirmado o voto original pelo relator, dar-se-á sua publicação e o do Juiz discordante, prevalecendo, para acórdão, aquele que for acolhido pela maioria. Não manifestada divergência ou ocorrendo o consenso, o voto do relator ou do Juiz para tal designado servirá como acórdão para publicação na imprensa oficial”.

²³² VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, pp. 407-433, jun.2017. O *best-seller Os Onze* retrata esta mesma circunstância no âmbito do Supremo Tribunal Federal: RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desta exposição, buscou-se demonstrar que a ampliação dos poderes do relator e das hipóteses em que autorizada a prolação de decisões singulares, se não acompanhadas de mecanismo de efetiva garantia da colegialidade, não tem o condão de solucionar o problema do volume excessivo do acervo processual nos Tribunais brasileiros e da morosidade do sistema judiciário.

A problemática proposta pode ser resumida em assertiva de impressionante atualidade, exposta por Barbosa Moreira ainda em outubro de 1976:

*“(...) o problema da Justiça não se reduz ao aspecto da rapidez, mas investe de modo necessário a qualidade da prestação jurisdicional. Ao incremento dos poderes do juiz deve por força corresponder a melhoria dos padrões qualitativos do serviço judiciário. Cresce, com efeito, a responsabilidade dos juízes na mesma medida e que alargam as dimensões de sua atuação”.*²³³

Mais de quarenta anos depois, parece-nos que ainda não encontramos uma forma de calibrar os poderes dos relatores, fundamentais com a agilidade do sistema e uma fundamentação mais profunda e colegiada, que confere segurança e referencial a este mesmo sistema aos jurisdicionados.

²³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 14. 1. série.

A inépcia da petição inicial em ações revisionais de contratos por inobservância do art. 330, §§2º e 3º do CPC: falta de uniformidade jurisprudencial e necessária ponderação à luz do acesso à justiça

Beatriz Valente Felitte²³⁴

1. O problema²³⁵: a necessária especificação da ‘obrigação controvertida’ e do ‘valor incontroverso’ do art. 330, §§2º e 3º do CPC

O art. 330 do CPC, em seus §§2º e 3º, dispõe, particularmente para ações que tenham por objeto a *revisão* de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens²³⁶, que o autor deve discriminar na petição inicial (i) qual é exatamente a obrigação que pretende controverter, entre todas as obrigações contratuais previstas no contrato e (ii) a quantificação do valor incontroverso do débito, o qual deverá continuar a ser pago no tempo e modo pactuados originalmente no contrato – ambos, ao que parece, sob pena de inépcia da inicial e seu consequente indeferimento.

O pedido (e suas especificações) é um dos elementos essenciais da petição inicial (art. 319, IV, CPC) e segundo CÂNDIDO DINAMARCO²³⁷, é “*a manifestação da vontade de obter do Estado-juíz um provimento jurisdicional de determinada natureza, sobre determinado bem da vida e em face de determinada pessoa*”. Assim, se é por meio da inicial que a parte inaugura o processo, é pelo pedido que a parte identifica e fixa os limites da demanda e, portanto, da atuação jurisdicional.

Nesse sentido, em vista da previsão do art. 330, §§2º e 3º, do CPC, a *certeza e determinação* do pedido passaram a ter contornos inegavelmente especiais em ações revisionais de contratos.

O que pudemos perceber, ao longo desses 5 (cinco) anos de vigência do CPC – e principalmente no ano de 2020, em que a figura das ações revisionais de contratos ganhou posição de destaque na prática judiciária em função do período de pandemia de COVID-19 e sua inerente alteração de circunstâncias negociais com importantes impactos jurídicos – foi a total falta de uniformidade jurisprudencial a respeito da finalidade de tal disposição e,

²³⁴ Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professora do curso de Especialização em Direito Processual Civil da FMU. Advogada.

²³⁵ O assunto foi objeto de considerações pela autora em trabalho mais amplo quando da apresentação de tese de doutorado sobre os limites dos poderes do juiz em ações revisionais de contratos (Beatriz Valente Felitte. *Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos*. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2018).

²³⁶ Segundo o Enunciado n. 290 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “*a enumeração das espécies de contrato prevista no §2º do art. 330 é exemplificativa*”.

²³⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 437.

especialmente, quanto à aplicação da consequência processual de reconhecimento da inépcia da petição inicial pela inobservância de tal requisito, as quais, do ponto de vista doutrinário, já comportavam algum questionamento.

Nesse contexto de dissenso quanto à aplicação de tal dispositivo, as ponderações que se impõem a respeito do tema e que se pretende desenvolver no presente artigo são, pontualmente, as seguintes: (i) qual é exatamente a finalidade da disposição do art. 330, §§2º e 3º do CPC e como ela tem sido aplicada pelos Tribunais?, (ii) a aplicação estrita do art. 330, §2º do CPC pode implicar violação à garantia de acesso à justiça?, (iii) caso positiva a resposta à questão anterior, quais seriam os meios para compatibilizar a aplicação do art. 330, §2º do CPC ao fiel cumprimento da garantia de acesso à justiça?, e (iv) a previsão do §3º do art. 330 do CPC extrapola o âmbito que deveria ser estritamente processual e não material e seria exigível como requisito ou condição de procedibilidade da demanda revisional?

2. A evolução histórica da ideia insculpida no art. 330, §§2º e 3º, CPC

A identificação da finalidade do dispositivo legal passa, necessariamente, pela sua contextualização histórica. A previsão hoje contida no art. 330, §§2º e 3º do CPC, em parte, já existia por força da Lei nº 10.931/2004. A referida lei teve por objetivo trazer disposições que padronizassem e tentassem promover mais segurança jurídica ao mercado imobiliário e aos contratos (especialmente bancários) praticados nesse setor. Nesse contexto, uma de suas determinações passou a ser a previsão, em seu art. 50²³⁸, da especificação da obrigação controvertida e a quantificação do valor incontroverso do contrato envolvendo empréstimo, financiamento e alienação imobiliários, como forma de facilitar às instituições concessivas de crédito executar contratos durante eventual questionamento em juízo.

A disposição original da Lei nº 10.931/2004, contudo, contém outras previsões processuais que não foram encampadas pelo CPC: por exemplo, o art. 50, §3º ao §5º da referida lei dispõe que, se houver concordância do réu, o autor da ação pode ter suspensa a exigibilidade da obrigação controvertida mediante depósito na própria instituição financeira credora ou outra por esta indicada, cabendo ao juiz dispensar tal depósito apenas em caso de “*relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor*”, sendo vedada a suspensão

²³⁸ “Art. 50 - Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia” (Lei nº 10.931/2004).

liminar da inexigibilidade da obrigação sob a alegação de compensação com valores pagos a maior sem o aludido depósito.

A ideia já havia, de certo modo, sido refletida no antigo art. 285-B do CPC/73, incorporado ao código por força da Lei nº 12.810/2013, que exigia do devedor, na inicial, a indicação da obrigação controvertida e do valor incontroverso do contrato, porém se aplicava a todos os *“litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil”*. A disposição, contudo, era criticada por sua inconstitucionalidade. Isso porque, a Lei nº 12.810/2013 é fruto da conversão da Medida Provisória nº 589/2012, que dispunha sobre o parcelamento de débitos junto à Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, DF e Municípios e, nesse processo de conversão no Senado, foi acolhida proposta de um senador para incluir dispositivo com a redação do art. 285-B no CPC/73. Entre as diversas críticas, contudo, destaca-se que (i) a Medida Provisória, ainda que convertida em Lei, não poderia alterar norma processual, nos termos do art. 62, §1º, I, *b* da CF, (ii) a inclusão estritamente processual não guardava pertinência com o objeto tratado pela Medida Provisória, em contrariedade ao art. 7º, II da Lei Complementar 95/98²³⁹ e (iii) teria havido violação ao processo legislativo previsto no art. 59 da CF, com a peculiaridade de que já estava em curso a tramitação do projeto daquele que viria a ser, em 2015, o novo CPC.

Independentemente de tal histórico, fato é que a discussão sobre sua constitucionalidade perdeu seu objeto com a promulgação do CPC 2015.

A recepção de tal ideia pelo atual CPC, apesar de não ter se dado de forma integral em relação ao que já se previa na Lei nº 10.931/2004, deu maior amplitude a esse novo “filtro” processual. Se, pela referida lei, a determinação era voltada apenas a negócios imobiliários e para contratos envolvendo instituições financeiras, agora, pelo menos à primeira vista, passa a ser aplicável a contratos de *“empréstimo, financiamento ou alienação de bens”* de modo geral (não apenas imobiliários) e independentemente das partes contratantes (firmados ou não com instituições financeiras).

Ou seja, é possível concluir que houve uma relevante criação legal de novo requisito processual específico para demandas que envolvam a revisão judicial de contratos. A bem da verdade, a amplitude dada pelo dispositivo, ao incluir ações que tenham por objeto a revisão de obrigações decorrentes de *“alienação de bens”* alberga a grande maioria de contratos usualmente submetidos ao Poder Judiciário para revisão, compreendendo contratos de compra

²³⁹ “Art. 7º - (...) a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão” (Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis).

e venda de bens móveis e imóveis, contratos de fornecimento, distribuição etc. e todos eles independentemente da natureza das partes envolvidas – se empresariais, se de consumo, se firmados com instituições financeiras etc.

3. A finalidade da previsão do art. 330, §2º do CPC

A exigência de caráter processual prevista especificamente no art. 330, §2º do CPC é bem-vinda por sua finalidade em ações revisionais em ações de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, mas algumas ponderações são necessárias do ponto de vista do poder-dever de direção do julgador quanto a esta determinação para que não se inviabilize o acesso à justiça a contratantes em maior situação de vulnerabilidade.

Primeiramente, vale um esclarecimento a respeito dos conceitos escolhidos pelo legislador para a redação do dispositivo legal. O termo “*incontroverso*” adotado pelo art. 330, §2º do CPC não tem o sentido processual referido nos arts. 80, I, 341, 356, I, 374, III ou 523 do CPC, os quais são pertinentes a questões a respeito das quais não houve impugnação específica pela parte contrária e foram reconhecidos como ponto da lide a ensejar tutela jurisdicional. O “*incontroverso*” mencionado no art. 330, §2º (e replicado no §3º) do CPC tem, na verdade, conotação *extraprocessual* e não *endoprocessual* para se referir àquelas obrigações que não estão sendo disputadas em juízo e que não serão, portanto, objeto da tutela jurisdicional revisional requerida na petição inicial.

Esclarecido tal ponto, quanto ao seu aspecto positivo, os benefícios que a previsão do art. 330, §2º do CPC buscou garantir são, claramente, a estabilidade do mercado (sob o viés econômico) e a delimitação objetiva da lide (sob o viés processual).

A finalidade pretendida quando da edição da Lei nº 10.931/2004, que inspirou a atual disposição do art. 330 do CPC, havia sido responder a uma pressão do mercado para estabilização das operações (à época, apenas imobiliárias) de longa duração, de modo que a execução do contrato não pudesse ser obstada mediante pleitos pontuais de revisão. De certa forma, permitir que a operação permaneça vigente e exequível mesmo quando algum de seus pontos é disputado e controvertido em juízo – este sim, sujeito a possível suspensão –, mantém viva a economia e os negócios em curso. Sem dúvida, é uma positivação que reflete um reconhecimento da importância do agente econômico para o mercado e de que a estabilidade das operações tem sua função social.

De outro lado, do ponto de vista processual, a exigência de que as obrigações controvertidas sejam claramente apontadas traz estabilidade à demanda ao delimitar o potencial ponto de interferência judicial. A ideia está totalmente em linha com a primazia do

princípio da adstrição da tutela jurisdicional ao pedido da parte (art. 492, CPC). Além disso, tal delimitação poderá estimular que a parte contratante-devedora não se valha de ações revisionais para justificar eventuais inadimplementos, evitando-se assim práticas oportunistas e que não se coadunem com a boa-fé no uso do instrumento processual. No mais, a exigência está em linha com a determinação legal de que o pedido deve ser *certo* (art. 322, CPC) e *determinado* (art. 324, CPC) – ou seja, deve, de um lado, ser expresso e não implícito (decorrer de forma clara e indene de dúvidas do pleito de provimento jurisdicional, seja ele em caráter principal, seja em caráter alternativo ou subsidiário) e, de outro, deve especificar claramente sua quantidade e qualidade, justamente como forma de delimitar a atuação jurisdicional.

Aliás, os contornos e especificidades do art. 330, §§2º do CPC dão, inclusive, uma diferente roupagem ao disposto no art. 322, §2º do CPC. Como se sabe, nosso novo ordenamento processual parece ter, senão abandonado ao menos flexibilizado, o critério da interpretação restritiva dos pedidos (antes preconizada pelo antigo art. 293 do CPC/73) ao introduzir a ideia de que a interpretação do pedido, pelo juiz, considerará o “*conjunto da postulação*” e observará a boa-fé (art. 322, §2º, CPC). De fato, a preocupação denota certo aumento da margem de cognição judicial para evitar que pretensões não sejam apreciadas apenas por má formulação de pedido – problema, aliás, imputável ao advogado no exercício da técnica processual e não propriamente à parte. Contudo, em ações revisionais, tal flexibilização parece ser limitada pela necessidade de indicação clara quanto à especificação da obrigação controvertida e a quantificação do valor das prestações contratuais não controvertidas e não comportar o mesmo alcance.

Os benefícios da disposição foram destacados já pelo próprio STJ que, nessa mesma linha, confirmou que a exigência está de acordo com o processo civil moderno, na medida em que (i) a indicação da obrigação a ser revisada faz com que “*a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes*”, (ii) a indicação do valor não controvertido “*proporciona melhor compreensão da dimensão do litígio, da lesão ao direito envolvido, além de permitir a demonstração da verossimilhança do direito invocado*” e, de modo geral (iii) contribui para reforçar o papel “*institucional e social do direito contratual*”, com a “*a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos*”²⁴⁰.

²⁴⁰ Nesse sentido: STJ, RESP 1.163.283-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 07.04.2015, Informativo nº 561 de 4 a 17.de maio.2015.

Em linhas gerais, nos parece que a previsão é – em tese – bem-vinda como uma expressão da necessária interdependência entre direito material e processual. Ela é reflexo daquela preocupação doutrinária já defendida, por exemplo, por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE²⁴¹, de que há uma “*necessidade de adequação do processo ao direito material*” e, portanto, de “*regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação substancial a ser submetida à apreciação do órgão jurisdicional*”. A influência do direito material na adaptação do instrumento processual em demandas dessa natureza é evidente e salutar na busca de um processo efetivo. O que não podemos permitir é que, justamente sob a roupagem de uma adaptação voltada a garantir maior efetividade à solução do conflito substancial, utilizemos o requisito formal do art. 330, §§2º e 3º do CPC para dificultar o acesso do jurisdicionado prejudicado à justiça, inviabilizando o próprio propósito que guiou a criação do dispositivo.

4. Necessária (e cabível) ponderação sobre a exigência do art. 330, §2º para garantia do acesso à justiça

Em função das considerações acima desenvolvidas, entendemos que a exigência legal do art. 330, §2º do CPC deve comportar alguns temperamentos para não se inviabilizar o acesso à justiça a contratantes mais vulneráveis por meio do indeferimento da inicial sob o fundamento da inépcia. Tal temperamento pode (e deve) ocorrer por meio do nivelamento do poder-dever de direção do processo pelo juiz e a natureza da contratação e vulnerabilidade das partes pode ser importante para esse nivelamento.

Não se discute que cabe ao juiz, de ofício e no exercício de seu poder-dever de direção do processo, realizar o controle dos pressupostos processuais e saneamento de vícios processuais (art. 139, IX, CPC) e, especificamente no recebimento da demanda, cabe ao julgador o poder-dever de verificar o preenchimento dos requisitos da petição inicial e determinar sua emenda, de forma precisa, na hipótese de não se ter preenchido tais requisitos ou a petição inicial apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito (art. 321, CPC) – a qual, se não realizada, ensejará, aí sim, o indeferimento da inicial. Contudo, muitas vezes, é extremamente difícil à parte litigante a quantificação daquilo que o código optou por chamar de “*valor incontroverso do débito*”.

Fato é que a exigência legal de quantificação do valor das obrigações contratuais não disputadas deve ser avaliada pelo julgador com prudência e nem sempre poderá ser

²⁴¹ *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2011, p. 56.

considerado um pressuposto intransponível da constituição válida e regular do processo de revisão de contrato.

A depender do modelo de contratação e das partes envolvidas, é possível que o contratante-devedor simplesmente não tenha condições técnicas ou mesmo acesso a determinados elementos, pelas especificidades dos critérios de cálculo empregados na contratação, de apontar qual o impacto financeiro da disputa de determinadas obrigações na contratação geral. Pode ser que o cálculo dependa de conhecimentos técnicos específicos ou mesmo de informações que são detidas apenas (ou mais facilmente detidas) pela parte contrária, que sequer foi ainda chamada a integrar a lide. Aliás, não são raras as situações – especialmente em contratos bancários – em que o cliente / consumidor sequer possui o instrumento contratual que rege sua relação e, juntamente com o pleito revisional, formula o prejudicial pedido de exibição do próprio contrato. Não sem razão, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁴² apontam tal exigência do art. 330, §2º do CPC como “*elemento complicador*” ao consumidor e “*para o acesso à Justiça da parte mais fraca da relação*” e “*mecanismo simplificador da demanda*” aos fornecedores.

É razoável defender, portanto, que em relações de duração mantidas por meio de contratos interempresariais paritários, em que as contratantes têm estruturas mais desenvolvidas, geralmente com envolvimento de equipes financeiras, contábeis e jurídicas, todas cientes dos impactos que eventuais revisões de obrigações podem ensejar, a exigência processual do art. 330, §2º do CPC se justifica. Ao aplicá-la, o julgador, de fato, estimula as finalidades sociais e processuais pretendidas pela disposição legal e não há prejuízo ao exercício do direito de ação e tampouco ao de defesa dos contratantes envolvidos.

Contudo, em relações de consumo ou mesmo em relações eminentemente civis, mas de simples adesão em que uma das partes seja dotada de alguma espécie de vulnerabilidade ou não-paridade, a quantificação pode ser um ônus excessivo e indesejado à luz da busca de um processo *justo*. Não é difícil ilustrar esse empecilho: em contratos de financiamento imobiliário, a formação do preço mensal despendido é de difícil reprodução ao público que não está inserido no mercado bancário – o valor das prestações leva em consideração diversos componentes, como o preço do bem em si, os juros aplicáveis, tarifas de avaliação do bem, tarifas de administração de contrato, seguro, entre outros componentes, todos sujeitos a critérios diferentes de reajuste no tempo. Se a revisão, neste caso, se limitar às tarifas de administração do contrato, é extremamente difícil dizer em que medida tal ponto impacta no

²⁴² Código de Processo Civil Comentado, 17ª ed., São Paulo, RT, 2018, pp. 875-876.

preço de cada uma das parcelas mensais, as quais, a rigor, se mantêm exigíveis até decisão em sentido contrário.

Impedir o prosseguimento das demandas revisionais sob o argumento de que a exigência do art. 330, §2º do CPC se aplique a todo tipo de ação revisional, indistintamente, pode, portanto, prejudicar de modo indevido o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF e art. 3º, CPC).

Neste ponto, nos parece razoável defender que a indicação do valor não disputado na ação revisional (valor do contrato menos o valor da obrigação disputada) pode vir a se relacionar mais a uma fase de produção de provas do que à fase postulatória propriamente dita em alguns casos e tal conclusão justifica a importância de considerarmos a natureza da relação contratual e as características dos contratantes para valorar a exigência de indicação do valor pertinente como requisito da petição inicial.

5. A divergência jurisprudencial quanto à exigência de indicação do valor “incontroverso” (art. 330, §2º, CPC)

Os Tribunais, ao longo dos cerca de 5 (cinco) anos de vigência do CPC, parecem ainda não ter adotado uma orientação uniforme acerca da possibilidade de ponderação da regra formal exigida pelo art. 330, §2º do CPC e, mesmo aos que admitem sua *flexibilização* – que parecem vir se posicionamento como levemente majoritária – não parece ter havido ainda uma clara definição de quais os critérios para que a regra do art. 330, 2º do CPC seja compatibilizada com a garantia de acesso à justiça.

Limitando nossa análise ao âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível constatar que, nos 5 (cinco) anos de vigência do CPC, não há consenso a respeito da possibilidade de dispensa de tal exigência para recebimento da petição inicial.

De um lado, há acórdãos que defendem a implacável consequência da inépcia da inicial diante da não-observância da indicação do valor incontroverso exigida pela regra expressa do art. 330, §2º do CPC. Nesse sentido, por exemplo, foi o entendimento de acórdão da 18ª Câmara de Direito Privado ao destacar que a previsão é uma “*garantia ao direito de defesa da parte adversa, alçada a requisito de admissibilidade da petição inicial*”²⁴³. Sob a mesma orientação, há julgado da 15ª Câmara de Direito Privado em que se confirmou a inépcia da inicial por violação ao art. 330, §2º do CPC pois a consumidora requereu a redução dos juros “*para média do mercado, sem, contudo, apresentar planilha contábil das operações contratadas, com as devidas especificações do valor recebido a título de mútuo, bem como, a*

²⁴³ TJSP, Apelação nº 1001560-17.2019.8.26.0576, Rel. Des. Helio Faria, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 08.12.2020.

aplicação dos percentuais de juros que deveriam ter sido aplicados em contraposição aos contratados, deixando de individualizar o montante que já teria sido adimplido e o quanto ainda restaria a ser pago, a fim de se quantificar nos autos o valor controverso”²⁴⁴. Há casos, ainda, em que, não obstante a parte tenha impugnado especificamente um item do contrato (p.ex., juros remuneratórios), foi considerada intransponível a ausência de indicação do “*valor incontroverso do débito*”²⁴⁵.

De outro, há relevantes acórdãos dispensando a expressa indicação do valor incontroverso quando a parte especifica, de modo individualizado, os encargos que reputa abusivos ou indevidos (ainda que não os quantifique). Nesse sentido, por exemplo, há acórdãos da 13^a, 16^a e 20^a Câmara de Direito Privado do TJSP, destacando que “*a identificação do encargo contratual que o autor reputa indevido é absolutamente suficiente para o recebimento da inicial e para apresentação de defesa pelo réu e (...) suficiente para ter-se como atendida a determinação contida no §2º do artigo 330 do Código de Processo Civil*”²⁴⁶ e que “*embora desacompanhada de planilhas de cálculos, (...) a parte autora especificou os encargos impugnados (...) [sendo] de se reconhecer como satisfeita a determinação constante do art. 330, §2º do CPC/2015, que prescinde da quantificação e depósito do valor incontroverso*”²⁴⁷.

Sem dúvida, a segunda corrente é a mais acertada diante de um contexto de processo civil constitucional, em que se garanta o efetivo acesso à justiça (art.º 5º, XXXV, CF) e o justo processo balizado pela primazia do julgamento de mérito (art. 6º, CPC). O art. 330, §2º do CPC não pode ser interpretado de forma absoluta e estanque, mas deve, ao contrário, ser aplicado de forma combatível e coexistente com outras disposições do sistema que autorizem sua complacência para evitar que o processo civil não seja inimigo de seus próprios escopos.

Aliás, nessa corrente, há recente julgado da 20^a Câmara de Direito Privado que destaca, justamente (e totalmente em linha com o que ora se defende), a necessidade de se aplicar o entendimento do art. 330, §2º do CPC com temperamentos, sem se descurar de que em relações de consumo, por exemplo, a Constituição Federal (art. 5º, XXXII e 170, V) e o CDC (art. 6º, VIII) garantem a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, de modo

²⁴⁴ TJSP, Apelação nº 1002422-35.2019.8.26.0431, Rel. Des. Ramon Mateo Junior, 15^a Câmara de Direito Privado, j. 09.10.2020.

²⁴⁵ TJSP, Apelação nº 1002572-98.2019.8.26.0533, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, 23^a Câmara de Direito Privado, j. 28.07.2020.

²⁴⁶ TJSP, Apelação nº 1001603-30.2018.8.26.0077, Rel. Des. Miguel Petroni Neto, 16^a Câmara de Direito Privado, j. 08.01.2020.

²⁴⁷ TJSP, Apelação nº 1004910-83.2018.8.26.0176, Rel. Des. Rebello Pinho, 20^a Câmara de Direito Privado, j. 16/11/2018. No mesmo sentido: “*tendo sido apontadas, de forma suficiente, as cláusulas contratuais controvertidas em ação revisional de contratos bancários, inviável o indeferimento da petição inicial e extinção sem resolução do mérito, à luz do art. 330, §2º do CPC*” (TJSP, Apelação nº 1006576-79.2020.8.26.0005, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, 13^a Câmara de Direito Privado, j. 11.12.2020).

que “a quantificação exata do valor controvertido e a indicação precisa das cláusulas contratuais de que se pretende a revisão não podem ser elevadas a pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, sob pena de prejuízo à defesa do consumidor”²⁴⁸.

Com acerto a referida orientação, especialmente em relações de consumo pois, se o próprio art. 6º, VIII do CDC – com amparo constitucional – prevê a facilitação da defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova, nada obsta que a quantificação do valor “controvertido” e “incontroverso” sejam apurados ao longo da demanda – ou mesmo em fase de liquidação de sentença, conforme defendem NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁴⁹ -, mesmo porque, como já defendido acima, nos parece ser mais uma questão de prova do que requisito formal da inicial propriamente dito.

6. Critérios para compatibilização entre a previsão do art. 330, §2º do CPC e a garantia de acesso à justiça

Em conclusão, partilha-se aqui o entendimento de que a aplicação da exigência do art. 330, §2º do CPC como pressuposto para a constituição válida e regular do processo e recebimento da petição inicial não deve se dar indistintamente, sendo recomendado, à luz da ideia de processo justo e no âmbito do exercício do poder-dever de direção do processo pelo juiz, a valoração da natureza contratual debatida e das características das partes envolvidas e seu impacto para o atendimento de tal ônus processual.

Não se trata aqui de negar vigência ao dispositivo legal, mas, ao contrário, compatibilizar sua aplicação com outras regras igualmente vinculantes do sistema processual. E mais: as ponderações ora propostas se referem às hipóteses em que a parte autora tenha, de fato, promovido a mínima especificação do pedido com a indicação clara e individualizada da cláusula contratual que pretende disputar na demanda e não socorre aquelas situações em que a parte alegue genericamente a existência de abusividades, sem qualquer individualização de seu pedido – caso em que, sem dúvida, a inépcia se impõe, caso mantida a postura mesmo após oportunidade de emenda.

Nesse cenário, para que seja possível essa compatibilização entre a previsão do art. 330, §2º do CPC e a garantia do acesso à justiça, pelo menos 3 (três) aspectos processuais devem

²⁴⁸ TJSP, Apelação nº 1006833-95.2020.8.26.0590, Rel. Des. Correia Lima, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 17.01.2021. No mesmo sentido: “a norma contida no art. 330, §2º do CPC/15 não pode ser aplicada de modo a obstar o acesso ao Poder Judiciário” (TJSP, Apelação nº 1005010-38.2010.8.26.0176, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 15.12.2020).

²⁴⁹ *Código de Processo Civil Comentado*, 17ª ed., São Paulo, RT, 2018, pp. 875-876.

ser, necessariamente, avaliados no exercício do poder-dever judicial quanto à aferição da regularidade da petição inicial.

Primeiramente, ao exigir que a parte autora, indistintamente de quem seja, cumpra a determinação do art. 330, §2º do CPC, o juiz pode contribuir com a indevida atribuição à parte de um ônus à produção de prova diabólica, situação vedada pelo art. 373, §2º, CPC. Como já dito, há situações (em especial em relações de consumo ou mesmo em relações civis, por adesão) em que a parte sequer tem acesso ao instrumento contratual praticado, não estando ao seu alcance a indicação pontual do valor disputado.

Em segundo lugar, a parte pode requerer (e o juiz pode, inclusive, decidir de ofício) a inversão do ônus da prova a respeito de determinado fato se demonstrar a excessiva dificuldade em apresentar os cálculos ou a maior facilidade da parte contrária em apresentá-lo, nos termos do art. 373, §1º, CPC. Val lembrar, nesse mesmo sentido, que um dos direitos básicos do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, é a facilitação da defesa de seus direitos, que poderá ocorrer por diversos meios, entre os quais, a inversão do ônus da prova no processo civil quando, a critério do julgador, a alegação do consumidor for verossímil ou quando esse for hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiência. Aqui, a quantificação não é propriamente um fato a ensejar comprovação como contexto da causa de pedir (que pode se fundar na abusividade, na onerosidade excessiva etc.), mas sim de requisito e também consequência patrimonial do próprio pedido e de igual importância para o deslinde do caso concreto. Portanto, por servir também ao propósito de especificação do *quantum debeatur* e não apenas de atendimento a requisito da petição inicial, se aplicaria perfeitamente o requerimento de invenção do ônus probatório a esta finalidade.

Em terceiro e último lugar, a disposição do art. 330, §2º, CPC deve ser lida de forma coerente com a do art. 324, II e III, CPC, que excepciona a regra de que o pedido deve ser determinado, permitindo formulação de pedidos genéricos (os quais incluem pedidos sem atribuição de valor patrimonial específico) quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do fato ou ato e quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Assim, se o autor-devedor não tem ao seu alcance (ou até tem, mas de forma excessivamente onerosa) mecanismos para aferição do valor da obrigação disputada ou se o réu-credor puder disponibilizar tais mecanismos de forma mais fácil e menos onerosa, não há por que se exigir que o autor indique o respectivo valor na inicial sob pena de inépcia e indeferimento.

Como já defendido em outra oportunidade²⁵⁰, o exercício do poder-dever do magistrado em flexibilizar a regra do art. 330, §2º conforme os critérios aqui propostos, deve, necessariamente, considerar a natureza e o tipo contratual em questão e as disposições legais específicas de tal natureza ou tipo, a vulnerabilidade dos contratantes envolvidos, a lógica econômica da contratação e o interesse público. Vale dizer, se a relação contratual a revisar envolve consumidor e este, pela legislação própria, tem garantido seu direito à facilitação da defesa, a leitura da exigência do art. 300, §2º do CPC não pode ser igual àquela em que a relação contratual a revisar envolve empresas bem estruturadas com departamentos jurídicos e contábeis especializados no segmento contratado. O parâmetro de interesse social que o Judiciário deve tutelar em cada contexto exige essa diferenciação e o nosso sistema processual assim o permite.

7. Dissenso quanto à (tormentosa) previsão do §3º do art. 330 do CPC

Especificamente o §3º do art. 330 do CPC estabelece que, nas ações revisionais previstas no art. 330, §2º do CPC, “o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados”.

A inclusão do referido parágrafo é, a bem da verdade, bastante controversa. Mesmo com os consideráveis 5 (cinco) anos de vigência do CPC, nos Tribunais, as interpretações do referido dispositivo têm sido bastante díspares e tal dissonância indica que a redação do legislador, de fato, não foi a mais satisfatória e tampouco clara.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, é comum encontrarmos tratamentos diferentes em relação à interpretação do art. 330, §3º do CPC e, conseqüentemente, quanto ao deferimento ou não de petições iniciais em ações revisionais.

Em julgados da 15ª, 23ª e 24ª Câmaras de Direito Privado do TJSP, a título exemplificativo, é possível identificar a orientação de indeferimento da petição inicial por inépcia diante da ausência de comprovação do pagamento do valor incontroverso do débito “no tempo e modo contratados” até o momento do ajuizamento da demanda, com fundamento no art. 330, §3 do CPC e conseqüente reconhecimento da ausência de pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo²⁵¹.

²⁵⁰ Os Limites dos poderes do juiz na revisão de contratos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 111.

²⁵¹ TJSP, Apelação Cível nº 1012629-36.2017.8.26.0020, Rel. Des. Sebastião Flávio, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 06.06.2019; TJSP, Apelação nº 1055125-77.2017.8.26.0506, Rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 09.08.2018; TJSP, Apelação Cível nº 1031903-12.2019.8.26.0506, Rel. Des. Walter Barone, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 30.04.2020.

Em acórdão bastante ilustrativo de tal corrente proferido em ação revisional de contrato de financiamento, constou que *“a autora deixou de cumprir as disposições legais deste dispositivo [art. 330, §2º, CPC] pois não demonstrou o pagamento das duas últimas parcelas do contrato e tampouco efetuou o depósito do valor incontroverso da dívida, de modo que a única solução adequada para o âmbito da presente ação é o indeferimento da inicial”*²⁵². Há, ainda, o entendimento de que, ao prever o pagamento do valor incontroverso no contexto do art. 330, o §3º deve ser entendido como uma previsão de que *“esse pagamento só se pode dar no âmbito delas [ações revisionais], pela consignação”*²⁵³.

Em julgados da 13ª, 20ª e 37ª Câmara de Direito Privado do TJSP, por sua vez, a orientação é justamente a oposta, no sentido de considerar que o depósito de eventuais valores “incontroversos” não é um requisito expressamente exigido pelo art. 330 do CPC. Nesse sentido, há acórdãos reconhecendo que *“a disposição do parágrafo terceiro não pode ser interpretada como requisito para impedir o acesso à justiça (cf. art. 5º, XXXV, da CF), obstando que o devedor em mora possa discutir a legalidade das obrigações decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens (...) o seu inadimplemento é matéria afeta ao rito executivo, de iniciativa do credor, e que não pode impedir a apreciação dos pedidos do autor”*²⁵⁴ ou ainda que *“o depósito dos valores incontroversos é realizado quando pleiteado pelo autor na ação revisional (...) não se constituindo condição de procedibilidade de ação revisional, até porque possível a revisão de cláusulas abusivas de contrato não quitado”*²⁵⁵. No mesmo sentido, essa corrente entende que *“a impossibilidade da propositura de ação por autor que não pretende depositar o valor incontroverso constitui impedimento de acesso ao Poder Judiciário, sendo o direito de ação constitucionalmente assegurado”*²⁵⁶.

Na 17ª Câmara de Direito Privado, por exemplo, há dissenso entre os próprios integrantes, com declaração de votos divergentes, a exemplo do julgamento de recurso de apelação em ação declaratória c/c revisão de contrato bancário, ainda em 2018, em que prevaleceu o entendimento da maioria quanto à aplicação irrestrita no art. 330, §3º do CPC (necessidade de comprovação de pagamento do débito incontroverso) – inclusive reconhecendo que *“não cabe nessa hipótese conceder oportunidade para saneamento dessas irregularidades”*, no sendo sequer cabível a emenda (?!). Neste caso em específico, a controvérsia foi registrada por meio de declaração de voto divergente, no qual constou expressamente o entendimento de que *“o descumprimento da regra prevista no §3º do art.*

²⁵² TJSP, Apelação nº 1077690-84.2020.8.26.0100, Rel. Des. Mendes Pereira, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 01.12.2020.

²⁵³ TJSP, AI nº 2095396-09.2019.8.26.0000, Rel. Des. Vicentini Barroso, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 17.06.2019.

²⁵⁴ TJSP, AI nº 2185432-97.2019.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 10.06.2020.

²⁵⁵ TJSP, Apelação nº 1004105-63.2018.8.26.0554, Rel. Des. Sérgio Gomes, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 16.10.2018.

²⁵⁶ TJSP, Apelação nº 1014769-23.2015.8.26.0114, Rel. Des. Cauduro Padin, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 14.03.2018

330 do CPC não acarreta o indeferimento da petição inicial”, limitado apenas à hipótese do §2º do art. 330 e de que tal determinação de pagamento do valor incontroverso “*tem caráter eminentemente material, e não processual, decorrendo da vedação do exercício abusivo de direito (CC/2002, art. 187)*”²⁵⁷.

Há, ainda, casos intermediários, em que se reconhece que o §3º do art. 330 do CPC preveria o depósito do valor dito incontroverso, mas que “*apesar de o autor/apelante não ter comprovado o depósito judicial do valor incontroverso de todas as parcelas do financiamento, o descumprimento do disposto no parágrafo 3º, do artigo 330, do CPC/2015, não autoriza o indeferimento da petição inicial*” pois “*a propositura da ação não afasta os efeitos da mora, continuando a correr eventuais encargos devidos sobre a dívida em aberto, se o caso*” e porque “*a impossibilidade da propositura de ação por autor que não pretende ou não pode depositar o valor incontroverso constitui impedimento de acesso ao Poder Judiciário, sendo o direito de ação totalmente assegurado*”²⁵⁸.

O dissenso jurisprudencial, com o devido respeito, não tem razão de ser, merecendo prevalecer a orientação que não considera o pagamento do valor “incontroverso” como requisito de procedibilidade da demanda revisional.

Primeiro porque, a rigor, não caberia sequer à legislação processual dispor sobre pagamento – que diz respeito exclusivamente ao âmbito do direito material envolvido na ação de revisão obrigacional. Quando muito, ao prever a necessidade de pagamento do valor contratual tido como ‘incontroverso’, o legislador processual autorizaria que o credor prosseguisse com medidas executivas em face do devedor (pelas vias próprias), ainda que na pendência de uma ação revisional da obrigação geradora do crédito.

Aliás, neste ponto, é importante relembrar que o art. 50, §2º da Lei nº 10.931/2004 – que inspirou a previsão hoje inserta no art. 330, §3º do CPC – previa que “*a exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados*”. A expressão “*exigibilidade do valor*” empregada pelo legislador da norma inspiradora do CPC não deixa dúvidas ao se referir ao próprio direito material do credor e, sob a antiga legislação, o depósito do ‘valor controvertido’ se mostrava como uma condição para suspensão de exigibilidade do pagamento e não requisito da petição inicial para prosseguimento da demanda. E mais: antes da vigência do CPC/2015, sob a Lei nº 10.931/2004, tal depósito *facultativo* ainda poderia ser dispensado pelo magistrado, no âmbito da ação revisional, “*em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao*

²⁵⁷ TJSP, Apelação nº 1001208-60.2017.8.26.0566, Rel. Des. Irineu Fava, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 21.02.2018.

²⁵⁸ TJSP, Apelação nº 1017107-37.2017.8.26.0554, Rel. Des. Ligia Araújo Bisogni, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 15.06.2018.

autor”, diante da provável ilegitimidade da cobrança. Tal disposição não foi recepcionada pelo art. 330 do CPC, o que não significa, contudo, que não seja possível a dispensa do pagamento na nova sistemática processual na medida em que a tutela jurisdicional urgente em situações de probabilidade do direito e risco de dano continuam protegidas, em caráter geral, pelo art. 300 do CPC – aplicável, por óbvio, também às ações revisionais que se enquadrem em tais requisitos.

Em segundo lugar, não há razão para que apenas o valor “incontroverso” continue a ser pago no tempo e modo contratados pois, salvo na hipótese de concessão de tutela provisória de urgência para suspensão da exigibilidade da obrigação disputada, também o valor “controvertido” deverá ser pago, sob pena de o devedor (autor da ação revisional) vir a sofrer a cobrança / execução do montante devido, inclusive com acréscimo de encargos moratórios – em regra, não suspensos com o mero ajuizamento da demanda revisional (conforme expressa previsão da Súmula 380 do STJ, que estabelece que “*a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor*”).

Em terceiro lugar, porque a localização da disposição legal como um dos parágrafos do art. 330 (atinentes às hipóteses de indeferimento da petição inicial) pode induzir à equivocada conclusão de que a comprovação do pagamento do valor “incontroverso” (não impugnado) seria um dos requisitos da petição inicial. Ora, não se pode admitir que a comprovação de pagamento relacionado à parte do contrato que não é objeto da demanda seja uma condição de procedibilidade da demanda que não o discute. A uma porque o dispositivo não diz isso expressamente, ou seja, não há nenhuma indicação clara do legislador de que a comprovação do pagamento seja um requisito da inicial nesse tipo de demanda. A duas, caso fosse essa a determinação do código – e não parece ser – tratando-se de relação contratual de trato sucessivo, por exemplo, se imporia ao autor da demanda a sucessiva comprovação dos pagamentos previstos, o que, por óbvio, não se coaduna com a ideia de aferição da adequação da petição inicial que é objeto do art. 330 do CPC.

Em quarto lugar, tal como a discussão já inaugurada pelo §2º do art. 330 do CPC acima desenvolvida, a imposição de pagamento do valor não controvertido na demanda como um requisito de procedibilidade implicaria prejuízo à própria garantia de acesso à justiça para correção de irregularidades contratuais. Nesse sentido, com acerto, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO²⁵⁹ destacam que a interpretação a tal dispositivo deve ser “*restrita*” na medida em que “*nenhuma consequência advirá para o autor e a sua ação revisional caso ele deixe de*

²⁵⁹ *Novo curso de processo civil*, v. 1, São Paulo, RT, 2015.

pagar o valor incontroverso, especialmente porque eventuais dificuldades financeiras não podem obstar o acesso à via jurisdicional”.

Diante de tais ponderações, nos parece que a previsão do §3º do art. 330 do CPC – hoje aplicada sem a devida uniformidade pela jurisprudência – não pode ser interpretada como requisito da petição inicial e condição de procedibilidade da demanda revisional de obrigações, mas sim para, simplesmente, garantir ao credor (réu da ação revisional), em regra, a manutenção da exigibilidade da obrigação em face do devedor (autor da ação revisional) a despeito da pretensão revisional.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017.

FELITTE, Beatriz Valente. *Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos*. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2018.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 17ª ed., São Paulo, RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 1, São Paulo, RT, 2015.

As alterações da Ação Rescisória no Novo Código de Processo Civil e sua Utilização no Processo do Trabalho

Bruno Freire e Silva²⁶⁰

A necessidade de aplicação do processo comum ao processo do trabalho não consiste em novidade, seja no ordenamento jurídico nacional, seja em outros ordenamentos jurídicos, de forma que talvez nem houvesse necessidade de previsão legislativa nesse sentido, como o fez o art. 15 do Novo Código de Processo Civil.

No Brasil, além da supletividade aberta, por meio da qual se aplica o processo comum nas hipóteses de omissão da lei trabalhista (previsão dos artigos 769 e 889 da CLT), também há a supletividade expressa, nos casos em que a Consolidação das Leis do Trabalho indica pontualmente os artigos do Código de Processo Civil a serem aplicados no processo do trabalho, como o art. 882 que estabelece a observância da ordem de gradação legal da penhora e o art. 836 da CLT, que indica expressamente a possibilidade de utilização da ação rescisória na seara trabalhista:

“É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos nesse Título e ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no capítulo IV do Título IX da Lei n. 5.569, de 11/1/1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.”

Apesar de a Súmula 338 do STF vedar o cabimento de ação rescisória na Justiça do Trabalho²⁶¹, o que se observa é que a legislação trabalhista expressamente acolhe o instituto, que tem sido amplamente aceito pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal

²⁶⁰ Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Mestre e Doutor em Direito Processual na PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo na UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação, mestrado e doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Centro de Estudos Avançados de Processo e do Instituto dos Advogados de São Paulo. Titular da cadeira n. 68 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

²⁶¹ Súmula 338, STF: Não cabe ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho.

Superior do Trabalho, que inclusive reforçou tal entendimento na recente Instrução Normativa n. 39 recentemente publicada²⁶².

Assim, em obra coletiva do Centro de Estudos Avançados de Processo comemorativa dos 5 anos de vigência do CPC, buscamos analisar quais as alterações do Novo Código de Processo Civil para o instituto da Ação Rescisória.

A sentença maculada por graves vícios, mesmo após adquirir a autoridade da coisa julgada, representa maior nocividade à ordem pública do que se admitir a sua revogação. Não há que se falar em segurança jurídica se a decisão proferida pelo Poder Judiciário representar evidente injustiça, seja por vícios ligados às partes, às provas, ao julgador ou à própria sentença²⁶³.

Segundo Nelson Nery Júnior, a “*ação rescisória tem como finalidade a alteração de um estado jurídico já existente, alcançado com a autoridade da coisa julgada que pesa contra a sentença firme*”²⁶⁴.

A alteração do estado jurídico já existente e regulado por uma decisão judicial transitada em julgado, na hipótese de ocorrer um dos graves vícios elencados no antigo art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 e agora no art. 966 do Novo Código de Processo Civil, representa anseio de toda a coletividade, por inexistir segurança jurídica em relação à coisa julgada formada nessas condições. O valor justiça e a necessidade de observância do ordenamento jurídico fundamentam a possibilidade de rescisão do julgamento.

O escopo da ação rescisória, pois, é reestabelecer a ordem jurídica, representada por um ideal de justiça, sobrepondo-se, conseqüentemente, à idéia e ao princípio da segurança

²⁶² Art. 3º da IN. n. 39: “Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: XXVI – arts. 966 a 975 (ação rescisória)”.

²⁶³ Ver esclarecedora classificação de Sérgio Rizzi, *in* Ação Rescisória, Editora Revista dos Tribunais, p. 44-47, o qual, em função dos fundamentos da ação rescisória propõe o seguinte critério quadripartido: Em primeiro lugar os fundamentos relativos ao juiz, que podem dizer respeito ao agente (prevaricação, concussão, corrupção e impedimento) e ao juízo (incompetência absoluta). Em seguida, fundamentos em relação às partes (invalidade do reconhecimento jurídico do pedido, da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e da transação, bem como a colusão com o intuito de fraude à lei). Depois, fundamentos relativos à sentença, que poderão ser intrínsecos (violação de literal disposição de lei e erro de fato) e extrínsecos (ofensa à coisa julgada). Finalmente, fundamentos em relação às provas, que podem dizer respeito aos meios de prova que configuram vícios (prova falsa ou invalidade da confissão por erro, dolo ou coação) ou que não configuram vício (documento novo).

²⁶⁴ JÚNIOR, Nelson Neri. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos, 2ª ed.. São Paulo: RT, 1993.

jurídica consubstanciada na coisa julgada. Sobre essa premissa, interessante é a lição de Moacyr Lobo da Costa: “O respeito à autoridade da coisa julgada, fundamento da estabilidade da ordem jurídica, não se compadece com a existência de sentenças que tenham atentado contra esta mesma ordem, que aos juízes incumbe tutelar e não violar”²⁶⁵.

A gênese da ação rescisória, como meio extraordinário e excepcional de combate à coisa julgada, pode ser encontrada no instituto *restitutio in integrum* do direito romano.

Em hipótese de um negócio ou ato jurídico ser válido, o Pretor poderia, com base na equidade e desde que entendesse existente motivo relevante para tal fim, corrigir o próprio *ius civile*, concedendo a providência denominada *restitutio in integrum*, em que as partes seriam reconduzidas ao estado anterior, como se o ato não houvesse sido praticado.

A *restitutio in integrum*, segundo a definição de Savigny, é a reintegração de um anterior estado jurídico, fundada sobre a contraposição entre a equidade e o estrito direito, e efetuada graças à potestade pretória que modifica cientificamente um direito efetivamente existente²⁶⁶.

Aos poucos, a concessão da *restitutio in integrum* de acordo com os fatos e circunstâncias específicas trazidas pelas partes passou a ter cabimento somente em hipóteses compiladas e devidamente autorizadas pelo pretor e, diante do crescimento de seu poder no último século da República, tendo em vista a inexistência de qualquer recurso contra a decisão do *iudex*, também passou a ser utilizado contra a sentença²⁶⁷.

Alguns exemplos que ensejavam a *restitutio in integrum* colhidos na doutrina são a *minus petitio*, isto é, quando a fórmula não contemplava a integralidade do pedido do autor²⁶⁸; o descobrimento de que a sentença se baseara em falso testemunho ou em documento falso; a descoberta de novos documentos que pudessem conduzir a solução diversa²⁶⁹, entre outras.

O Novo Código de Processo Civil traz algumas alterações no regramento do instituto, que procuraremos abordar no presente trabalho, tendo em vista a necessária atualização dos operadores do direito nesses cinco anos de sua vigência: i) o objeto da ação; ii) hipóteses de

²⁶⁵ LOBO DA COSTA, Moacyr. Cumulação de Juízos da Ação Rescisória, Revista de Processo, nº 43, p. 39.

²⁶⁶ PALAIA, Nelson, Ação Rescisória e Vícios da Sentença. Tese de Doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica sob orientação de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2007, p. 16.

²⁶⁷ Moacyr Lobo da Costa, “A Revogação da Sentença”, p. 32 e 40/43.

²⁶⁸ Carlos Silveira Noronha, “Sentença Civil - Perfil Histórico-dogmático”, p. 124.

²⁶⁹ F. Mackeldey, “Manuel de Droit Romain”, p. 115.

cabimento; iii) depósito prévio; iv) prazo de propositura. Vejamos cada um deles separadamente.

OBJETO

O objeto da ação rescisória no Novo Código de Processo Civil pode ser extraído do caput do art. 966, que substituiu o art. 485 do diploma anterior, que estabelecia que “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando...”. A nova redação é “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando...”.

É possível perceber, pois, uma alteração no objeto da ação rescisória que, em consonância com os novos parágrafos inseridos no art. 966, eliminam algumas dúvidas que inquietaram a doutrina por muito tempo. Vejamos.

1.1.1 SENTENÇA, ACÓRDÃO OU DECISÃO INTERLOCUTÓRIA?

O objeto da ação rescisória consiste em sentença, acórdão ou decisão interlocutória? Em relação a sentença e acórdão, jamais houve qualquer dúvida. Apesar de o antigo artigo 485 falar em sentença de mérito, como a demanda poderia ser proposta contra decisões dos Tribunais, o objeto também incluía os acórdãos, que tem como fonte do ato jurisdicional um colegiado de julgadores. Já em relação a decisão interlocutória, a questão gerava polêmicas.

Parte da doutrina, inclusive a trabalhista, entendia que o cabimento da ação rescisória estava limitado às sentenças e acórdãos, especialmente pela literalidade da redação do *caput* do art. 485 do antigo Código de Processo Civil. Não se conseguia conceber a existência de situações nas quais ocorresse julgamento de mérito por decisão interlocutória. Carlos Henrique Bezerra Leite, por exemplo, sustentou que: “as decisões interlocutórias, por não apreciarem o mérito/pedido, jamais serão passíveis de ataque por ação rescisória²⁷⁰”.

Tal cenário era corroborado pelo fato de a apreciação dos pontos substanciais para resolução da lide ser feita em um único ato, qual seja, a sentença.

²⁷⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *in Curso de Direito Processual do Trabalho*, 10 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1303).

Não obstante, na hipótese de julgamento prévio de alguma questão de natureza substancial por meio de decisão interlocutória, já havíamos defendido anteriormente o cabimento da ação rescisória: “inobstante o pronunciamento ser considerado interlocutório e não sentença, para fins de ação rescisória o que importa é o conteúdo. Tratando-se de decisão de mérito, ainda que não seja final, porém capaz de projetar efeitos externos ao processo e disciplinar as relações jurídicas entre as partes, tal julgamento está suscetível a ficar acobertado pela *res iudicata* e, conseqüentemente, poderá ser desconstituído via ação rescisória²⁷¹”.

A possibilidade de manejo da rescisória contra decisão interlocutória também foi defendida por Cândido Rangel Dinamarco, que situou tais ocorrências no campo de “imperfeição das leis”, ou seja, casos de decisões parciais sobre questões de mérito. Afirmou o autor que “não esteve nas cogitações do legislador de 1973 a ocorrência de decisões parciais sobre questões de mérito. Para ele, as decisões interlocutórias pronunciar-se-iam exclusivamente sobre pontos relacionados com a ação, os pressupostos processuais e, em geral, sobre os requisitos para o julgamento do mérito. Jamais sobre o *meritum causae*²⁷².”

Pois bem. O art. 966 do Código de Processo Civil eliminou a discussão doutrinária sobre essa questão, já que, conforme o *caput* acima transcrito, o que pode ser rescindido é agora a “decisão de mérito”, transitada em julgado. Desse modo, em se tratando de apreciação de questão meritória, seja por decisão interlocutória, sentença ou acórdão, é pacífica a possibilidade de utilização da ação rescisória.

1.1.2 DECISÃO DEFINITIVA OU TERMINATIVA?

No Código de 1973 a ação rescisória foi concebida como meio de impugnação de decisão judicial que tenha adquirido a qualidade de coisa julgada material, sendo cabível, portanto, exclusivamente contra decisão de mérito, o que era aferido da dicção literal do *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil.

²⁷¹ SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória – Possibilidade e Forma de Suspensão da Execução da Decisão Rescindenda*, 2ª Edição, Curitiba: Juruá, 2012, ps. 70/71.

²⁷² O autor afirma que “não esteve nas cogitações do legislador de 1973 a ocorrência de decisões parciais sobre questões de mérito. Para ele, as decisões interlocutórias pronunciar-se-iam exclusivamente sobre pontos relacionados com a ação, os pressupostos processuais e, em geral, sobre os requisitos para o julgamento do mérito. Jamais sobre o *meritum causae*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286).

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco explicitava que a ação rescisória “é tradicionalmente apontada como um remédio rigorosamente extraordinário de infringência à coisa julgada material”²⁷³. Assim, somente a decisão de mérito é que poderia ser desconstituída pela ação rescisória, porque apenas os seus efeitos substanciais se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada material.

Na Justiça do Trabalho não haveria de ser diferente. Apenas as decisões meritórias eram atacadas mediante ação rescisória, o que restava claro a partir do entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio de seus enunciados de Súmula e Orientações Jurisprudenciais.

Com efeito, por meio da Súmula 413, o TST sedimentou o descabimento da ação rescisória contra decisão que não conhece de recurso, justamente por não haver apreciação meritória:

ACÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE MÉRITO. VIOLAÇÃO DO ART. 896, "A", DA CLT

É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, "a", da CLT, contra decisão que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuida de sentença de mérito (art. 485 do CPC).

Do mesmo modo, o TST afastou a aplicação da ação rescisória contra decisões proferidas em ação de cumprimento, em se tratando de dissídios coletivos, por entender que nestes ocorria a coisa julgada formal, como se constata da Súmula 397:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV, DO CPC. ACÇÃO DE CUMPRIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA EMANADA DE SENTENÇA NORMATIVA MODIFICADA EM GRAU DE RECURSO. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Não procede ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo

²⁷³ *Nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 258.

somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 572 do CPC.

Essas posições e súmulas relativas à restrição da propositura de ação rescisória apenas contra decisões definitivas, ou seja, de mérito, precisarão ser revistas diante da inovação inserida no parágrafo 2º do art. 966 do Novo Código de Processo Civil: “Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: “I- nova propositura da demanda; ou II- admissibilidade do recurso correspondente”.

Aliás, parte da doutrina, inclusive trabalhista, já criticava essa opção legislativa, como fez Manoel Antonio Teixeira Filho em crítica à súmula 413 do TST:

“Tendo em conta o dogmatismo dessa Súmula, consistente em subordinar o exercício da ação rescisória à existência de um pronunciamento sobre o mérito, cumpre-nos reforçar os argumentos opostos, que temos sustentado. Com vistas a isso, devemos, desde logo, formular uma indagação essencial: por que motivo o legislador teria, por exemplo, previsto o uso dessa ação quando a decisão violasse, de modo manifesto norma jurídica (art. 966, inc. V)? Certamente, para restabelecer a supremacia da ordem legal (e constitucional), contravinda por um pronunciamento jurisdicional. Sendo assim, fica claro que o valor a ser protegido, por meio da rescisória, nesta hipótese, é a mencionada supremacia da ordem constitucional. Pois bem. Sob essa perspectiva, que relevância tem o fato de alguma decisão judicial não haver ingressado no exame de mérito, embora fique evidente a violação por ela perpetrada à Lei ou à Constituição da República? Posta à frente, enfim, que importância teria a particularidade de a sentença ou o acórdão não haver solucionado o conflito de interesses, se, a despeito disso, ficou patente o espezinhamento do ordenamento legal, assim como, o prejuízo irreparável acarretado à parte (recurso não admitido)?²⁷⁴”

Em relação ao tema, havia, inclusive, incongruência entre o caput do antigo artigo 485 e um de seus incisos que tratava da invalidação da desistência, corretamente diagnosticado por Pontes de Miranda:

²⁷⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A ação rescisória no processo do trabalho. 4ª Ed., São Paulo, Ltr, 2005.

“No art. 485 do CPC de 1973, fala-se da rescindibilidade das sentenças de mérito; mas o próprio Código de 1973, que fez rescindível a sentença que se fundou em desistência invalidável (art. 485, inc. VIII), ao enumerar as sentenças que extinguem o processo “sem julgamento de mérito,” pôs a desistência da ação. O art. 485 diz que pode ser rescindida a sentença, nas espécies que se apontam, se “de mérito”; de modo que se excluiriam todas as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito (cf. art. 267). Ora, a desistência, p. ex., está no próprio Código, art. 267, inc. VIII, como um dos fundamentos para a sentença que extinga o processo sem julgamento de mérito, de jeito que não se pode dar acolhida inexecutável ao que se diz no começo do art. 485 (“a sentença de mérito transitada em julgado”), pois haveria contradição entre os dois trechos²⁷⁵.”

Nesse diapasão, a mudança legislativa para possibilitar o manejo de ação rescisória contra decisão terminativa, nos limites do parágrafo 2º do art. 966 do Novo CPC (decisão transitada em julgado não seja de mérito e impeça nova propositura da ação ou admissibilidade do recurso correspondente) foi acertada e terá repercussões no processo do trabalho, uma vez que, conforme já dito, a Instrução Normativa n. 39 concebeu a aplicação do art. 966 do Novo CPC nessa seara processual.

Não podemos deixar de registrar aqui, que já existiam posições avançadas do TST nesse sentido. Por exemplo, em se tratando de decisão que, a despeito do indeferimento da petição inicial, tenha apreciado o mérito na fundamentação, admitia-se a ação rescisória, a teor do que determinava a Súmula 411 do TST, *in verbis*:

ACÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE MÉRITO. DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO EM AGRAVO REGIMENTAL CONFIRMANDO DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE, APLICANDO A SÚMULA Nº 83 DO TST, INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL DA ACÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO.

Se a decisão recorrida, em agravo regimental, aprecia a matéria na fundamentação, sob o enfoque das Súmulas n.ºs 83 do TST e 343 do STF, constitui sentença de mérito, ainda que haja resultado no indeferimento da petição inicial e na extinção do processo sem julgamento do mérito. Sujeita-se, assim, à reforma pelo TST, a decisão do Tribunal que, invocando controvérsia na interpretação da lei, indefere a petição inicial de ação rescisória.

²⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado da Ação Rescisória. Campinas: Bookseller, 1998, p. 215.

Também nesse sentido, o TST entendeu pelo cabimento de ação rescisória contra o acórdão que embora não conhecesse “de recurso de embargos ou de revista, analisando argüição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula nº 333), examina o mérito da causa” (Súmula 192, item II).

E, na vigência do estrito cabimento da ação rescisória contra decisões de mérito, o TST ainda sedimentou entendimento pela aplicabilidade da ação rescisória no que se refere a questões processuais, desde que constituam pressuposto de validade da sentença de mérito, conforme o disposto na Súmula 412:

AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE MÉRITO. QUESTÃO PRO-CESSUAL.
Pode uma questão processual ser objeto de rescisão desde que consista em pressuposto de validade de uma sentença de mérito.

Questão polêmica, entretanto, se refere às decisões meramente homologatórias. Estas, a priori, não estão sujeitas à desconstituição por via da ação rescisória, mas podem ser desconstituídas na forma dos atos jurídicos em geral, a teor do que dispõe o artigo 486 do antigo Código de Processo Civil de 1973 e parágrafo 2º, art. 966, do novo diploma processual.

A aplicação da ação anulatória na Justiça do Trabalho sempre foi defendida, entre outros, por Mauro Schiavi, diante da omissão da CLT sobre o tema, lacuna na legislação processual trabalhista e compatibilidade com os princípios que regem o Direito Processual do Trabalho. O autor aponta que “a ação anulatória tem sido utilizada para desconstituir atos jurídicos firmados no âmbito da relação de trabalho e também atos judiciais em que a decisão é meramente homologatória, sem enfrentamento do mérito”²⁷⁶.

Nesse sentido, afasta-se o cabimento da ação rescisória contra decisões que se limitam a homologar atos de adjudicação ou arrematação ocorridos em sede de execução trabalhista. O TST já firmou entendimento nesse sentido, sumulado sob o nº 399, *in verbis*:

²⁷⁶ *Recursos no Processo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 323.

AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. SENTENÇA DE MÉRITO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE ADJUDICAÇÃO, DE ARREMATACÃO E DE CÁLCULOS.

I - É incabível ação rescisória para impugnar decisão homologatória de adjudicação ou arrematação.

II - A decisão homologatória de cálculos apenas comporta rescisão quando enfrentar as questões envolvidas na elaboração da conta de liquidação, quer solvendo a controvérsia das partes quer explicitando, de ofício, os motivos pelos quais acolheu os cálculos oferecidos por uma das partes ou pelo setor de cálculos, e não contestados pela outra.

Não obstante, deve ser feita ressalva no que tange à decisão de homologação do termo de conciliação previsto no artigo 831 da CLT. A Súmula 259 do TST admite o manejo da ação rescisória contra a decisão homologatória neste caso²⁷⁷, “independentemente de tratar-se de conciliação ou transação, considerando-se que, faticamente, é praticamente impossível investigar se a decisão que homologa o acordo foi simplesmente homologatória ou se o Juiz do Trabalho investigou o mérito da questão”²⁷⁸.

É necessário perquirir se a referida súmula persiste diante do texto do parágrafo 4º do art. 966 do Novo CPC: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

Em nosso entendimento não há que se falar em revogação da súmula do TST, pois, de acordo com o art. 831, parágrafo único da CLT, a homologação de acordo equivale a sentença. Nesse sentido, correta a conclusão de José Aparecido dos Santos:

“Isso indica que as meras homologações de transação no processo do trabalho transitam em julgado, inclusive as realizadas na execução, em regra são irrecorríveis, até porque no processo do trabalho a homologação de acordo equivale a sentença, conforme art. 831, parágrafo único da CLT. Assim, o termo de conciliação homologado pelo juiz, no processo do

²⁷⁷ SUM-259 TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA.

Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

²⁷⁸ SCHAVI, Mauro. *Recursos no Processo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 308.

trabalho, só estará sujeito a eventual recurso ou ação rescisória, sendo descabida a ação anulatória, de modo que continua válida a súmula 259/TST²⁷⁹”.

Nesta hipótese específica, o prazo decadencial para propositura da ação rescisória se iniciará na data da homologação judicial, já que, à vista da Súmula 100, item V, do TST, “o acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial”.

1.1.3 Questão Prejudicial?

O novo CPC traz um novo regramento no que tange aos limites objetivos da coisa julgada, que anteriormente se limitavam à questão principal decidida no dispositivo da decisão. Com o início de vigência do novo diploma, que já alcança cinco anos, os efeitos da imutabilidade do julgado também passam a atingir questões prejudiciais.

A novidade está nos parágrafos 1º e 2º do art. 503 do Novo CPC: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. Parágrafo 1º: O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. Parágrafo 2º: A hipótese do parágrafo 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.”

Conforme esclarecem Teresa Arruda Alvim Wambier e outros “As prejudiciais, se preenchidas algumas outras condições (art. 503, inc. III e parágrafo 2º), são, segundo o NCPC, objeto de decisão com força de coisa julgada, independentemente do ajuizamento de ação declaratória incidental, que não existe mais na nova lei. Em ações futuras, o juiz estará vinculado ao que terá sido previamente decidido sobre essas questões, como v.g., paternidade, maternidade, contratos, validade de uma marca registrada e assim por diante²⁸⁰”.

²⁷⁹ SANTOS, José Aparecido dos. *Coisa Julgada e sua Rescisão*. In *Processo do Trabalho*. Repercussões do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier; Coordenadores do volume: Cláudio Brandão e Estevão Mallet. Salvador: JusPodivm, 2016, ps. 323/382.

²⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRA, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824.

Exemplo de questão prejudicial no processo do trabalho consiste num pedido de declaração de existência de uma relação de emprego contestada pela empresa reclamada, com o fim de que sendo reconhecida a existência da referida relação jurídica, serem apreciados e acolhidos os pedidos principais de aviso prévio, férias, gratificação natalina, horas extras, entre outros²⁸¹. Em muitas situações quando um Tribunal Regional do Trabalho reforma uma sentença e reconhece a existência dessa relação jurídica, consistente numa questão prejudicial, determina o retorno dos autos para que o juiz de 1º grau julgue os demais pedidos principais.

Pois bem. O novo CPC dispensa a formalidade da propositura da ação declaratória incidental para extensão dos efeitos da coisa julgada à questão prejudicial, como ocorria no sistema anterior. Há, pois, uma mudança de paradigma, pois antes a opção sobre a incidência dos efeitos da coisa julgada cabia à parte, que alcançava tal objetivo com a ação declaratória incidental e, a partir da vigência do novo diploma processual, passou a ser do Poder Judiciário, desde que presentes os requisitos acima transcritos.

Já tivemos a oportunidade de criticar essa opção legislativa, inserida no sistema com a finalidade de simplificar o processo. Em nossa opinião deve caber às partes litigantes a escolha e definição de quais matérias devem ser alcançadas pelos efeitos da coisa julgada e não ao juiz da causa.

Na ocasião, contra a proposta de alteração legislativa, aduzimos o seguinte: “A opção do projeto do Novo Código de Processo Civil é correta? *Data maxima venia* à nobre comissão formada pelos ilustres juristas, aqui nossa resposta é negativa, ou seja, entendemos que não foi acertada a opção legislativa. Por que? Porque às partes é que deve caber a definição de quais matérias serão alcançadas pela coisa julgada. A doutrina pátria corrobora essa posição e exemplifica a situação de que, se a parte não colher todas as provas que lhe interessam, possa preferir que a questão seja apreciada em outras demanda²⁸²”.

Nesse sentido também se pronunciou Paulo Henrique dos Santos Lucon: “apenas às partes, portanto, deve-se conferir o poder de definir quais matérias serão alcançadas pela coisa

²⁸¹ Nesse sentido Manoel Antonio Teixeira Filho, *in* Comentários ao Novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho, São Paulo: Ltr, 2016, p. 695.

²⁸² SILVA, Bruno Freire e. *Primeiras Impressões sobre a Exclusão de alguns Institutos do Novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abril-junho/2011 – ano 48 – n. 190 – Tomo 1, p. 80.

julgada. Dessa forma, propõe-se a manutenção do atual art. 5º do Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro²⁸³”.

Sustentamos nosso posicionamento ilustrando a situação de a parte não ter conseguido desenvolver satisfatoriamente as provas para solução da questão prejudicial e, nesse caso, poder optar por não sofrer a incidência dos efeitos da coisa julgada no processo em que a questão será solucionada, mas preferir litigar, inclusive com outro advogado, em processo novo e distinto. Invocamos para sustentar essa posição, inclusive, o princípio da demanda:

“Nesse diapasão, entendemos que, no que tange à ação declaratória incidental, não foi acertada a opção legislativa de excluí-la do sistema processual. A intenção de evitar a propositura de novas demandas, com a inclusão forçada na coisa julgada de matérias não postuladas pelos jurisdicionados, parece-nos violar o “princípio da demanda”, atualmente esculpido nos arts. 128 e 460 do vigente Código de Processo Civil²⁸⁴”.

Nossos argumentos, entretanto, perdem a razão e sustentabilidade diante dos requisitos da nova legislação para a resolução da questão prejudicial adquirir “força de lei”, conforme termo utilizado pelo caput do art. 503, cujos parágrafos 1º e 2º, conforme já transcritos, exigem a existência de “contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia” além de “não se aplicar se houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

Diante dessas exigências ou requisitos do Novo Código de Processo Civil para que a solução da questão prejudicial tenha força de coisa julgada é necessário revermos nossa posição sobre o tema. Especialmente por não se poder olvidar que a alteração legislativa tem o condão de preservar a coerência de uma questão que já foi discutida pelas partes e decidida por um juiz seja rediscutida e decidida diferentemente em outra demanda futura, o que elimina o risco de decisões contraditórias que poderiam desmoralizar o Poder Judiciário.

Diante dessa nova ordem processual em que se permite dar força de coisa julgada à resolução da questão prejudicial não se se pode olvidar, entretanto, que contraditório efetivo, restrição probatória e limitação à cognição são questões que poderão ensejar debates e dúvidas, o que terá repercussão na certeza ou não da formação da coisa julgada e admissibilidade ou não da ação rescisória.

²⁸³ Texto apresentado na audiência pública realizada em São Paulo, gentilmente cedido na época pelo Professor da Universidade de São Paulo.

²⁸⁴ SILVA, Bruno Freire e. *Op Cit.*, p. 80.

Flávio Luiz Yarshell diagnosticou tais controvérsias, ressaltando que serão decididas em outro processo:

“É de se esperar que o tema provoque controvérsia, porque a extensão da coisa julgada à resolução das prejudiciais não se opera de forma automática, na medida que depende dos requisitos exigidos pelo parágrafo 1º do art. 503. Mas, saber se houve transito em julgado de questão prejudicial será tarefa a ser enfrentada em processo subsequente²⁸⁵”.

Analisadas as mudanças relativas ao objeto da ação rescisória, no que tange a sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias, com (definitivas) ou sem (terminativas) exame de mérito, bem como questões prejudiciais, é mister passarmos à análise das alterações relativas às hipóteses de cabimento. Vejamos

HIPÓTESES DE CABIMENTO

Quanto às hipóteses de cabimento da ação rescisória constatamos as seguintes alterações relevantes na nova ordem processual, que podem ser observadas com a leitura do artigo 966 do novo CPC: i) exclusão das hipóteses de fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação; ii) a hipótese “violar disposição de lei” foi substituída por “violar manifestamente norma jurídica” (inc. V); e iii) o fundamento de “documento novo” foi ampliado para “prova nova” (inc. VII). Vejamos cada uma delas.

1.2.1 Exclusão de Fundamento para Invalidar Confissão, Desistência ou Transação

A hipótese do inc. VIII do antigo artigo 485 do CPC de 1973 previa a possibilidade de propositura de ação rescisória se “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. Consistiu em transposição de dispositivo do Código de Processo Civil Português, conforme destacou Alexandre Freitas Câmara²⁸⁶.

A referida opção legislativa sempre foi alvo de muitas críticas da doutrina pátria. Havia, por exemplo, uma contradição entre a hipótese do inciso VIII e o caput do art. 485, uma vez que este falava em rescisão de decisão de mérito e aquele numa hipótese que não se tratava de

²⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz; COELHO, Marcus Vinicius Furtado; NETO, Elias Marques de Medeiros; PUOLI, José Carlos Baptista. *O Novo Código de Processo Civil: Breves Anotações para a Advocacia*. Brasília, OAB, Conselho Federal, p. 96.

²⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2007, p. 103.

decisão de mérito, mas decisão terminativa, no caso invalidação de decisão homologatória de desistência.

Com o fim de manter a coerência do sistema era necessário uma interpretação sistemática, como defendíamos na época:

“Assim, não é concebível o *caput* do art. 485 do Código de Processo Civil falar expressamente em rescindir sentença de mérito e o inc. VIII desse mesmo artigo elencar uma hipótese de rescisão de decisão que não é de mérito – desistência da ação. A solução que adotamos, acompanhando a posição de parte da doutrina, é a de que, na verdade, o legislador errou ao utilizar o termo *desistência*, que enseja a extinção do processo sem exame do mérito. Na verdade, ele quis falar em “renúncia ao direito” sobre que se funda a ação, instituto que dá azo à extinção do processo com julgamento do mérito, segundo o art. 269, inc. V, do CPC e, portanto, passível de rescisão²⁸⁷”.

Na verdade a renúncia, transação ou confissão eram apenas homologadas pelo juiz, de modo que no Novo Código de Processo Civil elas passaram a ser passíveis de anulação e não mais rescisão, como se observa do parágrafo 4º do art. 966: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

Em tese, quando um magistrado apenas homologa um ato de disposição das partes, não realiza juízo de valor, mas apenas e tão somente pratica ato para dar eficácia ao que fora ajustado entre as partes. Daí a alteração realizada pelo Novo Código de Processo Civil e os termos do inciso IV da súmula 298 do TST: “A sentença meramente homologatória, que silencia sobre os motivos de convencimento do juiz, não se mostra rescindível, por ausência de pronunciamento explícito”.

Assim, a exclusão da invalidação de confissão, desistência (ou renúncia) e transação das hipóteses de rescisão de julgados, com a transposição para as hipóteses de cabimento de ação anulatória também foi uma opção legislativa acertada.

Ressaltamos apenas a necessidade de adaptação na transposição dos dispositivos para o processo do trabalho em relação à hipótese de transação, diante das peculiaridades do tema

²⁸⁷ E SILVA, Bruno Freire. Ação Rescisória: Possibilidade e Forma de Suspensão da Execução da Decisão Rescindenda. Curitiba: Juruá, 2ª Edição, 2012, p. 69.

nessa seara processual. Afinal, conforme muito bem observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “embora o juiz não exponha sua “vontade”, o ato de homologação não deixa de adotar expressão da “vontade concreta da lei”, não só porque prevista em lei, mas também porque sujeita a requisitos e controles. O ato de homologação também é um ato de adequação à lei, principalmente no processo do trabalho, em que o juiz verifica forte e constantemente se a transação, a renúncia e a disposição das partes atendem aos fins da lei e observam as normas tributárias²⁸⁸”.

Nesse diapasão, remetemos o leitor para nossa posição exposta no item 1.2.1 do presente trabalho, quando nos manifestamos em relação à natureza de mérito da decisão que homologa acordo no processo do trabalho e a viabilidade de propositura de ação rescisória contra tal ato.

1.2.2 Substituição da hipótese de violação a dispositivo de “lei” por violação a “norma jurídica”

O novo Código de Processo Civil realizou relevante alteração na hipótese de cabimento de ação rescisória para impugnar decisão que viola literal disposição de lei, anteriormente prevista no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil de 1973. O novo inciso V do art. 966 estabelece que “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar manifestamente norma jurídica”.

A mudança é digna de aplausos, pois, a literalidade do texto de lei jamais foi suficiente para tutela de muitas situações que ensejavam a necessidade de rescisão de decisões, uma vez que o sistema jurídico deve ser examinado de forma macro e engloba não só a lei no sentido estrito, mas também os seus princípios.

Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves corretamente esclarecem essa realidade, ao ressaltarem que “na atual quadra da teoria do direito é praticamente assente que tanto as regras jurídicas quanto os princípios constituem espécies de normas jurídicas, e que mesmo os princípios implícitos são dotados de positivação. Ao mesmo tempo, é indubitável que a norma jurídica não se confunde com o texto da lei, sendo, antes, o resultado da atribuição de sentido

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento, 7ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 760

ao texto. Fácil inferir, pois, que da moldura de um mesmo texto é possível extrair-se várias normas jurídicas, todas, aos menos abstrata e genericamente, igualmente válidas²⁸⁹”.

Ora, muitas vezes o juiz não decide com base na literalidade da lei, especialmente diante da já consagrada distinção entre texto e norma, então porque limitar a ação rescisória apenas àquela violação? A opção legislativa de ampliar para violação de norma jurídica é corretíssima. Como muito bem pontuaram Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, “sabe-se que as normas, as pautas de conduta, que orientam o agir dos indivíduos, muitas vezes não se confundem com a literalidade do preceito legal. O texto da lei é interpretado, à luz da doutrina, da jurisprudência, do ordenamento jurídico como um todo, de princípios jurídicos. Por isso é que não raramente a pauta de conduta – a norma – se afasta da literalidade do dispositivo a que corresponde. E se esta norma for violada, cabe ação rescisória²⁹⁰”.

Em suma, a alteração nessa hipótese de cabimento da ação rescisória é pertinente e trará benefícios na utilização do instituto, tanto no processo civil como no processo do trabalho. Em relação a esse último, não se pode olvidar que o Tribunal Superior do Trabalho já editou alguns enunciados de Súmulas sobre a admissibilidade de rescisória nestes casos, que é pertinente examinar no presente trabalho.

Inicialmente, é importante destacar que o TST não admitia a rescisória pelo antigo art. 485, V, do CPC, quando houver controvérsia nos Tribunais acerca da aplicação do dispositivo de lei supostamente violado. É o que dispõe a Súmula 83 do TST, similar à Súmula 343 do STF²⁹¹:

ACÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONTROVERTIDA.

I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de

²⁸⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras Linhas sobre a Disciplina da Ação Rescisória no CPC/15. In *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, Organizadores Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Coordenador Geral Fredie Didier Jr.. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 253.

²⁹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1375.

²⁹¹ STF Súmula nº 343 -Cabimento - Ação Rescisória - Ofensa a Literal Dispositivo Baseado em Texto Legal de Interpretação Controvertida nos Tribunais. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

interpretação controvertida nos Tribunais.
II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida.

Do mesmo modo, caso a alegação de violação à lei, ou agora norma pela nova redação do CPC, tenha por objeto questão jurídica oriunda de construção jurisprudencial, não se admitirá a ação rescisória. Assim, não será possível a rescisão do julgado que se fundar em aplicação de matéria cuja fonte normativa seja a jurisprudência. Tal entendimento é inferido da Súmula 409 do TST, *in verbis*:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. TOTAL OU PARCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CF/1988. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.

Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/1988 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial.

Assim, percebe-se que não são compreendidas como “disposição de lei” (art. 485, V, CPC) e agora “norma jurídica” (art. 966, VI) as normas extraídas de entendimento jurisprudencial. Não se pode dizer o mesmo em relação aos precedentes vinculantes (art. 927 do NCPC), que criam normas jurídicas a serem observadas e respeitadas por todos, uma vez que aqui não há dúvida quanto ao cabimento da ação rescisória.

Ainda é necessário registrar a possibilidade de manejo da rescisória nas hipóteses em que a decisão violar acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas ou portarias, que não estavam incluídas no significado de lei no sentido estrito, mas podem agora ser incluídas na expressão norma jurídica. Assim, discordamos da manutenção da Orientação Jurisprudencial da SBDI-2 do TST nº 25, que dispõe:

AÇÃO RESCISÓRIA. EXPRESSÃO "LEI" DO ART. 485, V, DO CPC. NÃO INCLUSÃO DO ACT, CCT, PORTARIA, REGULA-MENTO, SÚMULA E ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DE TRIBUNAL.

Não procede pedido de rescisão fundado no art. 485, V, do CPC quando se aponta contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, portaria do Poder Executivo, regulamento de empresa e súmula ou orientação jurisprudencial de tribunal.

Diante da alteração legislativa implementada no inciso V do novo art. 966 do CPC que, como já exposto, alterou o cabimento da ação rescisória manejada contra decisão que viola literal disposição de lei para violação de norma jurídica, há necessidade de revisão da referida orientação jurisprudencial.

Por outro lado, não sendo o caso de interpretação controvertida ou de questão jurídica que se origine de construção jurisprudencial ou das demais hipóteses ressaltadas acima, o TST admite o manejo da ação rescisória, nos termos do artigo 485, inciso V, do CPC, agora artigo 966, inciso V. Nessas hipóteses, da mesma forma que ocorre nos recursos excepcionais, recurso de revista ou recurso extraordinário, para admissibilidade da ação há necessidade de pronunciamento explícito sobre a violação, ou seja, a matéria ter sido prévia e expressamente debatida na decisão rescindenda.

Esses são os termos do item I da Súmula 298 do TST, “a conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria vinculada”. Há, pois, necessidade de correção do texto para alterar “lei” por “norma”, o que ainda não foi feito após os cinco anos de vigência do Novo CPC.

Em qualquer caso, portanto, o órgão prolator da decisão rescindenda deve manifestar-se de forma expressa em relação à questão jurídica ventilada na ação rescisória, ou seja, há necessidade de pronunciamento explícito sobre a questão jurídica objeto da demanda proposta, com o fim de que se possa perquirir se efetivamente houve a violação da lei ou norma que fundamenta a ação.

Não obstante, esta Súmula dispensa o pronunciamento explícito nas hipóteses em que o vício originou-se no próprio julgamento “como se dá com a sentença ‘extra, citra e ultra petita’” (item V, Súmula 298, TST).

Nessa linha, o TST firmou a obrigatoriedade de indicação expressa do dispositivo de lei violado na petição inicial caso a ação rescisória tenha fundamento no antigo inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil. No atual sistema a indicação expressa deverá ser da norma jurídica e o fundamento está agora no art. 966, inciso V.

Embora o Tribunal tenha entendimento no sentido de flexibilizar a inépcia da petição inicial quando ocorrer a errônea subsunção do caso às hipóteses de cabimento da ação rescisória, pacificou-se que demanda rescisória fundada em violação legal não se aplica o princípio *iura novit curia* e, assim, há necessidade de indicação clara e precisa do dispositivo legal violado na petição inicial. É o que se depreende da Súmula 408 do TST:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. CAUSA DE PEDIR. AU-SÊNCIA DE CAPITULAÇÃO OU CAPITULAÇÃO ERRÔNEA NO ART. 485 DO CPC. PRINCÍPIO "IURA NOVIT CURIA"

Não padece de inépcia a petição inicial de ação rescisória apenas porque omite a subsunção do fundamento de rescindibilidade no art. 485 do CPC ou o capitula erroneamente em um de seus incisos. Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica ("iura novit curia"). No entanto, fundando-se a ação rescisória no art. 485, inc. V, do CPC, é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio "iura novit curia".

Ainda, o TST veda o cabimento da ação rescisória fundada em violação de disposição de lei para reexame de fatos e provas, entendimento que foi pacificado mediante a Súmula 410 do Tribunal Superior do Trabalho²⁹².

Por fim, caso haja interposição de ação rescisória de ação rescisória com fundamento no antigo inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, atual 966 do novo diploma processual, é necessário que a violação da lei tenha ocorrido por ocasião da prolação da decisão rescidenda, por não se admitir o manejo da rescisória "para discussão, por má

²⁹² SUM-410 ACÇÃO RESCISÓRIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescidenda.

aplicação, dos mesmos dispositivos de lei, tidos por violados na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva” (Súmula 400. TST).

Como visto, é necessário uma ampla revisão desses enunciados, orientações e súmulas (feito apenas parcialmente pelo TST), de forma a se adequarem aos termos do art. 966, inciso V, do novo CPC²⁹³ que, conforme já exposto, amplia o cabimento da ação rescisória diante da

²⁹³ É importante registrar que duas das súmulas citadas nesse tópico já foram objeto de revisão, as de número 400 e 408. Passaram a ter as seguintes redações: “AÇÃO RESCISÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. INDICAÇÃO DA MESMA NORMA JURÍDICA APONTADA NA RESCISÓRIA PRIMITIVA (MESMO DISPOSITIVO DE LEI SOB O CPC DE 1973). Em se tratando de rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a rediscussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não procede rescisória calcada no inciso V do art. 966 do CPC de 2015 (art. 485, V, do CPC de 1973) para discussão, por má aplicação da mesma norma jurídica, tida por violada na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva. (ex-OJ nº 95 da SBDI-2 – inserida em 27.09.2002 e alterada DJ 16.04.2004)

AÇÃO RESCISÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA.

INDICAÇÃO DA MESMA NORMA JURÍDICA APONTADA NA RESCISÓRIA PRIMITIVA (MESMO DISPOSITIVO DE LEI SOB O CPC DE 1973).

Em se tratando de rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a rediscussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não procede rescisória calcada no inciso V do art. 966 do CPC de 2015 (art. 485, V, do CPC de 1973) para discussão, por má aplicação da mesma norma jurídica, tida por violada na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva. (ex-OJ nº 95 da SBDI-2 – inserida em 27.09.2002 e alterada DJ 16.04.2004)

AÇÃO RESCISÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. CAUSA DE PEDIR. AUSÊNCIA DE CAPITULAÇÃO OU

CAPITULAÇÃO ERRÔNEA NO ART. 966 DO CPC DE 2015. ART. 485 DO CPC DE 1973. PRINCÍPIO "IURA NOVIT CURIA"

Não padece de inépcia a petição inicial de ação rescisória apenas porque omite a subsunção do fundamento de rescindibilidade no art. 966 do CPC de 2015 (art. 485 do CPC de 1973) ou o capitula erroneamente em um de seus incisos. Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica ("iura novit curia"). No entanto, fundando-se a ação rescisória no art. 966, inciso V, do CPC de 2015 (art. 485, inciso V, do CPC de 1973), é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, da norma jurídica manifestamente violada (dispositivo legal violado sob o CPC de 1973), por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio "iura novit curia". (ex-Ojs nºs 32 e 33 da SBDI-2 –

alteração de “lei” para “norma”, afinal, conforme já alertava o Mestre Barbosa Moreira “o ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum²⁹⁴”.

Outra alteração que enseja grande mudança na utilização da ação rescisória e que gerará bastante controvérsia foi realizada no inciso VII do art. 485, agora art. 966 do Novo CPC e que amplia o fundamento de cabimento da ação rescisória para a hipótese tratada na nova alínea de “documento novo” para “prova nova”. Vejamos.

1.2.3 Ampliação do fundamento de “documento novo” para “prova nova”, cuja obtenção possa assegurar ao autor pronunciamento favorável

A nova redação do inciso VII, estabelecida no texto do art. 966 do Novo CPC é a seguinte: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Pois bem. É possível aferir uma ampliação no cabimento da ação rescisória, uma vez que o disposto na alínea VII do art. 485 do antigo CPC previa a rescisão de julgado na hipótese de obtenção de “documento novo” capaz de assegurar ao autor pronunciamento favorável e a nova alínea do artigo 966 do Novo CPC prevê a rescindibilidade na obtenção de “prova nova”, termo bem mais amplo.

Não andou bem o legislador nesse ponto. Não se pode olvidar que o documento, apesar da inexistência de hierarquia entre provas, tem muito maior confiabilidade no registro de acontecimentos pretéritos do que outras espécies de prova, como a testemunhal, por exemplo, seja no processo civil seja no processo do trabalho.

No direito comparado, os ordenamentos jurídicos em geral restringem a possibilidade de desconstituição do julgado a provas documentais, por registrarem um dado fato histórico de maneira permanente, o que revela sua vantagem sobre a prova testemunhal. Nesse sentido é o que ressalta Erich Döhring: “no poder mermar o deteriorarse posteriormente por palidecer

²⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 2010, p. 131.

recordos, trocarse objetos u ocurrir cualesquiera otros eventos que empecen a la verdad. Tampoco pueden alterarla posteriores modificaciones del estado de intereses o de la postura general del autor. Los documentos reflejan con exactitud insobornable el parecer que tenía o afirmaba tener en su momento el que los escribió²⁹⁵”.

O novo texto, pois, na contramão de uma tendência mundial de restrição de desconstituição de decisões transitadas em julgado, amplia sobremaneira o cabimento da ação rescisória, pois permite a utilização dessa medida excepcional com base em laudos periciais ou mesmo provas testemunhais, que podem proporcionar novas oportunidades de produção de prova ao autor da ação rescisória.

Há ainda a questão temporal de apresentação dessa prova. Em obra recente, Manoel Antonio Teixeira Filho aduziu que “a nosso ver, para os efeitos da ação rescisória é despidienda a circunstância de o documento – em que ela se apoia – haver sido constituído antes ou depois da sentença rescindenda haver passado em julgado: o que realmente importa é o fato de que o autor não o juntou aos autos pertinentes ao processo anterior por motivos que não lhe podem ser legitimamente imputados, vale dizer, sem que isso houvesse derivado de culpa sua²⁹⁶”.

Então, é possível a realização de prova testemunhal obtida após o trânsito em julgado da decisão rescindenda para viabilizar a sua rescisão? Ora, admitir tal possibilidade é viabilizar, no prazo da ação rescisória, a reabertura de instrução processual, para revisão de causa já decidida e protegida pelo manto da coisa julgada, criada justamente para obter a segurança jurídica e paz social nas relações.

A mitigação da coisa julgada por meio da ação rescisória somente é admitida em situações excepcionalíssimas, previstas de forma *numerus clausus* nas hipóteses restritas delimitadas pelo legislador. Admitir-se essa desconstituição em situações outras, mediante a possibilidade de reabertura de exame de provas, é tornar o sistema instável e inseguro.

Assim, ao tratar da novidade do novo CPC, de ampliação de documento para prova, o Autor paranaense conclui que “sob esse aspecto, fica difícil admitir, no âmbito da Justiça do Trabalho, a possibilidade de exercício da ação rescisória fundada em prova nova, que não seja

²⁹⁵ DÖHRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación*. Trad. Tomás A. Banzahaf. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 396.

²⁹⁶ FILHO, Manoel Antonio Teixeira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do Processo do Trabalho*. São Paulo, Ltr, 2016, p. 1.134.

documental, obtida após o trânsito em julgado da decisão. Dificilmente, essa prova deixará de ser documental, mesmo que se refira a depoimento de testemunhas ou a laudo pericial²⁹⁷”.

Em suma, melhor seria a limitação legislativa a prova documental, como era no Código anterior. Quanto à tendência jurisprudencial no sentido de se admitir o exame hematológico para investigação de paternidade (DNA), prova que não consiste tecnicamente em documento e que não é utilizada no processo do trabalho, poderia o legislador tê-la equiparado a prova documental para fins de rescindibilidade, como sugeriu na época Rodrigo Barioni²⁹⁸.

Ainda no que tange ao documento novo, não se pode olvidar que este deve, por si só, assegurar pronunciamento favorável à parte, a exemplo do recibo de quitação de verbas trabalhistas. A súmula 402 do TST dispõe expressamente sobre documentos que não são considerados aptos à propositura da ação rescisória, nos seguintes termos:

ACÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. DISSÍDIO COLETIVO. SENTENÇA NORMATIVA.

Documento novo é o cronologicamente velho, já existente ao tempo da decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou de impossível utilização, à época, no processo. Não é documento novo apto a viabilizar a desconstituição de julgado:

- a) sentença normativa proferida ou transitada em julgado posteriormente à sentença rescindenda;
- b) sentença normativa preexistente à sentença rescindenda, mas não exibida no processo principal, em virtude de negligência da parte, quando podia e deveria louvar-se de documento já existente e não ignorado quando emitida a decisão rescindenda.

Enfim, a alteração legislativa ainda ensejará muitas dúvidas e discussões na doutrina e jurisprudência, tanto no processo civil como trabalhista.

²⁹⁷ FILHO, Manoel Antonio Teixeira. Op cit. p. 1.134.

²⁹⁸ BARIONI, Rodrigo. *Alguns Apontamentos sobre a Ação Rescisória no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abril-junho/2011 – ano 48 – n. 190 – Tomo 2, p. 226.

DEPÓSITO PRÉVIO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Como requisito específico de admissibilidade da ação rescisória, o antigo art. 488, II, do CPC de 1973, exigia o depósito de 5% do valor da causa para propositura da ação rescisória, o que é mantido pelo inciso II, 968, do Novo Código de Processo Civil.

No processo do trabalho, a lei nº. 11.495 de 22 de julho de 2007 trouxe significativa alteração ao *caput* do art. 836 da CLT. Se antes era inexigível o depósito prévio – Súmula 169 do TST –, a nova lei condicionou o ajuizamento e processamento da Ação Rescisória ao depósito prévio de 20% do valor da causa, flexibilizando essa exigência, no entanto, na hipótese de comprovada miserabilidade jurídica do autor.

Nesse diapasão, o processo do trabalho se antecipou a uma das novidades trazidas pelo legislador no parágrafo 1º, art. 968, inc. II, do Novo CPC, que dispensa o depósito para aqueles que obtenham o benefício de gratuidade da justiça:

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.

Antes da referida alteração legislativa, também já havíamos nos posicionado sobre a possibilidade de dispensa do depósito de 5% para o beneficiário da justiça gratuita nos seguintes termos: “Questão interessante que surge em relação às partes beneficiárias da justiça gratuita. A Lei 1.060 foi omissa em relação à dispensa do depósito para ação rescisória, e, assim, parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o depósito para tais pessoas é obrigatório, sob pena de extinção do processo sem exame de mérito. Não concordamos, *data venia*, com tal posição. Apesar de a Lei 1.060/50 ser omissa em relação à obrigatoriedade do depósito para a propositura da ação rescisória, lembramos que a Constituição Federal garante o direito de ação e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, no artigo 5º, incs. XXXV e LV. A inafastabilidade do controle jurisdicional, portanto, é garantia que não se pode olvidar. Demonstrando-se a insuficiência econômica-financeira para se arcar com o depósito de 5% do valor da causa, o beneficiário da justiça gratuita deve ter assegurado o seu direito constitucional de propor ação rescisória para tutela de sua pretensão. Outra não é a posição do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁹”.

²⁹⁹ SILVA, Bruno Freire e. Ação Rescisória – Possibilidade e Forma de Suspensão da Execução da Decisão Rescindenda. Curitiba: Juruá, 2ª Edição, 2012, p. 87.

Nas hipóteses em que não há concessão de justiça gratuita ou não é o autor da demanda uma das pessoas jurídicas de direito público citadas no parágrafo 1º do art. 968, a Instrução Normativa nº. 31/2007, do TST, regulamenta a forma de realização do depósito prévio, estabelecendo parâmetros para apuração do valor a ser depositado, definindo, inclusive, o conceito de “valor da causa”.

Neste passo, estabelece que valor da causa, nos casos em que se busca desconstituir decisão da fase de conhecimento corresponderá ao valor arbitrado à condenação, nas hipóteses de procedência total ou parcial (art. 2º, II). Observe-se:

Art. 2º. O valor da causa da ação rescisória que visa desconstituir decisão da fase de conhecimento corresponderá: (...) “I - no caso de procedência, total ou parcial, ao respectivo valor arbitrado à condenação.

Assim, cabe à parte autora checar o valor arbitrado à condenação na decisão rescindenda, reajustar o referido valor pela variação cumulada do INPC do IBGE e depositar a importância atualizada com o fim de demonstrar o preenchimento do requisito trazido pela Lei nº. 11.495/2007, que nada mais é do que uma nova condição para admissibilidade da ação rescisória.

Caso haja a interposição de recurso ordinário em sede de rescisória, cujo cabimento já foi pacificado por força da Súmula 158 do TST³⁰⁰, será exigível depósito recursal caso tenha sido julgado procedente o pedido e imposta condenação em pecúnia, conforme disposto na Súmula 99 do TST:

AÇÃO RESCISÓRIA. DESERÇÃO. PRAZO.

Havendo recurso ordinário em sede de rescisória, o depósito recursal só é exigível quando for julgado procedente o pedido e imposta condenação em pecúnia, devendo este ser efetuado no prazo recursal, no limite e nos termos da legislação vigente, sob pena de deserção.

³⁰⁰ SUM-158 AÇÃO RESCISÓRIA

Da decisão de Tribunal Regional do Trabalho, em ação rescisória, é cabível recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho, em face da organização judiciária trabalhista.

Por fim, o Tribunal Superior do Trabalho também sedimentou o cabimento de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em sede de rescisória, por força do que dispõe a Súmula 219³⁰¹, considerando, ainda, a inaplicabilidade do jus postulandi em sede de rescisória, conforme enunciado na Súmula 425 do TST³⁰². Assim, deve-se observar o novo regime de honorários previsto nos art. 85 e seguintes do Novo CPC³⁰³.

PRAZO PARA PROPOSITURA

O Novo Código de Processo Civil manteve o prazo decadencial de 2 anos para propositura da ação rescisória, como se observa do texto do art. 975: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

É possível constatar na leitura do *caput* do artigo, bem como dos parágrafos que regulam o prazo de propositura da ação, um aperfeiçoamento no regramento da matéria, objeto da consolidação de muitos entendimentos jurisprudenciais. Destacariamos, outrossim, uma similitude muito grande das opções legislativas com o que já havia sido disposto na súmula 100 do Tribunal Superior do Trabalho, o que demonstra um vanguardismo muito grande da Corte Trabalhista na regulamentação da matéria. Vejamos.

Inicialmente, da leitura do *caput* diagnosticamos sutil, mas relevante alteração quanto ao início da contagem do prazo, uma vez que o art. 975 se refere a “2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

³⁰¹ HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)
II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

³⁰² SUM 425- Jus Postulandi - Justiça do Trabalho - Alcance - Limitação. O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

³⁰³ Sobre o tema ver artigo de Heitor Vitor Mendonça Sica, *O Advogado e os Honorários Sucumbenciais no Novo CPC*, in *ADVOCACIA*, Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier; Coordenador do volume: José Rogério Cruz e Tucci. Salvador: Juspodivm, 2015, ps. 17/24.

Trata-se de pacificação de questão tormentosa para as hipóteses em que havia transitado em julgado parcial de capítulos de decisão não impugnados, que geravam dúvidas quanto ao início da contagem do prazo. A opção legislativa está em consonância com o que já havia decidido o Tribunal Superior do Trabalho por meio do inciso I de sua súmula 100: “O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não”. Há necessidade, entretanto, de revisão do inciso II da referida súmula, por admitir transitado em julgado em momentos distintos, na hipótese de recurso parcial, com contagem do prazo da ação rescisória de cada decisão de forma distinta.

A opção legislativa, entretanto, é passível de críticas, especificamente em relação à desconformidade com outras normas do próprio Código de Processo Civil, que admitem formação parcial da coisa julgada³⁰⁴.

Alguns doutrinadores chegaram a taxá-la de inconstitucional, por suposta violação das garantias constitucionais da segurança jurídica e isonomia, por prolongar a pacificação de determinada questão jurídica e, ainda, possibilitar um prazo maior de dois anos para uma das partes propor ação rescisória contra capítulo autônomo da decisão. Nesse sentido concluiu Délio Mota de Oliveira Júnior que “a interpretação literal do artigo 975 do novo Código de Processo Civil mostra-se inconstitucional e contraditória com as próprias normas desta legislação. Neste sentido, é necessário interpretar adequada e constitucionalmente o disposto no artigo 975, de modo a estabelecer que o direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos contados do respectivo trânsito em julgado da última decisão proferida em relação a cada capítulo autônomo e independente da sentença³⁰⁵”.

Não entendemos dessa forma. Trata-se de opção legislativa e não vislumbramos nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo, seja em relação à segurança jurídica, seja em relação à isonomia. Pelo contrário, trata-se de uma opção normativa salutar, que está em consonância com a melhor jurisprudência dos Tribunais Superiores, elide grande insegurança jurídica em relação ao início da contagem do prazo e não enseja qualquer prejuízo ou tratamento distinto para as partes.

³⁰⁴ O art. 356 do Novo Código de Processo Civil estabelece que: “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I- mostrar-se incontroverso; II- estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

³⁰⁵ JÚNIOR, Délio Mota de Oliveira. *A Formação Progressiva da Coisa Julgada Material e o Prazo para o Ajuizamento da Ação Rescisória: Contradição do Novo Código de Processo Civil*. In *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coordenação Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Coordenador Geral: Fredie Didier. Salvador, JusPodivm, 2016, p.151.

Não vemos óbice, outrossim, para que a parte proponha de forma antecipada a sua ação rescisória, antes da última decisão proferida no processo. Para tanto, basta a parte se valer do parágrafo 4º do art. 218 do Novo Código de Processo Civil, o qual estabelece que é tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo³⁰⁶.

O artigo 975 do Novo CPC, por meio de seu parágrafo 1º, também elimina outra questão delicada quanto ao prazo de propositura da ação rescisória, tendo em vista a natureza decadencial deste. Adotando entendimento jurisprudencial, o referido parágrafo estabelece que: “Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense”.

Conforme já destacamos, há semelhança com os termos da súmula 100 do Tribunal Superior do Trabalho. Basta analisar o inciso IX da súmula: “Prorroga-se até o primeiro dia útil, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias forenses, feriados, finais de semana ou em dia em que não houver expediente forense”.

Além de tais alterações, de caráter geral, o Novo CPC traz um regramento especial de contagem de prazo para algumas hipóteses de cabimento da ação rescisória.

Na hipótese de ação rescisória proposta com fundamento em prova nova, a regra está no parágrafo 2º do art. 975: “Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

O termo inicial do prazo, pois, conta-se não do trânsito em julgado da decisão rescindenda, mas da data de descoberta da prova nova. Porém, com o objetivo de não eternizar a propositura da ação e ensejar prejuízos à estabilidade das relações, segurança jurídica e paz social, limita-se a propositura da ação ao prazo máximo de 5 anos contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda para a descoberta da prova nova e fixação do termo inicial da rescisória.

Em relação à ação rescisória fundada em simulação ou colusão das partes, rege o parágrafo 3º do art. 975 que “o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o

³⁰⁶ Párrafo 4º do Art. 218: “Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que tem ciência da simulação ou colusão”.

Nesse caso, porém, o legislador não prescreveu um prazo limite. Ocorre que pelas mesmas razões apontadas acima, ou seja, necessidade de segurança jurídica, estabilidade das relações e paz social, entendemos que aqui deve-se aplicar por analogia o prazo máximo de 5 anos, contados da última decisão proferida no processo, para ciência da simulação ou colusão e fixação do termo inicial da rescisórias, pois, não se pode conceber que uma decisão transitada em julgada fique indefinidamente sujeita a impugnação.

Não podemos deixar de mais uma vez ressaltar a similitude da nova legislação com o regramento dado pela súmula 100 do Tribunal Superior do Trabalho que, no inc. VI, estabelece que “Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

Por fim, ainda há uma última regra especial, em que o termo inicial do prazo de 2 anos para a propositura da ação rescisória é contado não do trânsito em julgado da decisão rescindenda, mas sim de marco posterior. Nesse caso, falamos do trânsito em julgado de decisão em ação na qual o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucionalidade de lei que tenha sido fundamento da decisão rescindenda.

É o que se pode extrair do parágrafo 15, do art. 525, do Novo Código de Processo Civil: “Se a decisão referida no parágrafo 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”.

O parágrafo 12 acima citado rege que “Para efeito do disposto no inciso III do parágrafo 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

É preciso adotar uma posição crítica em relação ao tema, haja vista que, diferente das situações e regramento anterior, não há um limite temporal previamente estabelecido na lei, cabendo ao próprio Supremo Tribunal Federal fazer a modulação dos efeitos da decisão,

levando em consideração as peculiaridades do caso. As críticas da doutrina são veemente e chegam a taxar o dispositivo de inconstitucional.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta a inconstitucionalidade do art. 525, § 15º, do Novo Código, por exemplo, pelas seguintes razões: “ Se até aqui, porém, o sistema parece razoável (ou, ao menos, viável), o mesmo não ocorre em relação ao art. 525, § 15, do CPC. Esse § 15, supõe que a coisa julgada possa ser desconstituída desde que a decisão de inconstitucionalidade seja invocada mediante ação rescisória. Acontece que a decisão que se fundou na lei declarada inconstitucional é uma decisão legítima. Admitir rescisória, em caso de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, é voltar a confundir validade da lei com validade do juízo sobre a lei. É, fundamentalmente, esquecer da garantia constitucional da coisa julgada. No final do mês de outubro de 2014, o STF, em sessão plenária, revogou o seu entendimento em relação à aplicabilidade da súmula 343 em caso de interpretação constitucional. No caso *Metabel x União* (STF, RE 590.809, plenário, 22.10.2014, Rel. Min. Marco Aurélio), decidiu-se por sete votos contra dois, vencidos os ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, pelo não cabimento de ação rescisória, fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, quando a época da decisão rescindenda havia controvérsia acerca da interpretação constitucional. (...). Pior do que isso, o § 15 do art. 525 do CPC, implica subordinar a estabilidade da coisa julgada a uma verdadeira condição atemporal. Na medida em que, a qualquer momento, reconhecida ou declarada a inconstitucionalidade de certa norma (ou de certa interpretação da norma) pelo STF, passa daí a contar o prazo para uma ação rescisória contra qualquer julgado que tenha aplicado aquela norma ou aquela interpretação no passado, torna-se inviável pretender falar em estabilidade, imutabilidade ou indiscutibilidade da coisa julgada. Ela se torna apenas uma estabilidade provisória, no aguardo da confirmação – eterna, diga-se – pelo STF, da legitimidade das regras e das interpretações jurídicas aplicadas a essa decisão. Carece, portanto, totalmente, de constitucionalidade o art. 525, § 15, do CPC³⁰⁷”.

Outro não é o entendimento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: "Ação Rescisória. Segurança Jurídica. Contudo, determina o texto comentado que o dies a quo desse prazo seja o do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF. Haveria, portanto, dois prazos de rescisória? O prazo 1 - dois anos a contar do trânsito em julgado da própria sentença exequenda - e o prazo 2 - dois anos a contar do trânsito em julgado do acórdão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se funda a

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil*, Vol. 2, São Paulo: RT, 2015, p. 947.

sentença exequenda? A pretensão rescisória extinta pela decadência não pode renascer pela decisão futura do STF. Saliente-se que a ADIn, por exemplo, não tem prazo de exercício previsto em lei, de sorte que se trata de pretensão perpétua, que pode ser ajuizada dois, cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei apontada inconstitucional. Por óbvio, a rescisória - instituto que se caracteriza como exceção à regra constitucional da intangibilidade da coisa julgada material (CF 5º XXXVI), que, como exceção, deve ser interpretada restritivamente - não pode receber esse mesmo tratamento e nem as partes devem submeter-se à essa absoluta insegurança jurídica. Daí por que, extinta a pretensão rescisória pela decadência, não pode renascer. Entendimento diverso ofenderia o princípio constitucional da segurança jurídica e a garantia fundamental da intangibilidade da coisa julgada (CF 5º XXXVI). Para que possa dar-se como constitucional, o dies a quo fixado no texto normativo sob comentário deve ser interpretado conforme a Constituição. Assim, somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso³⁰⁸."

Em suma, salvo essa última opção legislativa, evitada de inconstitucionalidade, as demais normas que regulamentam o prazo de propositura da ação rescisória aperfeiçoaram de forma positiva o regramento da matéria.

Por fim, ainda em relação ao prazo da ação rescisória, não se pode olvidar a necessidade de juntada da certidão de trânsito em julgado da decisão, com o fim de que o Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho, de acordo com a competência para apreciação da ação rescisória proposta, possa examinar a tempestividade da excepcional ação proposta.

Nesse sentido, o TST firmou entendimento mediante a Súmula 299, dispondo que é imprescindível a prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que deve ocorrer antes da propositura da ação rescisória:

ACÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA. TRÂNSITO EM JULGADO.
COMPROVAÇÃO. EFEITOS.

³⁰⁸ JUNIOR, Nelson Nery; Nery, Rosa Maria de Andrade; *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1309.

I - É indispensável ao processamento da ação rescisória a prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

II - Verificando o relator que a parte interessada não juntou à inicial o documento com-probatório, abrirá prazo de 10 (dez) dias para que o faça, sob pena de indeferimento.

III - A comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda é pressuposto processual indispensável ao tempo do ajuizamento da ação rescisória. Eventual trânsito em julgado posterior ao ajuizamento da ação rescisória não reabilita a ação proposta, na medida em que o ordenamento jurídico não contempla a ação rescisória preventiva.

IV - O pretenso vício de intimação, posterior à decisão que se pretende rescindir, se efetivamente ocorrido, não permite a formação da coisa julgada material. Assim, a ação rescisória deve ser julgada extinta, sem julgamento do mérito, por carência de ação, por inexistir decisão transitada em julgado a ser rescindida.

Duas últimas observações são necessárias: 1º) o afastamento do cabimento de ação rescisória preventiva pelo inciso V da súmula precisará ser revisto, diante dos termos do art. 216, parágrafo 4º, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual o ato praticado antes do termo inicial do prazo é tempestivo. 2º) poderá o órgão julgador formar sua convicção quanto ao termo inicial do prazo decadencial a partir dos outros elementos constantes dos autos, não ficando adstrito, portanto, ao que constar da certidão do trânsito em julgado. É o que dispõe a Súmula 100, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho³⁰⁹.

1.4 Das tutelas de urgência para suspensão da execução da decisão rescindenda

Na redação primitiva do art. 489 do CPC, a ação rescisória não poderia suspender a execução da decisão rescindenda. Era uma forma de se garantir e privilegiar a execução do título executivo judicial já consolidado com o trânsito em julgado e formação da coisa julgada.

Com a reforma implementada pela Lei n. 11.280/2006, deu-se nova redação ao dispositivo citado, o qual passou a dispor que: “O ajuizamento da ação rescisória não impede

³⁰⁹ AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. IV - O juízo rescidente não está adstrito à certidão de trânsito em julgado juntada com a ação rescisória, podendo formar sua convicção através de outros elementos dos autos quanto à antecipação ou postergação do "dies a quo" do prazo decadencial.

o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, casos imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

Mesmo antes da reforma legislativa, já defendíamos tal possibilidade, diante do risco de, na hipótese de a ação rescisória ser julgada procedente, restar a tutela jurisdicional sem efetividade, pela impossibilidade de alteração do *status quo* estabelecido pela execução definitiva da decisão rescindenda³¹⁰.

O legislador processual positivou entendimento já difundido na doutrina e jurisprudência – como nos arestos do STJ sob os n.ºs AgRg na MC 9155, Resp. 139850, Resp. 191898 -, admitindo que, em situações excepcionais e emergenciais, seja concedida tutela de urgência no bojo da ação rescisória, para obstar o prosseguimento da execução.

É o que assevera Teresa Arruda Alvim Wambier, *in verbis*:

“Há muito, o art. 489 do CPC já vinha sendo interpretado no sentido de que a ação rescisória, por si só, não suspende a execução de sentença – que, ao tempo do ajuizamento da ação rescisória, será definitiva, c.f. art. 587 do CPC -, mas, desde que presentes os respectivos pressupostos, seria possível a suspensão da execução da sentença rescindenda através de medida cautelar. Esta orientação já era sustentada, na doutrina, desde 1983, por Galeno Lacerda. Após a alteração do art. 273 pela Lei 8.952/1994, passou a doutrina a admitir que tal suspensão se desse também através de antecipação dos efeitos da tutela. A jurisprudência também pacificou-se nesse sentido.

A alteração realizada pela Lei 11.280/2006 no art. 489, desse modo, cuidou apenas de estabelecer expressamente o que há mais de vinte anos, já vinha sendo sustentado pela doutrina, em relação à medida cautelar, e, igualmente, passou a ser defendido quanto ao cabimento de antecipação dos efeitos da tutela para obstar a execução da sentença”³¹¹ (grifos aditados).

Também assim, Humberto Theodoro Jr., acrescentando que tais tutelas de urgência são “necessidades inafastáveis”:

³¹⁰ Ação Rescisória – Possibilidade e Forma de Suspensão da Execução da Decisão Rescindenda. Curitiba: Juruá, 1ª edição, 2004.

³¹¹ *Breves Considerações à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 202 e 203.

“As tutelas emergenciais não são simples faculdades do órgão judicial; são necessidades inafastáveis do acesso à justiça, quando seus pressupostos se configuram. Não deferi-las, nesses casos, seria uma verdadeira denegação de tutela jurisdicional assegurada constitucionalmente”.³¹²

A despeito de a Lei 11.280/06 ter colocado um ponto final na discussão acerca da possibilidade de suspensão da execução da decisão rescindenda, por outro lado, não encerrou o debate sobre a forma tecnicamente correta de se atingir tal desiderato, uma vez que faz referência aos dois institutos do gênero das tutelas de urgência: medida cautelar e tutela antecipada.

O Novo Código de Processo Civil também não elimina a dúvida, uma vez que prevê genericamente a tutela provisória (nova denominação da tutela de urgência), no artigo 969 de seu texto: “A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória”.

É patente, pois, a discussão e a controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito da forma correta a ser adotada para suspensão da execução da decisão rescindenda, tendo em vista o liame superficial que diferencia a antecipação da tutela da medida cautelar³¹³.

No âmbito da Justiça do Trabalho, já havia sido sedimentada a possibilidade de suspensão da execução da decisão rescindenda antes mesmo da promulgação da Lei 11.820/2006, mediante a Súmula 405 do TST, *in verbis*:

AÇÃO RESCISÓRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

I - Em face do que dispõe a MP 1.984-22/2000 e reedições e o artigo 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

³¹² *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33 e 34.

³¹³ Já tivemos oportunidade de nos manifestarmos acerca dessa polêmica, através de uma obra específica sobre o tema: *Ação Rescisória – Possibilidade e Forma de Suspensão da Execução da Decisão Rescindenda*, Curitiba: Editora Juruá, 2005.

II - O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.

Nota-se, contudo, que referida súmula expressamente afasta o cabimento da tutela antecipada, dispondo que o pedido deveria ser recebido como medida acautelatória. A controvérsia acerca da natureza da tutela de urgência fica estampada, portanto, também em sede jurisprudencial.

Conforme ressaltou Cássio Scarpinella Bueno, a despeito de o legislador não ter especificado se o cabível é pleitear tutela antecipada ou cautelar – problema que sempre foi alvo de intensas discussões doutrinárias -, deve-se buscar a aplicação do art. 273, §7.º, ou seja, a fungibilidade das ditas tutelas.

Com efeito, é possível a aplicação da fungibilidade das espécies de tutela provisória também na ação rescisória em matéria trabalhista, porque não haveria motivos para restringir tal flexibilização ao direito processual civil.

Nesse sentido, podemos dizer que foi consagrado o princípio do *da mihi factum dabo tibi jus*, ou seja, como os institutos da antecipação da tutela e da medida cautelar pertencem ao mesmo gênero da tutela provisória (nova denominação da tutela de urgência), basta ao autor expor os fatos em juízo que, seja qual for o meio utilizado, deve o magistrado conceder a medida que tutele o seu direito.

Entendemos, portanto, que não há qualquer restrição para aplicação da norma trazida pela Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002 para o CPC/1973, repetida no art. 305, parágrafo único do Novo CPC, que autoriza a aplicação do princípio da fungibilidade, antes restrita às impugnações recursais, aos institutos da tutela antecipada e tutela cautelar, quando invocados para suspender a execução da decisão rescindenda, seja no processo civil, seja no processo do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação rescisória, como meio excepcional de impugnação da coisa julgada, nas restritas hipóteses previstas pelo legislador, tem origem no instituto da *restituto in integrum* do direito romano e é bastante utilizada no processo do trabalho.

Diante da promulgação do Novo Código de Processo Civil, diagnosticamos algumas alterações no regramento do instituto que procuraremos abordar no presente trabalho, pois demandam atualização dos operadores do direito processual do trabalho e estão relacionados ao i) objeto da ação; ii) hipóteses de cabimento; iii) depósito prévio e iv) prazo de propositura.

Em relação ao objeto, o art. 966 do Novo CPC estabelece que a “decisão de mérito” poderá ser rescindida e, assim, elimina grande discussão doutrinária quanto ao cabimento da ação rescisória contra decisão interlocutória. O mesmo pode se dizer em relação à decisão terminativa, cujo parágrafo 2º do citado artigo possibilita o manejo da ação rescisória contra decisão que não examina o mérito da causa, mas impede propositura de nova ação ou admissibilidade de recurso correspondente.

E, ainda na esfera do objeto, diferente do sistema anterior, o Novo CPC dispensa a propositura da ação declaratória incidental para extensão dos efeitos da coisa julgada na resolução de questão prejudicial, que passa a adquirir “força de lei” conforme termo utilizado no caput do art. 503, cujos parágrafos exigem para tal efeito o “contraditório prévio e efetivo” e a inexistência de qualquer restrição probatória ou limitação à cognição. Na hipótese, pois, de estarem presentes tais requisitos, a questão prejudicial decidida fará coisa julgada e, conseqüentemente, estará sujeita à ação rescisória.

Quanto às hipóteses de cabimento da ação rescisória, detectamos as seguintes alterações relevantes sobre a matéria:

I) Exclusão das hipóteses de fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, que passam a ser impugnados via ação anulatória. Resta excluído a homologação de acordo trabalhista, equivalente a sentença, conforme art. 831, parágrafo único, da CLT, ainda sujeita a ação rescisória.

II) a hipótese de “violar disposição de lei” foi substituída por “violar manifestamente norma jurídica”. Tal alteração amplia as hipóteses de cabimento da medida excepcional, tendo em vista a expressão ser mais abrangente e, incluir, por exemplo, princípios ou até mesmo convenções coletivas no processo do trabalho.

III) O fundamento de “documento novo” foi ampliado para “prova nova”, o que também poderá ter o condão de ampliar as hipóteses de cabimento da ação rescisória, pois prova é gênero, do qual documento é espécie. Nesse caso parece-nos que não andou bem o legislador, pois a alteração em tese possibilita utilização de outras espécies de prova, como a testemunhal, para a rescisão de decisões transitadas em julgado, o que certamente ensejará grande insegurança jurídica.

Outra novidade do Novo Código de Processo Civil é a dispensa de depósito prévio de 5% (20% no processo do trabalho), necessário para a propositura da ação rescisória, nas hipóteses de beneficiários da justiça gratuita, como se pode observar do parágrafo 1º, inc. II, do art. 968. É digno de registro que no processo do trabalho já havia flexibilização dessa exigência quando comprovada “miserabilidade jurídica do autor”, conforme previsto na Lei 11.495/2007.

No que tange ao prazo para propositura da ação rescisória, como consolidação da evolução da jurisprudência sobre o tema, há um aperfeiçoamento no regramento da matéria, como, por exemplo, a definição de início da contagem do prazo a partir da última decisão proferida no processo (art. 975).

Apesar das críticas doutrinárias que questionam a constitucionalidade do dispositivo, trata-se de opção legislativa válida, em consonância com a segurança jurídica e que não traz qualquer prejuízo para as partes, diante da possibilidade de quando houver trânsito em julgado parcial (art. 356 do NCPC), a parte poder ajuizar a ação antecipadamente, diante da regra do art. 216, parágrafo 4º, que considera tempestivo o ato praticado antes do termo inicial.

Há ainda prorrogação do prazo, mesmo decadencial, quando extirpar em férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense (art. 975, parágrafo 1º), bem como regramento especial nas hipóteses de prova nova, simulação ou colusão das partes, iniciando-se do conhecimento do fato ou prova, mas limitado a cinco anos, em nosso entendimento em ambos os casos, apesar da inexistência de limitação legal para os dois últimos, por uma questão de segurança jurídica.

Nossa crítica ao regramento do prazo no Novo Código de Processo Civil, limita-se à hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, após trânsito em julgado de decisão que se baseou na lei declarada inconstitucional (art. 525, parágrafo 15), pois não há limite temporal estabelecido em lei, o que denota sua patente inconstitucionalidade.

Não há novidades, por fim, quanto à possibilidade de tutela provisória (nova denominação das tutelas de urgência, por incluir também a tutela de evidência) para suspensão da execução da decisão rescindenda, bem como aplicação da fungibilidade entre suas espécies, plenamente aplicáveis no processo do trabalho.

Na leitura dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil que tratam da ação rescisória, para a presente edição comemorativa de seus 5 anos, vislumbramos que muitas “novidades” já haviam sido tratadas nas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, o que demonstra um vanguardismo da Corte Superior Trabalhista. Há necessidade, entretanto, de

adequação de algumas dessas súmulas ao novo regramento da ação rescisória, o que precisa ser feito de forma mais célere, para que possamos alcançar a tão desejada segurança jurídica, em tema tão delicado do processo do trabalho.

TUTELAS DE URGÊNCIA E SEU (DES)CABIMENTO NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DE NATUREZA TRIBUTÁRIA: DEPOIS DE CINCO ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O QUE MUDOU?

Lucas Carlos Vieira³¹⁴ - João Felipe de Paula Consentino³¹⁵ - Carlos Antonio Tamaki³¹⁶

Introdução

Em tempos onde a rapidez na comunicação indica um imperativo de conduta humana, onde mensagens instantâneas e textos informativos cada vez mais curtos rasos, a imediatidade de atos são tidas como prenuncio de atos esperados, o Poder Judiciário ainda se comunica com seus principais receptores através de ferramentas criadas há séculos atrás.

Malgrado o fato daquele Poder Estatal empenhar esforços na criação do processo eletrônico, muita coisa ainda precisa ser adequada aos novos tempos, principalmente por causa do sempre crescente número de demandas ativas.

A adequação do processo judicial aos novos tempos não precisa ser feita, necessariamente, por meio de processos endógenos (de dentro para fora), partindo de ideias e ações tomadas pelo próprio julgador, ou, ainda, através de normas provenientes do Poder Legislativo.

Ao contrário. Torna-se salutar que toda a comunidade jurídica deva, de maneira direta ou indireta, contribuir com seus ideais, de modo a serem aplicados inclusive através de requerimentos feitos no trâmite dos processos judiciais, visando não só sua celeridade e a finalidade do processo judicial, mas também a efetividade dos atos praticados dentro do próprio processo, numa espécie de movimento *autopoiético* (auto-produção do processo pelo próprio processo).

Foi exatamente nesse sentido que, depois de a prática forense indicar a necessidade de uma defesa que tivesse como pressuposto a indicação de matéria de ordem pública (de conhecimento *ex officio* pelo Juízo) a fim de que o jurisdicionado pudesse exercer seu direito

³¹⁴ Advogado em São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Professor convidado nos cursos de pós-graduação (USCS, ESPM, etc.).

³¹⁵ Advogado em São Paulo. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da FECAP e Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

³¹⁶ Administrador de Empresas e Advogado. Mestre Economia e Mercados pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), especialista em Administração de Empresas pelo CEAG - Curso de Especialização em Administração para Graduados pelo Fundação Getúlio Vargas (FGV), graduado em Administração pela Santa Monica College (SMC/USA) e graduado em Direito pela Universidade Paulista (UNIP).

de defesa sem que, para tanto, tivesse que dispender valores ou mesmo garantias, de maneira célere e até mesmo eficaz, que doutrina e também a própria jurisprudência passou a aceitar a exceção de pré-executividade como meio idôneo para o exercício do direito de petição em processo executivo.

Neste sentido, levando em consideração que a exceção de pré-executividade e as tutelas de urgência podem ser instrumentos utilizados na busca de respostas mais céleres e eficazes sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional de qualidade, tais temas merecem maiores preocupações dos operadores do direito, mormente quando se tem – tal como na atualidade – instrumento normativo que vigorará por tempo indeterminado no Ordenamento Jurídico, de modo a afetar, sobremaneira, as vidas das pessoas – o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

Assim, pretende-se por meio do presente ensaio demonstrar o resultado da pesquisa realizada através de estudo analítico doutrinário e jurisprudencial, a fim de que, no final, seja possível ponderar-se sobre a (im)possibilidade de aliar a utilização das tutelas de urgência à exceção de pré-executividade nas lides do mundo moderno.

2. A evolução histórica das tutelas de urgência e a busca pela brevidade processual.

Nem sempre a celeridade foi um pressuposto do processo.

O Código de Napoleão não admitia o uso de tutelas cautelares, pois supunha-se que os direitos poderiam ser adequadamente tutelados após a ocorrência do dano, mediante pagamento de uma certa indenização³¹⁷.

Noutro momento, o modelo de processo liberal determinava a necessidade do contraditório e proibia o juízo de verossimilhança para permitir o controle do Poder Judiciário³¹⁸. Tal cenário institucional apenas teve uma modificação, conforme preconizam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³¹⁹, em meados do século XX, de forma a se solidificar a ideia de que em algumas situações da vida moderna o pedido, para que seja satisfeito com eficiência, deveria ser antecipado ao início da demanda, surgindo, aí, o nascedouro da tutela cautelar, sempre que o direito material assim o permitisse.

³¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do processo cautelar*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 201.

³¹⁸ *Ibidem*. p. 202. Este último ponto derivava da falta de confiança na pessoa do juiz – considerado aliado da nobreza e do clero.

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 745.

Adroaldo Furtado Fabrício³²⁰ lembra que a preocupação com a brevidade é universal e quase obsessiva. No entanto, vale questionar qual é o motivo e o nascedouro que leva essa obsessão?

E para responder a esse questionamento basta analisar-se alguns dados sobre fatos relacionados ao Poder Judiciário brasileiro e compará-los com outros países.

Antes de analisar essas informações, todavia, não é demais lembrar que existem poucos estudos sobre o tema, motivo pelo qual alguns dados reproduzidos neste trabalho datam do ano de 2009 em diante. O primeiro desses dados diz respeito ao tempo médio para se proferir uma sentença (decisão final de primeira instância).

De acordo com Estudo publicado pelo Núcleo de Inovação e Administração Judiciária da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul³²¹, que teve por base relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em média, levando em consideração os dados dos Tribunais de Justiça dos Estados, o tempo esperado para divulgação de uma sentença de primeira instância equivale a cinco anos. Já, em estudo veiculado no ano de 2016, temos que esse número passou para 4 anos e 4 meses³²².

Já levando em consideração o relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2012³²³, outros dados demonstram melhor a obsessão pela celeridade processual.

É que, de acordo com referido estudo, a média nacional de processos ativos por juiz é de 5.600 (cinco mil e seiscentos), além de a média de processos ativos por desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ser de 2.500 (dois mil e quinhentos), números que assustam se comparados com o número médio de processos ativos para um juiz de 1ª instância estadunidense (que é de 1.546 processos ativos).

Com base nesses dados, junto com muitos outros demonstrados nos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, faz-se com que a ânsia do jurisdicionado brasileiro com a busca pela brevidade seja constante e acaba, em muitas oportunidades, gerando prejuízos procedimentais para as partes.

³²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *In*: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio%20-formatado.pdf>, com acesso em 08 de novembro de 2020.

³²¹ HAIDAR, Daniel. Brasil: Processos na Justiça ainda demoram 5 anos em julgamento. *In*: [http://niajajuris.org.br/index.php/artigos/261-processos-na-justica-ainda-demoram-5-anos-em-julgamento, com acesso em 08 de novembro de 2020](http://niajajuris.org.br/index.php/artigos/261-processos-na-justica-ainda-demoram-5-anos-em-julgamento,com%20acesso%20em%2008%20de%20novembro%20de%202020).

³²² BRETAS, Valéria. Quanto tempo a Justiça do Brasil leva para julgar um process? Publicado em 1/11/2016. <https://exame.com/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>

³²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *In*: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf, com julgamento em 08 de novembro de 2020.

Segundo Humberto Theodoro Júnior³²⁴, a insatisfação do direito material da parte é um prejuízo imediato que o adversário já lhe impôs (portanto, primeiro dano).

Além disso, outro prejuízo surge durante o tempo que perdura a lide, mas este pode ser corrigido via aplicação de juros, multa e outras penalidades (segundo dano).

Adicionalmente, outros eventos indesejáveis podem ocorrer, agravando a situação do litigante e pondo em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Ou seja, na luta para evitar este terceiro dano, mormente imprevisível por fatores humanos, é que são inseridas as tutelas de urgência.

O saudoso, mas sempre atual, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³²⁵ elenca que, a partir do Código de Processo Civil, a doutrina brasileira desenvolveu de maneira extremamente criadora, de maneira problemática, visando prevenir o dano, inclusive com caráter nitidamente satisfativo do direito alegado, de modo que a técnica processual cautelar veio a se ajustar perfeitamente à nossa realidade jurisdicional.

Com efeito, seja buscando premissas deontológicas, seja por meio de premissas meramente empíricas, o fato é que as tutelas de urgência vieram para ficar, de sorte que se mostra crível – senão imprescindível – analisar se a exceção de pré-executividade é, ao fim e ao cabo, uma das modalidades de tutela de urgência a ser utilizada estritamente em processos executivos, além de, conclusivamente, verificar a pertinência de tal tutela na jurisprudência brasileira.

Para tanto, se mostra oportuno realizar um estudo sistemático sobre aquilo que são as tutelas de urgência, bem como as medidas que integram o conceito doutrinário ainda hoje discutido sob o aspecto da efetividade (de resultado útil) ao processo, tal como abaixo será melhor evidenciado.

³²⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121.

³²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. In: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf), com acesso em 07 de novembro de 2020.

3. Das Modalidades das Tutelas de Urgência: Entre o passado e o presente.

A partir do art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil revogado (Lei Federal nº 5.869/1973) tinha-se a previsão de procedimento judicial apto a assegurar direitos que seriam discutidos noutro processo jurisdicional (de conhecimento ou de execução), ao qual restaria vinculado, de modo que permitia ao juiz determinar as medidas judiciais de naturezas provisórias que julgava serem adequadas ao tempo do requerimento, mas desde que atendidos os requisitos necessários para tanto³²⁶.

Ocorre que, como bem sabemos, o direito não é instrumento capaz de prever todas as vicissitudes da vida, de modo que no art. 798 do Código Buzaid atribuiu a técnica processual denominada de “poder geral de cautela” como sendo a porta de acesso para que o intérprete direto da norma (o juiz) pudesse adequar o pedido que lhe fora dirigido às circunstâncias do caso concreto.

Tal técnica procedimental já foi objeto de análise pelos diversos órgãos jurisdicionais brasileiros, de modo a restar consolidado que o juízo pode conceder a tutela cautelar em maior ou menor extensão do que aquela postulada pela parte³²⁷.

Ou seja, à época do Código de Processo Civil revogado, nada obstante o pedido fosse um, poderia o juízo conceder ordem que entendesse fosse correta (evidentemente que dentro da factualidade jurídica possibilitada pelo ordenamento jurídico).

Nisso, o conceito de tutela cautelar remontava muito mais a ideia de que poderia ser requerida pela parte mesmo que os seus pressupostos de concessão não estivessem previstos em Lei, além, é claro, daquelas ditas específicas, delineadas pelo legislador a partir do art. 813 do Código de Processo Civil de 1973.

Para que tal circunstância ocorresse, isto é, que a tutela cautelar fosse concedida, bastava que os requisitos exigidos pela Lei fossem preenchidos de maneira inequívoca, de forma que estivesse fundado o receio de inexecução quanto ao direito afirmado por uma das partes, demonstrado de maneira nítida em suas exposições, ante o perigo da demora na prestação dos serviços jurisdicionais, de modo a causar ao jurisdicionado uma lesão grave e de difícil reparação.

³²⁶ São requisitos para a concessão de tutela cautelar: “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

³²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; 1ª Turma, MC 11.055/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 16.05.2006, DJ 08.06.2006, p. 119).

Além dos requisitos clássicos da tutela cautelar, Márcio Louzada Carpena³²⁸ brilhantemente traz um terceiro requisito não previsto em lei, que poderia servir de elemento de segurança para os juízes no momento de analisar um pedido de tutela de urgência, qual seja, o chamado *periculum in inverso*, ou perigo da parte requerida, que conceitualmente é definido como “a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente”.

Com base nesse terceiro requisito, pois, caso o juiz vislumbrasse na análise do pedido liminar mais risco a parte requerida do que à requerente, poderia ele deixar de deferi-lo, até porque o perecimento do direito seria evidente em decorrência da concessão antecipada de um pretense direito que, de maneira superficial, sequer havia sido previamente discutido entre as partes.

Nesse caso, o processo serviria como sendo um atalho ao pedido final, pressuposto totalmente contrário à ideia de participação e cooperação processuais.

Pois bem. Depois período em que se identificou que a tutela cautelar (que assegurava a cautela e proteção de bem da vida pleiteado em processo, mas não gerava, muitas vezes, a satisfação do direito) era parcialmente ineficaz para alguns casos, doutrina e até mesmo a jurisprudência passaram a se preocupar com uma segunda via processual apta a assegurar e a satisfazer direitos ditos verossimilhantes.

Em meados de 1990, buscou-se criar uma técnica processual tendente a trazer ao presente os efeitos futuros de uma decisão.

Com novas modalidades de direitos sendo paulatinamente requeridos ao Poder Judiciário, chegou-se à conclusão de que a técnica cautelar poderia ser, como já dito acima, totalmente ineficiente, a ponto de não atender às demandas dos jurisdicionados³²⁹.

Por isso que, por meio da Lei nº 8.952/94, alterou-se o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil revogado, para que ele estivesse em consonância com as demais legislações mundiais, de modo que a concessão do pedido final fosse antecipada para que sua fruição seja efetiva, desde que preenchidos determinados requisitos legais³³⁰.

³²⁸ CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 97.

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

³³⁰ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa”.

Ao exigir os requisitos que deveriam ser observados pelo juiz para conceder a antecipação da tutela, que buscava satisfazer o jurisdicionado requerente, o art. 273 do Código Buzaid, na verdade, impôs à parte autora do processo do pedido demandado que trouxesse as provas inequívocas da verossimilhança de suas alegações e demonstrasse o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Melhor dizendo, tais requisitos poderiam ser assim explicados. A prova inequívoca da verossimilhança deveria ser entendida como sendo aquelas evidências levadas aos autos a permitir ao magistrado uma análise e, por consequência, uma conclusão apta a evidenciar que o seu pedido é verdadeiro e embasado nos ditames legais.

Por sua vez, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é o que, comumente, se tem chamado de *periculum in mora*.

Isto é, aquele que pede a antecipação do pedido final deve provar que a demora em obter a tutela jurisdicional somente ao término da demanda acarretará a si ou a terceiros dano irreparável ou de difícil reparação.

Finalmente, e para que o pedido fosse deferido, o autor do pedido deveria comprovar o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte requerida deve ser entendido como todos os atos praticados no processo e que tendem a desvirtuar sua finalidade instrumental, de modo que atualmente são considerados como casos que configuram litigância de má-fé processual³³¹.

Diante deste quadrante, tem-se que a técnica da antecipação da tutela jurisdicional, diferentemente da tutela cautelar, possuía a estrita finalidade de assegurar aos jurisdicionados a defesa adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88) dos direitos objetivos dispostos no ordenamento jurídico, de sorte conotar a ideia de um processo cooperativo³³².

Ocorre que, malgrado o legislador ordinário tenha se valido de técnica diferente daquela estipulada ao processo cautelar, diante da dificuldade prática na diferenciação de uma técnica antecipatória dos efeitos do pedido final e o processo cautelar, foi instituído o §7º junto ao art. 273 do Código de Processo Civil revogado, de modo instituir o conceito de fungibilidade das tutelas ora analisadas.

³³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, v. I, p. 45.

³³² MARIONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela - Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

O conceito da fungibilidade, segundo De Plácido e Silva³³³, deve ser entendido como tudo aquilo que pode ser modificado ou mesmo substituído sem qualquer prejuízo ao requerente.

É o que pode ser encontrado também no § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 – já revogado, ao estabelecer que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o Juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Acerca do tema, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery³³⁴ exemplificam existir fungibilidade entre uma tutela antecipada e uma cautelar incidental, porém, deve o autor ter preenchido todos os requisitos para que o juiz assim a receba, seja como uma tutela cautelar ou, então, como uma antecipação dos efeitos do pedido final.

Levando em consideração os ensinamentos acima, pode se concluir que a fungibilidade é a técnica processual instrumental que permite ao magistrado aceitar ou receber determinada tutela cuja natureza jurídica é distinta daquela procedimentalmente requerida por meio da tutela jurisdicional correta ao caso concreto, isto de modo oficioso, isto é, sem a necessidade de um pedido específico dos jurisdicionados, sendo certo que para que haja tal efeito, torna-se necessário e imprescindível que exista no pedido efetuado e deferido os elementos fundantes do pedido que o Poder Judiciário irá convolar noutra modalidade jurisdicional³³⁵.

Partindo-se dessas premissas, o Código de Processo Civil de 2015, atualmente em vigor, passou a prever em seu art. 300 as tutelas de urgência.

Isso porque o novel diploma legislativo trouxe em seu bojo modificações estruturais – poucas que realmente merecessem o qualificativo de novas – que vieram a buscar a essência das tutelas de urgência, deixando de lado uma divisão (entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar) que, em verdade, não trazia qualquer benefício prático aos jurisdicionados.

Ocorre que, malgrado as modificações tenham sido mormente estruturais do próprio *Codex*, novas terminologias foram encetadas no novo diploma legal, a fim de que estabelecesse uma matriz de cunho científico próprio.

³³³ PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 374.

³³⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 555.

³³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil brasileiro*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 320.

A par de diversas novas conceituações, nos ateremos apenas àquelas que estabelecem as tutelas de urgência, sob pena de esvaziarmos o referido ensaio.

Pois bem. O art. 300 do atual Código de Processo Civil estabelece que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O primeiro ponto a chamar nossa atenção condiz ao significado do termo “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito”.

Com efeito, não podemos entender diferente daquilo que Daniel Mitidiero³³⁶, com sua invulgar maestria, prelecionou a respeito do assunto, quando disse que:

“A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”.

Ora, diante de elementos concretos, o juiz tem de se convencer que o direito invocado pela parte é muito mais provável do que improvável. Do contrário, somente após o necessário contraditório, exercido com a mais ampla defesa, é que o pedido deve ser analisado em sua inteireza, sob pena de flagrante julgamento precipitado, ato atentatório à dignidade da justiça.

A par desse conceito, outra terminologia adota pelo novel Código de Processo Civil condiz ao “perigo de dano”.

Aqui, com o devido respeito à Comissão que estruturou o assunto, temos uma das maiores impropriedades do novo diploma.

É que, não obstante ter-se acreditado que o ordenamento jurídico pátrio houvesse já se consolidado no sentido que a ocorrência qualquer ato ou fato ilícito, *per si*, independe de um resultado danoso para que o processo – este entendido como instrumento – pudesse autorizar o manejo de ações pelos jurisdicionados, já que o direito, em muitas circunstâncias, pretende

³³⁶ MITIDIERO, Daniel. Art. 300 do Novo Código de Processo Civil. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 782.

inibir práticas ilícitas, tem-se que o atual Código de Processo Civil retrocedeu, ao menos sob o ponto de vista científico.

Retrocedeu porque há, desde longas datas, estudos de caráter científico na doutrina brasileira³³⁷ e estrangeira³³⁸ a respeito do fato de que o dano, *per si*, não é o agente motivador e ensejador do ajuizamento de ações que visam, desde o início, o deferimento de uma medida urgência.

Não existe a necessidade de existência de um dano para o amparo do direito processual. Ao revés, hoje vivenciamos fatos que o dano é apenas um espectro da ineficiência de tutelas jurisdicionais que não possuem aptidão para que cesse ou previna a ocorrência de *ilícitos*, de modo a abicar todo o entendimento em torno do direito à compensação financeira de determinados atos da vida³³⁹.

Por isso que, ao nosso entender, deveria o Código de Processo Civil atual se ater muito mais aos conceitos de tutelas inibitórias ou preventivas (como no art. 497, parágrafo único) do que aqueles conceitos pouco mais antigos e inaptos ao cotidiano humano.

Além do dito conceito, o Código de Processo Civil atual estabeleceu outra novidade, qual seja, a de “risco ao resultado útil do processo”.

Nesse ponto, tal como naquele malfadado conceito de “dano”, o legislador brasileiro olvidou-se de que a tutela cautelar (uma das modalidades de “tutelas de urgência”) não tem por finalidade proteger o processo, mas sim tutelar o direito material diante de um ilícito que possa acarretar um dano irreparável ou de difícil reparação³⁴⁰.

Novamente, o legislador detinha técnicas redacionais mais apropriadas para instrumentalizar o direito à prestação jurisdicional de qualidade. Bastava utilizar-se do termo “perigo da demora”, que vem a expressar o sentimento de que, em determinados casos submetidos ao Poder Judiciário, não é possível esperar a tutela jurisdicional final, sob pena de perpetração do ilícito e, conseqüentemente, do dano.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

³³⁸ RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michelle. Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Trecanni*, v. 17, p. 9.

³³⁹ VIEIRA, Lucas Carlos. A Execução da Tutela Inibitória Coletiva: Aspectos de sua (In) Eficácia. São Paulo: *Revista Dialética de Direito Processual*. v. 95, p. 52-75, 2011.

³⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. Art. 300 do Novo Código de Processo Civil. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 783.

Por fim, o parágrafo primeiro do mesmo art. 300 do Código de Processo Civil estabeleceu uma novidade aos procedimentos estabelecidos, isto é, a possibilidade de fixação de caução para o deferimento de tutelas de urgência.

Prevê o aludido parágrafo que para a concessão de tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir segurança real ou fidejussória idônea para ressarcimento dos danos que a outra parte possa sofrer, podendo a caução ser dispensada se, por acaso, a parte for economicamente hipossuficiente e não puder oferecê-la.

Ora, sabe-se que com a concessão de tutela arrimada em cognição sumária ou sumaríssima, sempre há uma implicação de riscos inerentes à salvaguarda do direito (ou melhor, do núcleo do direito, à segurança jurídica do demandado) e à segurança jurídica do pedido contra o demandado. Para isso que a lei procedimental civil atual estabeleceu essa novidade.

Porém, e isso é bom que fique claro, se o direito desde logo é provável, não deve o magistrado submeter a parte adversa aos custos de uma caução, sob pena de injustificada prestação jurisdicional.

Somente em casos onde o direito pareça menos lógico (isto é, que o direito pareça ser menos evidente) é que a segurança jurídica deve imperar e a exigência de caução deve ser plenamente justificável.

Pois bem. Frente a este cenário em que espera-se ter distinguido as tutelas de urgência previstas no ordenamento jurídico, cabe agora respondermos uma indagação: a exceção de pré-executividade pode ser considerada uma tutela de urgência no processo executivo?

A fim de que se tenha uma exata compreensão do tema, faz-se mister entender aquilo que atualmente se nomina de “exceção de pré-executividade”.

4. Da Exceção de pré-executividade: do início até os dias atuais.

Diz-se que a origem histórica da exceção de pré-executividade como sendo uma possibilidade jurídica ventilada no parecer elaborado pelo jurista Pontes de Miranda, em 1966, no caso “Mannesmann”.

Fredie Didier Junior³⁴¹ e Daniel Neves Amorim³⁴² indicam que o consagrado jurista criou o instrumento como uma forma de peticionar incidentalmente no processo executivo para que a parte alegasse matérias de ordem pública sem a necessidade dos embargos à execução e, conseqüentemente, da garantia do juízo.

Assim, e diferentemente daquilo que pode parecer, a exceção de pré-executividade não teve como nascedouro uma situação que implicasse, necessariamente, num pedido de tutela de urgência, mas sim e propriamente no exercício do próprio direito de defesa.

Exatamente nesse sentido, a Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

Ou seja, necessariamente, a exceção de pré-executividade não está atrelada ao pedido de tutela de urgência, mas sim ao exercício da própria defesa do jurisdicionado em processo de execução movido contra este.

Pode-se dizer, então, que a exceção de pré-executividade é um instrumento jurídico apto a ser utilizável em procedimentos executivos, a fim de promover a defesa do executado, desde que materialmente verse sobre assuntos de devam ser conhecidos de ofício pelo Poder Judiciário e, ainda, que não necessitem de dilação probatória.

No entanto, observe-se que a Súmula 393 sobredita trata do cabimento do instrumento processual no procedimento de execução fiscal.

Com isso, poder-se-ia indagar se nas outras espécies executivas (de natureza civil, mormente) a defesa exercida por meio de exceção de pré-executividade seria considerada lícita.

Em análise aos julgamentos pretorianos, a resposta que se chega também é positiva³⁴³. Com efeito, resta claro que a exceção de pré-executividade pode ser oposta também nas relações entre particulares (não apenas contra as Fazendas Públicas).

Interessante, ademais, analisar ainda que em julgamento realizado no Superior Tribunal de Justiça³⁴⁴, este Tribunal consignou que a exceção de pré-executividade é cabível em

³⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm. 2012. p. 396.

³⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Método. 2013. p. 1150.

³⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ERESP 200801980354. Segunda Seção. Ministro Marco Buzzi. Disponibilizado no *DJe* em 20 de novembro de 2013.

³⁴⁴ *Ibidem*.

qualquer tempo e grau de jurisdição, quando a matéria nela invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

Sobre o reconhecimento do cabimento da exceção de pré-executividade por nossos tribunais, já em 1998, Alberto Camiña Moreira³⁴⁵ atestou a aceitação desta oposição pelo judiciário, mencionando que “a cada dia a exceção de pré-executividade vai ganhando adeptos, vai conquistando os repertórios de jurisprudência e, sem dúvida alguma, o seu manejo vem se constituindo em arma eficaz para o executado”.

Dessa maneira, conclui-se que a exceção de pré-executividade, enquanto exercício do direito de defesa e não meramente de uma tutela de urgência, foi e ainda é aceita pelo Poder Judiciário não apenas nos casos envolvendo as Fazendas Pública, mas também em execuções entre particulares, de modo a instruir o jurisdicionado com mecanismo apto à defesa em casos em que há evidente equívoco ao direito invocado pela outra parte.

Sendo, portanto, a exceção de pré-executividade uma via de exercício do direito de defesa, impende saber se, tal como noutras modalidades, poderia a parte que a exercer pleitear a concessão de uma tutela de urgência.

A dúvida pode parecer um tanto quanto inócua, já que as tutelas de urgência, em tese, são cabíveis e todo e qualquer processo e a qualquer tempo.

Porém, levando-se em conta que em processo executivo os prazos são demasiadamente menores do que aqueles previstos no processo de conhecimento, bem como existem dúvidas ainda hoje acerca da contagem do prazo processual para o exercício do direito de defesa em processos de origem tributária, por exemplo, mostra-se ainda atual e deveras preocupante o assunto em questão.

Exatamente por isso é que se mostra totalmente pertinente analisarmos se, de fato, se tem cabimento o pedido de aplicação da tutela de urgência em sede de apresentação de defesa por meio da exceção de pré-executividade, o que, em breves linhas tentar-se-á realizar, conforme abaixo melhor se expõe.

³⁴⁵ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31.

5. Do cabimento das tutelas de urgência na exceção de pré-executividade: O ontem, o hoje e o amanhã.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini³⁴⁶, ao tratarem do tema, lecionam que o jurisdicionado executado poderá requerer medida cautelar ou antecipatória determinando a suspensão da instrução executiva (penhora, depósito, avaliação, atos expropriatórios, etc.) até a definição da questão preliminar.

Como se não bastasse tal assertiva, os doutrinadores ensinam, ainda, que nesta hipótese, caberá ao juiz decidir se concede ou não a cautela, balanceando os valores e circunstâncias envolvidos (bens jurídicos protegidos e afetados pela execução; relevância das alegações do executado; riscos de danos de difícil ou impossível reparação caso suspenda ou não a instrução executiva, etc.).

Estes mesmos autores entendem que, tendo em vista do tratamento isonômico como o art. 615, III, do CPC de 1973, o diploma legislativo revogado, mas cujos preceptivos foram fielmente copiados ao art. 799, VIII, do CPC de 2015, autorizava o exequente a requerer medidas acautelatórias na própria execução, de modo a também conferir ao executado o direito de pleitear uma medida cautelar dentro da própria execução. Este entendimento vem sendo acatado com certa cotidianidade pelo Poder Judiciário.

Não possuindo, pois, uma uniformidade acerca do tema, impende ponderar se, com a entrada em vigência do novo Código de Processo Civil, o instituto da “Tutela de Urgência” poderá ou não ser aplicado à exceção de pré-executividade.

E, diante de tudo aquilo que acima foi exortado, não nos parece crível concluir que as tutelas de urgência do Novo Código de Processo Civil não sejam aplicadas ao instrumento jurisdicional da exceção de pré-executividade, haja vista que, como qualquer meio de defesa, esta deve estar proporcionada de mecanismos e técnicas jurisdicionais aptas a produzirem seus efeitos, ainda mais quando se trata de meio de defesa que leva ao Poder Judiciário matéria que é de seu conhecimento, apta, portanto, a ensejar o encerramento de mais um processamento e, portanto, pondo fim a uma discussão já dilacerada por vícios processuais ou materiais patentes.

Dizer que a tutela de urgência não poderia ser aplicada a um meio de exercer seu direito de defesa, tal como no caso da exceção de pré-executividade, é limitar seu escopo conceitual e até mesmo uma violação expressa de exercício da jurisdição.

³⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 2, p. 519.

Ocorre, entretanto, que vem se discutindo a possibilidade de o juiz responsável pelo trâmite de execução fiscal suspender a exigibilidade do débito tributário até a análise final do pedido de nulidade da execução por meio do deferimento de uma tutela de urgência junto à exceção de pré-executividade.

Em tese, a providência seria necessária para que o contribuinte não tenha prejuízos, já que a exceção de pré-executividade não está elencada no rol do artigo 151 do Código Tributário Nacional (CTN) como hipótese específica de suspensão da exigibilidade, bem assim que o contribuinte continuará impossibilitado de obter certidão de regularidade fiscal e, ainda, correndo o risco de inscrição do seu nome em órgãos de restrição de crédito e protesto judicial.

Isto porque o Juiz também poderá conceder tutela de evidência ao contribuinte, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, com base no art. 311, inciso II, do CPC/15.

Logo, se existe possibilidade legal arrimada na concessão da tutela de evidência (em tese, um direito mais que posto, e não pressuposto), pode-se concluir que as duas alternativas são processualmente admitidas e permitirão que o contribuinte não fique desamparado até que suas alegações sejam analisadas no tempo processualmente aceito.

Todavia, e como já acima indicado, que a jurisprudência³⁴⁷ se limita à análise de concessão da suspensão da exigibilidade àquelas hipóteses disciplinadas no art. 151 do CTN, mormente quando esta análise se dá mediante um pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de exceção de pré-executividade, o que acaba por agregar alto grau de insegurança jurídica nessa escolha processual em casos de execução fiscal tributária.

Com efeito, a concessão de tutela de urgência ou de evidência seria instrumento válido para tanto, inclusive para fins de possibilitar a emissão de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN, já que, como dito, a medida não traria, em tese, um malefício ao Fisco, que permanece com a rigidez de um documento que, se julgado apto para tanto, permitirá a cobrança daquilo devido, ao mesmo tempo que permite ao

³⁴⁷ Vide, por todos, TRF 3, SEGUNDA TURMA, AI – AGRAVO DE INSTRUMENTO – 581691 – 0008952-84.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 25/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2018; TRF4, AG 5041646-86.2019.4.04.0000, SEGUNDA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 11/12/2019.

contribuinte jurisdicionado a atribuição de uma medida que tende, necessariamente, proteger um direito que aparentemente se mostra legitimado a ser atendido, mas não satisfeito ao jurisdicionado, visto que restará pendente de uma confirmação judicial posterior, com uma tomada de decisão calcada em fundamentos sólidos provindos de ambas as partes.

Nisso, ter-se-ia o aperfeiçoamento dos institutos (tanto da tutela de urgência, quanto da exceção de pré-executividade), com a possível efetivação dos seus reais objetivos, quais sejam, o proferimento de decisões que evitem atos expropriatórios contra o contribuinte, em regime de exceção, até a análise final de uma defesa calcada em matéria de direito posta (e não pressuposta em fatos) ao Juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise de todos os dados pesquisados, a primeira conclusão que se chega é que nossos juízes possuem um número excessivo de ações para serem julgadas, diferentemente de outros modelos utilizados por outros países ao redor do mundo.

Este fato acaba acarretando a demora de uma resposta pelo Poder Judiciário em tempo satisfatório para as partes, fazendo com que a busca pela brevidade processual seja não uma variável, mas sim uma constante preocupação dos estudiosos do direito processual.

A segunda conclusão que se chega está no fato de as tutelas de urgência serem instrumentos viáveis na tentativa de se evitar o cometimento de ilícitos e danos ainda maiores para os litigantes.

Percebe-se, ainda, que se encontram inseridas dentro das alternativas para reduzir o tempo de resposta do Poder Judiciário mecanismos procedimentais que abrem portas a análises de matérias ditas de ordem pública, de forma que a chamada exceção de pré-executividade pode ser o exemplo mais consentâneo à utilização tanto como oposição às execuções promovidas por particulares quanto pelas Fazendas Públicas, com o fito, sempre, de ressaltar ponto crucial ao deslinde da demanda com o menor gasto possível de tempo e do próprio erário público. Tanto assim o é que o atual Código de Processo Civil manteve a possibilidade de sua utilização.

Por fim, constata-se que a jurisprudência ainda não é pacífica sobre a utilização das tutelas de urgência em exceção de pré-executividade, seja no passado ou mesmo diante de fatos ocorridos atualmente, sendo certo que aqueles que entendem ser cabível sua aplicação a defendem desde que atendidos os requisitos necessários para oposição da exceção, conciliado com o preenchimento daqueles para o requerimento das tutelas de urgência.

Já aqueles que são contrários, alegam a incompatibilidade das tutelas com incidentes processuais, no caso, a exceção de pré-executividade. A par dessa discussão, o que se vislumbra com o Código de Processo Civil atual é que sua aplicação possa gerar uma pacificação em torno da aplicabilidade das tutelas de urgência dentro do âmbito da exceção de pré-executividade.

Isto porque, como se disse alhures, a novel técnica de aglutinar dois institutos processuais (tutela cautelar e a técnica antecipatória da tutela final) visa, salvo melhor entendimento abalizado, transferir ao Poder Judiciário a responsabilidade de aplicar o direito

ao caso concreto de maneira que melhor lhe aprouver, desde que para isso ocorra a abertura de proteção aos direitos dos jurisdicionados, ou melhor, condicionado ao fato de que as técnicas processuais utilizadas sejam válidas para a defesa dos direitos daqueles que se dirigem até o Poder Judiciário para ver salvaguardado seu direito.

Com base neste entendimento que sempre acompanhou os trabalhos da comissão de juristas que se obrigou a entregar uma nova codificação do procedimento cível é que o Poder Judiciário deve visualizar teleologicamente o moderno Direito Processual Civil, como um meio à obtenção dos direitos e não como um fetiche às formas excessivamente robustecidas.

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MATÉRIA TRABALHISTA

Carolina Tupinambá³⁴⁸

INTRODUÇÃO

No processo do Trabalho, o recurso extraordinário será cabível em face das causas decididas em única ou última instância nos Tribunais Trabalhistas, conforme art. 102, inciso III³⁴⁹, da Constituição. A Consolidação das Leis do Trabalho faz referência ao cabimento do recurso extraordinário apenas nos artigos 893, § 2º³⁵⁰, e 899, § 1º³⁵¹, os quais não se atêm a disciplinar, nem mesmo a tecer quaisquer considerações sobre a espécie recursal em seara trabalhista.

Desafiará o mencionado recurso a decisão que (i) contrariar dispositivo da Constituição, (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, ou (iv) lei local contestada em face de lei federal. Nosso modelo fora inspirado no sistema norte-americano, precisamente no *judiciary act de 1789* que instituiu a competência da Corte Suprema para apreciar recursos de decisões que violassem a ordem central³⁵². Anteriormente, a Corte Suprema dos Estados Unidos apreciava apenas decisões proferidas nas causas de interesse da União. A necessidade de controle das decisões locais violadoras de interesses centrais fez exsurgir no direito americano o *writ of error* como versão do nosso recurso extraordinário.

³⁴⁸ Professora Adjunta de Direito Processual e Prática Trabalhista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito Processual pela UERJ. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogada e Consultora Jurídica.

³⁴⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

³⁵⁰ Art. 893 - Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

§ 2º - A interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal não prejudicará a execução do julgado.

³⁵¹ Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

³⁵² Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. e SILVA, José Afonso da. Do Recurso Extraordinário no Direito Brasileiro, 1963.

Antes de 1988, o recurso extraordinário abarcava como causas de pedir tanto violações à ordem constitucional, como à ordem infraconstitucional. Após o advento da Constituição, repartiram-se entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça as funções da guarda da Constituição e a das Leis Federais.

O recurso extraordinário pretende tutelar, de forma imediata, a ordem jurídica e, mediatamente, o direito subjetivo da parte vencida. De fato, sem perder a característica de “recurso”, uma vez certamente possibilitar o reexame da decisão impugnada, tem como pressuposto básico a violação, pela decisão recorrida, da ordem jurídica constitucional. Daí não bastar a parte noticiar nas razões recursais a injustiça ou o erro técnico da decisão sob seu ponto de vista, mas demonstrar que o ato impugnado infringe a ordem constitucional. Neste contexto, o recurso extraordinário tem a dupla função de afastar a decisão que contraria a Constituição e rejulgar a causa restaurando o direito objetivo violado.

Ante a sua especialidade, no recurso extraordinário não são devolvidas todas as questões suscitadas e discutidas na causa, mas tão somente o contencioso constitucional destacado.

Dada a natureza extraordinária apresentada, o recurso para o Supremo Tribunal Federal nem sempre será admitido. Os pressupostos de admissibilidade recursal foram eximamente classificados por José Carlos Barbosa Moreira³⁵³, que de forma simples os dividiu em pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Os requisitos intrínsecos seriam, na acepção de Barbosa Moreira, aqueles “...*concernentes à própria existência do poder de recorrer*”, enquanto os extrínsecos seriam os “*relativos ao modo de exercê-lo*”. São requisitos intrínsecos: cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer e a ausência de fato impeditivo ou extintivo ao recurso. São requisitos extrínsecos: tempestividade, regularidade formal e o preparo.

Especificamente acerca do preparo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu não ser necessário o depósito recursal para a admissibilidade de recurso extraordinário. A matéria constitucional, com repercussão geral reconhecida em 2013, foi objeto do Recurso Extraordinário (RE) 607447, desprovido por maioria.

A Corte aprovou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 679): “Surge incompatível com a Constituição Federal exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, no que não recepcionada a previsão constante do § 1º do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo inconstitucional a contida na cabeça do artigo 40 da Lei nº 8.177/1991 e, por arrastamento, no inciso II da Instrução Normativa nº 3/1993 do Tribunal Superior do Trabalho”.

De acordo com o voto vencedor, o recurso extraordinário é um instituto processual voltado a preservar a autoridade da Constituição. Assim, a exigência do depósito para que pessoa natural ou jurídica se dirija ao Supremo afronta o sistema de liberdades fundamentais. O relator citou ainda que, de acordo com a jurisprudência do STF (ADPF 156 e Súmulas Vinculantes 21 e 28), a exigência é incompatível com a Constituição.

³⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Este estudo pretende trazer algumas considerações específicas tão somente sobre o cabimento do recurso extraordinário em lides trabalhistas. Neste contexto, será cabível o recurso extraordinário que enfrentar decisão: (i) proferida em “única” ou “última instância” na Justiça do Trabalho; e (ii) sobre matéria constitucional que apresentar repercussão geral.

DECISÃO DE “ÚNICA” OU “ÚLTIMA INSTÂNCIA”

Para comportar o apelo extremo, a decisão recorrida há de ter sido julgada em “única” ou “última instância”, o que importa dizer que a interposição do recurso extraordinário pressupõe, nos limites da jurisdição trabalhista, o esgotamento do debate da causa.

a) As causas decididas em *única* instância na Justiça do Trabalho

Na Justiça do Trabalho, as hipóteses de decisão em única instância são restritas.

Exemplo clássico será, sempre, o dissídio de alçada, qual seja, cujo valor da causa não exceda dois salários mínimos. De acordo com a Lei n. 5.584/70, as sentenças proferidas nesta espécie de procedimento não estarão sujeitas a recurso, salvo se versarem sobre matéria constitucional³⁵⁴.

Assim o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu:

Recurso Extraordinário. Causas de alçada. Decisão em instância única, de primeiro grau, versando matéria constitucional. Dela cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal e não recurso a órgão judiciário de segundo grau. (STF – 2ª T. Processo RE 140.169-9 – rel, Min. Néri da Silveira)

Outra hipótese que consigna julgamento em única instância em matéria trabalhista tem correlação com a competência funcional da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho estabelecida na Lei n. 7.701/88. Tais colegiados julgam em instância única (i) os agravos regimentais interpostos em dissídios individuais; e (ii) os conflitos de competência entre Tribunais Regionais e aqueles que envolvem Juízes de Direito investidos da jurisdição trabalhista e entre varas do trabalho em processos de dissídio individual. Em quaisquer desses casos, portanto, a decisão proferida, se preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, desafiará diretamente o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁴ Nesse sentido, §4º do art. 2º, da Lei n. 5.584/70, in verbis:

Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação.

b) As causas decididas em *última* instância na Justiça do Trabalho

As causas decididas em última instância na Justiça do Trabalho são aquelas cujo recurso final tenha sido dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho.

Aqui a questão ganha contornos mais complexos. É que a competência funcional do Tribunal Superior do Trabalho permite que, a depender da hipótese, a última instância trabalhista corresponda a julgamento de turma, de seção ou de subseção do terceiro grau³⁵⁵⁷.

No que diz respeito à seção especializada em dissídios coletivos, lá serão julgados em última instância, com potencial para desafiar recurso extraordinário, basicamente: (i) os recursos ordinários dos dissídios coletivos e ações acessórias, como cautelares e mandados de segurança, iniciados nos TRTs; (ii) os embargos infringentes nos dissídios coletivos de sua própria competência originária; e (iii) as suspeições arguidas contra o Presidente e demais Ministros que integram a seção.

A Seção de Dissídios Individuais do Tribunal é subdividida em duas subseções que julgam em última instância, basicamente: (i) os recursos ordinários e agravos de instrumento nas causas individuais de competência originária dos TRTs, (ii) os embargos e agravos regimentais das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais; e (iii) as suspeições arguidas contra o Presidente e demais Ministros que integram a seção.

Já as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho julgarão, em última instância, apenas (i) os agravos regimentais e (ii) os agravos de instrumento dos despachos de Presidente de Tribunal Regional que denegarem seguimento a recurso de revista. A competência mais comum das turmas será para julgar os recursos de revista interpostos de decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme art. 896 da CLT.

A questão é que, a pensar nas causas trabalhistas ordinárias mais comuns, o recurso extraordinário será cabível da decisão da turma, em recurso de revista, ou da decisão da subseção, em embargos.

A Lei n. 11.496/2007, ao dar nova redação ao art. 894 da CLT e à Lei n. 7.701/1998, restringiu significativamente o cabimento do recurso de embargos no Tribunal Superior do Trabalho. A reforma legislativa veio alçar o recurso de embargos ao objetivo precípuo da Seção de Dissídios Individuais (SDI), qual seja, dirimir o conflito jurisprudencial entre as turmas do Tribunal.

Em geral, tais embargos serão interpostos em sede de recurso de revista. É que a Súmula 353 do TST, inclusive, impede que o agravo de instrumento seja objeto de nova

³⁵⁵ O TST funciona em sua composição plena com o Tribunal Pleno que atualmente possui somente algumas competências administrativas. Os demais órgãos que o compõem: o Órgão Especial, as Seções Especializadas e as Turmas. As oito Turmas são as menores unidades judicantes do Tribunal, possuindo competência para a maior parte dos processos por ele recebidos.

análise pela SDI, daí o seu não cabimento, quando se verificar que a jurisdição fora plenamente entregue quanto ao exame do pressuposto intrínseco do recurso de revista³⁵⁶.

Assim, a espécie recursal outrora admissível também para impugnar decisões das Turmas ofensivas a preceito de lei federal ou à Constituição da República, teve seu cabimento restrito aos casos de divergência com decisão de outra Turma ou da Seção de Dissídios Individuais³⁵⁷.

A alteração modificou o fluxograma de cabimento do recurso extraordinário. Ou seja, o arranjo “turma-subseção-Supremo” desmembrou-se em um leque de possibilidades tais quais “turma-subseção-Supremo”, “turma-Supremo” e até mesmo “turma-subseção e Supremo”.

Trataremos, doravante, de cada uma das possibilidades de evolução recursal de dissídios individuais até o cabimento do recurso extraordinário.

b.1) Cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de subseção em embargos

A hipótese de cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de subseção em embargos de divergência, por galgar todas as etapas de cada grau de jurisdição, é a mais natural. Corresponderá às hipóteses em que a divergência jurisprudencial tratar propriamente de matéria constitucional.

³⁵⁶ Súmula 353, TST: “Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo:

- a) da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo pela ausência de pressupostos extrínsecos;
- b) da decisão que nega provimento a agravo contra decisão monocrática do Relator, em que se proclamou a ausência de pressupostos extrínsecos de agravo de instrumento;
- c) para revisão dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento do agravo;
- d) para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento;
- e) para impugnar a imposição de multas previstas nos arts. 1.021, § 4º, do CPC de 2015 ou 1.026, § 2º, do CPC de 2015 (art. 538, parágrafo único, do CPC de 1973, ou art. 557, § 2º, do CPC de 1973).
- f) contra decisão de Turma proferida em Agravo em recurso de revista, nos termos do inciso II do artigo 894 da CLT”

³⁵⁷ Súmula nº 296 do TST.

RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ESPECIFICIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 37 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram. (ex-Súmula nº 296 - Res. 6/1989, DJ 19.04.1989)

II - Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso. (ex-OJ nº 37 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

Nesses casos, eventualmente, poderão sustentar ser cabível, contra decisão com questão controvertida na jurisprudência do TST e imbuída de matéria constitucional a oposição simultânea de ambos os recursos previstos em lei para cada hipótese de recorribilidade, quais sejam, embargos de divergência e recurso extraordinário. Cada um dos apelos, dentro de suas possibilidades e dinâmicas, atacariam o(s) mesmo(s) capítulo(s) da decisão, sob pontos de observação diversos

Todavia, ressalvando entendimentos em contrário, esta não parece ser a melhor solução para a acomodação dos princípios recursais em jogo, mesmo porque, a decisão da subseção, de alguma maneira, enfrentará a questão da violação ou não da ordem constitucional, o que amadurecerá ainda mais o diálogo constitucional, antes do desembarque da causa no Supremo Tribunal Federal.

Este também é o sentir de Estêvão Mallet, para quem “*se há divergência jurisprudencial, suficiente ao oferecimento dos embargos, não cabe, para impugnar a decisão da Turma o recurso extraordinário*”³⁵⁸.

Ainda que o capítulo da decisão propriamente atacado tenha dois fundamentos, um a ilustrar divergência jurisprudencial e outro a reproduzir violação constitucional, não importará. Em suma, será preciso, antes e sempre, esgotar a instância no TST para a interposição do recurso extraordinário. Se a decisão da turma, por quaisquer de seus fundamentos, admitir o recurso de divergência, ainda não será o momento da interposição do recurso extraordinário.

Solução diversa, acerca da qual discorreremos mais adiante, haverá caso a decisão seja dividida em capítulos e apenas um ou outro admita os embargos, circunstância bastante comum nas lides trabalhistas, as quais a cumulação objetiva de pedidos é praticamente uma regra³⁵⁹.

³⁵⁸ MALLET, Estêvão. Recurso Extraordinário e Recurso de Embargos após a Lei n. 11.496. In Revista do TST, Brasília, vol 74, n. 2 abril/junho 2008

³⁵⁹ Interessante decisão sobre a questão da decisão dividida em capítulos: RECURSO ESPECIAL Nº 203.132 - SP (1999/0009526-0) RELATOR : MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
PROCESSO CIVIL. SENTENÇA. DIVISÃO EM CAPÍTULOS. POSSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO PARCIAL. PRINCÍPIO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM. TRÂNSITO EM JULGADO DOS DEMAIS CAPÍTULOS, NÃO IMPUGNADOS. NULIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES. ANULAÇÃO PARCIAL. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I - A sentença pode ser dividida em capítulos distintos e estanques, na medida em que, à cada parte do pedido inicial, atribui-se um capítulo correspondente na decisão.

II - Limitado o recurso contra parte da sentença, não pode o tribunal adentrar no exame das questões que não foram objeto de impugnação, sob pena de violação do princípio tantum devolutum quantum appellatum.

b.2) Cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de turma em recurso de revista ou respectivo agravo

A hipótese de cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de turma em recurso de revista reveste-se de complexidade maior. É que, nesses casos, caberá ao recorrente demonstrar, além da questão constitucional existente, que a respeito da mesma inexistente controvérsia no Tribunal Superior do Trabalho. Ou seja, que a violação constitucional é pacificada no TST e, portanto, não cabem embargos de divergência, o que autorizaria o salto da turma do Tribunal direto para o Supremo Tribunal Federal, sem se estacionar na instância das seções.

Assim, na hipótese de recurso extraordinário interposto direto em face de decisão turma do TST, praticamente, assoma-se um outro requisito de admissibilidade recursal, qual seja, a comprovação, para o Supremo Tribunal Federal, de que a causa teve a cognição exaurida no Tribunal Superior do Trabalho, não obstante a não sujeição à SDI.

Mas como demonstrar à Corte Suprema não ser cabível recurso de embargos de divergência da decisão proferida pela turma do TST? Tal questionamento ilustra a superação de um requisito de admissibilidade externo à cognição natural do Supremo Tribunal Federal. Obviamente, se esperar que a Corte Maior seja conhecedora da jurisprudência pacífica do TST sobre todas e quaisquer matérias é deveras ilusório! Todavia, paradoxalmente, fato é que o Supremo, ao receber um recurso extraordinário interposto diretamente de decisão de revista ou de agravo em turma do Tribunal Superior do Trabalho somente saberá que foi esgotada a instância anterior se se dispuser a consultar a integralidade da jurisprudência do Tribunal Trabalhista para verificar se, eventualmente, inexistia divergência sobre o tema recorrido. O pressuposto é massacrante: além de

externo à decisão, é negativo, o que implica uma consulta no todo para se verificar o que eventualmente não existe (!).

III - No caso, a sentença foi dividida em capítulos, e para cada um foi adotada fundamentação específica, autônoma e independente. Assim, a nulidade da sentença, por julgamento extra petita, deve ser apenas parcial, limitada à parte contaminada, mormente porque tal vício não guarda, e nem interfere, na rejeição das demais postulações, que não foram objeto de recurso pela parte interessada (a autora desistiu de seu recurso).

IV - Outra seria a situação, a meu ver, se a sentença tivesse adotado fundamento único, para todos os pedidos. Nesse caso, o vício teria o condão de contaminar o ato como um todo.

Em outras palavras, parece que o problema maior do recorrente nesses casos será demonstrar que não exista divergência jurisprudencial a respeito de determinado tema. Assim, o recorrente deverá evidenciar que a decisão contraria a Constituição, mas que todas as turmas e seções do Tribunal Superior do Trabalho julgam do mesmo modo, ou seja, em contrariedade ao texto constitucional.

Couto Maciel refuta a hipótese de interposição do recurso extraordinário contra decisão da turma, em salto à cognição das seções e subseções. Aparentemente, entende serem cabíveis os embargos de divergência quanto à questão constitucional, independentemente de inexistir divergência jurisprudencial. Para o Autor, “*quando a lei nova sobre embargos de divergência excluiu seu cabimento quanto às violações legais, assim não o fez expressamente no que concerne às violações constitucionais*”³⁶⁰.

A solução do Autor é mais simples, realmente. Para ele, inclusive, em caso de real cabimento dos embargos, “juntamente com as divergências apontadas, deve a parte recorrer, nos embargos de divergência, sobre as violações Constituição, sob pena de preclusão.” Assim, segundo Couto Maciel, “ao interpor embargos por divergência, deve a parte nele sustentar a matéria constitucional afeta, pois caso contrários, se o extraordinário for interposto do acórdão na revista, e cabíveis forem embargos para a seção, correrá a parte o risco de dizer o Supremo Tribunal Federal que o recurso interposto não decorreu da última decisão do Tribunal Superior do Trabalho”³⁶¹.

Como a teoria dos recursos é regida pelo princípio da especificidade, nos parece que, não havendo divergência, não há como forçar que o processo receba julgamento da subseção. A solução, embora complexa, nos parece única: interposição direta do recurso extraordinário a partir da decisão da Turma, demonstrando para o STF que a opção se embasa na inexistência de hipótese de cabimento do recurso dos embargos.

Um caso concreto poderá melhor delinear o drama. Tome-se, como exemplo, matéria iminente de cognição pelo STF, qual seja, umas das vicissitudes do alcance da substituição processual por sindicato da categoria. Em verdade, de uma forma geral, o tema já foi

³⁶⁰ 12 MACIEL, José Alberto Couto Maciel. Embargos de divergência no TST e a matéria constitucional. In Revista do TST, Brasília, vol 74, n. 2 abril/junho 2008.

³⁶¹ *Idem.*

apreciado pelo STF nos recursos extraordinários n. 210.029 e n. 193.503³⁶². Todavia, a questão dos efeitos da sentença coletiva em demandas trabalhistas foi rediscutida pelo Supremo em ocasiões mais recentes, no julgamento do RE n. 573.232/SC e do RE n.º 612.043/PR.

O RE n. 573.232/SC³⁶³, cujo mérito foi julgado com repercussão geral em 2014, foi interposto pela União contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio do qual, por unanimidade, restou reconhecido o direito de os associados que não autorizaram expressamente o ajuizamento da ação executarem o título executivo judicial. Já no RE n. 612.043/PR, argumentaram os recorrentes a impossibilidade de o juízo restringir os efeitos da sentença àqueles associados que eram filiados antes ou até a data da propositura da ação, estabelecendo um critério temporal. Quando da análise da repercussão geral da questão trazida por meio do RE n.º 612.043/PR, o ministro relator a admitiu, em 10.08.11, “*tendo em vista estar em jogo, na espécie, a extensão dos efeitos de sentença proferida em ação coletiva ordinária proposta por entidade associativa de caráter civil*”³⁶⁴. Então, em 10/05/2017, quando ocorreu o seu julgamento, o Tribunal Pleno desproveu o Recurso Extraordinário, declarando a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 e fixando tese acerca da coisa julgada de Ação Coletiva, ajuizada por associação civil, para que seus efeitos somente alcancem os filiados que o fossem em momento anterior à data da propositura da demanda³⁶⁵.

Pois bem. Suponha-se um caso em que pugne o recorrente pela mesma tutela jurisdicional concedida aos seus pares, para que possa executar título executivo judicial de

³⁶² Publicação dos acórdãos em 17.08.07 e 24.08.07, respectivamente.

³⁶³ No julgamento do RE n. 573.232/SC, o STF afastou a orientação de que a previsão em Estatuto da entidade de classe atribui a todos os seus filiados legitimidade para a execução do título executivo. A representatividade dos filiados, portanto, só será considerada autorizada expressamente quando chancelada por ata de assembleia ou autorização individual.

³⁶⁴ Trecho extraído do sítio do STF.

³⁶⁵ “O Tribunal, apreciando o tema 499 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, desproveu o recurso extraordinário, declarando a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997. Vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso, e os Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, que a ele davam parcial provimento, nos termos de seus votos. Em seguida, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, fixou a seguinte tese: “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento”. Na redação da tese, a Ministra Rosa Weber acompanhou o Ministro Relator com ressalva. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017”. Trecho retirado do sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3864686&numeroProcesso=612043&classeProcesso=RE&numeroTema=499>

forma individual, independentemente de circunstancial lista nominal eventualmente apresentada por seu sindicato. O pleito foi finalmente negado pelo Tribunal Superior do Trabalho em recurso de revista. Para interpor recurso extraordinário, caberá ao recorrente demonstrar para o Supremo Tribunal Federal que a matéria foi decidida pelo TST pela vez primeira, ou, então, que inexistia divergência jurisprudencial a respeito. Em suma, a restrição cognitiva de modo a vedar a análise de eventual acerto ou desacerto da decisão da Turma a tal respeito implicará a necessidade de demonstração de inexistência de dissídio interpretativo de outra Turma ou da SDI³⁶⁶.

b.3) Cabimento do recurso extraordinário em face de decisão de turma com simultaneidade de recurso de embargos

Uma única situação dará ensejo ao cabimento simultâneo dos recursos de embargos para o TST e extraordinário para o STF: a decisão com mais de um capítulo. Pelo menos um deverá conter contencioso constitucional sem admitir interposição de embargos. Necessariamente, algum outro capítulo deverá admitir hipótese de recurso de embargos.

Em sintonia com essa possibilidade, a súmula nº 100 do TST que estabelece o prazo de ação rescisória já rezava que *“havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão(...)”*.

³⁶⁶ Para este exemplo, conforme se depreende das inúmeras decisões proferidas pelos órgãos fracionários do TST, não há dissídio interpretativo em relação à matéria em análise. O posicionamento adotado em casos idênticos é no sentido de que não há sequer violação ao dispositivo constitucional questionado (art. 8º, inciso III, CRFB). Nesse sentido: RR 181-03.2012.5.12.0040, EEDRR 740-10.1995.5.15.0092, RR 1348-40.2012.5.12.0045, RR 190-62.2012.5.12.0040, AgAIRR 1304-55.2011.5.09.0654, RR 1349-40.2012.5.12.0040, RR 196-69.2012.5.12.0040, RR 216-45.2012.5.12.0045, RR 1329-49.2012.5.12.0040, AIRR 1240-42.2012.5.09.0094, RR 338-58.2012.5.12.0045, EEDRR574540-66.2006.5.09.0004, RR 1333-86.2012.5.12.0040, EEDRR 9873640-51.2006.5.09.0004, RR 1341-63.2012.5.12.0040, RR 213-90.2012.5.12.0045, AIRR 1520-97.2010.5.10.0015, RR 439-13.2012.5.12.0040, RR 537-80.2012.5.12.0045, RR 215-60.2012.5.12.0045, AIRR 259840-07.1990.5.17.0002, EEDRR 9846640-55.2006.5.09.0011, ERR - 9863340-09.2006.5.09.0011, E-ED-RR - 9863440-61.2006.5.09.0011, EEDRR 9869540-32.2006.5.09.0011, AIRR 255500-44.1990.5.03.0023, ERR 9864140-37.2006.5.09.0011, EEDRR 1179140-60.2006.5.09.0011, AIRR e RR 534540-03.2006.5.09.0011, AIRR e RR 565740-28.2006.5.09.0011, AIRR e RR -569340-57.2006.5.09.0011, AIRR e RR 529440-67.2006.5.09.0011, AIRR 9852440-64.2006.5.09.0011, AIRR e RR550640-33.2006.5.09.0011, AIRR e RR 538940-60.2006.5.09.0011, ERR 9869340-25.2006.5.09.0011, EEDRR9861940-57.2006.5.09.0011 e ERR 9866640-76.2006.5.09.0011. Indubitável, portanto, se tratar de ofensa a norma constitucional em relação à qual não há divergência no tribunal de origem. Incabível o recurso de embargos. Para a interposição do recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar justamente essa pacificidade da jurisprudência do TST a respeito.

Ademais, o regimento interno do TST estabelece no art. 266 que a petição do recurso extraordinário será juntada aos autos apenas após transcorrido o prazo legal para a interposição de recurso de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, dá a entender que será sobrestado, ou reservado fora dos autos, o recurso extraordinário interposto em concomitância com embargos de divergência.

Em caso de interposição simultânea, algumas curiosidades e consequências logísticas podem ser apontadas. Inicialmente, como já colocamos, o recurso de embargos será julgado primeiramente, já que a admissibilidade do extraordinário estará retida na forma do art. 266 do regimento interno do TST.

Em segundo lugar, será possível dois recursos extraordinários no mesmo processo, acaso restar verificado contencioso constitucional na decisão derivada do julgamento dos embargos de divergência. Ou seja, o primeiro recurso extraordinário, ajuizado juntamente com os embargos de divergência e o segundo, após o julgamento dos referidos embargos na subseção.

Terceiro, ainda que não apenso aos autos por força da aplicação do regimento interno do TST, é correto afirmar ser possível ao recorrente pleitear o imediato processamento de seu recurso extraordinário, mesmo que pendentes os embargos de divergência em capítulo distinto. O pedido será justificado quando a matéria do apelo para a Corte Suprema consubstanciar risco de dano irreparável ou de difícil reparação. A distribuição imediata poderá ser intentada via ação cautelar, ou mesmo por outra via instrumental que pretenda o referido resultado.

Finalmente, poderá o recurso extraordinário perder seu objeto e caducar diante da concretização do julgamento dos embargos de divergência, máxime nos casos em que porventura a decisão advinda da subseção importar a cassação da decisão impugnada³⁶⁷

³⁶⁷ Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

II.A QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Carlos Henrique Bezerra Leite defende que o recurso extraordinário somente seria cabível contra decisões da Justiça do Trabalho proferidas em única ou última instância contrárias à Constituição Federal, desde que tais decisões: (a) violem direta e literalmente norma da Constituição Federal; (b) declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal³⁶⁸. Portanto, para Bezerra, do elenco das hipóteses de cabimento contido no inciso III do art. 102 da CF, somente não seria aplicável ao processo do trabalho a hipótese da alínea d (julgar válida lei local contestada em face de lei federal).

Ressalvada a distinta interpretação, filiamo-nos à corrente segundo a qual o recurso extraordinário trabalhista é cabível em todas as hipóteses elencadas no artigo 102 da Carta. O texto constitucional não limita a amplitude do recurso extraordinário no âmbito trabalhista à violação da Constituição Federal. Ora, a CLT (juntamente com todo o ordenamento pátrio) deve ser lida a partir da Constituição Federal. Assim, impossível se interpretar o cabimento do recurso extraordinário trabalhista em cotejo com o art. 896, da CLT.

De todo modo, certamente, na prática forense, a hipótese cabível por excelência do recurso extraordinário em matéria trabalhista será mesmo por violação à Constituição, nesse sentido, inclusive, é Súmula n. 505 do STF³⁶⁹. Todavia, do ponto de vista teórico, as decisões em última ou única instâncias na Justiça do Trabalho poderão, sim, abranger as hipóteses das alíneas b, c e, d, do inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, não devendo a interpretação do referido enunciado de súmula se dar de modo restritivo.

III.A DEMONSTRAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

A Repercussão Geral ilustra condição específica de admissibilidade do recurso extraordinário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e disciplinada pelos artigos 1.03522 e 1.03623 do CPC/15, bem como pela Emenda Regimental do Supremo Tribunal Federal nº 21/2007.

³⁶⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

³⁶⁹ DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO – RECURSO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Salvo quando contrariarem a Constituição, não cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, de quaisquer decisões da Justiça do Trabalho, inclusive dos presidentes de seus tribunais.

Os artigos 1.035 e 1.036 do CPC/15 já possuíam correspondência parcial no Código de Processo Civil de 1973, uma vez que a Lei nº 11.418/2006 acrescentou ao CPC/73 os arts. 543-A e 543-B, os quais estabeleciam nova sistemática de processamento dos recursos extraordinários, além do efeito multiplicador da decisão de reconhecimento da repercussão geral.

O novo requisito de admissibilidade surgiu no período das Reformas do Judiciário, as quais tinham como objetivo conferir maior eficiência ao processo. Além da questão da instrumentalidade, ganha relevo, ainda, motivação de política judiciária. A função da Corte Suprema deve se restringir a de guardiã da supremacia da Constituição, de maneira que não funcione como órgão revisor, mas sim como Corte Constitucional, zelando pelo controle de constitucionalidade das leis³⁷⁰.

Neste contexto, o requisito da repercussão geral foi introduzido objetivando priorizar o papel do STF como Corte Constitucional, racionalizando o trabalho do órgão, via reflexo da decisão sobre a repercussão geral nos demais processos com questões idênticas. Além de garantir maior celeridade ao processo, sob esse aspecto, garante-se o respeito ao princípio da isonomia.

Posteriormente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os artigos 1.035 e 1.036 passaram a disciplinar de forma um pouco diferente o processamento dos recursos extraordinários. Isso porque, apesar de ter mantido, por exemplo, a exigência do §2º do art. 1.035, quanto à necessidade de o recorrente demonstrar de modo fundamentado a repercussão geral da questão constitucional, algumas mudanças foram feitas, tais como a ampliação, no §3º, das hipóteses em que presumida a existência de repercussão geral.

Em linhas gerais, a finalidade da repercussão geral, portanto, corresponderá a “(i) *firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal*; (ii) *ensejar*

³⁷⁰ José Guilherme Berman preocupa-se com a preservação do STF como tribunal com destacado papel na proteção dos direitos fundamentais, sendo o modelo difuso-concreto de controle de constitucionalidade insubstituível, em razão do amplo acesso que confere aos cidadãos. Em suma, para o autor o STF deve atentar para não se tornar um tribunal preocupado tão somente com a governabilidade do país em detrimento de direitos fundamentais violados e não respeitados pelos tribunais locais. Cf. BERMAN, José Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 128;

*que o STF só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes; e (iii) fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria”.*³⁷¹

Do ponto de vista prático, para o recurso extraordinário ser admitido, além dos requisitos desde sempre exigidos³⁷², desde a vigência da repercussão geral, caberá ao recorrente demonstrar, formal e fundamentadamente, que o recurso interposto preenche os requisitos estabelecidos pelo art. 1.035, §1º, do Código de Processo Civil. De acordo com o dispositivo citado, “*será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.*”.

A repercussão geral das questões constitucionais deverá ser demonstrada quando da interposição do recurso extraordinário, nos termos do §2º do citado artigo do diploma processual³⁷³. O § único do artigo 322, do RISTF, dispõe que “*para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes*”. Assim, a questão trabalhista deverá ultrapassar o interesse subjetivo das partes que integram a demanda³⁷⁴. Nesse contexto, o recurso extraordinário trabalhista deverá apresentar questão jurídica relevante.

³⁷¹ JÚNIOR, Antonio Pereira Gaio. Considerações sobre a ideia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. In: Revista de Processo, ano 34, ano 170, abr./2009, p. 142.

³⁷² Sobre o tema, interessante notar que os demais pressupostos de admissibilidade não se arrefecem. Confira-se: “Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Direito Administrativo e Previdenciário. Pensão por morte. Beneficiário maior de 21 anos de idade. Universitário. Concessão de benefício com base na Lei estadual nº 7.551/77. Alegação de afronta ao artigo 5º, XXXVI. Ofensa Reflexa. Reexame de legislação infracosntitucional local. Incidência da súmula 280 do STF. Inovação recursal. Impossibilidade. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da Constituição Federal). (...)” Grifo acrescentado. STF, Relator Ministro Luiz Fux, AI 795612 AgR / PE, Órgão julgador: Primeira Turma, Julgamento: 29/05/2012, Disponível no site www.stf.gov.br, acesso em 02/07/2013.

³⁷³ A jurisprudência do STF é no sentido de que a repercussão geral deverá ser suscitada em sede de preliminar do recurso extraordinário.

³⁷⁴ O CPC estabeleceu como requisito para a configuração da repercussão geral cláusulas demasiadamente abrangentes, exigindo certo empenho do intérprete para preencher os conceitos indeterminados de algum significado e conseqüentemente para fundamentar a decisão. A complexidade da compreensão da repercussão geral é tamanha que a doutrina também não se arriscou a estabelecer um sentido para a relevância política, econômica ou social.

A Resolução n. 160, de 19 de outubro de 2012, do Conselho Nacional de Justiça, previa que em cada tribunal fosse criado um Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER/TST). O Ato n. 158/GDGSET.GP, de 05 de março de 2013, instituiu a referida unidade no Tribunal Superior do Trabalho, subordinando-a, administrativamente, à Vice-Presidência. Dentre outras atribuições, o NURER/TST deve manter atualizada, no sítio eletrônico do TST, área destinada a divulgar ao público a situação jurídica das questões constitucionais de interesse da Justiça do Trabalho que estejam submetidas à sistemática da repercussão geral.

Posteriormente, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, determinou a criação do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), podendo o Tribunal Superior do Trabalho contar com mais de um Núcleo (art. 16). Em razão disso, pelo Ato nº 90/GDGSET.GP, o antes NURER passou a constituir do agora NUGEP, recebendo a designação de NUGEP-SVP³⁷⁵.

Questões relevantes, com repercussão geral já reconhecida, aguardam definição da Suprema Corte, com intenso represamento de recursos em causas trabalhistas. Nesta situação, a título de exemplo, destacam-se: ; (i) a extensão, ou não, aos trabalhadores portuários avulsos, do adicional de risco portuário, RE-597124 (Tema nº 152); (iii); (ii) a possibilidade, ou não, de equiparação de direitos trabalhistas entre empregados terceirizados e aqueles pertencentes ao quadro funcional da empresa pública tomadora de serviços, RE-635546 (Tema nº 383); (iii) a imposição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da obrigatoriedade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores, ARE-647651 (Tema nº 638); (iv) Constitucionalidade do art. 114, § 2º, da Constituição Federal, alterado pela EC 45/2004, que prevê a necessidade de comum acordo entre as partes como requisito para o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica. (Tema nº 841) dentre outras demandas de grande relevância³⁷⁶.

De uma forma geral, a sistemática da repercussão geral pressupõe a massificação dos conflitos trabalhistas sem variação de objeto. Assim, para os recursos futuros, sendo

³⁷⁵ Informação retirada do sítio: <http://www.tst.jus.br/web/guest/nugep-svp>

³⁷⁶ Destacam-se no sítio eletrônico do STF, na lista de matérias ligadas ao direito do trabalho; RE-716378, , RE-631053, RE 1002295, etc.

reconhecida a identidade da matéria com uma das já suscitadas por meio dos temas em epígrafe, deverá ser aplicada a sistemática do artigo 1.036, do CPC/15, in verbis: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.”.

Em pueril tradução, se a causa for idêntica a que já teve repercussão reconhecida, aproveitar-se-á a decisão originária ou o modelo a ser julgado. Se a causa for inédita, será preciso que o recorrente batalhe para demonstrar que a mesma tem repercussão geral a merecer julgamento de mérito.

Neste aspecto, se por um lado a repercussão geral dos recursos extraordinários deve ser um mecanismo aliado do STF para diminuir o volume de processo, por outro, não deve se afastar das garantias, sob pena de frustrar valores consagrados pela Lei Maior. Desse modo, é preciso que o STF deixe explícito os critérios utilizados para fixar a competência e que fundamentam a escolha de determinada questão como relevante. Mesmo considerando que o julgamento do recurso extraordinário tenha características do processo objetivo, uma vez que se discute somente a tese jurídica e não o caso concreto, se direitos constitucionalmente protegidos estiverem sendo desrespeitados por tribunais inferiores, caberá ao STF decidir por qual motivo não irá julgar determinada questão, motivando a irrelevância da matéria, sob pena de estar frustrando uma prestação jurisdicional negada por outro órgão do Judiciário.

Dierle José Coelho Nunes ao escrever sobre o resgate da postura garantística do processo, criticou as reformas processuais que se sucederam a partir de 1990, uma vez valorizarem sobremaneira a rapidez procedimental. A grande maioria das reformas significaram apenas a massificação dos julgamentos e a visão do processo como uma mera burocracia a ser eliminada³⁷⁷. Nos dizeres do citado autor, para que o processo atenda ao princípio democrático, é necessário que as reformas não sejam voltadas somente para a celeridade, mas também para a “estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o

³⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2012, p. 211

devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional”.

Humberto Theodoro Júnior, outrossim, se preocupa com os aspectos garantísticos do processo, alegando que a repercussão geral do recurso extraordinário visa somente o acesso à justiça quantitativo, distanciando-se do movimento de socialização processual do século XX³⁷⁸.

Assim, é preciso cautela no operar da dinâmica deste pressuposto recursal específico do recurso extraordinário, qual seja, a verificação da repercussão geral. Não se pode jamais perder de vista a perspectiva garantística do processo civil contemporâneo a pretexto de simplesmente se debelar a crise do Judiciário resultante do excesso de processos e de recursos. Máxime nas questões trabalhistas, em que tão relevante o contexto social em que inserida a controvérsia, não será possível se contentar com decisões padronizadas, pouco refletidas, pouco debatidas e com reduzida probabilidade de serem acertadas, tanto do ponto de vista da justiça processual, quanto do próprio mérito³⁷⁹.

O cabimento do recurso extraordinário em matéria trabalhista de causas com repercussão geral e decididas em única ou última instância, em suma, deve ser verificado a partir dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. A interpretação da Constituição considerada como um sistema aberto de regras e princípios. “que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *living constitution*”³⁸⁰, deverá prestigiar um processo justo e democrático.

³⁷⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. In: Revista de Processo, ano 34, nº 177, nov./2009, p. 12 Os autores lembram que apesar do mecanismo de filtro ser utilizado nos países europeus, as Cortes de Cassação europeias não julgam a decisão anulada, reenviando o processo para outro órgão jurisdicional, que julgará o mérito da causa conforme as peculiaridades do caso concreto. Desse modo, diminui-se o risco desse mecanismo, visto que não realizam o “pinçamento de recursos”.

³⁷⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: Revista de Processo, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 43

³⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina, p. 1163.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Repercussão Geral Objetiva. In: Revista Dialética de Direito Processual nº 95, fev. 2011, p. 33-41.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A repercussão geral e a competência recursal: riscos a serem ponderados. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 92, p. 33-39, nov. 2010. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: Revista Jurídica da Presidência, Brasília, vol. 12, nº 96, fev/maio 2010.

BEBBER, Júlio César. Recursos no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

BERMAN, José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina.

CONCEIÇÃO, Marcelo Moura. Julgamento por amostragem dos recursos excepcionais: denegação de justiça?. In: Revista de Processo, ano 35, nº 181, mar./2010, p. 232-257. FUX, Luiz. Curso de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: Revista de Processo, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Helcio Alves de Assumpção, Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade, in Meios de impugnação ao julgado civil (coord. Adroaldo Furtado Fabrício), Forense, 2007.

JÚNIOR, Antonio Pereira Gaio. Considerações sobre a ideia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. In: Revista de Processo, ano 34, ano 170, abr./2009, p. 140-155

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. In: Revista de Processo, ano 34, nº 177, nov./2009, p. 9-46

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

MALLET, Estêvão. Recurso Extraordinário e Recurso de Embargos após a Lei n. 11.496. In Revista do TST, Brasília, vol 74, n. 2 abril/junho 2008

MACIEL, José Alberto Couto Maciel. Embargos de divergência no TST e a matéria constitucional. In Revista do TST, Brasília, vol 74, n. 2 abril/junho 2008

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Restrições Ilegítimas ao Conhecimento dos Recursos. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil. Santa Catarina, nº 9, p. 95-107. Nov/dez, 2005.

NUNES, Dierle Jose Coelho. Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de janeiro: Lumen juris, 2006.

Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2012. REICHELDT, Luis Alberto. A repercussão geral do recurso extraordinário e a construção do processo civil na era da solidariedade social. In: Revista de Processo, ano 35, n. 189, nov./2010.

SILVA, José Afonso da. Do Recurso Extraordinário no Direito Brasileiro, 1963.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. In: Revista de Processo, ano 35, nº 182, abr. 2010, p. 234-257.

TEIXEIRA FILHO, Manoel. Sistema dos Recursos Trabalhistas, São Paulo LTr, 2003

ASPECTOS DO INVENTÁRIO NOS PRIMEIROS ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

César Augusto Luiz Leonardo³⁸¹ - João Victor Nardo Andreassa³⁸²

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 convida à reflexão sobre quais os impactos e diálogos que a nova sistemática processual civil trouxe para cada uma das áreas do Direito que se utilizam das normas processuais para a sua efetivação.

Especificamente quanto aos aspectos processuais do direito das sucessões, em um olhar mais acurado, é possível se perceber que existem modificações importantes no novo corpo de leis que rege o direito processual civil brasileiro, sejam elas diretas (fruto da vontade Legislativa de modificar a redação ou a essência de dispositivos então vigentes) ou indiretas (por via reflexa, em razão de uma interpretação sistemática, à luz dos novos vetores que inspiraram e foram incorporados no novo Código de Processo Civil).

Deste modo, o presente trabalho buscará, como hipótese de pesquisa, cotejar as disposições dos Códigos de Processo Civil, distanciados por mais de quatro décadas, focando não somente nas diferenças semânticas e textuais, mas também buscando uma visão crítica das modificações, a busca pelos fundamentos das alterações, além de pesquisar onde eventualmente se vislumbra retrocesso ou a “perda de uma chance” de evolução. Analisar-se-á, igualmente, importantes decisões sobre os aspectos processuais dos inventários no Superior Tribunal de Justiça.

* Artigo aceito para publicação na Revista Magister de Família e Sucessões, vol. 40, jan./fev. 2021 (no prelo).

³⁸¹ Doutor em Direito (2018) e Mestre em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado e especialista em direito processual civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2006). Atualmente é defensor público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília, e leciona as disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional no Curso de Graduação em Direito e no curso de Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - SP (UNIVEM). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados em Processo). Palestrante e professor convidado em cursos de pós-Graduação. Líder do Grupo de Pesquisa sobre Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Processo (AJUDPRO). Tem experiência profissional e acadêmica na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional, com ênfase no estudo do acesso à justiça.

³⁸² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP na modalidade Auxílio para Pagamento de Taxas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado.

O objetivo geral deste artigo se materializa na conclusão sobre o problema de pesquisa proposto, havendo-se, por objetivos específicos, a ilustração sobre o inventário no Código de Processo Civil de 1973 e as alterações ocorridas na vigência deste, o exame sobre as feições do inventário no Código de Processo Civil de 2015, dando-se enfoque às principais diferenças deste Código para o seu antecessor, e, por arremate, a apreciação de decisões sobre temas processuais importantes sobre o inventário no contemporâneo diploma processual civil.

A pesquisa se desenvolverá com base em procedimentos metodológicos consubstanciados na análise documental e bibliográfica, primando pela apreciação dos textos normativos sob a perspectiva da jurisprudência e de arranjos doutrinários. Com o estudo destes dados, persegue-se a finalidade de contribuir com o tema, sem qualquer pretensão de esgotá-lo.

Com relação ao caminho percorrido neste artigo, primeiramente, aborda-se as mudanças nos aspectos sucessórios ocorridas no Código de Processo Civil de 1973. Depois, trata-se dos aspectos sucessórios, em linhas gerais, no Código de Processo Civil de 2015, mostrando, em seguida, uma série de mudanças advindas por meio deste. Por fim, versa-se sobre importantes decisões no Superior Tribunal de Justiça acerca do inventário, chegando-se, ao fim, à uma conclusão sobre o tema proposto.

1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: MUDANÇAS NOS ASPECTOS SUCESSÓRIOS DURANTE A SUA ÉGIDE

Antes de olhar para o presente, é prudente observar o passado, razão pela qual antes de ingressar na análise dos institutos sucessórios no Código de Processo Civil de 2015, é imprescindível realizar um breve retrospecto do tratamento do tema no Código de Processo Civil de 1973, com as modificações que se sucederam durante as quatro décadas de sua vigência.

Ao analisar o Código de Processo Civil de 1973, percebe-se o cuidado que o legislador teve ao regulamentar o procedimento do inventário, de forma absolutamente minuciosa, ao destinar mais de 60 artigos (muitos deles com diversos parágrafos, incisos e alíneas) para regulamentar o tema.

Também não se pode ignorar que a redação originária do Código Buzaid sofreu diversas alterações ao longo dos anos, a primeira delas já em 1973, antes de sua entrada

em vigor, por intermédio da Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973, que, dentre outros inúmeros, modificou muitos dos artigos que regiam os aspectos processuais do direito sucessório.

Em 1996, sobreveio uma pequena modificação, com o advento da Lei nº 9.280, de 30 de maio de 1996. Mas foi com a Lei nº 11.441, de 2007, que se pôde perceber alteração substancial no tratamento dado à matéria, pois apontou no sentido da desjudicialização do inventário, permitindo o inventário mediante escritura pública, desde que não haja testamento ou filhos incapazes³⁸³. Tal diploma deu agilidade e simplificou o procedimento, além de prever a gratuidade para aqueles que não tenham condições de arcar com os emolumentos, apesar de exigir que as partes estejam assistidas por advogado ou defensor público.

A última modificação sofrida ainda na vigência do revogado Código ocorreu no ano de 2010, com alteração pontual realizada pela Lei nº 12.195, que modificou o artigo 990 do CPC/1973 tão-somente para assegurar que o convivente em união estável tenha direito de ser inventariante nas mesmas hipóteses em que o cônjuge.

A insatisfação com o Código gerou um debate que culminou com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, como se verá a seguir.

2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: LINHAS GERAIS

O Código de Processo Civil foi concebido a partir de anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, após diversas audiências públicas, pareceres e todos os trâmites legislativos. Teve o intuito deliberado de trazer celeridade ao julgamento dos processos³⁸⁴, enfatizar solução consensual de litígios (com ênfase na conciliação e mediação)³⁸⁵ e modificou o sistema recursal. Estabeleceu um modelo baseado em deveres de cooperação entre os sujeitos processuais, focado no contraditório substancial, indispensável mesmo diante de questões cognoscíveis de ofício. Inovou com a previsão da possibilidade de estabilização das tutelas de urgência.

³⁸³ Deve-se destacar, contudo, que a “novidade” já estava contemplada na redação originária do Código de Processo Civil de 1973, nos parágrafos do artigo 982, que foram revogados pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973, antes mesmo do início da vigência do Código (VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. V. 7. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84).

³⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 101-122.

³⁸⁵ SILVA, Erica Barbosa e; TARTUCE, Fernanda. Previsões sobre a via extrajudicial no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

Ampliou sistema de precedentes jurisprudenciais vinculantes³⁸⁶. Determinou que os processos sejam julgados conforme a ordem cronológica e especificou o dever de fundamentação dos juízes e Tribunais. Declarou guerra contra a chamada jurisprudência defensiva³⁸⁷.

Especificamente sobre o tema objeto do trabalho, a nova legislação codificada, em sua maior parte, mantém *ipsis literis* parte considerável da redação dos dispositivos que tratam do inventário, colação e partilha. Algumas modificações foram discretas, com o escopo principal de aperfeiçoar a redação do Código anterior, sem mudança substancial; outras alterações utilizaram uma técnica legislativa mais apurada, separando em parágrafos regras e exceções (situação que muitas vezes não se observa no CPC/1973); alguns prazos foram modificados³⁸⁸.

Também se vislumbra na novel legislação uma intenção de dar ao companheiro o mesmo *status* conferido ao cônjuge, pois a menção ao cônjuge supérstite traz sempre a reboque a menção também ao companheiro sobrevivente.

Por fim, algumas modificações foram substanciais e trarão consequências na disciplina do processo sucessório, circunstância que será discutida ao longo do trabalho.

Também não se pode perder de vista que a reprodução literal de dispositivos do Código anterior não significa que o instituto não tenha sofrido nenhuma modificação relevante, uma vez que não se pode interpretar um único dispositivo separadamente, ignorando o sistema processual de forma holística.

Conquanto o Código de Processo Civil de 2015 sofra críticas quanto ao comedimento em algumas mudanças, é inquestionável que a principiologia que inspirou o novo diploma tem impactos em todos os dispositivos e institutos. Em razão disto, é possível, por exemplo, que o dever de fundamentação, a exigência do prévio contraditório às questões cognoscíveis de ofício, os negócios jurídicos processuais, o

³⁸⁶ MORAES, Denise Maria Rodriguez. A uniformização da jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à Justiça: uma proposta do projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 220, p. 239-269, jun./2013. MÜLLER, Juilo Guilherme. O papel fundamental do Superior Tribunal de Justiça no contexto do Estado Democrático de Direito: reflexões a partir do interesse público de uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional. **Revista de Processo**, n. 238, p. 145, dez./2014.

³⁸⁷ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva. **Revista de Processo**, v. 233, p. 123-148, jul. 2014. MONTEIRO, André Luis. Duas providências do Projeto de Novo Código de Processo Civil par ao fim da chamada jurisprudência defensiva: uma evolução rumo ao pleno acesso à Justiça. **Revista de Processo**, n. 204, p. 263-280, fev./2012.

³⁸⁸ Não se pode perder de vista que a própria contagem dos prazos processuais foi alterada na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, que leva em conta apenas os dias úteis.

sistema de precedentes etc. possam gerar efeitos reflexos na sistemática do inventário, sob a égide do novo Código.

Não se pode olvidar, ainda, que a nova legislação deve ser interpretada conjuntamente com as normas previstas no direito civil, seja em razão do caráter instrumental do processo civil, seja porque o Código Civil também prevê inúmeras normas sobre o procedimento do inventário³⁸⁹.

3 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES DO CPC/2015 COM RELAÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES

Superadas as considerações gerais feitas acima, passa-se, portanto, à análise das principais alterações realizadas pelo novo Código de Processo Civil.

3.1 Jurisdição internacional

A primeira referência encontrada no Código de Processo Civil de 2015 quanto ao inventário está estampada em seu artigo 23, que trata da jurisdição internacional exclusiva brasileira.

O dispositivo corresponde ao artigo 89, do Código de Processo Civil de 1973, e têm em comum o reconhecimento da jurisdição exclusiva brasileira para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil (inciso I, dos artigos 89 do CPC/1973 e 23, do CPC/2015).

O artigo 89, inciso II, do CPC/1973 estabelece que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

No novo CPC, o artigo 23 tem redação semelhante, mas decompõe a regra em dois incisos, separando as questões sucessórias (que são ampliadas), daquelas relativas à separação e divórcio. Assim, estabelece que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha

³⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

domicílio fora do território nacional (inciso II) e 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 (inciso III).

Como descreve Fredie Didier Jr., são situações em que a sentença estrangeira nada representa, não há como produzir efeito em território nacional, não havendo maneira, igualmente, de ser homologada no Brasil, sendo que, não cabe foro de eleição internacional com o intento de alterar as regras de competência internacional exclusiva³⁹⁰.

Desta forma, enquanto o Código de 1973 fazia referência pura e simplesmente à partilha de bens situados em território nacional, o Código de 2015 especifica que tal partilha se refere ao divórcio, separação judicial ou dissolução da união estável (além, evidentemente, do inventário e partilha, em matéria sucessória, prevista expressamente no inciso II).

Ademais, não havia referência à confirmação de testamento particular, que agora é reconhecida dentre as causas de jurisdição internacional exclusiva do Brasil (art. 23, inciso II, do novo CPC).

3.2. Competência

No que diz respeito à competência para proceder ao inventário, as regras do CPC/1973 geravam certa perplexidade da doutrina. A regra geral, que não demanda maiores problemas, foi mantida: domicílio do autor da herança no Brasil. No CPC/1973, caso não possuísse domicílio certo, a competência se daria pela situação dos bens – não especificava a natureza dos bens; se tivesse bem em mais de um lugar, prevalecia o local do óbito (a doutrina e jurisprudência já interpretavam que o local do óbito somente teria sentido se também ali tivesse bens). No novo CPC, quando o autor da herança não tem domicílio certo, a competência será o foro da situação de seus bens imóveis; quando houver bens imóveis em mais de um foro, em qualquer deles (foros concorrentes); por fim, se não houver bens imóveis, no foro onde se localizar qualquer bem do espólio. Passa a ser irrelevante o local do óbito.

³⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 22. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 267.

3.3. Aspectos gerais

O prazo para a abertura do inventário³⁹¹ sofreu ligeira modificação: enquanto no CPC/1973 o prazo era de 60 (sessenta) dias, no CPC/2015, o prazo é de 2 meses, a contar da abertura da sucessão. Mais uma vez, rememore-se a mudança da forma de contagem dos prazos processuais, que acarreta diferença considerável na contagem dos prazos em dias e em meses.

No que diz respeito às questões que são objeto de apreciação no âmbito do inventário, o novo Código aboliu a expressão “alta indagação”, prevista no artigo 984, do seu antecessor. Ao tratar da questão, Arruda Alvim preleciona que o processo de inventário é de cognição restrita, de modo que não admite a decisão a respeito de questões de “alta indagação”, tais como o incidente de falsidade documental em processo de inventário³⁹². A mesma linha é até os dias atuais seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que:

o procedimento instaurado no inventário não comporta dilação probatória, haja vista o princípio da celeridade que deve nortear o seu processamento, a fim de não procrastinar o seu termo final, para que situações jurídicas provisórias e, por muitas vezes conflituosas, não perdurem indefinidamente no retardo de providências que podem ser agilizadas³⁹³.

De tal modo, fica mais do que evidente que a questão do cabimento ou não da discussão em sede de inventário diz respeito à forma da prova documental: no inventário só serão decididas as questões de direito relativas a fatos relevantes provados por documento, as demais devem ser remetidas às vias ordinárias (art. 612, novo CPC).

³⁹¹ “É de tal interesse em acabar com o estado de comunhão que há prazo para a instauração de inventário. O prazo é estipulado no interesse do fisco, dos credores e de outros possíveis interessados, para impedir que os herdeiros desviem bens do espólio ou os utilizem até sua deterioração” (DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 538).

³⁹² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Incidente de falsidade ideológica em processo de inventário. *Revista de Processo*, v. 16. out.-dez./1979, p. 201-213.

³⁹³ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.111.301/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 08.10.2013.

3.4. Procedimento

No que diz respeito à legitimidade, o novo Código inseriu o companheiro ao lado do cônjuge supérstite como legitimado concorrente para propor a ação de inventário (art. 616). É certo, porém, que a jurisprudência pátria já admitia pacificamente tal hipótese³⁹⁴.

Por fim, a regra do artigo 989, do CPC/1973, que previa hipótese de instauração de inventário de ofício (art. 989, do CPC/1973) não encontra correspondente no novo CPC, razão pela qual é licencioso concluir que a revelha menção à hipótese como exceção ao princípio da inércia da jurisdição não mais subsistirá no novo sistema. A justificativa da supressão desta hipótese reside na concepção de que o inventário envolve interesses substancialmente patrimoniais, não havendo imperativo de ordem pública que justifique a mitigação do princípio da inércia da jurisdição nesses casos³⁹⁵.

Quanto à nomeação de inventariante, houve a inclusão da possibilidade de o herdeiro menor ser nomeado como inventariante, por meio de seu representante legal (art. 617, IV)³⁹⁶. Além disso, foi também incluído no rol de possíveis inventariantes o cessionário do herdeiro ou legatário (art. 617, VI). Permitiu também que as primeiras declarações sejam prestadas por meio de procurador com poderes específicos (art. 617, parágrafo 2º). Passou a prever expressamente que a remoção do inventariante pode ocorrer de ofício ou mediante requerimento (artigo 622, caput)³⁹⁷, além de prever multa de até três por cento do valor dos bens inventariados, no caso de remoção do inventariante. A possibilidade de imposição multa ao inventariante removido, equiparada às *astreintes*, pode ser compreendida como desdobramento do princípio da cooperação, que não é exclusivo das partes³⁹⁸. Cassio Scarpinella sugere que a multa só é aplicável diante da não entrega dos bens³⁹⁹. Flavio Tartuce sustenta que a multa pode ser reduzida equitativamente em caso de excessos, por aplicação do disposto no artigo 413, do Código Civil. Todavia, ousa-se a divergir da opinião do autor, uma vez que a

³⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 486. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 969.

³⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 488.

³⁹⁶ A hipótese não era contemplada pela lei, razão pela qual havia resistência da jurisprudência a admitir esta hipótese – vide: STJ. 3ª Turma. REsp 658.831/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2005).

³⁹⁷ O Código de 1973 não prevê a possibilidade de remoção de ofício pelo Magistrado, mas a hipótese encontra previsão na jurisprudência – vide: STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.114.096/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.06.2009.

³⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 976.

³⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil: anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 405.

multa imposta tem natureza processual e não encontra patamar mínimo previsto na lei (a lei prevê tão-somente o teto), ao passo que o dispositivo invocado tem natureza e finalidades diversas.

Quanto às primeiras declarações, as modificações foram: inclusão do companheiro dentre as pessoas a serem citadas (o cônjuge ou o companheiro, os herdeiros e os legatários serão citados pelo correio⁴⁰⁰) – artigo 626, *caput* e parágrafo 1º⁴⁰¹. De forma geral, é possível observar a tentativa de simplificação da redação dos dispositivos neste particular. Houve, ainda, a inclusão da sonegação de bens como dever de manifestação das partes (antes, o Código só previa os casos de erros e omissões, não havendo menção expressa à hipótese de sonegação, que evidentemente já se encontrava englobada dentre os erros e as omissões) – art. 627, inciso I, *in fine*. Por derradeiro, modificou o prazo para oitiva das partes e da Fazenda (quanto ao valor dos bens de raiz)⁴⁰² e substituiu a expressão questão de “alta indagação” por questão que “dependa de provas que não a documental”⁴⁰³.

Quanto à avaliação dos bens, houve a supressão de duas regras: aquela que previa o pagamento de despesas pelo herdeiro que requerer, durante a avaliação, a presença do juiz e do escrivão; a regra que determinava que o juiz mandasse repetir a avaliação em determinadas situações.

Pertinente à colação, a única modificação foi a possibilidade de manifestação por petição (o CPC/1973 só mencionava por termo nos autos).

⁴⁰⁰ Trata-se de inovação do novo CPC, pois independente do local em que residam, devem ser citados pelo Correio, deixando a citação por edital somente para interessados incertos e desconhecidos (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 977).

⁴⁰¹ Neste particular, é de se destacar que se trata de litisconsórcio necessário por disposição legal expressa, e não decorre da unitariedade (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 977).

⁴⁰² Trata-se de prazo impróprio, cujo descumprimento não acarreta qualquer consequência jurídica (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 980).

⁴⁰³ “Percebe-se que, diferentemente do CPC/73 que prevê o conceito de ‘alta indagação’, o NCPC fugiu, nesse ponto, do conceito aberto, deixando claro que via ordinária deve ficar reservada para a hipótese de necessidade de instrução probatória não pertinente ao feito de inventário. Sendo matéria de apuração documental, a questão deve ser resolvida nos próprios autos de inventário, porém se demandar outros tipos de prova, será desviada para ‘as vias ordinárias’, ou seja, para uma ação própria” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 978).

3.5. Partilha

É na regulamentação da partilha que se podem encontrar algumas modificações mais substanciais. Inicialmente, o Código de 2015 permite o uso e a fruição antecipada de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, este bem integra a cota desse herdeiro, cabendo a ele todos os ônus e bônus decorrentes do exercício do direito de usar e de fruir. A inovação foi inserida no Projeto do Senado Federal e manteve-se íntegra durante todo o *iter* legislativo⁴⁰⁴.

Ademais, estabelece como regras da partilha: I – máxima igualdade quanto ao valor, natureza e qualidade dos bens; II – prevenção de litígios futuros; III – máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso.

Ora, como se sabe, o condomínio formado pelo caráter indivisível da herança até o momento da partilha, bem como aquele que decorre da própria partilha, é fonte potencial de litígios, de modo que uma partilha adequada deve ter em vista a pacificação social sem desprezar a máxima igualdade entre os bens partilhados, a fim de não incorrer em injustiças e ferir de morte o princípio da isonomia.

Sobre as duas primeiras regras apontadas, são de suma importância para a efetivação dos escopos jurídicos e sociais do processo⁴⁰⁵, não parece haver hierarquia entre elas, devendo ser ponderadas e compatibilizadas à luz das particularidades de cada caso concreto; já no que diz respeito à última, a redação do Código ao contrário da terceira regra, somente aplicável a determinados casos⁴⁰⁶.

No artigo 649, o Código inovou ao permitir que os bens insuscetíveis de divisão cômoda que não couberem na parte do cônjuge ou companheiro supérstite ou no quinhão de um só herdeiro, serão licitados entre os interessados ou vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, salvo se houver acordo para que sejam adjudicados a todos. É dizer, o novo diploma prevê uma forma uma junção em um único procedimento o inventário e a alienação de coisa comum.

⁴⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**: anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 414.

⁴⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 993.

Também prevê a reserva do quinhão do nascituro em poder do inventariante até o nascimento, bem como que a dívida com a Fazenda Pública não impede o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido (art. 654).

A este respeito, interessante colacionar o Enunciado n. 71, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “poderá ser dispensada a garantia mencionada no parágrafo único do art. 669, para efeito de julgamento da partilha, se a parte hipossuficiente não puder oferecê-la, aplicando-se por analogia o art. 301, §1º [art. 654, parágrafo único, e art. 301, do novo CPC, respectivamente]” (redação revista no III FPPC-Rio)⁴⁰⁷.

O atual Código também ampliou a utilidade do arrolamento (arts. 659 a 666), no caso de “partilha amigável”, ou seja, existindo acordo entre todas as partes capazes, é realizada de forma mais simples, célere e concentrada⁴⁰⁸. Todavia, ainda que haja interessado incapaz, o artigo 665 permite que o inventário seja processado na forma de arrolamento, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público, hipótese até então inexistente no sistema processual. Ademais, aboliu a restrição do arrolamento comum quanto ao valor em OTN (Obrigações do Tesouro Nacional) – artigo 1036, do CPC/73 – em razão da inviabilidade (ou extrema dificuldade) de sua aplicação prática, substituindo-o pelo valor de até 1.000 (mil) salários mínimos, o que permitirá maior efetividade prática⁴⁰⁹.

Outra novidade de interesse pragmático está na ampliação das hipóteses de cumulação de inventários, desde que haja identidade entre as pessoas entre as quais devam ser repartidos os bens, ou heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros ou, ainda, no caso de dependência de uma das partilhas em relação à outra. Assim, a medida visa atender ao imperativo da economia processual, “gerando ganho de tempo com o menor dispêndio de esforços financeiros e processuais possíveis”⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**: anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 417.

⁴⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1002.

⁴⁰⁹ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 526/527.

⁴¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1008.

3.6. Inventário extrajudicial

O novo Código também prevê o inventário por meio de escritura pública lavrada pelo Tabelião⁴¹¹ (art. 610, do novo CPC⁴¹²). Neste particular manteve, em linhas gerais o tratamento dado ao inventário extrajudicial pela Lei n. 11.441/2007, que modificou dispositivos do CPC/73. Exige que o inventário seja realizado judicialmente quando houver testamento ou interessado incapaz (art. 610, *caput*); a *contrario sensu* e como supedâneo lógico, também haverá de ser realizado judicialmente o inventário em que as partes não estejam concordes (art. 610, §1º). Determina, ainda, que as partes estejam assistidas por advogado ou defensor público no ato notarial (art. 610, §2º). Desta forma, o texto principal manteve as linhas dadas pela Lei n. 11.441/2007. Também reproduziu a previsão de que a escritura tem eficácia de constituir título hábil para o registro imobiliário, mas acrescentou também sua eficácia para constituir documento hábil “para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras” (art. 610, §1º, do CPC/2015), evitando que as partes que disponham de escritura pública necessitem buscar alvarás perante o Poder Judiciário.

Mas esta não é a única diferença do novo texto. Cotejando-se os dispositivos, percebe-se que houve a supressão do dispositivo que previa a gratuidade da escritura e demais atos notariais àqueles que se declararem pobres (art. 982, §2º, do CPC, sem correspondência no CPC/2015). O assunto foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução n. 35/2007, que reconheceu categoricamente a gratuidade para as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais (art. 6º), bem como que preconiza que para a obtenção da gratuidade, bastava a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que estejam assistidas por advogado constituído (art. 7º).

Portanto, diante da ausência de previsão de expressa da gratuidade ao inventário extrajudicial, a questão que surge é se permanece ou não vigente no sistema a possibilidade de isenção para aqueles que se declararem pobres.

⁴¹¹ Há, ainda, quem sustente que Autoridade Consular também possa realizar inventário extrajudicial, sendo eficaz a partilha quanto aos bens situados no Brasil (respeito à Soberania do país estrangeiro). Neste sentido: CAHALI, Francisco José. Inventário, partilha, separação e divórcio consular: análise primeira de sua viabilidade à luz da Lei 11.441/2007.

⁴¹² Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Primeiramente, deve-se esclarecer que, ao elencar o que se compreende na gratuidade da justiça, não há qualquer menção aos procedimentos extrajudiciais, mas tão somente 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” (art. 98, §1º, inciso IX, do novo CPC), o que não parece ser aplicável aos procedimentos extrajudiciais, tais como o inventário por escritura pública. Todavia, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que é possível dar interpretação ampla à hipótese deste inciso, para o fim de albergar também os procedimentos extrajudiciais⁴¹³.

Flávio Tartuce critica a falta da previsão, dizendo que em razão dos altos custos para a maioria da população brasileira, às pessoas sem condições econômicas restaria somente o caminho do inventário judicial, o que contrariaria o espírito da nova codificação, que adota a “*agilização* e a *desjudicialização* como motes principiológicos”⁴¹⁴. O autor segue sustentando que a norma do artigo 982, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil de 1973, continuaria em vigor, em razão do disposto no artigo 1.046 do novo Código de Processo Civil, que estabelece em seu *caput* a revogação da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973), mas em seu parágrafo 2º, dispõe que “permanecem em vigor disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”, de modo que a gratuidade dos procedimentos extrajudiciais seguiria vigente, uma vez que foi introduzida por lei especial (Lei n. 11.441/2007). Assevera, ainda, que a gratuidade de justiça para os atos extrajudiciais decorre da tutela da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988) e da solidariedade social (art. 3º, inciso I, da mesma Constituição), além de haver menção expressa à gratuidade no artigo 5º, inciso LXXIV, da mesma Carta Maior, que garante a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos⁴¹⁵.

Além da supressão, o legislador perdeu a chance de afastar a obrigatoriedade da via judicial tão-somente pela existência de testamento. A doutrina já criticava tal exigência⁴¹⁶ e o assunto culminou na aprovação de enunciado⁴¹⁷ do Colégio Notarial do

⁴¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**: anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399.

⁴¹⁴ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 371-372.

⁴¹⁵ Idem, p. 372.

⁴¹⁶ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Brasil, no XIX Congresso Brasileiro. Entretanto, a exigência foi mantida no texto do Código de 2015, de modo que não se acredita que o panorama será alterado com o advento da nova Lei.

Existem outras modificações que podem ser observadas na sistemática dos dois Códigos, entretanto, o trabalho procurou enfrentar as principais discussões, sobretudo aquelas que trouxeram impactos na prática e na ciência jurídica.

4 IMPORTANTES DECISÕES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO INVENTÁRIO: UM OLHAR À INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS MODIFICAÇÕES

Para que se tenha um estudo sobre o tema nestes primeiros anos do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a exposição de algumas importantes decisões prolatas pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre os aspectos processuais relacionados ao procedimento especial de inventário.

Primeiramente, demonstra-se o Recurso Especial Nº 1.736.285 – MT, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, reconhecendo-se que, os incisos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, aplicam-se, tão somente à fase de conhecimento, pois, como orienta o próprio artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015, o regime de preclusões se limita à fase conhecimento⁴¹⁸. Seria nítido, igualmente, que o parágrafo único do artigo 1.015 excepciona a regra geral adotada no caput e nos incisos, havendo um regime diferenciado às fases subsequentes à cognição propriamente dita, ou seja, para a liquidação e cumprimento de sentença, o processo executivo, bem como para procedimentos especiais, como o inventário.

Deste modo, é de se concluir que, pela imperatividade das decisões exaradas nestes casos, deverá se aplicar uma regra distinta da indicada para a fase de conhecimento, “de modo que caberá agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas na liquidação e no cumprimento de sentença, no processo executivo e na ação de inventário”⁴¹⁹. Câmara também preleciona que cabe o agravo de

⁴¹⁷ “É possível o inventário extrajudicial ainda que haja testamento, desde que previamente registrado em Juízo ou homologado posteriormente perante o Juízo competente” (Enunciado n. 1, aprovado no XIX Congresso Notarial Brasileiro realizado no mês de maio de 2014, na Bahia – disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NDMwOA==>; acesso em 01.12.2015).

⁴¹⁸ REsp 1736285/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019

⁴¹⁹ REsp 1736285/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019.

instrumento contra qualquer decisão proferida nas fases de que trata o artigo 1.015, parágrafo único⁴²⁰. Neves dita, igualmente, que o referido dispositivo normativo não deixa margem para dúvidas de que cabe o recurso de agravo de instrumento de toda decisão interlocutória proferida na execução, liquidação e inventário.⁴²¹

Outra importante decisão acerca do inventário no Código de Processo Civil de 2015, é o reconhecimento do autorregramento da vontade das partes, quando, mesmo havendo um testamento, desde que homologado judicialmente e os herdeiros sejam capazes, poderá ser feita a partilha pela via extrajudicial.

Isto se verifica no Recurso Especial nº 1.808.767 – RJ, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão. O relator destaca que, com o novo Código de Processo Civil, consignou-se valiosos mecanismos de pacificação social, incluindo-se meios extrajudiciais, favorecendo a saída da judicialização da contenda⁴²².

Estando os herdeiros de plena concordância quanto à destinação dos bens, não haverá necessidade de se ir ao judiciário para realizar o inventário, podendo esse ser formalizado pela via extrajudicial⁴²³. O relator ainda preleciona que, obstar a realização do inventário e partilha por intermédio escritura pública, nestes casos desnecessários, estar-se-ia atentando contra os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da razoável duração processo⁴²⁴.

Outro tema a se destacar, por sua divergência no Superior Tribunal de Justiça, é o da obrigatoriedade, ou não, de recolhimento dos tributos devidos para a homologação da partilha ou adjudicação.

Na vigência do diploma processual revogado de 1973, como descreve Neves (2019, p. 1155-1156), o Superior Tribunal de Justiça tinha o entendimento de que a comprovação do adimplemento de todos os tributos somente condicionava a expedição do formal de partilha, englobando também, os respectivos alvarás, mas não a tramitação do arrolamento samário, o que significa dizer, por consequência, que a imperiosidade de comprovação pela Fazenda de pagamento todos os tributos somente seria necessária

⁴²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 525.

⁴²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1822.

⁴²² REsp 1808767/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 03/12/2019.

⁴²³ REsp 1808767/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 03/12/2019.

⁴²⁴ REsp 1808767/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 03/12/2019.

após o trânsito em julgado da sentença de homologação, para que fosse expedido o formal de partilha⁴²⁵.

Já no Código de Processo Civil, pelo artigo 659, § 3º, a Fazenda será intimada após transitada em julgado da sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, ou mesmo após a lavratura do formal de partilha ou carta de adjudicação. Apesar da disposição normativa textualmente prescrever, aparentemente, que a sentença de homologação não depende da comprovação dos débitos tributários incidentes, há certa divergência no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Cita-se dois exemplos da divergência.

No Recurso Especial 1.704.359-DF, de relatoria do Min. Gurgel de Faria, por maioria, a Primeira Turma decidiu que, apesar de ser desnecessária, para fins de homologação da sentença e expedição dos formais de partilha ou da carta de adjudicação, o prévio pagamento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* (ITCM), deverá o magistrado, no arrolamento sumário, exigir a comprovação da quitação dos tributos que tangem ao bens do espólio e suas rendas, para que, deste modo, homologue a partilha, como condição prevista no § 5º do artigo 664 do Código de Processo Civil⁴²⁶. Isto pois, a regra do artigo 659, § 2º, a despeito de ser uma inovação, não altera o previsto no artigo 192 do Código Tributário Nacional, devendo os dispositivos serem interpretados conjuntamente⁴²⁷.

No entanto, a Segunda Turma decidiu, no Recurso Especial 1.751.332-DF, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, por unanimidade, de igual forma ao julgado passado, que a homologação da partilha no procedimento do arrolamento sumário não pressupõe o atendimento das obrigações tributárias principais e tampouco acessórias relativas ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis*, mas foi além. Na interpretação aplicada, entendeu-se que, no “caso de arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada de plano pelo juiz e, transitada em julgado a sentença, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e rendas por ele abrangidos” e, somente depois, “será o Fisco intimado para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de

⁴²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1155-1156.

⁴²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência**. Brasília, 26 de outubro de 2018, Número 634. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0634.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁴²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência**. Brasília, 26 de outubro de 2018, Número 634. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0634.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

outros tributos, porventura incidentes”⁴²⁸. Verifica-se que, ao englobar outros tributos, está-se a dizer que prescinde, de igual forma ao ITCMD, a comprovação de recolhimento de tributos atinentes aos bens do espólio e suas rendas, sendo relegadas tais obrigações para o momento posterior à homologação da sentença.

Destes primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015 no Superior Tribunal de Justiça, verifica uma atuação no sentido de lapidação da interpretação a ser realizada nos casos concretos. De forma que, o Superior Tribunal de Justiça é uma Corte de Precedentes, no sentido de que a ela cabe uniformizar a aplicação do direito nas matérias federais, sua atuação é precisa neste objetivo, devendo, contudo, padronizar o entendimento acerca da necessidade, ou não, de comprovação de recolhimento dos tributos que tangem aos bens do espólio e suas rendas para a homologação da sentença, defronte a imperiosidade de segurança jurídica aos jurisdicionados.

⁴²⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência**. Brasília, 23 de novembro de 2018, Número 636. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0636.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 manteve, em grande medida, o tratamento legal do inventário e dos aspectos processuais das relações sucessórias. Existem alterações que são dignas de aplausos, outras que não acarretam qualquer alteração substancial, mas também existem aquelas que podem ser classificadas como retrocesso. Em outras situações, o Legislador pecou por não aproveitar a oportunidade de avançar ou aperfeiçoar o sistema em alguns pontos específicos.

A grande verdade é que não havia interesse em modificar o tratamento do inventário, que, como visto, é minuciosamente regulado pelo Legislador, talvez por apego a algumas tradições, talvez pela crença de que o instrumento já apresenta resposta satisfatória às demandas a que se destina resolver.

Seja qual for a justificativa, o fato inegável é que não houve mudança estrutural intencional neste ponto, o que talvez justifique o relativamente pequeno interesse dos autores que têm se debruçado sobre o novo Código de Processo Civil no que diz respeito aos aspectos do inventário.

Quanto à jurisdição internacional, houve aprimoramento da redação e inclusão da homologação de testamento particular como hipótese de jurisdição exclusiva brasileira. A competência para a ação de inventário também manteve a regra geral, mas foi mais precisa no que diz respeito às exceções.

O Código em vigor suprimiu a previsão da clausula aberta “questões de alta indagação”, preferindo conceito mais determinado, ou seja: no inventário somente se pode conhecer de questões que estejam comprovadas documentalmente. A questão, portanto, é de limitação da cognição, em razão dos meios probatórios.

Também é possível vislumbrar a preocupação do Legislador em equiparar o companheiro ao cônjuge, e, assim, dar o mesmo tratamento ao casamento e à união estável. Neste afã, o companheiro supérstite também tem legitimidade para propor a ação de inventário, erigindo à lei entendimento já consolidado pela doutrina e jurisprudência.

Foi abolida também a hipótese de inventário de ofício, diante do entendimento de que a prevalência de interesses patrimoniais não permite a mitigação do princípio da inércia da jurisdição.

A citação do cônjuge, companheiro, dos herdeiros e dos legatários deve ser feita pelo correio, independentemente do local do domicílio, deixando a citação por edital somente para interessados incertos e desconhecidos.

No que diz respeito à partilha, observa-se preocupação do Legislador com os escopos sociais e jurídicos do processo, pois objetivo declarado é de buscar a máxima igualdade quanto ao valor, natureza e qualidade dos bens, ao mesmo tempo em que se deseja prevenir futuros litígios, ínsitos ao condomínio *pro indiviso*.

A nova legislação também ampliou a utilidade do arrolamento, permitindo a sua forma sumária (conquanto tenha abandonado o uso do termo) mesmo que exista interesses de incapazes, desde que haja consentimento de todos e do Ministério Público. Quanto ao arrolamento comum, substituiu o parâmetro valorativo em OTN, pelo valor em salários mínimos, a fim de dar maior aplicação prática ao procedimento. Ademais, ampliou as hipóteses de cumulação de inventários, com a finalidade de economia processual.

Também manteve em boa medida a regulamentação do inventário por meio de escritura pública, acrescentando que esta constitui documento hábil para qualquer registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

As críticas neste ponto residem na manutenção da exigência de inventário judicial diante da existência de testamento, bem como na supressão do dispositivo que previa a gratuidade àqueles que se declarassem pobres. No primeiro caso, o Legislador perdeu a oportunidade de permitir a via extrajudicial depois de homologado ou registrado judicialmente o testamento, o que enseja críticas por parte da doutrina. Em acertada decisão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu esta possibilidade, de maneira a se privilegiar a autorregulação da vontade das partes, prezando pela redução do uso do Judiciário neste ponto. No último, a supressão pode significar uma vedação à via extrajudicial a significativa parcela da população, que não pode arcar com os emolumentos e, portanto, se verá obrigada a se socorrer do Poder Judiciário. Tal

situação não condiz com o espírito que guiou a elaboração do Código, sempre preocupada com a solução extrajudicial de conflitos. É possível, contudo, sustentar que a gratuidade continua vigente, como decorrência dos princípios constitucionais.

Realçando-se as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, além da já citada acima, confere-se uma preocupação em dar unicidade ao direito, quando preleciona que todas as decisões interlocutórias prolatadas no procedimento de inventário são agraváveis, excepcionando a regra do artigo 1.015. Contrariamente à esta unificação devida, quando se está diante da questão acerca de ser imprescindível ou prescindível o recolhimento dos tributos devidos para a homologação da partilha ou adjudicação no arrolamento sumário, mais precisamente quanto aos tributos atinentes às rendas e bens do espólio, nota-se uma dissonância de entendimentos entre a Primeira Turma e a Segunda Turma, fazendo-se indispensável, para que se tenha maior apreço à segurança-jurídica, que se tenha a pacificação do entendimento acerca do assunto.

Como se buscou demonstrar, algumas modificações são tímidas e existem pontos que são dignos de crítica, mas de uma forma geral, traz-se a lume um Código aperfeiçoado em sua redação e técnica legislativa, que carrega em seu bojo inovações interessantes que, direta ou indiretamente, podem render frutos na vida prática dos jurisdicionados e operadores do Direito. De igual forma, pode-se dizer que o Superior Tribunal de Justiça decidiu de maneira a prezar por um melhor desenvolvimento do processo concernente aos procedimentos de inventário, com exceção ao julgamento acerca da obrigação, ou não, de recolhimento, dos tributos que tocam os bens do espólio e suas rendas, no arrolamento sumário.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Incidente de falsidade ideológica em processo de inventário. **Revista de Processo**, v. 16. out.-dez./1979, p. 201-213.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.736.285 – MT. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE NULIDADE DAS INTIMAÇÕES OCORRIDAS APÓS A PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. CABIMENTO DO RECURSO EM FACE DE TODAS AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, EXECUÇÃO E INVENTÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DO CONTEÚDO DA DECISÃO. INCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015. LIMITAÇÃO AO CABIMENTO DO RECURSO, PREVISTA NO ART. 1.015, CAPUT E INCISOS, QUE SOMENTE SE APLICA ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NA FASE DE CONHECIMENTO.** Recorrente: Associação de Poupança e Empréstimo Poupex. Recorrido: Francisca Amelia Alves. Relatora Min. Nancy Andrighi, 21 de maio de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800910212&dt_publicacao=24/05/2019. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.808.767 – RJ. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS INTERESSADOS SEJAM MAIORES, CAPAZES E CONCORDES, DEVIDAMENTE ACOMPANHADOS DE SEUS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DOS ENUNCIADOS 600 DA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF; 77 DA I JORNADA SOBRE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS; 51 DA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CJF; E 16 DO IBDFAM.** Recorrente: Samuel Cukierman; Mauro Cukierman; Rogerio Cukierman. Recorrido: Não indicado. Relator Min. Luis Felipe Salomão, 15 de outubro de 2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901146094&dt_publicacao=03/12/2019. Acesso em: 10 nov. 2020.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo Código de Processo Civil**: comparados e anotados. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 101-122.

CAHALI, Francisco José. **Inventário, partilha, separação e divórcio consular**: análise primeira de sua viabilidade à luz da Lei 11.441/2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O esforço do projeto de Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva. **Revista de Processo**, v. 233, p. 123-148, jul. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 22. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

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

MONTEIRO, André Luis. Duas providências do Projeto de Novo Código de Processo Civil par ao fim da chamada jurisprudência defensiva: uma evolução rumo ao pleno acesso à Justiça. **Revista de Processo**, n. 204, p. 263-280, fev./2012.

MORAES, Denise Maria Rodriguez. A uniformização da jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à Justiça: uma proposta do projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 220, p. 239-269, jun./2013.

MÜLLER, Juilo Guilherme. O papel fundamental do Superior Tribunal de Justiça no contexto do Estado Democrático de Direito: reflexões a partir do interesse público de uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional. **Revista de Processo**, n. 238, p. 145, dez./2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado** – 4. Ed. ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas**. São Paulo: Método, 2015.

SILVA, Erica Barbosa e; TARTUCE, Fernanda. Previsões sobre a via extrajudicial no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência**. Brasília, 1º de fevereiro de 2019, Número 639. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0639.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência**. Brasília, 26 de outubro de 2018, Número 634. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0634.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência**. Brasília, 23 de novembro de 2018, Número 636. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0636.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

Atividades Extrajudiciais Antes Delegadas ao Poder Judiciário: Breves Comentários em Confronto com as Iniciativas de Desjudicialização da Execução Civil

Daniel Penteado de Castro⁴²⁹

1. Desjudicialização da Execução e crise da justiça

Não são de hoje os reclamos ligados a crise do Poder Judiciário, senão as queixas voltadas a lentidão na prestação da tutela jurisdicional.

A reivindicação pela entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável (com fundamento tanto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88⁴³⁰, na qualidade de cláusula pétrea e, no plano infraconstitucional, erigida a qualidade de norma fundamental do processo civil, art. 6º, do CPC⁴³¹) atingem escala multissecular e global⁴³² e a questão se coloca além da busca de reformas no sistema processual. Fatores materiais, como a escassez de juízes para atender ao volume vertiginoso de demandas, a morosidade operacional trazida pelo tempo fisiológico do processo, como a atuação de petições, expedição de ofícios, cumprimento de ordens judiciais pelos serventuários da justiça, intimação de ordens judiciais etc., também contribuem para a lentidão da prestação da tutela jurisdicional.⁴³³ Logo, a presença de fatores exógenos⁴³⁴ e endógenos⁴³⁵ ao processo contribuem para a lentidão da justiça.

⁴²⁹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Especialista em Direito dos Contratos pelo IICS/CEU. Professor dos cursos de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil na Escola Paulista de Direito - EPD, na Escola Superior da Advocacia – ESA e na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro-Conselheiro do Centro de Estudos Avançados em Processo. Advogado.

⁴³⁰ “Art. 5º.

(...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴³¹ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

⁴³² MOREIRA, José Carlos Barbosa, O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria, in *Temas de direito processual*: nona série, p. 369-370. Narra o autor que no início do século XIV, as reiteradas queixas sobre a lentidão do processo canônico levaram o Papa Clemente V a criar, pela bula conhecida por *Clementina Saepe*, o rito simplificado, sem muitas formalidades, considerado por historiadores do direito como um dos antecedentes dos atuais procedimentos sumários ou sumaríssimos. Ainda assim, passados alguns séculos, o mesmo problema voltou a assombrar a sociedade e NICOLÒ TROCKER (*Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 272) narra que em 1885 inúmeras críticas restaram formuladas por conta da lentidão da entrega da tutela jurisdicional, de modo que no 26º Congresso de Juristas Alemães (1902) se cogitava em verdadeira bancarrota da Justiça como consequência fatal da crescente duração dos processos, tema que voltou a assombrar o 31º Congresso em 1912, a amparar inúmeras reformas operadas em 1924 e 1933 no estatuto processual alemão. Embora o tema seja objeto de constantes estudos e tentativas de aprimoramento do sistema, os resultados atingidos nunca foram satisfatórios.

⁴³³ Em 1982, FRITZ BAUR (O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 191, jul./set. 1982) também identificava como fatores de morosidade a sobrecarga dos tribunais em razão do crescimento do número de processos, a insuficiência de recursos técnicos e humanos nos tribunais e, em último lugar, a exploração insuficiente dos meios de aceleração fornecidos pela lei..

Inexiste uma “fórmula mágica” ou “abracadabra” que seja apta a pôr fim definitivo ao problema, mas sim a defesa de inúmeras frentes, que são disseminadas para imprimir efetividade à prestação da tutela jurisdicional.⁴³⁶

Dentre tais frentes se encontra presente não só reformas endoprocessuais destinadas ao aprimoramento do sistema, o investimento no aperfeiçoamento da estrutura do Poder Judiciário, assim como a adoção de meios alternativos de resolução de solução de conflitos⁴³⁷, a exemplo da arbitragem, amplamente aceita e posta como uma realidade recorrente.

Em especial ao campo da execução, o relatório “Justiça em Números 2019”, publicado pelo site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ - revela que:

⁴³⁴ A título de elucidação, o déficit de juízes por número de habitantes e o tempo excessivamente consumido para a mera distribuição de um recurso de apelação demandam medidas destinadas a aumentar o contingente de funcionários públicos e providências que tenham por objetivo imprimir mais eficiência, no âmbito do aparelhamento estatal. Assiste razão a KAZUO WATANABE (*Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150), ao asseverar que de nada valerá a modernização e a renovação do processo comum acaso se perca de vista a preocupação voltada a atribuir ao Judiciário recursos financeiros para viabilizar a infraestrutura material e de pessoal, para que seja dado o apoio necessário.

⁴³⁵ Os fatores endógenos que conduzem ao aumento da morosidade até efetiva entrega da tutela jurisdicional são atacados por constantes reformas no bojo do CPC/73 e que em significativa parcela vieram a ser aprimoradas daquele diploma e do CPC/2015, a exemplo das últimas reformas que, em certa medida, se destinaram a proporcionar maior celeridade no procedimento ou na entrega da tutela jurisdicional: (i) a introdução da antecipação da tutela no seio do procedimento comum (Lei n. 8.952/94 – art. 273 do CPC/73 – art. 300 do CPC/2015); (ii) seguida de modificação para regulamentar a antecipação da tutela de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa (Lei n. 10.444/2002 – arts. 461 e 461-A do CPC/73 – arts. 497 e 498 do CPC/2015); (iii) a introdução do chamado “processo sincrético” ou execução *sine intervallo* após o advento da Lei n. 11.232/2005; (iv) a introdução da chamada súmula impeditiva de recursos (Lei n. 11.276/2006 – art. 518, § 1º, do CPC/73 – sem correspondência no CPC/2015, dado que o duplo exame de admissibilidade do recurso de apelação foi abolido no novel código), destinada a impedir o recebimento da apelação quando a sentença estiver fundada em súmula do STJ ou STF; (v) a introdução do artigo 285-A do CPC/73 (Lei n. 11.277/2006) – art. 332 do CPC/2015, a autorizar a improcedência *prima facie* da demanda; (vi) a reforma do processo de execução de título executivo extrajudicial (Lei n. 11.382/2006); (vii) a introdução da repercussão geral do recurso extraordinário (Lei n. 11.418/2006 – art. 543-A do CPC/73 – art. 1.035, *caput*, do CPC/2015), a tornar mais restrito o acesso ao STF e consequentemente proporcionar o desfecho mais rápido de uma demanda até ulterior trânsito em julgado; e (viii) a disciplina do procedimento para processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ (Lei n. 11.672/2008), a criar novo óbice de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário (arts. 543-B e 543-C do CPC/73 – arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015).

⁴³⁶ A expressão é de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (O futuro da justiça: alguns mitos, in *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6-7), ao criticar a adoção de determinado remédio para servir de panaceia para todos os males, seja por força de quem defende maior oralidade no processo, seja por conta de quem defende a universalização do regime dos juizados especiais, seja em crítica àqueles que defendem a arbitragem como solução. Apesar das críticas, ao final conclui que não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação, mas impõe-se a combinação de remédios diferenciados para cada enfermidade de diferente diagnóstico.

⁴³⁷ Nesse particular prevê o § 3º, do CPC/2015:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

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

“A maior parte dos processos de execução é composta **pelos execuções fiscais, que representam 73% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 90% em 2018 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes desse Relatório.** Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos - daí a difícil recuperação.

O impacto da execução é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, correspondendo, respectivamente, 55,6%, 51,7%, e 49,7% do acervo total de cada ramo, conforme aponta a Figura 98. Em alguns tribunais, a execução chega a consumir mais de 60% do acervo. É o caso de: TJDFT, TJPE, TJRJ, TJSP na Justiça Estadual; TRF2 na Justiça Federal; e TRT10, TRT13, TRT14, TRT18, TRT19, TRT21, TRT22, TRT23, TRT7, TRT8 na Justiça do Trabalho.

A Figura 99 traz a comparação da taxa de congestionamento na execução e no conhecimento de 1º grau por tribunal e ramo de justiça. **Verifica-se que a taxa na execução supera a do conhecimento na maioria dos casos. A maior taxa na execução de cada segmento está nos tribunais: TJRJ, TJSC e TJPE, todos com congestionamento de 92,2% na execução e, respectivamente, 66,1%, 75,2%, 69,1%, no conhecimento; TRF3 - congestionamento de 94,8% na execução e 49,5% no conhecimento; e TRT2 - congestionamento de 86% na execução e 30,3% no conhecimento.”**

438

⁴³⁸ https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica_em_numeros20190919.pdf, p. 126.

Tabela 4: Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2018

Classificação	Taxa de Congestionamento
Conhecimento Criminal	73,3%
Conhecimento Não-Criminal	59,2%
Total Conhecimento	61,5%
Execução Fiscal	89,7%
Execução Extrajudicial não fiscal	85,1%
Execução Judicial Não-Criminal	70,8%
Execução Penal Não-Privativa de Liberdade	70,6%
Execução Penal Privativa de Liberdade	88%
Total Execução	85,1%
Total Geral	71,2%
Total Geral	72,1%

439

Dá análise de referido relatório, depreende-se que (i) as execuções ocupam percentual significativo responsável pela chamada taxa de congestionamento⁴⁴⁰, (ii) tendo impacto nas maiores frações da jurisdição, daí compreendendo os seguimentos da Justiças Estadual, Federal e Trabalhista.

É certo que não se pode olvidar a mitigação da atividade jurisdicional no plano de dizer, pronunciar, o direito, a exemplo da aceitação da arbitragem no sistema nacional e reconhecida a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 pelo STF⁴⁴¹

⁴³⁹ https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica_em_numeros20190919.pdf, p. 131.

⁴⁴⁰ “Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base.” In. https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica_em_numeros20190919.pdf, p. 78.

⁴⁴¹ SE 5206, Agr, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 30.04.2004. Por sinal, o CPC/2015, além de topologicamente prever no Capítulo I (Das Normas Fundamentais do Processo Civil), da parte Geral, Livro I, Título Único (Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais) a arbitragem (art. 3º, § 1º), também assegura, no art. 3º, § 3º, a conciliação, a mediação e *outros métodos de solução consensual de conflitos* a serem estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Embora a terminologia se refira a meios consensuais de solução de conflitos, é certo que a provocação da parte para cumprimento de obrigação na tutela executiva (seja judicial ou extrajudicial), por vezes pode atingir o desiderato de adimplemento da obrigação, mediante ato espontâneo por parte do devedor. Consoante leciona Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9307/96*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26), havia críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguiam enxergar atividade processual (tampouco jurisdicional) fora do âmbito

Por sua vez, a desjudicialização da execução está inserida no âmbito de mais uma via destinada a imprimir a tão desejada efetividade da tutela jurisdicional, em especial a tutela satisfativa. Dentre as opções que o sistema caminha com vias de combater (senão reduzir) a morosidade da prestação da tutela jurisdicional, a desjudicialização propõe reformas processuais aptas a autorizar que ente diverso ao Poder Judiciário⁴⁴² imprima a realização de atos executivos.

Logo, no presente ensaio se discorrerá em brevidade acerca do panorama geral de atividades inicialmente reservadas ao Poder Judiciário e posteriormente admitida sua realização por meios extrajudiciais, o que afasta dogmas e resistência a sua aceitação frente a compatibilização com princípios (em especial os constitucionais) presentes na atividade jurisdicional.

Em seguida, abortar-se-á tendências e perspectivas quanto a implantação da desjudicialização da execução civil no sistema brasileiro.

2. atividades extrajudiciais, inicialmente restritas ao monopólio do poder judiciário

A desjudicialização de atividades antes restritas ao monopólio do Poder Judiciário não é novidade no panorama atual. O Decreto-Lei n. 70/1966, ao tratar, dentre outras providências, da cédula hipotecária, também serviu como grande estímulo ao financiamento da casa própria por meio do Governo Federal, o chamado sistema financeiro de habitação. Em contrapartida, foi necessária a previsão de mecanismo mais célere para, ocorrendo o inadimplemento, permitisse ao credor imobiliário executar

da tutela estatal estrita. Deve-se ter em mente que a prestação jurisdicional constitui direito dos jurisdicionados e não uma obrigação de levar ao conhecimento do Poder Judiciário toda e qualquer contenda que se desenvolva entre as partes.

⁴⁴² Para Ada Pellegrini Grinover (*Ensaio sobre a processualidade*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75) “O efetivo acesso à justiça é aquele que geral acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social. Isso vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.”

extrajudicialmente a garantia prestada para pagamento da dívida por meio de hipoteca⁴⁴³.

Uma vez vencida e não paga a dívida hipotecária, nos termos dos arts. 31 e ss. de referido Decreto, cabe ao credor formalizar perante o agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, requerimento este instruído com o título da dívida devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, acompanhado de memória de cálculo do saldo devedor a discriminar o valor principal, juros, multa e encargos contratuais e, ainda, cópia dos avisos de cobrança da dívida extrajudicialmente. Após certificação e conferência da documentação retro, cabe ao agente fiduciário notificar o devedor, por meio do Cartório de Títulos e Documentos para, no prazo de 20 (vinte) dias, purgar a mora, sob pena do agente fiduciário publicar editais e efetuar, nos 15 dias subsequentes, o primeiro leilão público do imóvel hipotecado e, num segundo leilão, autorizada fica a arrematação por preço inferior ao total da dívida, sem prejuízo do credor reaver eventual diferença entre o valor arrematado e a dívida atualizada por meio da via executiva (e, sendo o valor do lance superior ao da dívida atualizada, caberá ao devedor o recebimento de tal diferença).

Cabe ainda ao devedor a faculdade de purgar o débito atualizado até a assinatura do auto de arrematação e, em não se materializando tal hipótese, a carta de arrematação assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário e por cinco testemunhas servirá de título hábil para a transcrição junto o Cartório de Registro de Imóveis.

De se notar que o Decreto-Lei n. 70/1966 não assegura contraditório ao devedor, cabendo a este, uma vez intimado, depositar o valor atualizado da dívida. Muito embora inexistia previsão legal quanto a oportunidade de reação e apresentação de defesa (ou ainda, viação ao Devido Processo Legal⁴⁴⁴, à luz do quanto disposto no art. 5º, LIV,

⁴⁴³ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. Tese de doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2012, p. 46.

⁴⁴⁴ Outros procedimentos também podem dar margem a violação ao Devido Processo Legal, como aponta Melhim Namem Chalhub (*Alienação fiduciária, negócio fiduciário*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 379), a exemplo da a) venda em leilão frealizada por Comissão de Representantes de Condomínio, tendo por objeto unidade imobiliária em construção, pertencente ao condômino em mora (Lei n. 4.591/64, art. 63), b) o leilão promovido por gante fiduciário, ora objeto de comentários, referente a bem imóvel hipotecado em garantia de dívida constituída nos moldes do Sistema Financeiro de Habitação – SFH (Decreto-lei n. 70/1966, arts. 29 e ss e Lei n. 8.004/1990, art. 21), e, ainda, c), o da venda realizada pelo credor no caso de alienação fiduciária de bens móveis (Decreto—lei n. 911/1969, art. 2º). Conclui referido autor não vislumbrar viação ao Devido Processo Legal, em vista dos Princípios da Inafastabilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), Devido Processo Legal (CF, art. 5º, LIV), e, ainda, Contraditório e Ampla Defesa (CF, art. 5º, LV), apto em apreciar e decidir qualquer pretensão destinada a suspender

da CF), nem por isso referido procedimento foi considerado, até o momento, inconstitucional⁴⁴⁵.

De igual modo é regulado pelos arts. 25 a 30, da Lei n. 9.514/1997 os procedimentos de implementação da garantia fiduciária de bem imóvel, a contemplar a) a reversão da propriedade ao devedor fiduciante, após pagamento da dívida, b) os mecanismos de comprovação da mora, c) a consolidação da propriedade ao credor fiduciário, uma vez não paga a dívida a qual o imóvel foi alienado fiduciariamente em garantia (instituto também previsto no Código Civil, art. 1.68-B), d) o leilão extrajudicial do imóvel e e) a reintegração do credor na posse do imóvel. Ao passo em que a reintegração de posse é atividade aperfeiçoada perante o Poder Judiciário, as etapas de cobrança, consolidação da propriedade fiduciária e leilão se desenvolvem no plano extrajudicial, perante o Oficial do Registro de Imóveis da situação do imóvel e por meio de leiloeiro público⁴⁴⁶.

Nesse particular, vale ressaltar, ainda que inexistente expressa previsão que assegure prévio contraditório ao devedor notificado para pagamento da dívida nos termos do Decreto-Lei n. 70/1966, tal ato não o impede de buscar a salvaguarda de seus direitos judicialmente, seja, (i) a luz do quanto previsto no art. 5º, XXXV, da

ou invalidar a prática de atos abusivos em desacordo com as regras previstas nos aludidos procedimentos ou, ainda, permitir o exercício do contraditório e ampla defesa.

⁴⁴⁵ É o que comenta Flávia Pereira Ribeiro (*Desjudicialização da execução...*, op. Cit., p. 48/49): “Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de um recurso extraordinário que questionava a afronta aos princípios do monopólio da jurisdição, do juízo natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, foi chamado a manifestar-se sobre a constitucionalidade do referido decreto. O Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF foi julgado em 23.6.98 (publicado no Diário Oficial em 6.11.98), tendo por relator o Ministro Ilmar Galvão. Sua ementa conta como o seguinte teor: ‘EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66; CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que além de prever uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori* da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.’ Sustentou o Supremo Tribunal Federal que inexistida óbice ao acesso ao Judiciário para questionar execuções injustas ou ilegais, como no caso então em exame, no qual o mutuário obteve tutela para sustar a venda do imóvel sob a alegação de excesso do valor cobrado. Nos anos seguintes, inúmeras outras decisões reafirmaram a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, mas no exato momento o debate regressou à Corte – desta vez com mais força – e encontra-se pendente de julgamento.” Referida autora traz a atualização novo debate da questão encabeçado por meio do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 556520 e 627106 no STF, os quais se encontram suspensos, muito embora com quatro votos pela inconstitucionalidade do decreto-lei (ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Marco Aurélio) e, dois, por sua compatibilidade com a Constituição (ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski).

⁴⁴⁶ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, negócio fiduciário*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 379. Referido autor ainda diferencia com maestria a hipoteca da alienação fiduciária em garantia (*op cit.*, p. 382): “Pela hipoteca o devedor onera seu imóvel, mas não se demite da propriedade, que conserva em seu patrimônio com todo o feixe de direitos subjetivos que a caracteriza. Já a alienação fiduciária caracteriza-se como negócio jurídico de transmissão condicional (Código Civil, arts. 125 e seguintes e 1.361 e Lei 9.514/1997, art. 22), em razão da qual o transmitente (devedor fiduciante) se demite da propriedade e transfere ao adquirente (credor fiduciário), em caráter resolúvel, tornando-se titular do direito aquisitivo, sob condição suspensiva. Assim, enquanto pendente a condição suspensiva, o devedor fiduciante tem direito expectativo à aquisição da propriedade, que será efetivada nos termos do art. 25 da Lei 9.514/1997, segundo o qual o pagamento da dívida importa na resolução da propriedade fiduciária e, *ipso facto*, na reversão da propriedade plena ao devedor fiduciante.”

Constituição Federal, ao garantir a Inafastabilidade da Jurisdição, seja, (ii) por força dos precedentes acima referenciados, forte em assegurar o exame da matéria em situações injustas (a exemplo de erro na composição do débito, vício nos atos que compõe o procedimento de leilão do imóvel, etc.), a ponto do Poder Judiciário intervir com vistas a determinar a suspensão de atos de execução extrajudicial forçada⁴⁴⁷⁴⁴⁸.

Por sua vez, a Lei n. 11.101/2005 (que regulamenta a recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária), notadamente em seus arts. 161 a 167, prevê a possibilidade do devedor, optar pela via da recuperação extrajudicial.

Para tanto, necessário será não só preencher os requisitos previstos no art. 48, para ajuizamento da recuperação judicial, mas ainda, sujeito a determinadas restrições dispostas no art. 161, § 1º (vedada a recuperação extrajudicial de créditos de natureza tributária, trabalhista ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como de créditos não sujeitos ao regime da recuperação judicial, disciplinados no art. 49, § 3º, de referida lei, e, ainda, créditos cuja restituição far-se-á em dinheiro, a exemplo do quanto previsto no art. 86, II, todos da Lei n. 11.101/2005).

De igual modo, é vedado o plano de recuperação extrajudicial prever o pagamento antecipado de dívidas ou tratamento desfavorável a credores não sujeitos ao referido concurso (art. 161, § 2º), assim como vedada a homologação da recuperação extrajudicial se pendente pedido de recuperação judicial ou obtida esta ou homologada a recuperação extrajudicial há menos de dois anos. Em síntese, a recuperação extrajudicial pode abarcar apenas credores que aderiram ao plano de pagamento (art. 162) ou, restar composto da assinatura de 3/5 dos credores de determinada classe (art. 163)

⁴⁴⁷ De igual modo Conclui Flávia Pereira Ribeiro (*Desjudicialização da execução...*, *op cit.*, p. 52): “Com uma visão descolada da tese que aqui se defende, prefere-se a manutenção da execução extrajudicial, do crédito hipotecário ao retrocesso da jurisdição da medida. O jurisdicionado pode, sim, socorrer-se ao Poder Judiciário para impedir expropriações injustas e ilegais. Mais se tem a perder do que a ganhar com o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66. Além disso, o julgamento da compatibilidade ou não do decreto com a Constituição Federal é termômetro da mentalidade da nossa sociedade (de juristas e jurisdicionados), considerando que se prega a necessidade de mudança cultural, abandono de dogmas e reformulação de conceitos.”

⁴⁴⁸ Para Melhim Namem Chalhub, ao comentar procedimento semelhante no bojo da execução extrajudicial de alienação fiduciária de bem imóvel (*Alienação fiduciária*, *op. cit.*, p. 20) “Não há nesse procedimento de averbação qualquer inconstitucionalidade, não só porque nele não há barreiras ao exercício do direito de ação do devedor fiduciante, mas, também, porque o início do procedimento viabiliza a deflagração do contraditório a qualquer momento, desde a intimação para purgação da mora (art. 26).”

A par de outros aspectos procedimentais que fogem a proposta do presente ensaio, é certo que a sentença de homologação da recuperação extrajudicial consistirá em título executivo judicial (art. 161, § 6º), condicionado os efeitos do plano de recuperação extrajudicial, a sua homologação judicial ou podendo este produzir eficácia anterior desde que validado pelo juiz (art. 165, caput e §§s 1º e 2º).

Portanto, embora denominado o procedimento como recuperação extrajudicial, o diferencial ligado a atividade não jurisdicional diz respeito ao poder de decisão que passou para as mãos dos credores e devedores⁴⁴⁹. Significa dizer que no plano da recuperação extrajudicial os credores podem se organizar previamente para, dentro das possibilidades do devedor e em colaboração, desenharem a arquitetura de um plano que viabilize o pagamento dos respectivos débitos (ainda que parcial) e, de outra banda, permita o soerguimento da empresa em regime recuperacional. Nesse íterim que tal atividade comercial pode ser livremente pactuada entre as partes, restando ao juízo a atividade homologatória e em observância as limitações previstas na Lei n. 11.1101/2005.

No plano do registro imobiliário, a Lei nº 10.931/2004 alterou a redação dos arts. 212 a 214 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), com vistas a possibilitar a retificação de registros de imóveis de ofício, ou a requerimento da parte. A atividade do Poder Judiciário somente será exercida quando não houver acordo ou existir potencial lesão ao direito de propriedade de algum confrontante. De todo modo, referido procedimento é facultativo, podendo o interessado, querendo, postular eventual retificação diretamente perante o Poder Judiciário⁴⁵⁰.

De igual sorte a Lei n. 13.484/20017 também modificou a Lei de Registros Públicos para prever, em seu art. 110, a retificação de registro, averbação ou anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, *independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público* nas hipóteses de (i) erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção, (ii) erro na transposição de elementos constantes em ordens e mandados judiciais,

⁴⁴⁹ Cf. RIBEIRO, Flávia Pereira (*Desjudicialização da execução...*, op. cit., p. 68).

⁴⁵⁰ “Art. 211 - Nas vias dos títulos restituídas aos apresentantes, serão declarados resumidamente, por carimbo, os atos praticados. [\(Renumerado do art. 212 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975\).”](#)

Art. 212. Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.”

títulos a serem registrados, anotados ou averbados, (iii) inexatidão da ordem cronológica e sucessiva referente à numeração do livro, folha e página do termo ou adata do registro, (iv) ausência de indicação do Município relativo ao nascimento ou naturalidade do registrado, quando existir descrição precisa do endereço do local do nascimento e (v) elevação de Distrito a Município, ou alteração de suas nomenclaturas, por força de lei. As providências acima prescindem de qualquer provocação/intervenção antes reservadas ao Poder Judiciário.

Ainda, a Lei n. 11.441/07 implantou diretrizes aptas a autorizar o divórcio e inventário extrajudicial e por meio de escritura pública, a ser realizado perante o Tabelionato de Notas. Em síntese, tais procedimentos são permitidos desde que (i) haja consenso entre o casal quanto ao critério de separação de bens (e, em se tratando de inventário, igual consentimento entre os herdeiros), (ii) na separação não haja filhos menores, ao passo em que no inventário impõe que os herdeiros sejam capazes, sem prejuízo da inexistência de disposição testamentária e, por fim, (iii) necessário sejam as partes assistidas por advogados⁴⁵¹⁴⁵²..

É certo que o requisito “ii” supra tem por objetivo a proteção e tutela do interesse do menor⁴⁵³, ao passo em que a exigência da consensualidade visa dispensar a intervenção jurisdicional no inventário quando inexistente conflito de interesses, senão pretensão resistida entre os herdeiros no que tange as regras sucessórias, tendo referidas medidas, embora facultativas, ganho significativa adesão por força de sua

⁴⁵¹ De igual modo, o inventário extrajudicial, antes previsto no art. 982 do CPC/73, passou a ter semelhante redação no art. 610, §§s 1º e 2º, do CPC/2015: “Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.”

⁴⁵² A separação e divórcio consensual, antes previsto no art. 1.1.24-A, do CPC/73, foi recepcionada no art. 733 do CPC/2015, para também incluir a extinção consensual de união estável, a prescindir necessidade de intervenção do Poder Judiciário mediante a presença dos requisitos ali previstos: “Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o [art. 731](#) .

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.”

⁴⁵³ O que também não impediria eventual intervenção do Ministério Público *custus legis* no bojo de tais procedimentos extrajudiciais, bastando para tanto sua regulamentação.

celeridade, senão via alternativa à jurisdicional com vistas a sacramentar determinado divórcio ou inventário⁴⁵⁴.

Por fim, não se pode perder de vista a introdução, no CPC/2015, da faculdade de realização da usucapião extrajudicial, cujo art. 1.071 introduziu o art. 216-A na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), dispositivos este posteriormente reformulado por força da Lei n. 13.465/2017. Em síntese, é autorizado o reconhecimento extrajudicial de usucapião, a ser processado perante o cartório de registros de imóveis da situação do imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado e representado de advogado, desde que instruído com (i) ata notarial atestando o tempo de posse do requerente e antecessores (ii) planta e memorial descritivo subscrita por profissional legalmente habilitado, (iii) certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente e (iv) prova de justo título ou documentação hábil a comprovar a origem, continuidade, natureza e tempo da posse, sem prejuízo do pagamento dos impostos e taxas que recaírem sobre o bem usucapiendo.

Após ciência a União, Estado, Distrito Federal e Município e publicação de dital em jornal de grande circulação, a sobrevir eventual impugnação do pedido por qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, necessariamente o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca a situação do imóvel (art. 216-A, § 10º). Logo, em havendo necessidade de cognição e ulterior prolação de decisão para impor coercitivamente qualquer ordem, tal atividade ficará reservada ao monopólio do Poder Judiciário.

O que se verifica, em síntese aos procedimentos acima comentados é, por vezes, (i) a necessária existência de consensualidade com vistas a seguir a via extrajudicial (inventário, divórcio, separação, usucapião, retificação de registro e recuperação extrajudicial) e, quanto (ii) quanto aos procedimentos guiados pela via extrajudicial, o contraditório sempre será assegurado na primeira oportunidade que o devedor tiver conhecimento quanto ao início do procedimento, a ponto do Poder Judiciário não se

⁴⁵⁴ Segundo levantamento de Flávia Pereira Ribeiro (*Desjudicialização da execução...*, op. cit., p. 70), no estado de São Paulo, desde a promulgação da lei em 04.1.2011, até junho de 2011, foram realizados 162.753 atos, dentre separações, conversões de separação em divórcio, divórcios diretos, reconciliações, inventários e sobrepartilhas.

ismiscuir de examinar e intervir em pretensões resistidas ligadas a violação do direito material do devedor.

3. TENDÊNCIAS No plano da Execução Extrajudicial – BREVES COMENTÁRIOS AO Projeto Lei n. 6.204/19

Em monografia intitulada *o procedimento extrajudicial pré-executivo*, Elias Marques de Medeiros Neto comenta com maestria a Lei n. 32/2014, vigente no sistema português, a qual, em síntese, estabelece a possibilidade de o credor, previamente ao início da execução, se valer de um procedimento preparatório, com vistas a obter informações acerca da existência de bens penhoráveis de titularidade do devedor⁴⁵⁵. A tese de doutorado de Flávia Pereira Ribeiro⁴⁵⁶ apresenta, de *lege ferenda*, proposta de desjudicialização da execução civil no sistema brasileiro. Nas próximas linhas será comentado o Projeto de Lei n. 6.204/19 que, de alguma forma, teve forte inspiração em referidos trabalhos acadêmicos e outros de tamanha envergadura⁴⁵⁷.

O Projeto de Lei n. 6.204/19⁴⁵⁸, de autoria da Senadora Soraya Thronicke e em trâmite no Senado Federal, propõe a chamada desjudicialização da execução civil de

⁴⁵⁵ NETO, Elias Marques de Medeiros. *O procedimento extrajudicial pré-executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 59. Ao final, conclui o autor (*op. cit.*, p. 101/102): “Neste cenário, pode-se afirmar que o núcleo da Lei n. 32/2014, de Portugal, está em harmonia com a missão do CPC/15, endo bem vinda uma iniciativa legislativa no Brasil que possa reger um procedimento judicial de busca de bens penhoráveis do devedor; previamente ao início da fase de cumprimento de sentença e/ou ao ajuizamento da execução de título extrajudicial. Tal iniciativa legislativa anteciparia diligências que já estão previstas no decorrer da execução e que, conforme previsões do CPC/15, almejam: a efetividade processual, a duração razoável do processo, a postura cooperativa de todos os sujeitos processuais – incluindo o devedor, ao respeito ao devido processo legal, à execução equilibrada e à eficiência dos atos executivos.”

⁴⁵⁶ *Desjudicialização da execução civil...*, *op. Cit.*

⁴⁵⁷ A exemplo da tese de doutorado defendida por Luiz Fernando Cilurzo perante a Universidade de São Paulo – USP em 2016, denominada “A desjudicialização na execução por quantia.” Interessantes são as ponderações de João Paulo Hecker da Silva (Convenções processuais na execução e a desjudicialização da atividade satisfativa. In. BRAGANÇA, Gabriel J. De Orleans e e; ASSUMPCÃO, Marcio Calil de (Coords.) *Direito bancário: estudos da comissão de direito bancário da OAB/SP*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 182 e ss.) ao propor, por meio da cláusula de negócio jurídico processual, técnicas destinadas a obter a desjudicialização da execução por meio de *pacto de nun exequendo*, citando como exemplo as partes estabelecer renúncia à via executiva judicial desde que consignem uma espécie de execução nos moldes da execução extrajudicial de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, regida pela Lei n.º 9.517/1997: “A execução extrajudicial a ser construída pelas partes pode ser mais complexa que a alienação fiduciária (exigindo, por exemplo, a constatação do inadimplemento por um terceiro imparcial antes que se proceda à averbação do bem em cartório), ou pode ser mais simples (determinando que a arrematação do bem ocorrerá no primeiro leilão, independentemente do valor do lance oferecido), a depender de como as partes acharem mais adequado. Mas é exatamente a possibilidade de construção do procedimento *pelas partes* que intensificará a legitimidade de uma execução extrajudicial (ainda que embasada num modelo previsto em lei), com o respeito ao contraditório e ao devido processo legal. E essa via fica tão mais proveitosa quanto mais as partes (credor e devedor) perceberem que a renúncia à via executiva judicial pode trazer bons frutos a ambos, se bem acordados os contornos da execução alternativa à via estatal.”

⁴⁵⁸ < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971> >. Acesso em 27.02.2020.

título judicial e extrajudicial, a introduzir modificações, dentre outras normas, ao Código de Processo Civil.⁴⁵⁹

A justificativa apresentada pelo projeto proposto, aponta, dentre outras nuâncias, dados estatísticos do CNJ referentes ao ano de 2.018, *verbis*:

“Os últimos dados constantes de levantamentos estatísticos baseados no exercício de 2018 apontam para um total de 79 milhões de demandas em tramitação, das quais nada menos do que 42,81 milhões são de natureza executiva fiscal, civil e cumprimento de sentenças, equivalente a 54,2% de todo o acervo do Poder Judiciário.

Indo diretamente ao ponto que interessa ao tema em voga, infere-se que aproximadamente 13 milhões de processos são execuções civis fundadas em títulos extrajudiciais e judiciais, o que corresponde à aproximadamente 17% de todo o acervo de demandas em tramitação no Poder Judiciário.

Como se não bastasse a descrição de um quadro patológico crônico que se agrava a cada ano, as estatísticas do CNJ vão além e apontam para um período de tempo de tramitação das execuções extremamente longo, qual seja, 4 anos e 9 meses, considerando-se a data da distribuição até a efetiva satisfação, se e quando houver, enquanto os processos de conhecimento tramitam por tempo muito inferior (1 ano e 6 meses).

Os dados do CNJ ainda indicam que apenas 14,9% desses processos de execução atingem a satisfação do crédito perseguido, enquanto a taxa de congestionamento é de 85,1%, ou seja, de cada 100 processos de execução que tramitavam em 2018, somente 14,9 obtiveram baixa definitiva nos mapas estatísticos.

Diante deste cenário caótico, não é difícil concluir que os impactos negativos econômicos para o desenvolvimento do País são incalculáveis, na exata medida em que bilhões em créditos anuais deixam de ser satisfeitos, impactando diretamente o crescimento nacional, somando-se ao

⁴⁵⁹ Além de alterações ao CPC/2015 o projeto em comento propõe modificações junto à Lei n. 9.430/96, Lei n. 9.492/97 (que trata da competência e regulamentação dos serviços de protesto de títulos e outros documentos da dívida pública) e Lei n. 10.169/2000 (que estabelece, dentre outras providências, normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro).

elevadíssimo custo da movimentação da máquina judiciária. Assim sendo, considerando-se um custo médio total para a tramitação de um processo de execução civil em torno de R\$ 5.000,00, e, multiplicando-se pelo número de ações executivas civis pendentes (13 milhões), encontra-se um total aproximado de R\$ 65 bilhões referentes às despesas arcadas pelo Estado, somente em sede de execução civil.

Significa dizer, em outros termos, que a desjudicialização dos títulos executivos extrajudiciais e judiciais condenatórios de pagamento de quantia certa representará uma economia de 65 bilhões de reais para os cofres públicos.”⁴⁶⁰

Ainda, o modelo brasileiro a ser proposto tem inspiração em experiências implantadas em outros sistemas:

“Objetivando simplificar e desburocratizar a execução de títulos executivos civis, e, por conseguinte alavancar a economia do Brasil, propõe-se um sistema normativo novo, mas já suficientemente experimentado com êxito no direito estrangeiro.

Nessa linha, na maioria dos países europeus a execução de títulos executivos é realizada sem a interferência do Judiciário, sendo atribuição do “agente de execução”¹, quem recebe o pedido do credor e lhe dá o devido processamento – desde que presentes os requisitos formais do título executivo –, incluindo citações, notificações, penhoras e alienação de bens.

O juízo competente só participará desse procedimento em situações excepcionais quando chamado a decidir alguma questão passível de discussão por meio de embargos do devedor, suscitação de dúvidas, determinação de medidas de força ou coercitivas.

Merecem destaque as reformas portuguesas de desjudicialização da execução realizadas nos anos de 2003 e 2008, que surgiram como resposta à crise da justiça lusitana, que envolvia o excesso de execuções pendentes e a morosidade na tramitação dos processos – fenômeno idêntico ao verificado no Brasil.

⁴⁶⁰ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8041988&ts=1578580753905&disposition=inline>. P. 14, Acesso em 27.02.2020.

Dentro de um contexto de harmonização de sistemas jurídicos europeus, verificou-se o movimento português visando o incremento da economia e redução do custo do Estado e, em médio prazo, as metas perseguidas com o implemento da desjudicialização foram alcançadas.”⁴⁶¹

O procedimento previsto no Projeto de Lei n. 6.204/19, (i) retira do Estado-juiz o procedimento executivo de títulos extrajudiciais e cumprimento de sentença condenatória quando inexistente cumprimento voluntário da obrigação presente no título executivo (aplicando-se, subsidiariamente, o CPC/2015). Tal conclusão se extrai do arts. 1º⁴⁶² e 33 do Projeto, o último destinado a alteração dos arts. 516, IV,⁴⁶³ e 771,⁴⁶⁴ do CPC/2015, para assim substituir a atividade exercida pelo Estado-juiz em prol do aludido agente de execução, função esta a ser desempenhada pelo tabelionato de protestos.

A prevalecer a interpretação de que tanto a execução título extrajudicial quanto a fase de cumprimento de sentença (uma vez inexistente o cumprimento voluntário da obrigação) devem necessariamente processar-se perante o denominado agente de execução (leitura que se extrai do imperativo da proposta de modificação do art. 771 do CPC/2015, ao impor “(...) *as execuções de títulos executivos extrajudiciais e judiciais por quantia certa a realizar-se por agente de execução*”, quiçá a solução apontada soa açodada.

A uma, dentro de uma nação de dimensão continental como o é o Brasil, não se tem conhecimento se a cada comarca haverá tabelião de notas dotado de estrutura e

⁴⁶¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8041988&ts=1578580753905&disposition=inline>. P. 14/15, Acesso em 27.02.2020.

⁴⁶² “Art. 1º. A execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

⁴⁶³ “Art. 33. Os artigos 516, 518, 525, 526, e 771, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 516 O cumprimento de sentença efetuar-se-á perante:

(...).....

IV – o agente de execução de títulos, quando se tratar de decisão de pagar quantia certa transitada em julgado, **da qual não houver cumprimento voluntário**. (NR, grifo nosso)”

⁴⁶⁴ “Art. 771. Ressalvadas as execuções de títulos executivos extrajudiciais e judiciais por quantia certa **a realizar-se por agente de execução**, este Livro regula os demais procedimentos de execução e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. (NR, grifo nosso)”

aparelhamento suficiente ao processamento da execução extrajudicial⁴⁶⁵. A duas, o ajuizamento de execução de título extrajudicial ou da fase de cumprimento de sentença perante o juízo que julgou a ação de conhecimento pode por vezes obter resultados mais rápidos e efetivos do que a falta de opção para limitar referido expediente ao cartório de protestos. A três, tal qual outras modalidades de desjudicialização da atividade jurisdicional comentadas cima (separação, divórcio, recuperação extrajudicial e usucapião), as partes têm a opção de valer-se da via extrajudicial ou judicial para a salvaguarda de seus direitos. Impor ao credor a necessidade da via exclusiva da desjudicialização nos parece açado frente a ausência de experiência de como funcionará o sistema que se pretende implantar, sem prejuízo de, em segunda etapa, pensar-se na viabilidade de dada limitação.

O Projeto veda **(ii)** a desjudicialização da execução a parte incapaz, ao condenado preso ou internado, as pessoas jurídicas de direito público, a massa falida e ao insolvente civil (art. 1º, par. unico), assim como **(iii)** necessária a presença de advogado e prevista a fixação de verba honorária arts. 2º, 10, caput e §§s, 13º e 16), podendo ser concedida gratuidade da justiça ao credor hipossuficiente (arts. 5 e 8).

O procedimento **(iv)** tem início com a apresentação do título protestado e citado o devedor para pagamento em 5 (cinco) dias, sob pena de penhora e em se tratando de execução de título extrajudicial (art. 10º, § 1º), **(v)** ao passo em que o título executivo judicial somente será apresentado ao agente de execução após decorrido o prazo de pagamento e sua impugnação (art. 14). Em remissão as observações críticas aos item “i”, supra, iniciado o cumprimento de sentença judicial, intimado o credor para pagamento e não apresentada impugnação, nos parece mais efetivo a opção ao credor de continuar com a via judicial ou seguir com o manejo da desjudicialização da execução (e não a obrigatoriedade de, a partir do inadimplemento, necessariamente ter de seguir pela via extrajudicial).

⁴⁶⁵ Acresça-se a redação do art. 7º do Projeto, a qual limita a execução de título extrajudicial ao tabelionato do foro do domicílio do devedor e, em se tratando de título executivo judicial, será processada perante o tabelionato de protesto do foro do juízo sentenciante. Por sua vez, o CPC/2015 estabelece no art. 516, par. único, quanto ao cumprimento de sentença, a facultade do credor ajuizá-lo no foro que decidiu a causa, no foro onde se encontra o domicílio ou, ainda, os bens do executado. Regra semelhante é assegurada também na execução de título extrajudicial, art. 781 do CPC/2015. Logo, a limitação prevista no art. 7º do Projeto, além de ir na contramão do CPC/2015, é mais um desestímulo quanto a obrigatoriedade da desjudicialização, a suprimir a opção do credor de poder socorrer-se ao Poder Judiciário e ali poder escolher entre o foro do domicílio do devedor, de onde se encontram os bens ou do juízo sentenciante (em se tratando de título executivo judicial).

A **(vi)** execução será suspensa em não sendo encontrados bens suficientes a satisfação do crédito e, sendo o credor pessoa jurídica, caberá ao agente de execução lavrar certidão de insuficiência de bens comprobatória das perdas no recebimento do crédito, para fins do quanto disposto nos art. 9 e 11, da Lei n. 9.430/96 (art. 15 e par. Único). Tal providência merece aplausos, porquanto facilitadora da prerrogativa disciplinada nos arts. 9 e 11 da Lei n. 9.430/96, que tratam, respectivamente, de a) critérios para perda no recebimento de créditos decorrentes de atividade da pessoa jurídica a ser deduzido como despesa, para determinação do lucro real e, b) exclusão do lucro líquido, para determinação do lucro real, dos valores dos encargos financeiros incidentes sobre o crédito, contabilizado como receita, providências esta de grande valia para a empresa no campo contábil e fiscal.

Ainda, **(vii)** ao executado é conferido contraditório e ampla defesa por meio de suscitação de dúvidas ou impugnação aos atos praticados pelo agente de execução que lhe possa causar gravame, sem prejuízo da oposição de embargos à execução, os quais serão opostos perante o juiz de direito competente (art. 18). Vale dizer, a intervenção por parte do Estado-juiz ocorrerá quando necessária cognição que se aproxime de ulterior ato decisório.

Caberá **(viii)** ao agente de execução a condução do procedimento, podendo este consultar o juízo competente sobre dúvidas suscitadas pelas partes ou por este de ofício, podendo, ainda, requerer eventuais providências coercitivas (arts. 20 e 21). O § 2º de ambos os dispositivos dispõe que a decisão judicial que julgar a consulta referida será irrecurível, determinação essa que em nosso sentir merece aperfeiçoamento, em especial por violação ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição (também interpretado como corolário do Princípio do Devido Processo Legal)⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Para Ada Pellegrini Grinover (*Ensaio sobre a processualidade*. Op. cit., p. 102): “Trata-se de princípio político da revisão dos atos judiciais: nenhuma decisão autoritativa estatal pode ficar imune de controle, interno ou externo. Trata-se de um princípio que integra o próprio Estado de Direito e diz respeito ao balanceamento do uso do poder. Penso hoje que o princípio da revisão das decisões judiciais não configura simples fundamento político do princípio do duplo grau, mas que se trata de um princípio autônomo, de nível mais elevado, a ser tratado de maneira diversa. O duplo grau visa a garantir a legalidade e a justiça das decisões judiciais. O princípio da revisão das decisões judiciais objetiva o controle do exercício do poder. O primeiro é endoprocessual e instrumental, o segundo é político e constitucional.”

Por fim, **(ix)** o Projeto dispõe caber ao CNJ e tribunais, em conjunto com os tabeliões de protesto, promover a capacitação de agentes de execução, seus prepostos e serventuários da justiça, sem prejuízo da expedição de atos normativos regulamentadores dos procedimentos ali previstos (arts. 22 e 24). Quanto a transição para implantação da desjudicialização da execução, **(x)** prevê o art. 24 que as execuções pendentes observarão o CPC/2015 e permanecerão tramitando judicialmente, ao passo em que o par. único de referido dispositivo determina o esforço comum das corregedorias gerais dos tribunais de justiça dos estados, em conjunto com os tabelionatos de protestos locais, para estabelecer regras de redistribuição das execuções aos agentes de execução, a assegurar transição graduação do procedimento.

Nesse liame, ousamos discordar de referida regra, quando o mais lógico (e também efetivo) seria a norma valer para execuções futuras, a evitar desgaste de tempo e estrutura dedicados a migração de todo um contingente de execuções em curso perante o Poder Judiciário.

Em síntese ao quanto discorrido brevemente, o Projeto soa bem-vindo como iniciativa para amplo debate por parte da sociedade com vistas a se atingir seu ulterior aperfeiçoamento, da qual se extrai as breves críticas aqui tratadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste brevíssimo ensaio pode-se concluir que não é de hoje os efeitos nefastos da chamada crise da justiça, assim como esta não deve ser combatida somente com reformas processuais ou sobre a legislação, a resitir também a necessidade de melhor estrutura necessária a proporcionar a vazão ao grande volume de demandas.

A desjudicialização da execução representa mais um capítulo, dentre outras reformas, destinado a desafogar a atividade jurisdicional mediante a desjudicialização de determinadas demandas antes reservadas ao monopólio do Poder Judiciário, da qual se extraem a execução extrajudicial de hipoteca de dívida ligada ao Sistema Financeiro de Habitação, a alienação fiduciária de bem imóvel, a recuperação extrajudicial, retificação de registros públicos, a usucapião, o divórcio e a separação consensual.

A iniciativa de desjudicialização da execução vem em bom momento não por se tentar espelhar na experiência do direito alienígena (que, a despeito de servir como fonte de inspiração, as demandas ali experimentadas devem ser compreendidas frente as peculiaridades de tais sistemas como um todo, o que não necessariamente compõe os fatores que assolam a realidade brasileira), mas sim no escopo de reformas processuais, de alguma maneira tentar imprimir melhor expressão do tão caro valor de efetividade e celeridade.

O Projeto de Lei n. 6.204/19 soa bem-vindo, muito embora, respeitado entendimento em sentido contrário, merecem observações as críticas tecidas no tópico anterior, em especial quanto a obrigatoriedade imposta ao credor (e não faculdade) de seguir pela via do procedimento executivo extrajudicial, questão que convida a melhor maturação e aprofundamento.

No que toca a ao exame pelo Poder Judiciário para decidir determinadas questões suscitadas pelo agente de execução ou quanto apontado gravame por parte do devedor, restará, ainda, definição quanto ao manejo do cabimento de medidas cautelares preparatórias ao procedimento executivo extrajudicial, o regime de concessão de tutelas provisórias e sua conjugação com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (atividade muito recorrente no campo da execução), assim como sua

interlocução entre a atividade jurisdicional e o mister desempenhado pelo agente de execução.

Por fim, toda e qualquer iniciativa de desjudicialização da execução há de observar os Princípios Constitucionais e Constitucionais Processuais, em especial o contraditório⁴⁶⁷ em sua acepção de oportunidade de ciência, manifestação e reação⁴⁶⁸, sob pena de flagrante inconstitucionalidade⁴⁶⁹.

De toda sorte, a iniciativa encabeçada em referido Projeto soa positiva, porquanto mudança alguma haverá, senão quebra de paradigmas, até que seja experimentados novos caminhos, na incessante tentativa de busca da tão cara celeridade e efetividade de tutela de direitos.

⁴⁶⁷ Para Melhim Namenm Chalhub (*Alienação fiduciária...*, op. cit., p. 402), “(...) não há dúvida de que qualquer dos procedimentos extrajudiciais considerados, assim como as tutelas de urgência ou de evidência dos arts. 294 e seguintes da lei processual civil, podem, eventualmente, dar causa a lesão de direito, inclusive por inobservância de requisitos ou formalidades do procedimento e, neste caso, está aberta ao interessado *aquela possibilidade eventual, mas efetiva*, a que se refere La Chiana, de postular a intervenção judicial ou interpor os recursos cabíveis, colocando em prática a garantia constitucional.”

⁴⁶⁸ Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 126-127) curial que o sistema ofereça oportunidade ou “(...) deve conter momentos para cada uma das partes peça, alegue e prove(...)” porquanto “(...) a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado. Diz-se então queo contraditório se exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, seja que eles venham da parte contrária ou do juiz.” Para Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 131) “O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: ‘ciência e resistência’ ou ‘informação e reação’. O primeiro desses elementos é sempre *indispensável*; o segundo, *eventual* ou *possível*”

⁴⁶⁹ Nesse sentido são as lições de Kazuo Watanabe (*Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88): “os procedimentos que limitam a defesa, obrigando à propositura de ação inversa, devem estar em consonância com as necessidades do direito substancial e de acordo com os valores da Constituição. Ou seja, a limitação do direito à cognição do conflito de interesses somente pode acontecer em razão de exigências do direito material e da realidade posta pela Constituição.”

REFERÊNCIAS

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 186-199, jul./set. 1982.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9307/96*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, negócio fiduciário*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CILURZO, Luiz Fernando. *A desjudicialização na execução por quantia*. Dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade de São Paulo – USP, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

HECKER, João Paulo. “Convenções processuais na execução e a desjudicialização da atividade satisfativa.” In: BRAGANÇA, Gabriel J. De Orleans e e; ASSUMPÇÃO, Marcio Calil de (Coords.) *Direito bancário: estudos da comissão de direito bancário da OAB/SP*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: _____. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-377.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-15.

NETO, Elias Marques de Medeiros. *O procedimento extrajudicial pré-executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. Tese de doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2012, 288 p.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Páginas da Internet consultadas:

<https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em:
20.02.2020.

< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>>. Acesso em
27.02.2020

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: DESENVOLVIMENTO APÓS A PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Daniel Willian Granado⁴⁷⁰ - Fernando Rey Cota Filho⁴⁷¹

Produção de Provas

Antes de aprofundarmos o tema da produção antecipada de provas, se faz necessário apurar a importância que a produção de provas, de uma forma geral, possui ao processo de conhecimento⁴⁷², considerando ainda sua relevância para a finalidade precípua do processo, qual seja, o apaziguamento de conflitos inerentes à sociedade.

De início, consoante determinam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁷³, tendo em vista o sistema jurídico brasileiro, as provas constituem-se como “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.

Nessa esteira de pensamento, o art. 369 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) assevera que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Por meio da inteligência do supramencionado artigo e à luz do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, Constituição Federal⁴⁷⁴), é possível inferir que a produção de

⁴⁷⁰ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Pós-Graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. dwgranado@hotmail.com

⁴⁷¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado pela PUC/SP. Professor de Pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Paulista de Direito. Membro da ABDPRO. Membro do CEAPRO. Membro da Comissão de Estudos de Direito Processual Civil da OAB/AM. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual IBDP. Advogado. fernando@cotaadv.com

⁴⁷² “Na fase de conhecimento do procedimento comum parte-se da premissa de que as alegações formuladas pelas partes, porque controvertidas, devem ser esclarecidas de modo adequado para que o juiz possa decidir a controvérsia. Por isso, essa fase de conhecimento desenvolve-se sob dois ângulos diversos: as teses debatidas pelas partes e as evidências estão reunidas para demonstração de suas versões a respeito dos fatos envolvidos no litígio, sobre as quais as partes pautam a pretensão e sua defesa”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 257.)

⁴⁷³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 369. Versão *proview*.

⁴⁷⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

provas se constitui atualmente como um *direito das partes* – e de qualquer outro sujeito que participe do processo⁴⁷⁵. Desta feita, o autor e o réu, ou mesmo o sujeito interessado, estarão aptos a produzir a prova, a fim de que esta seja admitida face a relação jurídica processual existente e, uma vez feita, competirá a estas “convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova”⁴⁷⁶.

Nesse sentido, por ser o magistrado um terceiro à relação preexistente entre autor e réu, mais do que natural que necessite de elementos que possam corroborar com as alegações das partes, visando permanecer o mais próximo possível da decisão acertada ao direito esmiuçado. No entanto, como será visto a seguir, o novo diploma processual civil coloca as partes dentro de um protagonismo instrutório, afastando o antigo entendimento de que a prova tem por finalidade tão somente o convencimento do magistrado.

Sobre essa temática, Eduardo Talamini e Luiz Wambier lecionam⁴⁷⁷:

Como já visto, a jurisdição é a atividade do Estado destinada a, em última alternativa (quando esgotadas ou proibidas as possibilidades mais simples, céleres e menos onerosas de autocomposição), atuar em tais situações, eliminando o conflito. O juiz atua como terceiro imparcial, “substituindo-se” aos sujeitos em conflito, para fazer valer concretamente a incidência das normas. Em outras palavras, ele definirá quais as normas que concretamente atuaram ou estão atuando. Para desenvolver essa tarefa, o juiz averiguará quais os fatos que ocorreram efetivamente e quais as consequências jurídicas desses fatos, ou seja, quais os mandamentos das normas que estão concretamente incidindo. Portanto, o juiz, ao julgar: – de um lado realiza juízos de fato (averiguação dos fatos que ocorreram); – de outro lado, desenvolve juízos de direito (definição das consequências jurídicas dos fatos que foram averiguados).

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 369. Versão *proview*.

⁴⁷⁶ NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

⁴⁷⁷ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo civil: cognição jurisdicional*. V. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Conforme preconiza o art. 370 do Código de Processo Civil, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito. A iniciativa probatória, deste modo, mostra-se como um “um elemento inerente à organização de um processo justo, que ao órgão jurisdicional cumpre zelar, concretizando-se com o exercício de seus poderes instrutórios tanto a igualdade material entre os litigantes como a efetividade do processo”⁴⁷⁸.

Consoante tais premissas, notório identificar a natureza processual da produção de provas, a qual se apresenta como ferramenta processual adequada a permitir que o juiz forme o seu convencimento sobre todos os fatos pertinentes àquela situação jurídica objeto da atuação. No entanto, apesar de tratar-se de um instrumento processual ao alcance do juiz, as partes também possuem uma participação ativa, tanto através dos meios extrajudiciais de constituição de prova, tal como uma notificação, visando constituir a parte adversa em mora, por exemplo, quanto com relação as sanções legais àquele que não colabora com a ordem judicial para buscar a verdade, inclusive pela perspectiva do *princípio da cooperação*⁴⁷⁹, nos termos dos arts. 6º e 378, do Código de Processo Civil⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹, vejamos:

⁴⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 370. Versão *proview*.

⁴⁷⁹ Assim, aduzem Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, sobre a natureza do dever de cooperação e probidade: “Trata-se de preceito de natureza processual. O desatendimento do dever processual de probidade implica sanção de natureza processual para aquele que descumpriu o preceito. Eventual infração funcional deve ser investigada na via apropriada e de acordo com o regime legal de cada carreira, jurídica ou não. No processo, cumpre àquele que de qualquer forma participa do processo agir com probidade.” (NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentário ao art. 6º. Versão *proview*.)

⁴⁸⁰ “Também as provas estão submetidas, obviamente, a esse dever de colaboração. Trata-se de um dever geral de colaboração, no sentido de que as partes devem sempre contribuir para a solução adequada do litígio. Esse dever encontra assento específico para o campo de prova nos preceitos do art. 77. I, II, III e VI, que impõe a todos que participam do processo, *ai incluídas, logicamente, as partes*, diversos deveres, especialmente ligados à veracidade e à sinceridade na condução do processo. E, ainda de modo mais evidente, no ponto que aqui interessa, tem-se contido no art. 379, a dizer que, ressaltado o direito de não produzir prova contra si, devem as partes “I- comparecer em juízo, respondendo ao que lhe foi interrogado; II – colaborar o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III – praticar o ato que lhe for determinado”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 260.)

⁴⁸¹ “No processo civil brasileiro contemporâneo o juiz tem deveres de cooperação para com as partes (deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio) e as partes e todos aqueles que participam a qualquer título do processo têm, dentre outros deveres, o de colaborar com o Poder Judiciário para o “descobrimento da verdade” (art. 378, CPC). O juiz tem o dever de prestar a tutela adequada e efetiva aos direitos; o cidadão, por sua vez, tem direito – outorgado pelo art. 5.º, XXXV, CF – à efetiva e adequada tutela jurisdicional. Ora, para que a tutela realmente possa ser prestada na forma a que tem direito o cidadão, é preciso que se forneçam ao juiz os elementos que lhe permitam julgar de forma adequada. Para que tais dados sejam efetivamente entregues ao juízo, é necessária a colaboração das partes e de todos aqueles que participam a qualquer título do processo. É nesse sentido que se fala em dever de colaborar com o Poder Judiciário para o “descobrimento da verdade”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 378. Versão *proview*.)

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

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

A importância é tamanha que, conforme adiantado, terceiros também devem cooperar para a produção de provas de formas variadas⁴⁸², devendo, à guisa de ilustração: (i) informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; (ii) exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder, nos termos do art. 380, do Código de Processo Civil⁴⁸³.

Todavia, em que pese estes esforços legais para compor uma produção de provas mais concreta, estamos longe de esta ser absoluta, uma vez que apesar de o juiz buscar esclarecer os fatos, esse não busca a verdade real, isso porque, caso contrário, a instrução probatória poderia ser palco de infundáveis diligências e etapas, e ainda assim a verdade real, que é extremamente difícil de ser provada, não é alcançada. Afinal, há impossibilidade física e material de apurar alguns fatos, em virtude da sua perenidade e, por fim, devem ser resguardados os preceitos assecuratórios de direitos, como o contraditório e devido processo legal.

Acerca do tema, a conclusão de Humberto Theodoro Junior⁴⁸⁴ é cirúrgica:

Se a verdade absoluta não pode ser alcançada pelo juiz, ao menos seu compromisso haverá de ser com a perquirição da verdade possível, dentro dos limites da capacidade humana. Na busca da verdade real, não há mais provas de valor previamente hierarquizado no direito processual moderno, a não ser naqueles atos solenes em que a forma é de sua própria substância.

⁴⁸² Nessa esteira, destaca-se o disposto no art. 371, do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (destacamos)

⁴⁸³ “Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.”

⁴⁸⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 107.

Por conseguinte, após breve análise da importância da produção de prova para o processo de conhecimento, considerando também a relevância da participação das partes à luz de um processo cooperativo-dialógico, resta apurar o momento de produção das provas⁴⁸⁵ e, tendo em vista a flexibilidade do momento probatório, passaremos, a partir desse momento, a observar o instituto jurídico da produção antecipada de provas.

Produção Antecipada de Provas

O legislador ordinário, na redação do Código de Processo Civil de 2015, preocupou-se com o *princípio da razoável duração do processo* (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁴⁸⁶), na medida em que estimulou a instituição de mecanismos processuais que proporcionam maior efetividade e celeridade à resolução da controvérsia judicial. Com efeito, uma das relevantes mudanças trazidas por este diploma foi a reformulação do instituto da *produção antecipada de provas*.

Como sabido, em regra, a produção da prova ocorre dentro do processo ao qual ela é destinada, especialmente na ocasião da Audiência de Instrução e Julgamento. Ademais, de forma complementar, poderá ocorrer fora da audiência, tal como acontece na hipótese de produção de prova pericial⁴⁸⁷, documental⁴⁸⁸ ou até mesmo na inspeção judicial⁴⁸⁹.

Entretanto, a complexidade e a importância da instrução probatória e das relações interpessoais podem exigir que uma prova seja produzida antecipadamente, a fim de assegurar às partes a possibilidade de almejar previamente o conhecimento de fatos, realização de perícias ou obtenção de documentos. É dizer, uma prova pode ser tão importante para o futuro do processo, que ela poderá ser produzida antes que se proponha a própria demanda judicial ou até mesmo pode ter por escopo a análise efetiva se o processo se mostra realmente necessário.

Desta feita, o art. 381 do Código de Processo Civil aduz:

⁴⁸⁵ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional*. V. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

⁴⁸⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴⁸⁷ V. Arts. 464 a 480, CPC.

⁴⁸⁸ V. Arts. 405 a 429 e 434 a 438, CPC.

⁴⁸⁹ V. Arts. 481 a 484, CPC.

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

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

À luz da produção antecipada de provas, Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹ afirmam:

Embora o Código de Processo Civil aluda à “produção antecipada de provas”, certo é que por esta via apenas se assegura a possibilidade de futuramente produzir prova. A asseguaração de prova consiste em documentação de alegações de fato. É para a memória da coisa – *ad perpetuam rei memoriam*. Não há produção, mesmo porque sequer se sabe se o processo (em que a prova efetivamente será produzida) existirá, sequer cabendo ao juiz, neste procedimento, valorar a prova colhida (art. 381, § 2.º, CPC).

A priori, a inovação que pode ser vislumbrada pelo dispositivo em apreço, diz respeito a superação tão somente da perspectiva do risco e da dificuldade da produção de prova em momento posterior, prevista no inciso I do supramencionado artigo, permitindo-se, para além dessa hipótese, a produção antecipada de prova para a busca por fatos a fim de averiguar a conveniência de ajuizar ou não demanda ou para a autocomposição do conflito, à luz dos incisos II e III do mesmo artigo.

Deste modo, entendem Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁹²:

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 274.

⁴⁹¹ Na mesma esteira: “Note-se que não se trata, a rigor de produção antecipada de prova, ao contrário do que faz supor o título que recebeu a figura disciplinada a partir do art. 381. É que, na realidade, a medida em estudo se limita a “fixar” a prova que pode interessar a outro (futuro) processo, permitindo que ela seja aqui produzida.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 381. Versão *proview*.)

A norma menciona os casos ensejadores da antecipação da prova, vale dizer, nos quais se encontra presente o interesse processual no requerimento. Não mais se apresenta uma exposição estanque dos casos que ensejam a antecipação, mas o delineamento de situações nas quais considera-se que ele seja cabível, quais sejam, o risco de impossibilidade ou extrema dificuldade de produzir a prova na pendência da ação, a possibilidade de a prova conduzir as partes à realização da autocomposição, ou justificar/evitar a propositura de ação, pela cessação do litígio.

Ato contínuo, por consequência, bastará que o demandante demonstre o seu interesse na segurança da prova, não sendo necessário indicar, desde logo, o direito material que será eventualmente sustentado com a prova antecipada, sendo suficiente a demonstração de que a prova poderá ser utilizada em eventual processo futuro ou poderá justificar o ajuizamento ou não da demanda, além do seu emprego em eventual meio alternativo de solução de conflito.

Destaca-se que, para além dessas hipóteses, “é sempre possível que parte exerça a simples pretensão de obtenção da prova, com finalidade de simples documentação, desde que demonstre seu interesse jurídico nessa medida”⁴⁹³⁻⁴⁹⁴.

Deste modo, o interesse processual da parte é que justificará o seu ajuizamento antes da ação principal, quando terá caráter preparatório ou, ao revés, durante a ação de conhecimento, quando, para ser produzida, deve ser justificada a impossibilidade de aguardar o momento processual próprio de instrução probatória ou a sua possibilidade de viabilizar a autocomposição das partes.

O alcance atingido pela antecipação de provas ocorreu pela ampliação do próprio conceito de jurisdição não apenas para uma ação principal, mas sim uma pretensão que

⁴⁹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 382. Versão *proview*.

⁴⁹⁴ “Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. § 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, *salvo se inexistente caráter contencioso*.” (destacamos)

culminará ou não em conflito ulterior, logo, pede-se à jurisdição um resguardo de direito. Consoante tal entendimento, aduz Arruda Alvim⁴⁹⁵:

Há reflexos, no próprio conceito de jurisdição, decorrentes do crescente interesse na autocomposição e em meios consensuais de resolução de conflitos. O CPC/2015, nessa medida, apresenta uma série de dispositivos que permitem concluir por uma preferência - ou uma intenção fortemente manifestada nas soluções não conflitivas.

Apesar da distância com a conceituação tradicional de jurisdição, com a nova roupagem trazida pelo atual Código de Processo Civil, o legislador ordinário buscou aproximar a jurisdição como um todo a este instrumento, de modo a assegurar os meios de provas quando estes podem perecer ou tornar impossível sua colheita e, ademais, quando possam evitar conflitos desnecessários, permitindo a parte a examinar o que está a sua disposição.

Por consequência, a utilização deste instituto jurídico se tornou mais elástica, posto que, não evitando o litígio ulterior, por exemplo, tem a capacidade de torná-lo mais robusto e eficiente, o que faz com que a produção antecipada de prova tenha também o condão de proporcionar, em última medida, economia processual⁴⁹⁶.

2.1. Evolução histórica: do procedimento cautelar à ação probatória autônoma

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), a antecipação probatória estava adstrita à sistemática dos procedimentos cautelares específicos, dispostos sob os arts. 813 a 888, em suas modalidades de arresto, sequestro, arrolamento de bens, busca e apreensão, exibição de coisa móvel ou documento, atentado e produção antecipada de provas propriamente dita.

À luz do diploma processual civil anterior, a produção antecipada de provas tinha o condão de antecipar determinados meios de prova, constituindo modalidade cautelar específica, sob a justificativa de que as partes não poderiam aguardar a fase instrutória do processo principal. Possuía, destarte, natureza cautelar, pressupondo urgência, o

⁴⁹⁵ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

⁴⁹⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

chamado *periculum in mora* e podendo ser deferida em caráter preparatório ou incidental.

Os arts. 846 e 847 do Código de Processo Civil anterior⁴⁹⁷ preconizavam que a produção antecipada da prova poderia consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas ou exame pericial. O interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas poderia ocorrer antes da propositura da ação ou na pendência desta, desde que antes da audiência de instrução, caso a parte ou a testemunha tivesse que ausentar-se ou se por motivo de idade ou moléstia grave, houvesse justo receio de que ao tempo da prova esta já não existiria, ou caso estivesse impossibilitada de depor.

A consequência natural para essa opção legislativa era que, tratando-se de medida cautelar, a produção antecipada de provas carecia dos pontos fundamentais inerentes ao regime próprio das cautelares como, por exemplo, a sua forma acessória para com o ajuizamento da ação principal quando antecedente⁴⁹⁸.

Entretanto, a produção antecipada de prova foi sistematicamente reformulada no Código de Processo Civil atual, sendo parcialmente desvinculada do requisito da urgência, na medida em que, como afirmado anteriormente, será também cabível quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos e, ademais, no caso em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação.

Ademais, enquanto a legislação processual civil anterior previa a produção antecipada de provas tão somente na hipótese de interrogatório, inquirição de testemunhas e exame pericial, o atual diploma não trouxe qualquer tipo de limitação a

⁴⁹⁷ “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.”

⁴⁹⁸ Vejamos, nesse sentido, os seguintes artigos: “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.” “Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.” “Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.” “Art. 809. Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.”

sua aplicação, tendo seu âmbito de incidência ampliado, de modo a permitir a antecipação de qualquer meio de prova⁴⁹⁹.

Outrossim, a matéria também restou desvinculada de uma necessária demanda principal, preparatória ou incidental, consagrando-se um verdadeiro *direito autônomo à prova*, no qual os sujeitos interessados podem valer-se de medida probatória autônoma, para esclarecimento ou conhecimento dos fatos, a fim de analisar, com maior profundidade, as vantagens e desvantagens, bem como os custos de submeterem-se ao crivo jurisdicional.

Por conseguinte, destaca-se a desnecessidade de ajuizamento da ação principal posteriormente, a qual contraria o antigo art. 806, do Código de Processo Civil de 1973⁵⁰⁰⁻⁵⁰¹, sob a fundamentação de que a antecipação de provas possui um caráter *totalmente satisfativo*, logo, a sua realização implica em um direito já assegurado.

Em última análise, as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil, fundamentam-se no próprio *direito fundamental de acesso à jurisdição*, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁵⁰², haja vista que também pressupõem que o acesso à jurisdição ocorra de forma célere e efetiva, por meio de uma *ação probatória autônoma*⁵⁰³.

Ademais, relevante salientar a distinção doutrinária de que a antecipação de prova poderá ser *preventiva*, nas hipóteses em que se almeja assegurar a eficácia e a

⁴⁹⁹ Importa mencionar, que o art. 369, inserido nas disposições gerais do Capítulo XII, “Das Provas”, nessa medida, determina que “As partes têm o direito de *empregar todos os meios legais*, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” (destacamos).

⁵⁰⁰ “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”

⁵⁰¹ À luz do diploma anterior, destaca-se: “A tutela cautelar tem escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade de providência jurisdicional pleiteada em caráter principal - em outro processo (de conhecimento ou de execução) ou no mesmo processo (no caso do §7º do art. 273 do CPC (de 1973). Tem a tutela cautelar dupla instrumentalidade (instrumento para a proteção de um outro instrumento, qual seja, o processo de conhecimento ou execução). A tutela cautelar, a rigor, não realizada satisfação da pretensão da parte, mas cria condições para que tal satisfação se dê, se acolhido o pedido principal.” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo civil moderno: Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 76-77.)

⁵⁰² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁵⁰³ O autor Fredie Didier Jr. ensina que “o Código de Processo Civil de 2015 criou uma autêntica “ação probatória autônoma genérica” que tem por conteúdo o direito à produção de prova. Para o autor, trata-se de demanda por meio da qual se pede o reconhecimento do direito autônomo à prova. De fato, se o legislador tivesse alterado a terminologia empregada, poderia ter afastado a divergência conceitual herdada pelo diploma anterior.” (DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova*, in: *Bruno Fuga, Daniel Colnago Rodrigues, Thiago Caversan Antunes (org.). Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*, Londrina: Thoth Editora, 2018.)

viabilidade do seu direito, à luz do supramencionado inciso I, do art. 381 e, em sentido contrário, será *preparatória*, quando buscar antecipar provas que podem ou não viabilizar pretensão futura, é dizer, quando se permitirá à parte averiguar em qual terreno poderá adentrar, caso ajuíze a ação, consoante incisos II e II do mesmo diploma.

Desta forma, decorre a leitura do instituto como manifestação de um direito probatório autônomo, afastando-se da inserção inadequada e anterior da produção antecipada de prova como mero procedimento cautelar pautado na urgência⁵⁰⁴, visto que traz consigo a pretensão da parte ao direito de provas.

Vejam, nesse sentido, que Flávio Luiz Yarshell⁵⁰⁵ asseverava, antes mesmo da promulgação do novo Código de Processo Civil, “(...) a existência de um direito autônomo à produção da prova, de forma não diretamente vinculada ao pleito de declaração do direito material e ao processo instaurado para essa finalidade. A esse direito convencionou-se chamar de direito à prova”.

A grande mudança entre os diplomas processuais civis culminou não apenas no entendimento de uma autonomia processual ao direito de provas, como na destinação da antecipação de provas para permitir a resolução consensual de conflitos, bem como evitar ou justificar o ajuizamento de ações.

Ressalta-se, por fim, ser de grande relevância destacar, que o objeto da antecipação de provas é a garantia da regular produção da prova em si, em momento anterior ao previsto em lei, de modo que não resta antecipada a valoração da prova, a qual somente será feita em eventual e futura demanda judicial que tenha por escopo a declaração específica do direito material.

⁵⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 129.

⁵⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 72.

Condições da ação

Oportuno ainda questionar o seguinte sobre a temática em apreço: admitido o caráter autônomo da ação probatória, estar-se-ia sujeito às condições da ação comuns ao processo de conhecimento e execução? A resposta deve ser positiva, pois há muito a doutrina debatia acerca da exigência de interesse processual. Assim, o interesse processual deverá ser demonstrado efetivamente pela parte no momento do seu pleito, indicando a situação fática objeto de demanda que lhe diz respeito em conjunto com alguma das hipóteses de cabimento do art. 381, do Código de Processo Civil.

Portanto, não fossem apenas os requisitos comuns de qualquer petição inicial, previstos no art. 319⁵⁰⁶, inclui-se a necessidade de apontamento da hipótese legal que substancializa o direito invocado e a indicação do interesse processual, conforme o próprio art. 382 do diploma processual civil aduz, determinando o binômio a ser explicitado em inicial como condição para suprir o interesse processual, consistente nas “razões que justificam a necessidade de antecipação da prova” e os “fatos sobre os quais a prova há de recair”.

A respeito das condições para a produção antecipada de provas, leciona Flávio Yarshell⁵⁰⁷, senão vejamos:

É certo que a necessidade da prova – não apenas da antecipação – depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a medida que se quer produzir. A prova, independentemente do momento em que produzida, tem por objeto fatos. Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar interfere com a antecipação porque, na verdade, prejudica a admissibilidade da prova. A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições

⁵⁰⁶ “Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu. § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.”

⁵⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao artigo 381. In: *WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1031.

a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a propriedade.

Por conseguinte, na petição inicial do pedido de produção antecipada de prova, o demandante *deverá* apresentar os fundamentos de fato e de direito que justificam a necessidade do seu requerimento, bem como *deverá* deduzir qual será o fato probando objeto da antecipação de prova⁵⁰⁸, mencionando, com precisão, os fatos sobre os quais a prova irá recair.

A forma que o legislador ordinário optou para cristalizar o interesse processual foi a partir do termo “necessidade”⁵⁰⁹, haja vista que este sempre é inerente àquele de forma geral no âmbito processual. Deste modo, a necessidade do requerimento de produção antecipada de provas é, na realidade, o interesse processual do ajuizamento da medida, conforme dispõe o art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil⁵¹⁰, de modo que não sendo o interesse demonstrado pelo requerente, o pedido deverá ser extinto sem conhecimento do mérito.

A partir desta premissa, natural questionar sobre a hipótese prática em que a parte deixa de cumprir com estes requisitos específicos da inicial de produção antecipada de provas, presumindo-se a inexistência de interesse processual em seu pleito, deste modo, resta indagar se isso importaria em reflexos ao processo principal?

Embora a produção antecipada de prova possua por pano de fundo fatos que serão também objeto de eventual processo principal, no qual se pede o “bem da vida”, para a produção antecipada de provas não há que se falar em imutabilizar a decisão que reconhece a falta de interesse processual, tal como se coisa julgada formal fosse. Mesmo se diante das hipóteses de julgamento liminar de improcedência, à luz do art. 332, do Código de Processo Civil⁵¹¹.

⁵⁰⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

⁵⁰⁹ “A necessidade de pedir a antecipação da prova é, na verdade, o interesse processual no ajuizamento da medida (CPC 485 VI). Não demonstrando o requerente a existência da necessidade da antecipação, o pedido deve ser extinto sem conhecimento do mérito.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.)

⁵¹⁰ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.”

⁵¹¹ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas

Afinal, a cognição do juiz na produção antecipada da prova é limitada pela natureza do próprio procedimento⁵¹², ou seja, não há espaço para análise de mérito seguinte.

Interessante ainda o entendimento de Flávio Luiz Yarshell⁵¹³, nesses casos:

[...] reconhecendo a inexistência do direito material afirmado pelo demandante, o órgão judicial rejeita a pretensão de produção da prova, ao mesmo tempo em que obsta ao julgamento da pretensão ‘principal’ fundada nesse suposto direito, cuja inexistência é reconhecida. Como no caso do processo cautelar, também no processo gerado a partir do direito à prova o mencionado óbice decorre mesmo do efeito negativo da coisa julgada: em ambos os casos o comando a ser proferido no processo declaratório do direito não poderia – sob pena de afrontar a coisa julgada – dispor de forma diversa daquela estatuída precedentemente, desde que a cognição exercida assim o permita.

Ao tratar do tema sob diferente perspectiva, Ovídio Baptista aborda situação em que o tipo de prova requerido não é apto, juridicamente a demonstrar o que se busca comprovar, e que, nesse caso, deve o julgador indeferir aludida realização, com o que concordamos⁵¹⁴.

repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.”

⁵¹² “A cognição do juiz na produção antecipada da prova é limitada pela natureza do próprio procedimento. O exame do juiz é circunscrito ao pedido de produção probatória, precisamente dos requisitos indispensáveis para sua realização (art. 381), pelo que deve se abster de examinar os (in) sucessos da anunciada pretensão futura. O juiz atua no procedimento como garante, um juiz de garantia, tanto da liceidade do meio probatório postulado quanto da forma de sua realização” (OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentários ao art. 381. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. (Coord.). *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença* – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. p. 313).

⁵¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 358.

⁵¹⁴ Ovídio Baptista partilhava deste entendimento “Se a inutilidade da prova que se quer constituir for de tal evidência que o juiz possa desde logo constatar-la, segundo aquele critério por nós mencionado nos comentários ao art. 848, de ‘macroscópica’ evidência, então neste caso, a ação deverá ser rejeitada, não ficando o magistrado adstrito a dar-lhe guarida. Por exemplo: o requerente propõe a ação de justificação, fundada no art. 861, alegando que pretende provar com testemunhas que é proprietário de certo imóvel. A prova da propriedade imobiliária, como se sabe, não pode ser feita através de testemunhas, a não ser que ela provenha de posse *ad usucapionem*. Poderia, sem dúvida, o requerente promover, através do processo de justificação avulsa, a prova da posse *ad usucapionem*, ou de outra posse qualquer, para simples prova do fato jurídico da posse, sem ser em procedimento liminar da ação de usucapião. Mas, aqui, o requerimento haveria de referir-se à prova da posse e não da propriedade. De qualquer modo, o pedido de

Por fim, no que tange a legitimidade *ad causam*, a sua análise deverá ser realizada consoante ao direito material tutelado pela parte. Outrossim, este ditame implica em uma mão de duas vias, tanto o autor da pretensão terá direito a ajuizar a ação probatória quanto o réu⁵¹⁵, uma vez que estes compõem a relação jurídica.

Meios de prova admitidos

Sob a vigência do Código de Processo Civil anterior, o já mencionado art. 846⁵¹⁶, limitava a produção antecipada da prova ao depoimento pessoal da parte, à inquirição de testemunhas e ao exame pericial, entretanto, já naquela época, a doutrina aduzia ser este dispositivo meramente exemplificativo, não cabendo a aplicação de uma interpretação restritiva⁵¹⁷.

À luz desse entendimento, o Código de Processo Civil atual adequou-se ao posicionamento doutrinário, retirando as restrições/exemplificações de provas, concluindo-se, como resultado dessa evolução legislativa, que tanto a instrução probatória em fase de processo de conhecimento quanto a produção antecipada passam a ser amplas em relação à utilização de qualquer meio de prova, conforme pode ser vislumbrado pela leitura do art. 369:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar *todos os meios legais*, bem como os moralmente legítimos, *ainda que não especificados neste Código*, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (destacamos)

Ademais, a clara ausência de disposição legal acerca de vedação à antecipação de algum tipo específico de provas já demonstra o intento do legislador em ampliar o leque

justificação, formulado como nós o indicamos acima, deveria ser repellido, desde que a justificação da propriedade, assim concebida, seria inócua e sem interesse para o requerente que, em verdade, não a poderia obter por tal meio” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986. v. XI. p. 547-548).

⁵¹⁵ “Em obediência ao princípio constitucional do contraditório (ar. 5º, inciso LV, CF), é necessária a citação do réu da medida preventiva para que possa, querendo, acompanhar a prova cuja antecipação se pede. Sendo requerida no curso do processo, o réu será a parte contrária ao requerente na ação principal; sendo antecedente, o réu da produção antecipada será o potencial adversário do requerente na ação principal.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.)

⁵¹⁶ “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.”

⁵¹⁷ Nessa esteira de pensamento: MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 104.

deste instituto. Corroborando a tal pensamento, válido estabelecer que, sob a perspectiva da economia processual que avaliza a ação probatória autônoma, a restrição dos meios de provas resultaria no desvirtuamento do instituto e no esvaziamento do seu alcance.

Por óbvio, cabe destacar que a ausência de limitação aos meios de prova não significa a permissão do seu uso desregrado, pois caberá ao juiz⁵¹⁸, ao exercer a admissão da petição inicial e apurando quais os meios de provas almejados, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo, por meio de decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. A parte, por sua vez, conforme trazido anteriormente, deverá expor os fatos, delimitando seu pedido consoante a prova almejada.

Ademais, importa destacar que não há hierarquia entre os meios de prova, devendo o magistrado decidir de acordo com a persuasão racional, consoante determina o art. 371, o qual aduz que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Destarte, segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, “não há, em princípio, hierarquia entre os meios de prova, salvo quanto à prova legal, cuja aceitação e valoração já estão previstas antecipadamente em lei, prevalecendo sobre todo e qualquer meio de prova”⁵¹⁹.

Por consequência, tem-se que a inovação legislativa, no sentido de adequação formal da legislação ao entendimento doutrinário advindo do diploma anterior, quanto à ampliação para todos os meios de provas, procurou sanar os debates e assegurar às partes o direito probatório em sua plenitude. Contudo, como foi indicado, os poderes de direção reservados ao juiz permanecem nas ações probatórias, evitando-se, dessa forma, abusos e o direcionando as partes, a fim de que haja efetiva produção de provas e prestação jurisdicional.

⁵¹⁸ “O dever de esclarecimento constitui ‘o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo [...]’. O de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, ‘o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais.” (MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo e FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>]. Acesso em: 11 dez. 2020.

⁵¹⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

Aspectos procedimentais

Importa ainda verificar as inovações legislativas e aquelas mantidas à luz do antigo diploma processual, pertinentes ao procedimento da produção antecipada de provas.

Em primeiro lugar, destacamos as regras de *competência*, mais uma vez corroborando com a visão doutrinária de ação probatória autônoma em relação ao processo principal, razão pela qual verifica-se que a produção antecipada de provas não mais previne a competência do juízo para eventual ação que possa ser ajuizada, diferentemente do que previa o art. 800 do diploma anterior⁵²⁰.

Desta feita, relevante a leitura do art. 381 do Código de Processo Civil atual, o qual preconiza, em sentido diverso, em seu §2º, que “a produção antecipada de provas é da competência do juízo onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu”. Ademais, destaca-se, ato contínuo, o seu §3º, o qual determina que “a produção antecipada de prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta”⁵²¹.

É dizer, a competência para a propositura da ação de produção antecipada de provas exige a observância das regras gerais de competência, ademais, aquele juízo que der andamento ao procedimento não ficará prevento para ação principal em que poderá ser utilizada a prova⁵²².

Por mais que pareça ser mais acertada a competência do local de colheita de provas, como regra, é preciso sopesar que a ausência de taxatividade do rol de meios de provas, conforme anteriormente explorado, culmina em diversidade de produção, razão

⁵²⁰ “Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.”

⁵²¹ “A produção antecipada de prova pode ser ajuizada (i) no foro onde a prova deva ser produzida ou (ii) no foro do domicílio do réu (CPC/15, art. 381, § 2º). Trata-se de caso de competência concorrente. Não é possível extrair da regra nenhuma espécie de subsidiariedade entre esses dois foros.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Comentários ao art. 381. Versão *proview*.)

⁵²² “O atual CPC, contudo, inova ao dispor de forma expressa que a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. Na vigência do CPC revogado, muito embora houvesse jurisprudência nesse sentido e inclusive súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, admitia-se exceções, como, por exemplo, quando a ação principal fosse ajuizada no curso da produção antecipada de provas ou, ainda, quando nesta houvesse participado ativamente o magistrado, como ocorria em casos de exames periciais. Tais exceções tendem a não mais ser admitidas com a redação clara do art. 381, § 3.º.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Versão *proview*.)

pela qual, a depender do caso, o foro do domicílio do réu pode ser muito mais célere ao autor.

Ademais, no caso da produção antecipada de provas requerida em face da União Federal, Autarquias Federais ou Empresas Públicas Federais aplicar-se-á a competência delegada do art. 109, §3º, da Constituição Federal⁵²³, a fim de que o juízo estadual detenha a competência para a produção probatória antecipada requerida quando na localidade não houver vara federal (art. 381, §4º), tal dispositivo visa assegurar a paridade entre as partes, o acesso universal à jurisdição e a celeridade processual.

Ademais, como afirmado anteriormente, na petição inicial do pedido de produção antecipada de prova, o demandante deverá apresentar os fundamentos de fato e de direito que justificam o requerimento, bem como deverá deduzir o pedido de antecipação da prova, com suas especificações, devendo indicar qual fato probando será objeto da antecipação.

No que tange aos §1º e §4º, do art. 382, os quais afirmam, respectivamente, que “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso” e “neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”, é possível concluir, *a priori*, que os dispositivos destoam totalmente da sistemática processual atual⁵²⁴, na qual o contraditório e ampla defesa são assegurados ao ponto de existir regra normativa impedindo decisões surpresas⁵²⁵.

Para Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁵²⁶, os parágrafos em apreço preconizam especificadamente que:

⁵²³ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: § 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.”

⁵²⁴ “Não se admitirá defesa”. Esta expressão é infeliz, por tornar incoerente um artigo que alarga os limites da produção da prova – e o é mesmo do ponto de vista do CPC/1973, em cuja vigência a jurisprudência admitia a defesa do demandado (YARSHELL, Flávio Luz. *in Alvim Wambier-Didier-Talamini-Dantas. Breves Comentários CPC*, comentário. 18 CPC 382, p. 1.041.)

⁵²⁵ “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.”

⁵²⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

A parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida. Entretanto, a ampla defesa e o contraditório, que por contestação, ou por recurso já poderiam vir a ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar.

A regra instituída nestes dispositivos será esmiuçada mais profundamente a seguir, mas desde já se entende que sua interpretação, por óbvio, será com o agasalho constitucional e nos termos do art. 1º do Código de Processo Civil⁵²⁷. Logo, a suposta vedação à defesa ou recurso não se trata de um obstáculo ao contraditório e ampla defesa, mas sim uma interpretação lógica-processual, de modo que, sendo a ação probatória desfalcada do mérito, a parte contrária não detém, em tese, interesse processual para se defender.

Por fim, deliberada a produção de provas, o caminho natural será a prolação de sentença, que será meramente homologatória de todos os atos formais praticados no processo, bem como sem valoração a respeito da prova, conduta processual ou relação de direito material controvertida.

A temática ainda levanta questionamento pertinente a respeito dos honorários advocatícios. Em relação a honorários sucumbenciais, a jurisprudência divergiu, justamente pelo caráter desta ação, haja vista a ausência de mérito. Visando pacificar o debate, apesar de muitas vezes ignorado, o Enunciado nº 118 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na II Jornada de Direito Processual Civil, acolheu pensamento consonante à regra geral de comportamento do réu ao procedimento, aduzindo ser cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova.

⁵²⁷ “Art.1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

5.1. Exercício do contraditório

Dentre os aspectos procedimentais, com toda certeza, a questão do exercício do contraditório na produção antecipada de provas constitui-se como um dos pontos que mais despertam discussões, pois, sob a interpretação constitucional, os arts. 382, §§1º e 4º, do Código de Processo Civil, podem parecer atentar contra o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal⁵²⁸.

Nesta toada, de início, quando o art. 382, §1º, apenas menciona a citação da parte adversa, sem indicar qualquer ação do réu, critica Fredie Didier Jr.⁵²⁹:

Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe. Parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal. Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito etc.) etc. Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos – isso será objeto do contraditório em outro processo.

No âmbito do Código de Processo Civil de 1973, admitia-se a contestação em matéria de produção antecipada de provas, ainda que esta objetivasse tão somente a impugnação do *periculum in mora* ou a falta de condição de ação e pressupostos processuais. No entanto, à luz do dispositivo em apreço, no procedimento de produção antecipada de provas não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que denega totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

⁵²⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

⁵²⁹ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC – doutrina selecionada: provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 656.

Desta feita, uma vez recebida a petição inicial, considerando o procedimento de antecipação de provas de caráter contencioso, os interessados serão citados para acompanhar tão somente a colheita de prova, sem que lhe seja oportunizada a defesa tal como seria no processo principal. Para Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero⁵³⁰, essa regra se justifica porque a prova não é produzida, mas tão somente obtida, razão pela qual somente quando for efetivamente produzida, é que haverá a possibilidade de alguma reação por parte dos interessados.

Nessa esteira de pensamento, à luz do Código de Processo Civil, os interessados serão citados não para se defenderem, mas sim para garantir a sua participação na colheita da prova requerida pelo autor e, conforme dispõe o art. 382, §3º, do mesmo diploma, eventualmente, estes poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

Sobre a temática, insta salientar ainda, os ensinamentos de Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero⁵³¹:

Sempre que exista caráter contencioso, os demandados devem ser citados pessoalmente podendo impugnar a colheita da prova no prazo de quinze dias. Não há propriamente direito de apresentar contestação neste procedimento (art. 382, §4.º, CPC), mas simples citação para que os interessados possam acompanhar a colheita da prova, arguindo eventuais questões referentes a essa asseguaração. (destacamos)

No entanto, nessa hipótese, à luz da interpretação constitucional, a matéria de defesa deve estar restrita às questões atinentes ao próprio procedimento da colheita de prova, podendo indicar, preliminarmente, a ausência de condições de ação ou inexistência das hipóteses legais de cabimento, alegando, à guisa de ilustração, a ocorrência de prova ilícita ou a ausência de urgência de prova, fundamentada no art. 378, inciso I.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 277.

⁵³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 277.

Nessa esteira, a “vedação” legal não pode ser encarada de forma absoluta, tendo em vista que o interessado poderá se utilizar de outras ferramentas processuais, tal como pleitear provas do seu interesse nesta ação, ante a conexão com a necessidade descrita na petição inicial, conforme disposto anteriormente.

Assim, o dispositivo não pode ser interpretado literalmente, pois implicaria em afastar a produção antecipada de provas do caráter contencioso e da natureza jurídica de demanda, aproximando-a da jurisdição voluntária. Destarte, conforme lição de Daniel Amorim Neves⁵³²:

Ao repetir um dispositivo que regulamenta a justificação no CPC/1973 o legislador não considerou que a maioria das ações probatórias não se desenvolvia pela justificação, mas pela produção antecipada de provas. E nada leva a crer que essa realidade seja modificada com o Novo Código de Processo Civil. Significa que a maioria das ações probatórias autônomas será de natureza contenciosa, sendo flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir o exercício de defesa ou a interposição de recursos.

Cabe ainda destacar, a fim de enriquecer o presente debate, o entendimento divergente trazido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo⁵³³, o qual entendeu pela ausência de caráter contencioso das ações probatórias, senão vejamos:

Mesmo não tendo o CPC de 2015 elencado a produção antecipada de provas junto dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, não há, naturalmente, litigiosidade na nova disciplina positivada, pois uma lide não foi exposta e trazida à apreciação do Poder Judiciário. Não é admitida, nos termos do discutido §4º do artigo 382 do CPC de 2015, a formulação de uma defesa neste procedimento e o réu só é citado para

⁵³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo, 3 ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 720

⁵³³ TJ-SP - AI: 21492371620198260000 SP 2149737- 16.2019.8.26.0000, Relator: Fortes Barbosa, Data de Julgamento: 25/09/2019, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 27/09/2019.

acompanhar os atos atinentes à colheita dos elementos probatórios, que serão, com caráter de oficialidade, conservados. Colhida a prova, estaria vedada a interposição de recurso e não caberia, ausente vitória ou derrota de qualquer das partes, seja reconhecida a sucumbência de alguma destas partes.

Destarte, como demonstrado, é de se reconhecer pelo cabimento da defesa pelo réu - de forma limitada, assim como se pode vislumbrar a faculdade ao réu garantida, por isonomia das partes, para que também requeira produção de provas – tal qual uma reconvenção –, entretanto, aquela limitada à pertinência da produção da prova, preenchimento dos pressupostos processuais e está à economia e celeridade processual.

Nesse sentido, seguem Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas⁵³⁴:

[O novo CPC] foi infeliz ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado (“não se admitirá defesa”), num dispositivo que soa incoerente e até infiel com os limites da antecipação da prova agora estabelecidos (art. 382, §3º, do CPC/2015). Mesmo na perspectiva do diploma legal anterior que trata a medida como cautelar, a jurisprudência já reconhecia que ao demandando era facultada a defesa, quando menos para alegação de matérias como incompetência, falta de interesse ou legitimidade.(...) Assim, a interpretação conforme a Constituição (art. 5º, LIV e LV, da CF) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou do §2º do art. 382 do CPC/2015 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito; exceto se para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação. Fora daí, a possibilidade de defesa e de exercício de contraditório pelo

⁵³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al. Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 1.165.

demandado deve ser ampla, como é a correspondente norma constitucional.

Desta feita, alinhamo-nos ao entendimento que a defesa possível é limitada, tal como exposto alhures.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção doutrinária foi inegavelmente fundamental para que a antecipação probatória trazida pelo novel diploma processual civil atingisse sua amplitude atual, como estudado ao longo deste trabalho, transformando-a de modalidade cautelar específica à ação probatória autônoma.

Desta feita, a crescente demanda cotidiana por formas alternativas de resolução de conflitos, que posteriormente podem ou não se tornar lides, tornou a antecipação probatória mais uma ferramenta para este fim. A proximidade com a pacificação de conflitos aproximou a produção antecipada à jurisdição que, conjuntamente ao direito das partes de produzir provas, trouxe o direito de ação probatória de forma autônoma, independente de ação principal e distante ao mérito.

Assim, enquanto a legislação processual civil anterior previa a produção antecipada de provas tão somente na hipótese de interrogatório, inquirição de testemunhas e exame pericial, o atual diploma não trouxe qualquer tipo de limitação a sua aplicação, tendo seu âmbito de incidência ampliado, de modo a permitir a antecipação de qualquer meio de prova.

Por consequência, a matéria também restou desvinculada de uma necessária demanda principal, preparatória ou incidental, consagrando-se um verdadeiro direito autônomo à prova, no qual os sujeitos interessados podem valer-se de medida probatória autônoma, para esclarecimento ou conhecimento dos fatos, a fim de analisar, com maior profundidade, as vantagens e desvantagens, bem como os custos de submeterem-se ao crivo jurisdicional.

Passando a ser encarada com ação probatória autônoma, viu-se que mais do que nunca que o respeito às condições da ação deve ser requisito para o seu processamento, consoante a disposição dada pelo legislador ordinário atual em seu art. 319, de forma geral e no art. 382, especificamente, a fim de apurar interesse e utilidade da prova e a legitimidade *ad causam* das partes.

No que tange ainda ao procedimento, por mais que exista debate sobre a limitação ao direito de defesa, entendemos que esse é limitado uma vez que não há busca do bem da vida no processo de produção antecipada de provas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Versão *proview*.

ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC – doutrina selecionada: provas*. 2. ed. v. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 107.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.

_____. *O novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo civil moderno: Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo e FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica*

da PUC-SP. Tomo: *Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>]. Acesso em: 11 dez. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo*. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2018.

_____. *Ações probatórias autônomas*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/acoes-probatorias-autonomas/4765>). Acesso em: 09 dez. 2020.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentários ao art. 381. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. (Coord.). *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Editora Método, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão *proview*.
SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1973.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Lejur, 1986

TALAMINI, EDUARDO. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional*. v. 2. 6. ed. E-book. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao artigo 381. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.*

Regras sobre autocomposição, mudança de mentalidade e aprimoramento de práticas judiciais.

Fernanda Tartuce⁵³⁵ - Débora Brandão⁵³⁶

1. Relevância do tema.

Nos últimos tempos a adoção de meios consensuais para compor conflitos vem sendo objeto de “empolgadas” abordagens no cenário jurídico pelo grande potencial de contribuição ao sistema de distribuição de justiça⁵³⁷.

No Brasil, após trajetória pautada por incontáveis sessões consensuais e normatizações de diversos Tribunais sobre o tema, delineou-se o “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos formado pela Resolução n. 125, pelo CPC de 2015 e pela lei de mediação, naquilo em que não conflitam⁵³⁸”.

Passados dez anos da edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e 5 (cinco) anos do “novo” Código de Processo Civil, segue pertinente o questionamento: qual é o papel da normatização dos meios consensuais? Em que medida o advento de um marco legal tem potencial para contribuir para o avanço qualitativo da mediação no país? O teor previsto na Resolução 125, no CPC/2015 e na Lei de Mediação está concretizado nas práticas judiciais de mediadores e conciliadores?

Como se nota, questões não faltam, sendo importante refletir sobre elementos aptos a contribuir para a elaboração de respostas pertinentes.

* Versão atualizada e ampliada do artigo “Mudança de concepção e aprimoramento de práticas consensuais no Poder Judiciário”, publicado na coletânea Tratamento adequado de conflitos, vol. II (Amanda Barbosa; Guilherme Bentipaglia – org. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020).

⁵³⁵ Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora nos cursos de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Professora e Coordenadora de Processo Civil na EPD (Escola Paulista de Direito). Membro do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro Avançado de Estudos de Processo). Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (Direito/USP). Mediadora e autora de obras jurídicas.

⁵³⁶ Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Doutora e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Coordenadora e Professora do curso de especialização em Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Professora nos cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Supervisora acadêmica e professora no curso de especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada e mediadora.

⁵³⁷ TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. Revista do Advogado - AASP n. 123 (agosto de 2014). Disponível em www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 01 set. 2020.

⁵³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: www.fernandartartuce.com.br/artigosdeconvidados>. Acesso em: 25 jan. 2021

2. O papel da normatização na concepção cultural sobre a gestão de conflitos.

Costumava-se afirmar que uma das principais funções da criação de normas sobre mediação no Brasil era contribuir para a mudança de cultura do jurisdicionado e/ou de seu advogado. Como bem pontuado por Kazuo Watanabe, grassa entre nós a cultura da sentença, quando na verdade o que se deve buscar é a cultura da pacificação⁵³⁹.

Considerando-se a cultura como “o conjunto de vivências de ordem espiritual e material que singularizam determinada época de uma sociedade”⁵⁴⁰, cabe questionar: o advento de normas sobre meios consensuais tem efetivamente o condão de mudar a concepção cultural vigente?

Se o jurisdicionado e/ou seu advogado entendem apropriado buscar prioritariamente na Justiça a definição de suas crises atribuindo a um ente estatal o poder de decidir imperativamente, basta haver regras sobre mediação para mudar tal olhar, gerando plena adesão ao modo consensual de agir?

A resposta tende a ser negativa. Como bem lembra Michelle Tonon, pelas características intrínsecas à mediação, que tem aspectos inovadores e interdisciplinares, não há como concluir que seu autêntico desenvolvimento irá se concretizar com a mera institucionalização pelo direito positivo no plano estritamente jurídico-legal⁵⁴¹.

Ao ponto, vale lembrar as premissas que ainda dominam o pensamento de práticos e teóricos do Direito: 1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro⁵⁴².

Como é fácil constatar, esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida⁵⁴³.

⁵³⁹ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690 *passim*.

⁵⁴⁰ GALENO LACERDA, *Processo e Cultura*. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 75, vol. III.

⁵⁴¹ BARBADO, Michelle Tonon. **Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro**, p. 206.

⁵⁴² RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute Resolution and Lawyers**, p. 56-57.

⁵⁴³ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute Resolution and Lawyers**, p. 56-57.

Para que mudanças significativas possam ocorrer em termos qualitativos, a mera existência de normas se revela insuficiente: é essencial que o profissional do Direito entenda que uma de suas principais funções é não só representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), mas também conceber o *design* de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos⁵⁴⁴.

Ao ponto, vale destacar a relevância de que entidades de classe promovam essa visão ampliada sobre a atuação do advogado; na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, a *Law Society* lançou, em 2005, “uma 'orientação de práticas' recomendando que os *solicitors* considerassem, de forma rotineira, se os conflitos de seus clientes seriam adequados para as ADR⁵⁴⁵”.

Vale ainda lembrar que a boa fé é essencial na mediação; se um dos contendores não crê que o outro está imbuído de probidade e lealdade, dificilmente vai querer dedicar tempo e recursos para negociar com quem não merece confiança – e quem poderá criticá-lo por isso? Eis apenas um dos obstáculos à mudança de paradigma por parte dos jurisdicionados.

Assim, com todo respeito aos que pensavam (e ainda pensam) em contrário, afirmou-se em 2014 algo que ainda parece verdadeiro: dificilmente o advento de regras sobre mediação tem o condão de, por si só, levar advogados e jurisdicionados a buscarem esse interessante mecanismo consensual⁵⁴⁶.

Apesar de não ser apta a promover o alcance de tal pretensioso desiderato (mudança cultural), a existência de clara regulação sobre mediação é útil para outras finalidades. Na esfera contratual, por exemplo, ela contribui para responder à seguinte questão: tem valor a cláusula em que as partes se comprometem a tentar resolver as diferenças pela mediação antes de buscar soluções contenciosas?

A resposta já podia ser vista como positiva à luz dos princípios do direito contratual: autonomia privada, consensualismo, força obrigatória dos contratos e, principalmente, boa-fé objetiva e função social do contrato são diretrizes ancoradas nos

⁵⁴⁴ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, p. 402.

⁵⁴⁵ ANDREWS, Neil, **O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. SP: RT, 2010, p. 242. Segundo esclarece o glossário de tal obra, *solicitor* é o advogado cuja função é a de, fundamentalmente, representar a parte para mover a ação e contestar (p. 19).

⁵⁴⁶ TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. *Revista do Advogado - AASP* n. 123 (agosto de 2014): Disponível em www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 01 set. 2020.

princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade humana⁵⁴⁷ que recomendam o necessário respeito ao que foi pactuado.

Se os contratantes ajustaram buscar a mediação antes de “terceirizar” a decisão do conflito a alguém externo à relação, violaria a lealdade inerente à boa fé objetiva simplesmente ignorar a cláusula e partir diretamente para a via litigiosa.

Para não haver qualquer dúvida sobre o tema, a Lei de Mediação trouxe uma regra expressa: na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação (Lei 13.140/2015, art. 2º § 1º).

No mais, inexistindo vontade das pessoas envolvidas, realmente não basta haver regulamentação para que se consolide uma efetiva mudança de postura por parte de jurisdicionados e advogados.

Um dos fatores que podem impactar decisivamente no ânimo das é a participação em experiências consensuais proveitosas. Para que estas possam ocorrer, será essencial que, no âmbito das mediações e conciliações realizadas pelo Poder Judiciário, seja claramente percebida pelos usuários do sistema de justiça os efeitos do aprimoramento de uma etapa primordial: a da profissionalização e capacitação material de mediadores e conciliadores.

3. Capacitação de mediadores e conciliadores como fator de obtenção de segurança jurídica e capricho nas práticas.

Não basta o Estado ser obrigado a implantar serviços de mediação para que esta ocorra de modo salutar: é essencial zelar por sua realização adequada, cuidando com afincos do treinamento dos praticantes e do esclarecimento da população sobre os métodos consensuais para que as vivências sejam produtivas a ponto de inspirar a vontade de repetir a experiência.

De todo modo, embora as propostas visadas pela normatização se revelem árduas de serem alcançadas apenas com o advento da lei, iniciativas de legislar não faltam.

⁵⁴⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas – a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

Afinal, o Brasil é marcado pela “inflação legislativa⁵⁴⁸” há longo tempo e essa tendência não tem perspectiva de ser amainada.

Neste sentido, o advento da Resolução 125 do CNJ, que completou 10 anos em novembro de 2020 e do CPC, cujo aniversário de 5 anos de vigência data de março/2021, veio a lume para apresentar diretrizes e regras para que a implantação de verdadeiros centros de pacificação social pudessem propagar, com celeridade, um modo novo de vislumbrar o conflito e disseminar a cultura da paz.

A Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) também se somou aos outros instrumentos normativos para regulamentar a matéria; contudo, ainda é preciso enfrentar pontos sensíveis que comprometem o sistema inaugurado pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos pela população brasileira como CEJUSC's.

4. O primordial papel da Resolução 125/2010 do CNJ e a celebração de convênios com universidades.

A iniciativa legislativa pioneira para na busca de regular a mediação no Brasil foi engendrada no fim da década de 90. O projeto de lei 4.827/98⁵⁴⁹ adotou o modelo europeu da mediação com foco na visão de transformação do conflito: com uma proposta simples e descrita em apenas sete artigos buscava o reconhecimento do conceito legal de mediação para que esta passasse a ser adotada ou recomendada pelo Poder Judiciário⁵⁵⁰.

Tal projeto acabou abarcado por outro, que estava sendo elaborado pelo IBDP⁵⁵¹, e trazia um perfil mais detalhado, buscando apresentar diretrizes para a mediação (sobretudo judicial) de forma mais próxima aos modelos norte-americano e argentino. A

⁵⁴⁸ Francesco Carnelutti usou as expressões “inflação legislativa” e “hipertrofia da lei” para destacar a produção de leis em massa (CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 9).

⁵⁴⁹ O projeto foi apresentado como iniciativa da então Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, sendo de autoria de um seletivo grupo composto por Águida Arruda Barbosa, Antonio Cesar Peluso, Eliana Riperti Nazareth, Giselle Groeninga e Luís Caetano Antunes.

⁵⁵⁰ BARBOSA, Águida Arruda. *A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil*. In: **Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Coord. Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 377/394.

⁵⁵¹ O grupo de processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) responsável pela elaboração do projeto foi nomeado pela Escola Nacional de Magistratura e contou com a presidência de Ada Pellegrini Grinover e coordenação da Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Fátima Nancy Andrichi (GARDENAL, Juliana. *Panorama legislativo da mediação de conflitos no Brasil*. **Jurisite**. Disponível em <http://www.jurisite.com.br/advfoco/advfoco342.html>. Acesso 3 jul. 2014).

tramitação do projeto, porém, acabou não sendo finalizada.

Enquanto o legislador não se animava a avançar, os juristas Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover concretizaram uma importante iniciativa: a elaboração da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que traçou diretrizes essenciais para a realização de sessões consensuais em ambientes públicos.

As previsões da Resolução 125/2010 do CNJ mencionam conjuntamente a mediação e a conciliação, traçando diretrizes éticas e princípios fundamentais⁵⁵² para a adequada compreensão e aplicação de tais mecanismos processuais.

Certamente o advento da Resolução contribuiu para que o interesse pelo tema seguisse vívido⁵⁵³ - tanto o é que o CPC/2015 é pródigo em regras sobre meios consensuais.

Logo no início do Código Processual a mediação aparece como mecanismo a ser estimulado⁵⁵⁴ junto aos litigantes no curso do processo judicial⁵⁵⁵, o que revela a intenção de fomentar significativamente sua ocorrência.

Dentre as regras sobre os auxiliares da Justiça, é dedicada uma detalhada seção⁵⁵⁶ aos “Mediadores e Conciliadores Judiciais”, havendo ali várias previsões que se alinham ao teor já existente na Resolução 125 do CNJ.

O artigo 7º, VI de tal Resolução prevê caber aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC's) a proposição e celebração de convênios e parcerias entre o Tribunal e entes públicos e privados para atender aos fins almejados.

A razão da celebração de convênios ou parcerias é permitir o fornecimento de serviços sem todo o investimento necessário por parte do ente proponente. A instalação

⁵⁵² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5ª ed. São Paulo, 2019, p.199.

⁵⁵³ Em 2011 foi apresentado outro projeto no Senado sobre o tema que não avançou. Em 2013 o assunto voltou a ter destaque em tal Casa Legislativa e foram criadas duas comissões para apresentar Projetos de Lei: a) uma Comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem e abordar a mediação privada; b) uma Comissão do Ministério da Justiça para tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado estabelecendo um “marco regulatório”. Tais projetos acabaram somados ao anterior PL 517/2011 e redundaram no Projeto n. 7169/2014. O Projeto de Novo CPC iniciou seu trâmite no Senado em 2010 e revelou um trâmite inicial célere. Remetido à Câmara dos Deputados, sofreu intensas alterações de conteúdo nos quase quatro anos em que esteve em discussão.

⁵⁵⁴ O tema foi abordado com maior detalhamento por uma das coautoras em outro texto: TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC*. Disponível em www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso 4 jul. 2020.

⁵⁵⁵ Art. 3º, § 3º “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

⁵⁵⁶ Seção VI - Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais. Artigos 165 a 175.

de um CEJUSC pressupõe espaço físico, mobiliário, linha telefônica, acesso à rede mundial de computadores e a presença de mediadores e conciliadores capacitados para o exercício da relevante função.

A infraestrutura demanda considerável investimento e, como muitos Tribunais atravessam crises financeiras importantes⁵⁵⁷, convênios e parcerias são vistos como alternativas viáveis para que projetos possam se tornar iniciativas concretas.

Como exemplo dessas práticas, o Poder Judiciário paulista firmou convênios com diversas universidades que se comprometeram a fornecer mobiliário, material de escritório e pessoal de atuação administrativa para a implantação dos CEJUSCs.

A formação dos mediadores, após 10 anos da Resolução e 5 anos do CPC, precisa ser aprimorada, de acordo com nossas pesquisas e experiências em mediação.

Segundo dispõe o art. 167 § 1º do CPC, “preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal”.

Na prática, para se tornar mediadora a pessoa deverá ser capacitada em curso fornecido pelo próprio Tribunal ou por entidade parceira. Este curso precisa observar as diretrizes curriculares estabelecidas no pelo CNJ, que determinam o cumprimento do módulo teórico (40h) e do módulo prático consistente em estágio supervisionado (de 60 a 100h)⁵⁵⁸.

Embora possa haver significativa polêmica quanto à adequação do conteúdo programático e da carga horária, é pacífica a visão sobre a necessidade de capacitação, sendo corrente afirmar que ela deve incluir estágio supervisionado, educação continuada e práticas de mediação com supervisão de casos⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Eis matéria exemplificativa: Com déficit de R\$ 600 milhões, TJ-SP prorroga planos de contingenciamento Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-20/deficit-600-mi-tj-sp-prorroga-planos-contingenciamento> Acesso 12 set. 2020.

⁵⁵⁸ Anexo I da Resolução 125 do CNJ.

⁵⁵⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem, cit., p. 98.

Será mesmo? Concordamos com a proposta de devotar zelo à preparação. Deve-se mesmo conceber um treinamento especial para que a atividade do mediador seja eficiente no tratamento consensual dos conflitos, levando-se em conta especialmente as resistências inerentes ao perfil contencioso de composição de controvérsias. Contudo, a exigência de 60 (sessenta) horas de estágio tem representado, na prática, a necessidade de dedicar vários meses (às vezes entre um e dois anos) para que o aluno cumpra as horas exigidas e finalmente possa ser reconhecido como apto a atuar em juízo.

Além desses aspectos, muitos formadores de mediadores ainda não são devidamente compensados pelo prisma econômico: isso compromete muito a qualidade da formação - vários deles não são professores profissionais e, sendo assim, não possuem formação didática para o exercício da função. Em muitos casos, são pessoas entusiastas dos métodos de soluções adequadas de conflitos que se colocam a serviço da causa e, portanto, do Tribunal e do CNJ.

O tema da profissionalização da atividade de mediadores e conciliadores precisa evoluir consideravelmente. No Poder Judiciário brasileiro a remuneração de mediadores e conciliadores é polêmica, sendo objeto de variadas concepções e aplicações. A título de exemplo, somente em 2019 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aprovou a remuneração de seus até então conciliadores voluntários. Ainda assim, houve notícia de que certos magistrados suspenderam a exigência por meio de portarias e pediram aos conciliadores atuantes em seus juízos que seguissem atuando de forma voluntária.

Em tempos de consumismo maciço e crise econômica grave, vale questionar: quais são os motivos que levam as pessoas a se voluntariar? A pergunta demanda um estudo empírico para analisar as razões.

É preciso evoluir: a profissionalização da atividade fomentará a retenção de bons mediadores e conciliadores, permitindo que a condução das práticas seja aperfeiçoada, fator fundamental para que objetivos ligados à almejada pacificação social sejam alcançados.

Há ainda há diversos desafios a serem vencidos.

Os convênios com universidades apresentam realidades que necessitam de ajustes.

O curso de formação de mediadores judiciais ou de mediadores e conciliadores judiciais tem como requisitos a serem satisfeitos pelos interessados a idade mínima de 21 anos e a apresentação de diploma de curso superior concluído há pelo menos 2 anos, dentre outros (cf. art. 16 do Regulamento das ações de capacitação e do banco de dados da política de tratamento adequado de conflitos elaborado pelo CNJ).

Para a participação no curso de formação exclusiva de conciliadores, os requisitos são menos rigorosos: basta a comprovação, dentre outros requisitos, de que o interessado está matriculado no 3º (terceiro) ano ou 5º (quinto) semestre de qualquer curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação (art. 17 Regulamento das ações de capacitação e do banco de dados da política de tratamento adequado de conflitos elaborado pelo CNJ).

Por sua vez, art. 11 da Lei da Mediação determina que para ser mediador o interessado deve ter concluído curso superior há dois anos.

A razão de uma universidade celebrar convênio para a instalação de um CEJUSC é permitir ao corpo discente experienciar o que está aprendendo, ou seja, permitir que haja intersecção entre a aprendizagem e a extensão. Quiçá os termos do convênio permitirão a utilização de dados para pesquisa, materializando o tripé ensino-pesquisa-extensão que deve direcionar toda a atividade do ensino superior no Brasil.

Consideremos a situação do conciliador em um CEJUSC universitário pelo prisma etário. Um aluno regular, que nunca foi reprovado nem interrompeu seus estudos, ingressa na universidade por volta dos 18 anos de idade. Aos 20 anos poderá matricular-se num curso de capacitação para conciliador, e concluir os dois módulos aos 21 anos (se conseguir conciliar todas as atividades, algo difícil se estiver estagiando).

Entre 21 e 22 anos, ele concluirá a graduação e, já formado poderá atuar como conciliador. Até então, se ele se interessar pelos estágios oferecidos pela instituição de ensino, não passará de um assistente administrativo, atuando para atender as partes que chegam ao CEJUSC, providenciar cópia de documentos ou digitar termos de acordo.

Apenas poderão atuar como conciliadores aqueles que conseguirem lograr êxito no curso de capacitação em tempo recorde.

Assim, as razões para que alunos dos cursos de Direito realizem estágios nos CEJUSCs ficam esvaziadas: como eles não podem atuar em mediações, resta área de atuação bastante restrita em conciliações. Ademais, a própria legislação vigente faz confusão entre tais categorias jurídicas e muitos despachos judiciais encaminhando as partes processuais para o CEJUSC não apontam, com o rigor jurídico conceitual necessário, se elas devem ser direcionadas à conciliação ou à mediação.

No cotidiano dos CEJUSCs, se não houver pessoal administrativo bem treinado e professores orientadores durante todo o expediente forense, certamente as sessões que deveriam ser de mediação serão realizadas por conciliadores, com a utilização de técnicas que não contribuirão para o desiderato almejado; além disso, ainda poderá haver alegação de nulidade porque a sessão foi realizada por quem não tinha habilitação para tanto, em violação ao princípio da competência destacado pela Resolução 125 do CNJ⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ Resolução 125/2010 do CNJ, anexo III, Art. 1º São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. III – Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muita expectativa foi devotada ao advento de regras claras sobre a aplicação de meios consensuais no Brasil. Esperava-se que a partir da plena vigência do CPC e da Lei de Mediação uma grande gama de jurisdicionados e advogados deixassem de buscar o Poder Judiciário para decidir as disputas, mudando sua concepção cultural e priorizando a via consensual.

Infelizmente, porém, dificilmente mudam-se mentalidades apenas com disposições legais; o mapa filosófico do advogado precisa mudar, assim como a visão do jurisdicionado e a abertura a considerar a boa fé do contendor. Com todo respeito aos que pensam em contrário, dificilmente o advento de regras teria (e ainda terá) o condão de, por si só, levar advogados e jurisdicionados a buscarem meios consensuais.

A normatização visa conferir maior segurança à adoção da mediação no ambiente privado ao prever expressamente que, diante de uma cláusula compromissória consensuais, as partes tentem saídas autocompositivas antes de buscarem a arbitragem ou a seara judicial, prestigiando a chance de consenso.

Estruturado o sistema normativo, é preciso avançar na gestão do sistema de justiça com consideráveis investimentos de recursos para a profissionalização de mediadores, conciliadores e formadores.

Os convênios com universidades precisam ser geridos de forma a atender, de fato, ao ensino, agregando aos alunos experiências do teor aprendido em aula. Os termos dos convênios devem permitir a coleta de dados dos casos para que pesquisas científicas empíricas possam ser realizadas e, a partir delas, sejam propostas de políticas públicas. Somente com as adequações necessárias é que o tripé universitário “ensino-pesquisa-extensão” será observado de forma a atender as pessoas envolvidas em tais convênios em pleno alinhamento com as missões educacionais das instituições de ensino superior.

Por fim, merecem destaque as ideias de Warat: é crucial termos consciência de que “algumas coisas de nossa existência não podem ser corrigidas por atos de legislação e receitas pré-escritas pela razão. Hoje não se espera mais encontrar salvação em fórmulas totais, únicas⁵⁶¹”.

⁵⁶¹ WARAT, Luis Alberto. *A cidadania e direitos humanos da qualidade total*. Disponível em <https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2004-12.pdf#PAGE=41%22>. Acesso 08 set. 2020.

REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil, O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. SP: RT, 2010.
- BARBOSA E SILVA, Erica. Conciliação judicial. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- BARBOSA, Águida Arruda. *A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil*. In: Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coord. Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 377-394.
- BRAGA NETO, Adolfo Braga. *Mediação de conflitos e legislação brasileira*. in Valor Econômico, 24 de setembro de. 2004, caderno E2.14.
- CARNELUTTI, Francesco. A Morte do direito. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- FALECK, Diego. *Brazil*. In Mediation in 16 jurisdictions worldwide. London: Law Business Research Ltd, 2013.
- GARDENAL, Juliana. *Panorama legislativo da mediação de conflitos no Brasil*. Disponível em <http://www.jurisite.com.br/advfoco/advfoco342.html>. Acesso 3 jul. 2014.
- GOMMA DE AZEVEDO, André. *Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, v. 3, p. 137-160.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/artigosdeconvidados>. Acesso em: 25 jan 2021.
- LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74-86, vol. III.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas – a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6ª ed. São Paulo, Método, 2021.
- _____. *Mediação no novo CPC*. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso 4 jul. 2020.

_____. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. Revista do Advogado - AASP n. 123 (agosto de 2014). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 01 set. 2020.

WARAT, Luis Alberto. *A cidadania e direitos humanos da qualidade total*. Disponível em <https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2004-12.pdf#PAGE=41%22>. Acesso 08 set. 2020.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690.

CONTAGEM DE PRAZOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS EM DIAS ÚTEIS OU DIAS CORRIDOS. IMPRESSÕES DO ART. 12-A DA LEI 9.099/95

Marco Aurélio Serau Junior⁵⁶² - Denis Donoso⁵⁶³

Introdução

Este artigo se dedica a examinar a Lei 13.728, de 31.10.2018, que, em linhas gerais, estabelece a contagem de prazos processuais em dias úteis também nos Juizados Especiais, a partir da introdução do art. 12-A à Lei 9.099/95.

Após apresentar um panorama geral dos impactos da nova lei no chamado Sistema dos Juizados Especiais, avança em considerações mais detalhadas sobre questões processuais e a questão da diferenciação entre prazos materiais e processuais. Finalmente, debruça-se em breves questões de direito intertemporal.

O que inspirou os autores ao enfrentamento das questões advindas da inovação legislativa não foram apenas as suas experiências profissionais e acadêmicas, mas especialmente o diálogo despretenso que tiveram tão logo a norma foi editada. O honroso convite para contribuir com esta coletânea, ao lado de prestigiados processualistas, apenas levou a aprofundar algumas considerações.

Embora o presente estudo tenha como objeto a contagem de prazos nos *Juizados Especiais*, ele tem absoluta e inegável aderência à temática da obra em que se insere, dedicada amplamente a promover um balanço dos primeiros cinco anos de vigência do CPC/2015. De fato, não apenas por conta da aplicação subsidiária do CPC/2015, mas também – e especialmente – porque a experiência de computar os prazos em dias úteis nos juizados tem inegável inspiração na regra inaugurada pelo CPC/2015.

⁵⁶² Professor da UFPR – Universidade Federal do Paraná, nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). Diretor Científico do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Autor de diversas obras jurídicas.

⁵⁶³ Mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro efetivo do Centro de Estudos Avançados em Processo (CEAPRO). Membro efetivo da Comissão dos Direitos Infantojuvenis da OAB/SP. Professor de Prática Processual Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Professor de Direito Processual Civil da ESAMC-Sorocaba. Membro do corpo docente da Escola Superior da Advocacia de São Paulo (ESA/SP). Professor convidado nos cursos de pós-graduação "lato sensu" da Escola Paulista de Direito (EPD). Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP. Autor de livros e artigos jurídicos. Advogado e consultor jurídico em São Paulo.

A metodologia empregada na elaboração deste artigo científico é eminentemente analítico-bibliográfica, restrita ao exame da literatura e jurisprudência pertinentes ao tema – sem prejuízo da experiência prática e profissional de ambos os autores do trabalho nas lides forenses.

De resto – e como de hábito –, mais do que trazer respostas ao nosso paciente leitor, ficaremos satisfeitos se simplesmente instigarmos sua curiosidade e espírito crítico. Nada mais salutar à ciência.

2. A Lei 13.728/2018 e a contagem de prazos em dias úteis nos Juizados Especiais: visão geral

O mote desse trabalho é o exame da Lei 13.728, de 31.10.2018, que, em linhas gerais, estabelece a contagem de prazos processuais em dias úteis também nos Juizados Especiais.

A nova lei é muito breve e essencialmente se limita a introduzir o art. 12-A na Lei 9.099/95.

Eis a redação do novel dispositivo:

“Art. 12-A. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis.”

Apesar de sua singeleza, o referido dispositivo legal não está isento de observações técnicas, todas com inegável impacto na prática do foro. E este escrito tem como objetivo expor, de forma resumida, algumas questões que podem surgir.

Preliminarmente, do ponto de vista pragmático, é indisfarçável que a contagem de prazos processuais em dias úteis nos juizados especiais visa especialmente à melhoria da segurança jurídica e do planejamento da prática dos atos processuais por parte da classe da advocacia. Não por outro motivo, a inovação, quando chegou ao CPC/2015, foi largamente enaltecida pela doutrina.

Conforme DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES⁵⁶⁴:

“Sendo advogado militante no contencioso cível, não tenho como deixar de saudar efusivamente a novidade legislativa. Nem é preciso muita experiência forense para se compreender que com prazos em trâmite durante o final de semana o advogado simplesmente não tem descanso. Basta imaginar o termo inicial de contestação numa ação cautelar numa quarta-feira com feriado na quinta e sexta.”

No mesmo rumo, segundo FERNANDO RUBIN⁵⁶⁵:

“Com relação ao fenômeno dos prazos, inegável que se trata de garantia importante a sua contagem em dias úteis, com encaminhamento ainda da maioria dos prazos serem fixados em 15 dias, o que autoriza formalização de maior qualidade, melhorando a participação das partes ao longo de todo o *iter* procedimental, o que também é garantida mediante a técnica da flexibilização procedimental, abrindo-se às partes a possibilidade de formatarem mais maleável calendário processual.”

E, dito isso, não é difícil que o leitor perceba que *o art. 12-A da Lei 9.099/95 tem evidente inspiração no art. 219 do Código de Processo Civil*, que também prevê o cômputo dos prazos processuais em dias úteis nos procedimentos cíveis em geral:

“Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”

Eis uma comparação entre os dois dispositivos legais mencionados:

⁵⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed., revista, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 359.

⁵⁶⁵ RUBIN, Fernando. *O novo Código de Processo Civil – da construção de um novel modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei nº 13.105/2015*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2017, p. 87.

Art. 12-A da Lei 9.099/95	Art. 219 do CPC
<p>Art. 12-A. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis.</p>	<p>Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.</p>
<p><i>Sem correspondência</i></p>	<p>Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.</p>

Quanto à amplitude do art. 12-A da Lei 9.099/95, e considerando a necessária interpretação dos juizados como um *sistema*⁵⁶⁶⁻⁵⁶⁷⁻⁵⁶⁸ (ou *microsistema*, como preferem alguns), fica evidente que *a nova regra também se aplica aos Juizados Especiais Federais (JEF – art. 1º da Lei 10.259/2001)*⁵⁶⁹ e aos *Juizados Especiais da Fazenda Pública (JEFP – art. 27 da Lei 12.153/2009)*.

⁵⁶⁶ Admitindo a existência de um *sistema* dos Juizados Especiais, com ampla e convincente justificativa, remetemos o leitor ao interessante artigo da lavra de GERALDO FONSECA DE BARROS NETO e RODOLPHO VANNUCCI (*Impactos do novo CPC na competência do JEF e do JEFP*. In REDONDO, Bruno Garcia et al. *Juizados Especiais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113-114). No mesmo sentido, como premissa de seu estudo, já se manifestou SÉRGIO LUIZ DE ALMEIDA RIBEIRO (*Hipóteses de cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos juizados especiais cíveis*. In REDONDO, Bruno Garcia et al. *Juizados Especiais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 130-131).

⁵⁶⁷ A própria lei parece admitir que existe um “Sistema dos Juizados Especiais”. Com efeito, além da menção específica que faz o art. 93 da Lei 9.099/95, merece ser destacado o que se lê no art. 1º, *caput*, da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (Lei 12.159/2009): “Art. 1º. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, órgãos da justiça comum e integrantes do *Sistema dos Juizados Especiais*, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. (grifamos)

⁵⁶⁸ Em estudo mais aprofundado, e de inegável competência, FELIPPE BORRING ROCHA sustenta que o melhor sentido a ser dado à expressão “Sistema dos Juizados Especiais” é a de “Estatuto”, de modo a permitir um constante diálogo dos seus diplomas legais integrantes. Consultar: BORRING ROCHA, Felipe. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – teoria e prática*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 20).

⁵⁶⁹ Sobre os Juizados Especiais Federais, um dos autores deste artigo destacou muitos aspectos técnicos e procedimentais sobre seu funcionamento. Consultar SERAU JR., Marco Aurelio, *Curso de Processo Judicial Previdenciário*, 4ª ed., São Paulo: Método, 2014.

Não há como recusar, igualmente, que o próprio Código de Processo Civil deve ser aplicado supletivamente a *tudo microsistema dos juizados especiais*: JEC, JEF e JEFJ.⁵⁷⁰

Em sendo assim, devemos observar, criticamente, que desde a entrada em vigor do CPC/2015 os prazos, nos juizados (quaisquer deles), *deveriam* ser computados em dias úteis⁵⁷¹. Todavia, ainda assim, vinha prevalecendo o que dispõe o Enunciado 165 do FONAJE:

“Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua”.

Pode-se concluir, portanto, que a Lei 13.728/2018 acabou por uniformizar, para todas as modalidades de processos de natureza civil, a utilização da contagem de prazo em dias úteis, encerrando o contraproducente debate que existia no âmbito doutrinário e jurisprudencial⁵⁷².

De fato, efetivamente não fazia nenhum sentido excluir-se dessa possibilidade de contagem de prazo em dias úteis os processos que tramitam em qualquer uma das modalidades de juizados especiais, ainda que estes se amparem e tenham sido estruturados a partir do *princípio da celeridade*.

Não se trata aqui de pretender afastar a celeridade dos Juizados Especiais. Ela – a celeridade – é mais do que desejável, sobretudo neste sistema peculiar⁵⁷³ e, como se não bastasse, é um critério expressamente assumido pela lei (art. 2º da Lei 9.099/95).

⁵⁷⁰ MANGONE, Kátia Aparecida. *Análise da aplicação do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Federais Cíveis*, in: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). *Juizados Especiais Federais. Reflexões nos 10 anos de sua instalação*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁷¹ Conclusão corroborada pelo Enunciado 268 do FPPC.

⁵⁷² O tema foi levado ao STF pelo CFOAB. Consultar, naquela Corte, a ADPF 483.

⁵⁷³ “O fator temporal conspira contra o processo, causando prejuízos tanto endoprocessuais quanto metaprocessuais (...). Em agravo, o fato temporal é indispensável à própria efetividade da tutela jurisdicional, sendo que a excessiva duração do litígio deságua em injustiça social, privilegiando a parte mais forte dos litigantes. (...) Por conta disso, a história do processo, pelo menos desde meados do século passado, tem sido marcada pela tentativa incessante de aceleração da prestação da tutela jurisdicional, tornando-lhe mais eficaz.” (DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Princípios do Processo Civil: noções fundamentais*. São Paulo: Método, 2012, p. 77-78).

Acreditar, no entanto, que a contagem de prazos em dias corridos é a linha divisória entre um processo célere e um lento é ignorar a realidade do foro.

Neste contexto, são irretocáveis as considerações de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES⁵⁷⁴, às quais aderimos sem qualquer ressalva:

“Com o pedido de desculpas antecipado aos que entendem o contrário, a crítica de que a previsão legal ofende o princípio da celeridade processual destoa em absoluto da realidade forense. O processo demora demais, muito além do tempo razoável previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, mas culpar os prazos por isso é inocência. A culpa na realidade é do tempo morto, ou seja, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental. Com audiências designadas para meses depois, com autos conclusos a perder de vista, com esperas dramáticas pela mera juntada de uma peça, entender que a contagem de prazos somente durante os dias úteis irá atrasar o andamento do processo é trabalhar em paralelo com a realidade.”

Daí porque, rente ao que já sustentaram SAVARIS e XAVIER, a contagem de prazos em dias úteis no âmbito dos Juizados Especiais “não viola qualquer princípio do sistema dos juizados, ao menos a ponto de lhe comprometer a realização”.⁵⁷⁵

É lamentável – e chega a ser jocoso – que tenha sido necessário editar uma lei para que se fizesse cumprir a lei.

De resto, duas observações são dignas de registro.

A primeira delas é que o art. 12-A da Lei 9.099/95 se aplica apenas aos prazos em *dias*, o que afasta sua incidência nos prazos marcados em horas ou meses, hipótese que se dá, por exemplo, no art. 42, § 1º, da Lei 9.099/95⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ *op. cit.*, p. 359.

⁵⁷⁵ SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. *Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais*, 6ª ed., rev. e atual., Curitiba: Alteridade, 2017, p. 59.

⁵⁷⁶ Art. 42, § 1º, da Lei 9.099/95: “O preparo será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção.”

A segunda, por sua vez, é que o dispositivo vale somente para prazos estabelecidos pela *lei* ou pelo *juiz*, ou seja, ficam de fora os chamados prazos convencionais (ajustados livremente de comum acordo pelas partes). Quanto a estes, no entanto, *parece-nos que as partes, ao firmarem um negócio processual (art. 190 do CPC), podem livremente estabelecer que determinados prazos serão computados em dias úteis*. A omissão da lei quanto aos prazos convencionais só pode ser interpretada de uma forma: se as partes nada dispuserem sobre a forma de contagem de prazos no negócio processual, presumir-se-á que esta será em dias corridos; no entanto, dada a liberdade que têm para firmar o negócio processual, nada lhes impede de prever a contagem de prazos em dias úteis. Esta interpretação compatibiliza a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais com a redação do art. 12-A da Lei 9.099/95.

3. Prazos para interposição de recursos

A Lei 13.728/2018 deixa claro que a contagem de prazos em dias úteis vale para a prática de *quaisquer atos processuais*, tanto na fase instrutória como no que se refere à interposição de recursos.

Com relação à interposição de recursos, aliás, parece-nos irrecusável a incidência, no âmbito do sistema dos juizados, daquilo que prevê o § 6º do art. 1.003 do CPC, isto é, “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”. A conclusão trazida no item 2 supra, no sentido de que o CPC se aplica supletivamente a todo microsistema dos juizados especiais (JEC, JEF e JEFP), é suficiente para validar esta conclusão.

Conforme consta em obra doutrinária elaborada por ambos os autores deste artigo, “considera-se feriado local aquele válido apenas para a localidade onde tramita o processo, mas não para onde está sediado o órgão *ad quem* que julgará o recurso interposto”.⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ DONOSO, Denis; SERAU JR., Marco Aurélio. *Manual dos recursos cíveis – teoria e prática*. 3ª ed., rev., atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 96-100.

Aplicando-se a contagem de prazos em dias úteis também para a interposição de recursos no âmbito dos Juizados Especiais, não há motivos para se excluir a aplicação da regra que exige a comprovação da existência de feriado local.

Esta conclusão não tem impacto nos recursos tirados contra sentenças (conhecido, na prática do foro, como *recurso inominado*), uma vez que estes são interpostos perante o mesmo órgão prolator da decisão, o que minimiza problemas que envolvam feriados locais.

Ocorre que, também no Sistema dos Juizados Especiais, existe a possibilidade de que recursos sejam interpostos diretamente no órgão *ad quem* (a exemplo do agravo de instrumento⁵⁷⁸) e isso é o que basta para justificar o alcance da regra que ora mencionamos.

4. Amplitude: prazos processuais e/ou materiais? A previsão legal acerca da prática de atos processuais

Outro aspecto importante a ser tratado a partir da vigência da Lei 13.728/2018 reside na indagação sobre se *o art. 12-A da Lei 9.099/95 se aplica a qualquer prazo ou apenas a prazos processuais*.

A dúvida levantada é pertinente. Lembremos que quando o CPC/2015 trouxe a regra da contagem de prazos em dias úteis (art. 219), ele fez uma ressalva clara (parágrafo único do art. 219): a disposição se aplica somente aos *prazos processuais*.⁵⁷⁹

Com isso, o CPC/2015 sempre nos permitiu uma conclusão irrefutável: a contagem de prazos em dias úteis se limitava àqueles de natureza processual, de tal sorte que não poderia ser aplicada aos chamados prazos materiais.

⁵⁷⁸ Ainda existe forte controvérsia sobre o cabimento do agravo de instrumento nos juizados especiais. O assunto é muito bem enfrentado por FELIPPE BORRINO ROCHA (*op. cit.*, p. 299-308). Em síntese e a princípio, parece que o agravo de instrumento não se adequa ao processo concentrado dos juizados especiais (DONOSO, Denis. *Recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau: o agravo em perspectiva*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Dialética, v. 127, p. 09-25, 2013), de modo que seu cabimento ficaria reservado para as hipóteses expressamente previstas em lei (art. 5º da Lei 10.259/2001 e art. 4º da Lei 12.159/2009).

⁵⁷⁹ Pela regra do CPC – vale a insistência – o cômputo apenas em dias úteis só vale aos prazos processuais. Conforme o preciso magistério de BUENO (2016, p. 220), “os prazos – somente os processuais, como esclarece o parágrafo único – só fluem em dias úteis e não mais em dias corridos ou, como quer o art. 178 [do CPC/73], de forma ‘contínua’”.

Desde então, a doutrina processual passou a se preocupar com um assunto que não era novo, mas estava esquecido fazia muito tempo: como distinguir um prazo material de outro processual? Esta resposta não é nada simples⁵⁸⁰.

O art. 12-A da Lei 9.099/95, no entanto, não reproduz a regra do parágrafo único art. 219 do Código de Processo Civil (vide quadro comparativo no item 2 supra), isto é, não ressalva que a contagem dos prazos em dias úteis se limita aos *prazos* de natureza processual (excluindo, portanto, os de natureza material). Pelo contrário, lê-se no art. 12-A da Lei 9.099/95 que esta forma de contagem dos prazos vale para a prática de qualquer *ato processual*.

Temos que admitir: o legislador foi hábil. Percebendo as dificuldades práticas geradas pela distinção dos prazos (processuais e materiais), preferiu reservar a contagem em dias úteis para os *atos processuais*. Isso significa que não importa a natureza do prazo em si (material ou processual), mas sim se o ato é ou não processual. Em caso positivo, o prazo para sua prática será contado em dias úteis.

Se os atos praticados no âmbito processual podem ser classificados como atos processuais (porque são frutos da manifestação da vontade humana que objetivam criar, modificar, ou extinguir a relação jurídica processual), mesmo que tenham viés material (caso do cumprimento de uma ordem judicial para fazer, não fazer, entregar ou pagar), o prazo respectivo será computado em dias úteis. Foi este o raciocínio que conduziu a jurisprudência, por exemplo, a considerar que o prazo de quinze dias para cumprimento espontâneo de sentença que condena a parte a pagar quantia em dinheiro (art. 523 do CPC) deve ser computado em dias úteis.

⁵⁸⁰ Como teve a oportunidade de demonstrar, em brilhante artigo científico, André Gustavo Salvador Kauffman, cuja leitura recomendamos vivamente (KAUFFMAN, André Gustavo Salvador. *Razões para ainda contar prazos como no CPC/73*. Disponível em <http://www.justificando.com/2016/04/20/razoes-para-ainda-contar-prazos-como-no-cpc73/>, acesso 08.11.2018). Do referido escrito, destacamos o seguinte trecho: “A distinção entre prazos processual e material pode parecer fácil, porém darei cinco exemplos mais delicados ao meu atento leitor: a) prazo para impetrar mandado de segurança; b) prazo para aditamento da inicial após decisão sobre a tutela antecipada (art. 303, § 1.º I); c) prazo para propositura do pedido principal após concessão da tutela cautelar (art. 308); d) prazo de contestação em possessória quando exercido o caráter dúplice (art. 556 c/c 564); e) prazo de propositura dos embargos de terceiro (art. 675). Tente afirmar, com absoluta certeza, quais desses são prazos materiais e quais são processuais.”

A tendência – com esta postura assumida pelo legislador – é que as discussões sobre a amplitude da regra sejam minimizadas. De resto, cabe-nos aguardar se e quais problemas serão apresentados na prática do foro e, em especial, como se posicionarão os órgãos jurisdicionais e o próprio FONAJE a seu respeito.

5. Direito intertemporal

Finalmente, deve-se tratar dos aspectos de direito intertemporal, proporcionados pela mudança da modalidade de contagem de prazos trazida pela Lei 13.728/2018.

O art. 2º da Lei 13.728/2018 dispõe que sua entrada em vigor se dá na data de sua publicação, isto é, em 1º de novembro de 2018.

Assim, o art. 12-A da Lei 9.099/95 valerá tanto para os novos processos ajuizados a partir de sua vigência como também para os processos que já estejam em trâmite nos juizados na data de sua entrada em vigor.

Considerando os processos que estavam em andamento na data da entrada em vigor da Lei 13.728/2018, os prazos já escoados, oportuno relembrar a clássica lição de FREDERICO MARQUES: “Como o processo é constituído por uma série de atos, a lei nova, ao entrar em vigor, incide sobre o fluir do procedimento e só atinge os atos que ainda não foram praticados e que, de futuro, irão integrar a relação processual. Os que ficaram para trás permanecem intangíveis, porquanto se achavam regulados pela norma revogada.”⁵⁸¹

Atente-se, apenas, que no Brasil adotamos o sistema do isolamento dos atos processuais para sanar questões de direito intertemporal. Deste modo, *deve-se aplicar a lei vigente na data da publicação do ato judicial que fez desencadear o respectivo prazo processual*. Portanto, não se aplica a regra aos prazos processuais que já estavam em andamento na data da entrada em vigor da regra.

⁵⁸¹ FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 39.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.728/2018, em linhas gerais, estabelece a contagem de prazos processuais em dias úteis também nos Juizados Especiais Federais, introduzindo o art. 12-A na Lei 9.099/95.

Apesar de sua singeleza, o referido dispositivo legal não está isento de observações técnicas, sobretudo porque se pode identificar vários impactos na prática forense.

A primeira observação é a menção necessária ao fato de que o art. 12-A, da Lei 9.099/95, inspira-se inegavelmente no art. 219 do CPC/2015, que determina aos processos cíveis a contagem de prazos processuais em dias úteis, visando a segurança jurídica e adequado planejamento para a classe da advocacia.

Quanto à amplitude do art. 12-A da Lei 9.099/95, e considerando a necessária interpretação dos juizados como um *microsistema processual*, fica evidente que a nova regra também se aplica aos Juizados Especiais Federais (JEF – art. 1º da Lei 10.259/2001) e aos Juizados Especiais da Fazenda Pública (JEFP – art. 27 da Lei 12.153/2009).

Tais prazos contados em dias úteis, tal qual exposto no desenvolvimento do artigo, aplicam-se para a prática de atos processuais, inclusive para a interposição de recursos, tendo o legislador fugido da polêmica dicotomia entre prazos materiais e prazos processuais.

Por fim, deve-se sublinhar, quanto ao direito intertemporal, que a medida trazida pela Lei 13.728/2018, aplica-se tanto para os novos processos ajuizados a partir de sua vigência como também para os processos que já estivessem em trâmite nos juizados na data de sua entrada em vigor, observado que se aplicará a lei anterior caso o prazo já estivesse em andamento quando da entrada em vigor da nova lei.

REFERÊNCIAS

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de; VANNUCCI, Rodolpho. *Impactos do novo CPC na competência do JEF e do JEFJ*. In REDONDO, Bruno Garcia et al. *Juizados Especiais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113-128.

BORRING ROCHA, Felipe. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – teoria e prática*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

DONOSO, Denis. *Recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau: o agravo em perspectiva*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Dialética, v. 127, p. 09-25, 2013.

_____ ; SERAU JR., Marco Aurélio. *Manual dos recursos cíveis – teoria e prática*. 3ª ed., rev., atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2018.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Princípios do Processo Civil: noções fundamentais*. São Paulo: Método, 2012.

FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

KAUFFMAN, André Gustavo Salvador. *Razões para ainda contar prazos como no CPC/73*. Disponível em <http://www.justificando.com/2016/04/20/razoes-para-ainda-contar-prazos-como-no-cpc73/>, acesso 08.11.2018.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Análise da aplicação do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Federais Cíveis*, in: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coord.). *Juizados Especiais Federais. Reflexões nos 10 anos de sua instalação*. Curitiba: Juruá, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed., revista, Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Hipóteses de cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos juizados especiais cíveis*. In REDONDO, Bruno Garcia *et al.* *Juizados Especiais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 129-139.

RUBIN, Fernando. *O novo Código de Processo Civil – da construção de um novel modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei nº 13.105/2015*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2017.

SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. *Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais*, 6ª ed., rev. e atual., Curitiba: Alteridade, 2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo Código de Processo Civil anotado*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SERAU JR., Marco Aurélio, *Curso de Processo Judicial Previdenciário*, 4ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2014.

O Procedimento de Dissolução Parcial de Sociedade

Elias Marques de Medeiros Neto⁵⁸²

Em boa hora o CPC/15 veio a regular a ação de dissolução parcial de sociedade, a qual vinha sendo regida pelo CPC/39, conforme o disposto no artigo 1.218, VII, do CPC/73.

O artigo 599 do CPC/15 permite a conclusão de que o objeto deste procedimento especial pode consistir na efetiva dissolução parcial de sociedade e/ou na apuração de haveres, sendo permitida a cumulação destas duas pretensões.

Como lembra Luiz Guilherme Marinoni, “o código disciplina basicamente duas modalidades distintas de demandas: a ação para a dissolução parcial da sociedade e a ação para apuração de haveres. Elas podem ser cumuladas em um só processo, ou podem ser deduzidas de forma autônoma (...). Em síntese, sob a premissa de que há o interesse na preservação da sociedade, ainda quando um dos sócios manifesta sua vontade de retirar-se dela, ou não pode mais vincular-se a ela, mostrou-se necessário estabelecer regime para que essa extinção parcial do vínculo com a sociedade possa fazer-se sem maiores percalços e sem prejuízo à continuidade das atividades da pessoa jurídica”⁵⁸³.

Humberto Theodoro Júnior⁵⁸⁴, nesse contexto, ministra que a doutrina “juntamente com a jurisprudência construíram solução no sentido de que, se a sociedade empresarial tem condições de prosseguir suas atividades, deve-se admitir sua dissolução parcial, com apuração dos haveres do sócio retirante. Esse posicionamento foi acolhido pelo Código Civil, que adotou a resolução da sociedade em relação a um sócio, nas hipóteses de sua retirada, exclusão ou morte. A evolução legislativa consagra o princípio da preservação da empresa, posto que, permanecendo

⁵⁸²Pós Doutorado em Direito Processual Civil pelas Universidades de Lisboa e Coimbra/IGC. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. MBA em Gestão Empresarial e Especialização em Direito Empresarial pela FGV. Coordenador do Núcleo de Direito Processual Civil da ESA/OABSP e Vice Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OABSP. Membro do IBDP, Membro fundador e Diretor do Ceapro e Membro Secretário da Comissão de Direito Processual Civil do CFOAB. Advogado e Professor universitário, com diversas obras publicadas no ramo do Direito Processual Civil.

⁵⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v.3. p. 180.

⁵⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 218.

viva, pode ela assegurar a sua capacidade de preservar ou mesmo gerar empregos, de produzir rendas e arrecadar tributos”.

O artigo 599 do CPC/15 denota que a ação de dissolução parcial de sociedade tem cabimento em três hipóteses: (i) falecimento do sócio; (ii) exclusão do sócio; e (iii) retirada do sócio, como se dá nas hipóteses legais de exercício do direito de recesso.

Como consequência natural da dissolução parcial de sociedade, deve-se verificar qual é o valor da quota e/ou ação do sócio falecido e/ou excluído e/ou retirante, sendo um importante desafio verificar-se e regular-se adequadamente a apuração dos haveres devidos.

O procedimento especial de dissolução parcial do CPC/15 aplica-se às sociedades simples e às sociedades empresárias; bem como às sociedades anônimas de capital fechado, desde que demonstrado, para este último caso, por pelo menos 5% (cinco por cento) ou mais do capital social, que a sociedade não pode preencher o seu fim.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, quanto a este ponto, já decidiu que:

"APELAÇÃO – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA – ERROR IN JUDICANDO e ERROR IN PROCEDENDO – Dissolução parcial sociedade limitada composta por duas pessoas – Possibilidade – Hipótese prevista nos arts. 1.033 e 1.034 do CC – Quebra da affectio societatis – Dissolução parcial – Exercício do direito de retirada (art. 5º, XX, CF). Após a dissolução parcial a sociedade continua existindo – Preliminares rejeitadas. APELAÇÃO – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA – Dissolução parcial de sociedade limitada composta por duas pessoas – Possibilidade – Hipótese prevista nos arts. 1.033 e 1.034 do CC – Quebra da affectio societatis – Sentença de dissolução parcial – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Apelo improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso". (TJSP, Ap. 0003809-38.2010.8.26.0037, Relator Des. Ricardo Negrão, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 06.11.2017).

Humberto Theodoro Júnior⁵⁸⁵ lembra, ainda, que: *“a ação versada nos artigos 599 e seguintes do CPC tem como foco as sociedades empresarias contratuais e as sociedades simples. A jurisprudência tem entendido de maneira ampliativa o cabimento*

⁵⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 220.

da ação de dissolução parcial de sociedade, de modo a admiti-la também em face das sociedades em conta de participação, ao argumento de que a ausência de personalidade jurídica não eliminaria a existência de vínculo societário na espécie”.

O artigo 600 do CPC/15 apresenta as partes legítimas para a propositura da ação, de modo que podem ajuizar a demanda: (i) o espólio do sócio falecido, quando os seus sucessores não ingressarem na sociedade; (ii) os sucessores, após concluída a partilha; (iii) a sociedade, quando os sócios sobreviventes não admitirem, em razão de disposição do contrato social, o ingresso dos sucessores do falecido no capital social; (iv) o sócio que exerceu o seu direito de retirada ou recesso, se não for providenciada, nos termos da lei, a alteração contratual formalizando sua retirada da sociedade; (v) a sociedade, nos casos em que não for cabível a exclusão extrajudicial; e (vi) o sócio excluído.

Teresa Arruda Alvim, quanto ao parágrafo único do artigo 600 do CPC, ensina que *“em caso de fim de casamento ou de união estável mantidos por um dos sócios, o ex-cônjuge ou o ex-companheiro que façam jus à meação relativamente à participação societária deste sócio poderão postular a apuração dos seus haveres, os quais serão pagos à conta da participação do sócio em questão na pessoa jurídica. O marco cronológico para tanto parece-nos ser o da data em que cessou a convivência entre o sócio e seu cônjuge ou companheiro, pois este é o evento que a jurisprudência considera como interruptivo da comunhão de esforços”*⁵⁸⁶.

O polo passivo da demanda é definido pelo artigo 601 do CPC/15, sendo que devem ser citados os demais sócios e a sociedade, os quais poderão concordar com o pedido ou apresentarem contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

Trata-se de litisconsórcio unitário, como bem ensina Luiz Guilherme Marinoni: *“A opção da lei, em autorizar a participação no processo de todos os sócios, está em harmonia com a visão geral do Código, em autorizar sempre a maior participação possível dos envolvidos no litígio. Assim, por exemplo, esse preceito poderia até mesmo ser deduzido do contido do art. 115, caput, do Código, que sanciona com a nulidade a*

⁵⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 955.

*decisão proferida sem a citação dos litisconsortes unitários (e sem dúvida, esses sócios são todos litisconsortes unitários em demanda que objetiva a dissolução parcial da sociedade”.*⁵⁸⁷

O parágrafo único do artigo 601 do CPC/15, todavia, assinala que a sociedade não precisa ser citada se todos os seus sócios o forem; devendo a sociedade, contudo, mesmo que não citada, ficar sujeita aos efeitos da coisa julgada.

Teresa Arruda Alvim leciona, neste passo, que *“o parágrafo único do art. 601 ora analisado dispõe que, em caso de serem citados para a ação todos os sócios que remanescerão na sociedade, será dispensada a citação da própria pessoa jurídica, dado que, uma vez cientificados todos os demais sócios acerca da pretensão dissolutória formulada pelo autor, todos os que integram a relação jurídica controvertida estarão aptos a participar da demanda. Nestas condições, é efetivamente desnecessária a citação da sociedade”*⁵⁸⁸.

Humberto Theodoro Júnior⁵⁸⁹ enfatiza, quanto ao mesmo tema, que a regra do artigo 601 do CPC/15 *“nada mais fez do que transformar em norma legal a tese já consagrada pela jurisprudência. Não é que se tenha propriamente excluído a pessoa jurídica da relação processual. O sentido da regra em cogitação é o de que, estando todos os sócios presentes no processo, a sociedade, ex vi legis, será havida como parte, independentemente de ser diretamente citada. Em outros termos, a presença do ente coletivo no processo decorre, na construção do direito positivo, da presença da totalidade de seus membros em juízo. Por isso, sujeitar-se-á a sociedade aos efeitos da divisão e à coisa julgada”*.

A petição inicial, além de observar os requisitos gerais dos artigos 319 e 320 do CPC/15, deve delimitar o pedido em conformidade com as hipóteses dos artigos 599 e

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v.3. p. 183.

⁵⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 956.

⁵⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 227.

600 do CPC/15; sendo certo que o contrato social consolidado, ou o estatuto social consolidado, deve instruir a *exordial*.

Quanto à competência, Humberto Theodoro Júnior⁵⁹⁰ doutrina que “*o foro para julgamento da ação de dissolução de sociedade é aquele eleito pelos sócios, constante do instrumento contratual. Sendo omissa o contrato, o juízo competente será o do local onde está a sede da sociedade (competência territorial), pois um dos réus é pessoa jurídica (art. 53, III, “a”)*”.

A citação dos demais sócios e da sociedade deve ocorrer para fins do artigo 601 do CPC/15, sendo de 15 dias o prazo para a apresentação de contestação.

Mas, como bem sinaliza Humberto Theodoro Júnior⁵⁹¹, “*nesse tipo de ação, discutem-se direitos patrimoniais, fato que possibilita a autocomposição. Assim é lícito às partes promover alterações no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, bem como para convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades, e deveres processuais, antes ou durante o processo. Além disso, o estatuto processual prestigia o uso de fórmulas consensuais para a pacificação entre os litigantes e imputa aos operadores do direito o dever de estimular a adoção de técnicas conciliatórias. Diante dessas disposições legais, poderá o juiz realizar audiência de conciliação antes de dar continuidade ao processo*”.

Nos termos do artigo 602 do CPC/15, a sociedade, além de defesa a ser apresentada na contestação, poderá formular pedido de indenização compensável com os haveres a serem apurados.

Teresa Arruda Alvim doutrina que “*se a ação de dissolução parcial de sociedade contiver pedidos cumulados de dissolução e apuração de haveres, ou apenas pedido de apuração de haveres por parte do sócio que deixa a sociedade ou dos sucessores do sócio falecido, é lícito que a sociedade formule pedido contraposto de indenização em face do sócio autor em caso de danos por este provocados à primeira. Tais danos podem ser compostos, a nosso ver, por atos de gestão geradores de prejuízos à*

⁵⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 225.

⁵⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 228.

*sociedade, por valores da sociedade indevidamente na posse do sócio retirante, excluído ou dos sucessores do falecido, dentre outras hipóteses. Este pedido contraposto passível de formulação pela sociedade para fins de compensação com eventuais haveres do autor será deduzido no bojo da própria manifestação defensiva formulada, e deverá ser objeto de apuração probatória em conjunto com a instrução acerca da pretensão autoral*⁵⁹².

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que:

"Ação de dissolução parcial de sociedade. Decisão que extinguiu, sem resolução de mérito, reconvenção apresentada pelos réus, visando indenização por danos materiais e morais. Possibilidade de reconvenção em ação de dissolução parcial de sociedade. Conexão que decorre da possibilidade de compensação de eventuais prejuízos oriundos das condutas do agravado com os haveres a serem apurados em favor deste. Precedentes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal. Reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido". (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2020595-93.2017.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 25.04.2017).

Conforme previsto no artigo 603 do CPC/15, caso os réus se manifestem, de forma expressa e unânime, concordando com a dissolução parcial, o magistrado prontamente a decretará, passando-se à fase de liquidação.

Como incentivo à postura conciliatória prevista no caput do artigo 603 do CPC/15, o seu parágrafo único prevê que não haverá condenação em honorários de sucumbência; sendo que custas devem ser rateadas segundo a participação de cada parte no capital social.

Caso haja apresentação de defesa, o processo, quanto ao pleito de dissolução, deve observar o rito comum, ressalvando-se a aplicação do parágrafo segundo do artigo 603 do CPC/15 quanto à apuração de haveres.

⁵⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 958.

O magistrado, se acolhido o pleito de dissolução parcial, deve, em sentença, observar o artigo 604 do CPC/15 quanto à apuração de haveres, de modo que cabe ao juiz: (i) fixar a data de resolução da sociedade; (ii) definir o critério de apuração de haveres; e (iii) nomear o perito.

O parágrafo primeiro do artigo 604 do CPC/15 estipula que devem ser depositados em juízo os haveres incontroversos, os quais poderão, nos termos do parágrafo segundo do artigo 604 do CPC/15, serem desde logo levantados pelo ex-sócio, espólio ou sucessores.

Seguindo o rito do artigo 604 do CPC/15, a data a ser fixada para a resolução da sociedade deve obedecer ao artigo 605 do CPC/15, sendo certo que *“o NCPC, neste sentir, é imensamente contributivo: estabelece, de maneira clara e objetiva, quais as datas em que será considerada realizada a resolução da sociedade”*⁵⁹³.

Assim, a data será: (i) a do óbito, no caso de falecimento do sócio; (ii) o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante, no caso de retirada imotivada; (iii) o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente, em caso de recesso; (iv) o dia do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade, no caso de retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado ou na exclusão judicial do sócio; e (v) o dia da assembleia ou da reunião de sócios que tiver deliberado a exclusão extrajudicial do sócio.

O critério para apuração de haveres, em conformidade com o artigo 606 do CPC/15, deve seguir as previsões do contrato social ou do estatuto social. No caso de os atos constitutivos da sociedade não versarem sobre o critério a ser adotado; o magistrado definirá, como critério para apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data de resolução da sociedade, e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo a ser apurado de igual forma.

⁵⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 961.

O perito a ser nomeado, de preferência, nos termos do parágrafo único do artigo 606 do CPC/15, deve ser especialista em avaliação de sociedades.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que: *“Em relação aos critérios para a definição dos haveres, estes devem ser os que são fixados pelo contrato social. Todavia, no caso de omissão deste, deve o juiz empregar o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, que terá por referência o momento da dissolução parcial, avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”*.⁵⁹⁴

Humberto Theodoro Júnior⁵⁹⁵, com maestria, chama atenção para o fato de que *“assentou o STF, na súmula n. 265, que ‘na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido ou que se retirou’. Embora o enunciado não faça referência expressa ao sócio excluído, a mesma conclusão deve ser aplicada a ele. Isso porque o balanço apurado unilateralmente não goza de certeza necessária para ser imposto ao sócio excluído. Essa apuração de haveres, especialmente nas sociedades empresárias, envolve cálculos complexos, que somente uma perícia contábil é capaz de efetuar e, assim, determinar o real e atual valor da empresa sobre o qual se calculará tecnicamente o valor da cota do sócio retirante ou excluído. No caso, porém, de exclusão de sócio remisso (aquele que não integraliza a cota subscrita), a operação se simplifica, porque seu direito se limita à devolução do que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas, nos termos do artigo 1058 do Código Civil”*.

A importância da perícia é enorme neste procedimento.

Vale lembrar que, quando for necessário, para a demonstração de determinado fato alegado, conhecer-se tema técnico e/ou científico específico, o magistrado deve determinar a realização da prova pericial, a qual se dará através do trabalho de um perito; um especialista no tema técnico referente ao fato alegado.

⁵⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v.3. p. 186.

⁵⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 234.

João Batista Lopes⁵⁹⁶ leciona que *“de modo geral, a demonstração dos fatos faz-se por documentos ou depoimentos. Às vezes, porém, a prova documental e a oral se mostram insuficientes para o perfeito esclarecimento das alegações formuladas pelas partes. Tal se dá quando a apuração dos fatos envolve matéria técnica que refoge ao conhecimento do homem comum, a exigir o concurso de profissionais especializados ou pessoas experimentadas. É a pericia, que pode assim ser conceituada: trata-se de espécie de prova, produzida mediante o concurso de profissionais especializados ou pessoas experientes”*.

O magistrado deve, em decisão motivada, designar o perito especializado para a produção da prova técnica, já fixando, na mesma decisão, o prazo necessário para a entrega do laudo.

O parágrafo primeiro do artigo 465 do CPC/15 merece aplausos, pois apresenta o momento específico para que as partes possam questionar a imparcialidade do perito para a elaboração do laudo pericial. Aplicam-se ao perito as mesmas causas de impedimento e suspeição do juiz.

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁹⁷ destaca que: *“A prova pericial é realizada por perito. Chama-se assim a pessoa – física ou jurídica – que, contando com a confiança do juiz, é convocada para, no processo, esclarecer algum ponto que exija o conhecimento técnico especial. Acima de tudo, o perito deve ter idoneidade moral e, assim, ser da confiança do juiz. Note-se que o juiz julga com base no laudo técnico, e o jurisdicionado tem direito fundamental a um julgamento idôneo. Se é assim, não deve o juiz julgar a partir de laudo pericial assinado por pessoa que não mereça confiança, já que estaria entregando à parte prestação jurisdicional não idônea. O juiz, quando precisa de laudo pericial, não deve deixar que a definição de um fato seja feita por qualquer pessoa, como se não lhe importassem a qualidade e a idoneidade da resposta jurisdicional. Além da idoneidade, o perito deve contar com conhecimento técnico suficiente (...). Ora, se as partes têm direito a um juiz imparcial, obviamente também tem direito a um perito imparcial. É fundamental que o perito seja técnico e moralmente idôneo para que o juiz possa formar um convencimento adequado a*

⁵⁹⁶ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 130

⁵⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2011. p. 795

respeito dos fatos e para que as partes, por consequência lógica, sejam realmente atendidas por um juiz imparcial. É nesse sentido que se diz que o juiz deve, antes de julgar o litígio, julgar o próprio perito. Aplicam-se ao perito – no intuito de assegurar sua imparcialidade – as mesmas causas de impedimento e suspeição atinentes ao juiz”.

Com a apresentação de impugnação ao perito, em razão de suspeição ou impedimento, o juiz, após regular contraditório, julgará o pedido de afastamento do especialista.

Note-se que o perito também precisa ser qualificado e ter a habilitação acadêmica e profissional necessárias para dirigir adequadamente a formação do laudo pericial.

Daí a importância do parágrafo segundo do artigo 465 do CPC/15, que determina que o perito apresente, em cinco dias contados de sua intimação, sua proposta de honorários, seu currículo, com a comprovação de sua especialização, e seus contatos profissionais.

Caso as partes, após conhecerem a formação técnica do perito, tenham fundamento para questionar sua adequação para a elaboração do trabalho pericial relativo ao caso concreto, devem, no nosso entendimento, dentro do prazo do parágrafo terceiro do artigo 465 do CPC/15, apresentar o pleito de substituição do perito.

O perito deve demonstrar habilidade técnica, conhecimento acadêmico e todo o profissionalismo necessário para conduzir os trabalhos periciais, com imparcialidade e cumprimento exemplar dos prazos fixados pelo magistrado. Como auxiliar do juízo que é, deve o perito agir com idoneidade moral e sempre de forma diligente.

E, nos termos do artigo 468 do CPC/15, o perito pode ser substituído quando carecer de conhecimento técnico ou científico para o desenvolvimento dos trabalhos e/ou quando, sem motivo legítimo, deixar de apresentar o laudo pericial dentro do prazo determinado pelo magistrado.

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁹⁸ ministra que “o perito deve ser substituído, ainda que sem requerimento do interessado, quando carecer de conhecimento técnico ou científico, ou quando, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado. A primeira das hipóteses é inquestionavelmente caso de substituição do perito. A essência da prova pericial está exatamente no conhecimento técnico especializado. Se ele não possui conhecimento sobre a matéria que envolverá a perícia, não há sentido em se permitir a sua participação no processo”.

Como já pontuado, é fundamental que o magistrado se atente para a necessidade de o profissional ter formação técnica e experiência compatível com a complexidade da perícia: “Ao nomear o perito, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir cum grano salis, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei, dando à norma interpretação teleológica e valorativa” (STJ, REsp 130790/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 05.08.1999, DJ 13.09.1999, p. 67); “A perícia contábil deve ser efetuada por contador (profissional portador de diploma universitário) devidamente inscrito no Conselho de Contabilidade, e não por técnico em contabilidade ou administrador de empresas” (STJ, REsp 115566/ES, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 18.08.1997, DJ 15.09.1997, p. 44341); “Na exegese dos parágrafos do art. 145, CPC, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir cum grano salis, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei, dando a norma interpretação teleológica e valorativa” (STJ, REsp 7782/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 29.10.1991, DJ 02.12.1991, p. 17540).

Não se pode, todavia, afastar a hipótese de o perito apenas se mostrar inabilitado para a realização da perícia no desenrolar dos trabalhos; os quais podem se revelar mais complexos do que o magistrado, as partes e o próprio perito poderiam originalmente imaginar. Neste contexto, caso o próprio perito não venha a requerer sua substituição, caberá ao magistrado, seja antes ou logo depois da entrega do laudo pericial, e sempre se observado o contraditório, substituir o perito que acabou por se mostrar absolutamente carecedor dos conhecimentos necessários para a conclusão do trabalho

⁵⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2011. p. 804

pericial. É muito importante que o trabalho do perito, na hipótese acima, venha a realmente demonstrar que ele merece ser substituído por falta de conhecimento técnico ou científico para a conclusão da perícia, devendo-se nomear outro perito para a condução da prova. Caso o trabalho apresentado pelo perito seja incompleto e/ou não satisfatório, mas, na verdade, não revele absoluta carência de conhecimento técnico e/ou científico pelo profissional, é certo que o magistrado poderá determinar a prestação de esclarecimentos pelo perito e/ou decidir pela realização de uma segunda perícia; sem se adotar a drástica providência da substituição do perito originalmente nomeado.

O Superior Tribunal de Justiça, além das hipóteses do artigo 468 do CPC/15, já julgou pela possibilidade de substituição do perito quando abalado o elo de confiança entre ele e o magistrado: *“O perito judicial é um auxiliar do Juízo e não um servidor público. Logo, sua desconstituição dispensa a instauração de qualquer processo administrativo ou argüição por parte do magistrado que o nomeou, não lhe sendo facultado a ampla defesa ou o contraditório nestes casos, pois seu afastamento da função pode se dar ex officio e ad nutum, quando não houver mais o elo de confiança. Isto pode ocorrer em razão da precariedade do vínculo entre ele e o poder público, já que seu auxílio é eventual. Além desta hipótese, sua desconstituição poderá ocorrer naquelas elencadas no art. 424, do CPC (“O perito pode ser substituído quando: I – carecer de conhecimento técnico ou científico; II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado”). Estas são espécies expressas no texto da lei. Porém, a quebra da confiança entre o perito e o magistrado é espécie intrínseca do elo, que se baseia no critério personalíssimo da escolha do profissional para a função. Assim como pode o juiz nomeá-lo, pode removê-lo a qualquer momento”* (STJ, RMS 12963/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 21.10.2004, DJ 06.12.2004, p. 311).

E como verdadeiro reflexo do princípio do contraditório, o artigo 473 do CPC/15 apresenta um roteiro mínimo para que o perito possa formular e apresentar o seu laudo pericial, sendo certo que a essência do artigo está na necessidade de o resultado da prova ser claro e conclusivo; apto, enfim, para permitir um diálogo possível entre os sujeitos do processo quanto à questão técnica debatida.

O laudo deve conter: (i) a exposição do objeto da perícia; (ii) a análise técnica ou científica realizada pelo perito, com a indicação do método utilizado e a demonstração de que tal método é aceito pela comunidade de profissionais que atuam na área de conhecimento da prova; (iii) resposta clara e conclusiva quanto a todos os quesitos apresentados pelo magistrado e pelos demais sujeitos do processo, com a indicação de como chegou nos resultados alcançados; sempre adotando-se linguagem simples e raciocínio lógico.

A prova é técnica, logo não cabe ao perito emitir opiniões pessoais e/ou tecer comentários genéricos sobre as questões eminentemente de direito referentes ao processo. A missão do perito é esclarecer, na qualidade de auxiliar do magistrado, os pontos técnicos e científicos que são o objeto da prova realizada.

O artigo 607 do CPC/15 estipula que a data da resolução da sociedade, bem como o critério de apuração de haveres, podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo, antes do início da perícia.

Teresa Arruda Alvim ministra que *“estes dois elementos vitais para a correta e justa dissolução parcial da sociedade podem ser fixados pelo juiz, e revistos por iniciativa oficial ou por requerimento da parte, em qualquer momento anterior ao início da perícia: iniciada a perícia, estas duas balizas tornam-se preclusas, imutáveis. Há, por assim dizer, uma mensagem bastante clara no dispositivo legal em apreço: a data de resolução e o critério de apuração de haveres, em face de sua essencialidade, não são fixáveis em uma única oportunidade, podendo ser modificados (caso surjam novos elementos de convicção) até o início da perícia, quando, então, se dará a preclusão”*⁵⁹⁹.

Ricardo Collucci⁶⁰⁰ pontua, neste ponto, que *“deve-se entender que a forma de apuração de haveres constante do instrumento social sempre será preferencial, mas, a despeito disso, a sua fixação poderá ser revista até o início da perícia – tanto quanto a*

⁵⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 963.

⁶⁰⁰ COLLUCCI, Ricardo. In BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.3. p. 169.

data da resolução – caso surja algum fato que, justificadamente, inviabilize a apuração na forma contratual ou, no mínimo, acene para a sua ineficácia/imprestabilidade. Em outras palavras, apenas fatos novos e justificados, não conhecidos pelas partes e pelo juiz à época da fixação da data e dos critérios da apuração de haveres, podem ensejar a revisão dos termos aqui tratados, sob pena de tumulto processual... ”.

Dado esse contexto, para o procedimento de dissolução parcial de sociedade se mostra muito recomendável o manejo pelas partes dos artigos 190 e 471 do CPC/15. Estes artigos são reflexos da preocupação do legislador em incentivar que as partes tenham como norte de comportamento o princípio da cooperação.

Se o processo versar sobre direitos patrimonialmente disponíveis e/ou que possam naturalmente ser objeto de autocomposição, bem como se as partes forem plenamente capazes, elas – as partes – podem de comum acordo indicar ao magistrado o perito que, no ver delas, deveria conduzir a prova pericial (artigo 471 do CPC/15).

Seguindo a dinâmica dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 373 do CPC/15, as partes já poderiam, em contrato, convencionar quem seria o profissional técnico a ser escolhido para eventualmente dirimir questão que possa, no futuro, ser objeto de perícia em caso judicial. No mesmo contrato, as partes já podem indicar quem seriam os seus assistentes técnicos.

O artigo 190 do CPC/15, por sua vez, pode ser bem utilizado pelas partes para a fixação de parâmetros, em contrato, sobre a forma e critérios a serem adotados para a realização da perícia.

O CPC/15 prevê o instituto dos negócios processuais atípicos, conforme estabelece o 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"*.

Antonio do Passo Cabral⁶⁰¹ assim define o instituto do art. 190 do CPC/15: *"convenção ou acordo processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento"*.

Em essência, o art. 190 do CPC/15 prevê que as partes podem convencionar sobre aspectos procedimentais, estabelecendo mudanças no rito processual.

Teresa Arruda Alvim⁶⁰² exemplifica ensinando que: *"aspectos procedimentais variados podem, também, ser objeto de convenção: as partes podem estipular limites de manifestações, podem estipular a impossibilidade de existir esta ou aquela modalidade probatória, prazos mais exigüos que os legais..."*.

O adequado manejo dos artigos 190 e 471 do CPC/15 pode evitar questionamentos, durante o trâmite do procedimento de dissolução parcial de sociedade, sobre a competência e especialidade do perito escolhido pelo magistrado, bem como sobre os critérios a serem seguidos pelo perito para a determinação dos haveres.

A perícia deve levar em consideração os valores e os critérios referidos no artigo 608 do CPC/15; sendo certo que, após apurados, os haveres do sócio devem ser pagos nos expressos termos do artigo 609 do CPC/15.

Humberto Theodoro Júnior⁶⁰³, neste ponto, ministra que *"até a data da resolução da sociedade, o sócio faz parte da sociedade. Com efeito, integram o montante devido ao ex-sócio, ao espólio ou aos sucessores os valores decorrentes: (i) da participação nos lucros; (ii) dos juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade; e (iii) da atuação do ex-sócio como administrador, se for o caso. Resolvida a sociedade, os valores apurados serão corrigidos e sobre eles incidirão juros legais ou contratuais. Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social. No silêncio deste, os valores serão pagos em noventa dias, a partir da liquidação, como estabelecido no parágrafo segundo do artigo 1031 do CC"*.

⁶⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 68.

⁶⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 397.

⁶⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2. p. 235.

Quanto ao prazo para pagamento, Teresa Arruda Alvim lembra que *“uma adaptação merece ser feita relativamente ao marco cronológico para fins de pagamento destes haveres: apesar de o art. 1.031, parágrafo 2º, do CC de 2002 dispor que estes 90 dias fluem a partir da liquidação, não podemos perder de vista que, se esta ocorrer em sede de ação de dissolução parcial de sociedade, tal se dará por intermédio de decisão judicial, e o pagamento de tais haveres será devido a partir do trânsito em julgado da decisão que os fixar”*⁶⁰⁴.

A iniciativa do legislador em disciplinar no CPC/15 o procedimento da dissolução parcial de sociedade mostra um avanço, trazendo mais segurança jurídica para complexo rito, que vinha sendo objeto de diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

É certo que questões polêmicas ainda serão objetos de debates jurisprudenciais, tais como a forma de aplicação do artigo 607 do CPC/15, principalmente quando existir no caso concreto previsão contratual, nos termos dos artigos 190 e 471 do CPC/15, regendo o escopo da perícia e a escolha do perito.

Tais perspectivas apenas dão mais brilho ao tema, que representa tão bem a beleza do dinâmico diálogo entre o mundo do processo civil e o mundo dos negócios empresariais.

⁶⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015. p. 964.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podium, 2016.
- COLLUCCI, Ricardo. In BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.3.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v.3.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2011.
- NERY Jr., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários o Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.2.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TORRES de MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Edição. São Paulo: RT, 2015.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a coletivização da prestação jurisdicional no CPC/15

Rennan Faria Krüger Thamay⁶⁰⁵ - Elzeane da Rocha⁶⁰⁶

A sociedade contemporânea tem experimentado ao longo do tempo a massificação dos conflitos de interesses homogêneos, com a necessidade de apresentação de soluções idênticas, sob pena de se comprometer um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da igualdade.

Em razão disso os tribunais modernos têm tido que se preparar para atender de forma efetiva os novos litígios coletivos e de massa que batem as portas do Judiciário.

Daí o surgimento de modalidades como as ações coletivas, em que num só processo se define solução uniforme e geral para um grupo de titulares de direitos individuais, semelhantes, ora como incidente aglutinador de ações originariamente singulares, por meio do qual uma decisão se estende às diversas causas individuais de objeto igual.

O principal exemplo de ação coletiva é a ação civil pública ajuizada por um só autor, em defesa de um grupo de titulares de direitos subjetivos iguais, qualificado como direitos individuais homogêneos.

Por outro lado, o incidente com potencial de abarcar a mais de uma causa é o de uniformização de jurisprudência do CPC/73, assim como o do sistema instituído pelo CPC/15 de julgamento de recursos repetitivos, no âmbito do STF e do STJ, e o de assunção de competência.

Seguindo a tendência de aprimoramento dos instrumentos no âmbito da coletivização da prestação jurisdicional, o CPC/15 incorporou ao ordenamento jurídico o *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* (art. 976 a 987).

O incidente de resolução de demandas repetitivas é aquele que se instaura, perante um tribunal, quando em sua jurisdição registra-se repetição de processos em torno de uma igual questão de direito, ensejando risco de soluções conflitantes que possa ofender a isonomia e a segurança jurídica (CPC, art. 976), risco esse que se coíbe mediante fixação, pelo tribunal, de tese jurídica aplicável, dentro de sua área de jurisdição, a todos

⁶⁰⁵ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa – UL. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e pela Università degli Studi di Pavia – UNIPAV. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Professor de Programas de Mestrado e Doutorado. Parecerista e Advogado.

⁶⁰⁶ Mestranda em Direito pela FADISP, graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Advogada.

os processos pendentes e futuros que versem sobre a mesma questão de direito resolvida no IRDR (CPC, art. 985).⁶⁰⁷

No Direito Processual Alemão, o IRDR surge dos conflitos originados no projeto de construção do aeroporto de Munique (1979), oportunidade na qual foram ajuizadas 5.724 demandas perante o Tribunal Administrativo de Munique.

Na ocasião, o órgão judicial de primeiro grau considerando a dificuldade que seria o andamento concomitante de todos os processos e verificando-se que as demandas tinham a mesma questão de direito, resolve criar um recurso que imprimisse celeridade a situação.

Assim, foram selecionados 40 processos (musterverfahren – procedimentos-modelo), que teriam seu processamento com a produção de provas e julgamento, e o restante seriam suspensos, aguardando a decisão final desses processos paradigmáticos.

À época, a decisão foi questionada perante a Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha sob a alegação de que violavam o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional e o princípio da igualdade perante a lei.

No entanto, a Corte Suprema alemã decidiu pela constitucionalidade da medida, a inovação viabilizava a efetividade do processo judicial dentro de prazo razoável e os processos suspensos não sofreriam prejuízo, pois, se houvesse necessidade, poderiam requerer medidas de urgência.

Com os resultados positivos, houve a inserção no Estatuto da Justiça Administrativa o parágrafo 93a, prevendo expressamente, o *Musterverfahren*.

A distinção básica entre a ação coletiva e o incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em que naquela os litígios cumulados são solucionados simultaneamente, enquanto no incidente apenas se delibera, em Tribunal, sobre idêntica questão do direito presente em várias ações, as quais continuam a se desenvolver com independência entre si.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim⁶⁰⁸ “o teor da decisão do Tribunal é [apenas] ponto de partida para que os juízos singulares decidam seus processos”.

⁶⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competências.** Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 28, n. 9/10, p. 65-77, set.-out./2016.

⁶⁰⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.396.

Logo, conforme lições de Cândido Rangel Dinamarco, o IRDR trata “*não de uma ação, mas realmente de um incidente processual, entendido este como o conjunto de atos formalmente coordenados a serem realizados no curso do processo, apresentando-se como “um pequeno procedimento inserido no contexto do procedimento maior”*”.⁶⁰⁹

Para a instauração do IRDR é necessário, simultaneamente, segundo o art. 976, incisos I e II do CPC, (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito⁶¹⁰ e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁶¹¹.

O legislador determinou que o requisito de efetiva repetição, entende-se que seja um número significativo de processos, mas o legislador brasileiro não estabeleceu um número exato ou mínimo.

Dessa forma, é necessário que haja um número suficiente de processos e a utilização do IRDR seja o mecanismo processual mais adequado para a prestação jurisdicional, sempre observando os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.⁶¹²

No entanto, o IRDR não tem caráter preventivo, pois o IRDR tem o objetivo de uniformizar o entendimento e o caráter preventivo restringiria o debate processual e o amadurecimento das questões envolvidas.

Neste sentido, destaca-se a crítica de Leonardo Carneiro da Cunha:

Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos

⁶⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**, *cit.*, p. 242.

⁶¹⁰ O incidente de resolução de demandas repetitivas somente pode abranger questão unicamente de direito e o tema submetido no tribunal necessita que não exista controvérsia sobre questão de fato” (TJMG, 1ª Seção Cível, IRDR – Cv nº 1.0000.16.018615-1/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, decisão publicada em 24.06.2016.

⁶¹¹ O incidente de resolução de demandas repetitivas é instrumento criado pelo novo Código de Processo Civil que objetiva, no caso de efetiva repetição de processos sobre uma mesma questão jurídica, garantir um julgamento que propicie tratamento isonômico e segurança jurídica à coletividade” (TJMG, 1ª Seção Cível, IRDR – Cv nº 1.0000.16.032832-4/000, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, decisão publicada em 24.06.2016.

⁶¹² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015, 1.397-1.398.

dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, preventivamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros.⁶¹³

Logo, não se deve utilizar o IRDR de forma prematura, sem que haja uma quantidade razoável de posicionamentos sobre a matéria de direito, para que não se corra o risco de termos decisões desconectadas da realidade.

Outro pressuposto para a instauração do IRDR é a necessidade do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, e deve ser um risco concreto e não abstrato.

Não basta, apenas, que haja uma divergência isolada e sim uma divergência no Poder Judiciário, capaz de comprometer o princípio da isonomia e da segurança jurídica.

O IRDR busca a uniformização das jurisprudências, mantendo-a estável, íntegra e coerente, nos termos do artigo 926 do CPC.

A uniformização das jurisprudências garante a previsibilidade das decisões, permitindo que as pessoas possam se organizar e se planejar, evitando-se que sejam proferidas decisões diversas em questões de direito idênticas, gerando insegurança jurídica, incerteza e descrédito no Poder Judiciário.

O requisito negativo previsto no §4º do art. 976, do CPC, é que não cabe o IRDR quando já houver recurso, especial ou extraordinário, repetitivo, sobre a mesma questão de direito material ou processual, nos tribunais superiores, por falta de interesse, pois a tese firmada terá efeito vinculativo todo território nacional.⁶¹⁴

No caso dos recursos especiais ou extraordinários afetados, posteriormente, que vierem a perder esta qualidade, sendo desafetados ou não sendo conhecidos, o IRDR poderá ser suscitado novamente.

⁶¹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 193, mar. 2011, 262.

⁶¹⁴ Se não são idênticos os institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos, “têm, com certeza, a mesma razão de ser e a mesma correlata finalidade. Não faz, portanto, sentido que, por meio de ambos os institutos, possa-se estar resolvendo, *simultaneamente, a mesma questão de direito*. Até porque, além do desperdício da atividade jurisdicional, há o risco de decisões conflitantes. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015, p. 977.

Portanto, o IRDR tem caráter subsidiário, visto que a atribuição de uniformização jurisprudencial e fixação de tese jurídica dos tribunais superiores, STF e STJ, está prevista na Constituição Federal.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal, e poderá ser requerido pelo juiz ou relator, de ofício; pelas partes por petição e pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. (art. 977, incisos I, II e III do CPC).

Tanto o juiz quanto o relator, poderão suscitar a instauração do IRDR, por ofício, de processos que estejam sob sua responsabilidade.

O juiz de 1º grau, por sua função, tem mais facilidade de considerara multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, pois, é a ele que as demandas de variados autores, muitas vezes representados por diferentes advogados, é dirigida.⁶¹⁵

Cumprir destacar que as partes poderão suscitar a instauração do IRDR. Para o requerimento do IRDR não há necessidade do consentimento da parte contrária, o que não impede também que ambos convençionem neste sentido.

Neste aspecto, pode ocorrer a situação prevista no Enunciado nº 89 do Fórum de Processualistas Civis:

Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas.

A legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para a instauração do IRDR decorre da legitimidade extraordinária destas Instituições para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos.

Importante destacar que, tanto o ofício como a petição deverão estar instruídos com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. (Parágrafo único do art. 977, do CPC).

⁶¹⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre et al (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de processo civil. Vol. III.** Salvador: Juspodivm, 2014, p. 288.

Caso haja a desistência ou abandono do processo afetado, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir a sua titularidade. (§§ 1º e 2º do art. 976, do CPC).

Portanto, a parte não está impedida de desistir da ação ou do recurso, porém, a desistência será apenas em relação ao seu processo ou ao respectivo recurso, porquanto o IRDR adquire autonomia processual em relação ao processo afetado, pois o julgamento do IRDR transcende os interesses subjetivos das partes, sobressaindo o interesse público quanto a fixação da tese jurídica e a uniformização da jurisprudência.

Conforme disposto no art. 978, caput, do CPC, o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência do tribunal.

Caberá a cada tribunal estipular, em seu regimento interno, o órgão colegiado competente para o julgamento do IRDR, que deverá ser o de composição mais ampla, pois será o responsável pela uniformização da jurisprudência do tribunal, uma vez que fixada a tese jurídica vinculará os demais membros do tribunal, assim como os juízes de primeira instância.

De acordo com o art. 979 e parágrafos do CPC, a instauração do IRDR serão precedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade.

Conforme o Enunciado nº 91 do Fórum dos Processualistas Cíveis:

Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.

Contudo, isto não quer dizer que o relator não possa fazer um juízo negativo de admissibilidade quando a questão de direito for manifestamente contrária a súmula, ou já tenha entendimento pacificado nos tribunais superiores, porquanto violaria os princípios da celeridade e econômica processual.

Nesta fase do IRDR, o relator demarcará os limites do objeto do IRDR, ou seja, identificará com precisão a questão que será objeto de discussão e julgamento no IRDR, está providência é fundamental, pois norteará as discussões e o contraditório.

Uma vez delimitado o objeto do IRDR, e havendo cumulação, objetiva e subjetiva, de pedidos, a suspensão do processo, tanto individual quanto coletivo, poderá ser parcial, suspendendo apenas em relação aos pedidos conexos ao IRDR, não

impedindo o prosseguimento do processo em relação aos pedidos que não sejam abrangidos pela tese a ser firmada pelo IRDR.

No caso da questão objeto do IRDR extrapolar os limites do Estado ou da região, passando a ter repercussão no âmbito nacional, qualquer dos legitimados do art. 977, incisos II e III, poderão requerer ao STF ou ao Tribunal Superior competente a suspensão nacional, conforme art. 982, §3º, do CPC.

O IRDR será julgado no prazo de 1 (um) ano. Transcorrido o prazo, cessará a suspensão dos processos pendentes, salvo se o relator justificar a prorrogação do prazo por decisão fundamentada. (Art. 980, caput e parágrafo único, do CPC).

A suspensão deve ter a mais ampla divulgação, e deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, que intimarão as partes dos processos pendentes, para que haja a oportunidade do contraditório, fundamental ao devido processo legal.

Nesta fase, a parte poderá demonstrar a distinção entre a questão jurídica do seu processo e a que será decidida no IRDR, requerendo o prosseguimento do seu processo.

O requerimento será dirigido ao juiz do processo, ou ao relator, caso já esteja em grau de recurso, a quem competirá decidir.

Essa distinção, conhecida no mundo jurídico como *distinguishing*, é um método de comparação entre o caso concreto e o precedente, visando o reconhecimento de sua não aplicação.

Fala-se em *distinguishing* quando houver 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 a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.⁶¹⁶

Nesta fase de preparação para o julgamento do IRDR, dois procedimentos devem ser observados pelo relator: (i) a definição exata e precisa da questão ou questões objeto do IRDR; (ii) aprofundamento dos fundamentos do objeto do IRDR.

Para o aprofundamento das questões submetidas ao IRDR, serão necessárias algumas providências complementares: a requisição de informações (art. 982, II, do CPC), oitiva das partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 983, caput, do CPC), designação de audiência

⁶¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª Edição, Volume 2, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 392/393.

pública para oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento da matéria (art. 983, §1º, do CPC).

As partes dos processos afetados pelo IRDR têm direito de participarem desta fase por escrito ou por manifestações orais em audiência pública, uma vez que são interessadas no resultado do julgamento do IRDR.

Porém, essa manifestação das partes somente será admitida se trouxerem novos argumentos que possam efetivamente contribuir com a melhor interpretação da questão de direito objeto do IRDR.⁶¹⁷

Para a realização das audiências públicas, poderão ser convidados *amicus curiae*, que contribuirão para a ampliação, aprofundamento e qualificação do debate.

O *amicus curiae* traz ao processo informações, dados e fundamentos capazes de possibilitar que o julgamento da controvérsia seja mais condizente e próximo à realidade social subjacente à questão jurídica que se discute e que se há de definir.⁶¹⁸

A participação de diversas organizações ou seguimentos da sociedade nas audiências públicas possibilita a ampliação do debate processual, discutindo a questão jurídica sobre ângulos diferentes, contribuindo para que a fundamentação da tese fixada seja a mais segura e completa possível.

O julgamento do IRDR será realizado pelo órgão competente pela uniformização da jurisprudência do tribunal, que deverá ser o de maior composição, em razão do efeito vinculativo da tese fixada.

O julgamento inicia-se com a exposição, pelo relator, da questão jurídica a ser debatida, e os fundamentos apresentados.

Após, serão ouvidos autor e réu do processo originário, autores, réus e interessados dos processos suspensos, o *amicus curiae*, Defensor Público, e o Ministério Público como autor ou fiscal da lei, ou seja, todos aqueles que o relator entender que possam contribuir para ampliação, profundidade e qualificação do debate.

Deste modo, todos os fundamentos das teses apresentadas serão apreciados e debatidos, em respeito ao princípio do contraditório.

⁶¹⁷ TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁶¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, 744.

Por fim, o relator pronunciará o seu voto, com a apresentação da tese jurídica; ato contínuo, serão colhidos os votos dos integrantes do colegiado.

O acórdão proferido abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. (Art. 982, §2º do CPC).

Com efeito, quanto mais qualificada, precisa e profunda for a fundamentação do acórdão, mas fácil será a sua aplicação aos processos suspensos.⁶¹⁹

Do julgamento do mérito do IRDR é cabível Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, dependendo da questão jurídica, que será dirigido ao STF ou ao STJ, responsáveis pela uniformização da jurisprudência em relação a matéria constitucional ou de lei infraconstitucional, respectivamente.

Apesar do art. 977 do CPC, não mencionar os embargos de declaração, eles são cabíveis para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia ter se pronunciado, e, ainda, para corrigir erro material. (Art. 1022 e incisos, do CPC)

Tem legitimidade para interpor os recursos: as partes do processo modelo originário do IRDR, o terceiro prejudicado, o Ministério Público (como parte ou fiscal da lei), a Defensoria Pública, o *amicus curiae* e as partes dos processos suspensos.

O julgamento dos recursos especial ou extraordinário pelos órgãos superiores, STF e STJ, fará com que a tese jurídica fixada no IRDR tenha eficácia vinculante em todo o território nacional, contribuindo para a isonomia e segurança jurídica das decisões. O art. 986 do CPC prevê a possibilidade de revisão da tese jurídica fixada.

O procedimento para a revisão deve ser o mesmo utilizado para a fixação da tese, qual seja, garantindo-se a mais ampla divulgação e participação da sociedade, especialmente com a realização de audiência pública.

A revisão da tese jurídica fixada no IRDR poderá ser requerida pelo mesmo Tribunal que a fixou, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

⁶¹⁹ “Incumbe ao órgão competente evitar o julgamento superficial, incompleto, que possibilita aos órgãos jurisdicionais subordinados deixar de aplicar o precedente em vários casos concretos pelo fato de apresentarem argumentos não decididos.” MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC: magistratura. Volume 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193.

As teses firmadas no IRDR devem ser coerentes com o seu tempo e devem acompanhar as mudanças sociais, políticas e entendimentos jurisprudenciais que ocorrem.

O julgamento da revisão se aplicará apenas aos processos que estiverem em curso e aos futuros, que tratem da tese firmada no IRDR, e que estejam sob a jurisdição do respectivo Tribunal.

Os efeitos do julgamento do IRDR estão previstos no art. 985, do CPC:

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.

Logo, a tese fixada em IRDR terá efeito erga omnes dentro da área de competência do tribunal que fixou a tese, a todos os processos em tramitação, inclusive nos juizados especiais, bem como as causas futuras que versem sobre a questão de direito debatida, enquanto não operada a revisão da tese pelo mesmo tribunal.

Para que haja a aplicação da tese jurídica fixada no IRDR é necessário que a questão jurídica do caso concreto tenha sido suscitada e analisada no IRDR; caso não caberá ao juiz afastar a incidência do IRDR aplicando a técnica de distinção, fundamentando sua decisão.

A inobservância da tese firmada em IRDR caberá Reclamação, nos termos do art. 985, §1º, do CPC.

Se o IRDR 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 agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada, nos termos do Art. 985, §2º, do CPC.

A administração pública não está vinculada a tese firmada em IRDR, a comunicação do resultado do julgamento terá mero efeito persuasivo.

É importante enfatizar que os entes públicos são os maiores responsáveis pelo excesso de litigiosidade no país, uma vez que lidam com o interesse de um universo de pessoas, e suas condutas administrativas afetam diretamente o interesse de todos.

Por isso, apesar de não haver previsão legal acerca da vinculação das teses firmadas em IRDR, espera-se que os entes públicos se conscientizem da necessidade de mudança de postura administrativa em face das teses firmadas, contribuindo assim para abrandar a litigiosidade exacerbada.

Logo, o IRDR uniformiza a jurisprudência e fortalece os precedentes, com isso, espera-se que os litigantes habituais, uns dos grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, revejam seus procedimentos e se adequem aos novos posicionamentos firmados nos tribunais, uma vez que a tese firmada em IRDR será aplicada a todos os processos pendentes e também aos casos futuros que tratem da mesma questão de direito.

Portanto, com a postura dos tribunais de respeito aos precedentes, mantendo a jurisprudência estável, íntegra e coerente, almeja-se uma mudança de comportamento e consequentemente, a redução da litigiosidade e melhoria da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, Teresa. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.396
- ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **Precedentes Vinculantes em Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos**. 1ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BRASIL.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre et al (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de processo civil. Vol. III**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 193, mar. 2011.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª Edição, Volume 2, Salvador: Juspodivm, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**, cit., p. 242.
- FÓRUM DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível no site: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-deFlorian%C3%B3polis.pdf>. Acessado em 06/02/2021.
- MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo**. 1ª Edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MANCUZO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

MATTOS, Luiz Norton Batista. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC**. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC: magistratura. Volume 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competências**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 28, n. 9/10, p. 65-77, set.-out./ 2016.

Abandono afetivo e obrigação de convivência: a sentença sempre resolverá o conflito?

Fábio Cenci Marines⁶²⁰

Introdução

Em abril de 2012, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão que repercutiu em todo o território nacional, tendo sido, inclusive, noticiada pela imprensa falada e escrita. Citada Corte de Justiça entendeu por bem referendar decisão promulgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou um pai a pagar indenização por danos morais a uma filha, em razão do abandono afetivo.

Desde então, o judiciário brasileiro enfrenta esse tema (do abandono afetivo), interpretando quais as consequências advindas do afastamento paterno da convivência da sua prole.

No ano de 2020, novamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enfrentou o tema (autos do processo 1003518-65.2019.8.26.0664) e permitiu que uma filha excluísse de seu nome o apelido recebido de seu genitor, também em razão do abandono afetivo.

Longe de questionar o conteúdo dessas e de tantas outras decisões que enfrentam delicada questão, estes rabiscos têm a finalidade de debater algumas possíveis consequências processuais, sem prejuízo de apresentar uma nova abordagem, visando à resolução mais profunda e definitiva da questão, cujo resultado dificilmente será atingido pela sentença de mérito.

II – Das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A Ministra Nancy Andrichi, relatora do acórdão (resp 1.159.242 – SP)⁶²¹, diferenciou “amor” de “cuidado” na relação entre pais e filhos: “O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o

⁶²⁰ Advogado, sócio do escritório Cenci Marines Advogados; pós-graduado em Direito Processual Civil, professor de Direito Processual Civil da Faculdade ESAMC Sorocaba/SP, professor convidado da Escola Superior da Advocacia (OAB/SP) e da Faculdade de Direito de Itu; membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). E-mail: fabio@cencimarines.adv.br

⁶²¹

Cf.:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>.

tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**”. Ainda, em virtude da inércia paterna, consta do voto-vista do Ministro Sidney Benetti: “que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância, e que, ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos”.

A pretensão julgada em última instância pelo STJ enfrentou reclamo de filha que historicamente foi preterida por seu genitor, quer na questão afetiva, quer na questão patrimonial, sendo que tal ausência gerou pleito de natureza indenizatória.

Já a Corte Paulista, quando do julgamento do recurso de apelação nº 1003518-65.2019.8.26.0664, por unanimidade, autorizou uma mulher a retirar o apelido de família recebido de seu genitor, em razão de abandono afetivo e material. Alegou que a manutenção do sobrenome lhe trazia constrangimento e sofrimento, sem prejuízo de afrontar os direitos constitucionais à personalidade e à dignidade.

Consta de aludido acórdão: “O próprio apelado, embora afirme querer bem à filha e desejar a reaproximação, assume que se afastou a partir de 2014 em razão de desavenças profissionais com o núcleo materno da apelante, o que ratifica o delineio fático exposto na causa de pedir”.⁶²²

A prova técnica produzida nos autos demonstrou o quadro de sofrimento e constrangimento da filha ao manter o sobrenome paterno, restando que se trata de exclusão de providência relevante e necessária.

III – Da convivência entre pais e filhos (faculdade ou obrigação)

É comum nos processos judiciais que envolvem pais e filhos indagações no seguinte sentido: “Eu já pago pensão, o que mais ela quer de mim?”. Ou ainda: “Visito meu filho quando eu quiser, afinal é um direito e não uma obrigação”; “Será que o juiz não pode obrigá-lo a visitar o filho? Afinal, ele sente muita a falta do pai”.

O código civil, no artigo 1.589, é claro ao dizer que o genitor que não detém a guarda do menor tem o direito de visitá-lo e tê-lo em sua companhia, seja de forma acordada mutuamente com o outro, seja daquela estipulada pelo magistrado. O texto legal caracteriza a visita como faculdade declinada àquele que não detém a guarda do menor, direito esse que pode ou não ser exercido. Assim, por se tratar de direito (e não de obrigação), alguns pais entendem que com o simples pagamento da pensão alimentícia estão desonerados de participar da criação de seu filho, tampouco do seu desenvolvimento com o passar dos anos.

⁶²² Cf.: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/tj-sp-permite-retirada-sobrenome-paterno-abandono-afetivo>>.

Por outro lado, parte da doutrina defende tratar-se de obrigação do genitor desprovido da guarda a convivência com seu(s) filho(s), por meio do cumprimento das visitas. Nessa linha, entendem tratar-se de direito do menor a manutenção de convivência com aquele que não detém sua guarda (usualmente ocorrida durante as visitas). Tal posição é adotada pela professora Michele Amaral Dill e pela advogada Thanabi Bellenzier Calderan, que, em texto disponibilizado junto ao sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)⁶²³, lecionam : “Conforme mencionado, o direito dos filhos de serem visitados pela mãe ou pelo pai não guardião é direito garantido pela Constituição, tornando um direito/dever dos pais em dar continuidade na convivência com os filhos, sob pena de abandono afetivo/moral. O direito de visitas, decorrente do direito à convivência familiar, alicerçando-se na necessidade de cultivar o afeto na relação paterno-filial, e de manter um convívio familiar real, efetivo e eficaz, mesmo não havendo coabitação, conforme explica diante de uma desunião, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, aproximando, quanto possível, o contato que existiria no seio da família unida”.⁶²⁴

Abrem-se parênteses para sublinhar que o legislador referendou a importância do menor em manter a convivência com toda sua família (independentemente da manutenção do vínculo matrimonial de seus pais), tendo em vista o elencado no parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil. Nesse sentido, frise-se que as visitas devem ter como norte os interesses do menor, podendo, inclusive, serem limitadas ou até interrompidas por determinado período, se nocivas a ele. Ainda nesse sentido, colaciona-se precedente persuasivo proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “De outra banda, observo que foi estabelecida a regulamentação de visitas do pai à filha em domingos alternados, sendo que o direito de visitas deve ser focalizado sempre sob o prisma do melhor interesse e da conveniência da adolescente e não do pai ou do padrasto. Destaco, por oportuno, que, considerada a faixa etária em que se encontra a adolescente, não é razoável impor a visitação paterna, como uma obrigação da adolescente, mas como faculdade, pois constitui uma preciosa oportunidade para pai e filha resgatarem vínculos que devem ser saudáveis, mormente quando o pai ostenta situação pessoal e familiar capaz de proporcionar à jovem condições para o seu desenvolvimento. Com esse enfoque, tenho que é razoável ampliar a visitação, mas não como uma obrigação e sim como uma faculdade, que deverá ser exercida de forma progressiva, até atingir o pernoite. Friso, pois, que a vontade, o interesse e a conveniência da adolescente deverão preponderar também no que concerne à visitação”.⁶²⁵

Fechados os parênteses, entendeu o STJ que o cuidado com a prole não é faculdade, mas sim obrigação, esta que, se descumprida, gera o dever de indenizar.

⁶²³ Cf.: <<http://www.ibdfam.org.br>>.

⁶²⁴ Cf.: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=703>>.

⁶²⁵ Recurso de apelação nº 70.029.150.216 – 7ª câmara cível, relator Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves, j. 26.08.2009.

Exceções foram pontuadas para esclarecer que nem sempre a ausência de cuidado gera, automaticamente, o dever de indenizar (“De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.”).

IV – A ausência paterna e o cumprimento de sentença de obrigação de fazer

Assim, diante deste quadro, pode-se colocar para análise o seguinte retrato fático (diga-se de passagem, corriqueiro nos dias atuais): i) filho(a) menor que está sob a guarda de sua mãe, tendo sido arbitrado judicialmente ao pai o direito de visitá-lo(a) aos finais de semana; ii) pai que se limita ao pagamento de pensão alimentícia prevista em título judicial, não convivendo nem participando da criação do(a) menor (não realiza as visitas previstas no título judicial, tampouco demonstra qualquer interesse em fazê-las).

Analisando a situação apontada no parágrafo anterior, surgem alguns questionamentos: teria o(a) filho(a) a pretensão de exigir judicialmente, por meio do cumprimento de sentença de obrigação de fazer (art. 536 do CPC), que o pai cumpra (mesmo que forçadamente) com citado encargo? No mesmo sentido, não cumprida a obrigação, após a regular intimação advinda do requerimento de cumprimento de sentença, há possibilidade de ser arbitrada multa pecuniária em desfavor do genitor inadimplente (art. 536, § 1º do CPC)?

É entendida aqui a dificuldade de que a ordem judicial, mesmo após o arbitramento da multa, seja cumprida de forma voluntária.

No que toca ao cumprimento de sentença de obrigação de fazer, debate o professor Misael Montenegro Filho: *“Por derradeiro, se o título determinou que o devedor cumpra obrigação de fazer (a de construir uma casa em favor do credor, por exemplo) ou de não fazer (não criar animais em ambiente doméstico, por exemplo), a execução se volta para – como medida ideal – impor ao devedor o cumprimento forçado da obrigação positiva ou negativa. Em determinadas situações, contudo, mostra-se impossível o alcance da finalidade anteriormente desenhada, ou seja, o cumprimento forçado da obrigação da mesma forma que se daria na hipótese de o devedor ter adimplido a obrigação de modo voluntário. Queremos sustentar que nem sempre se mostra possível o alcance do cumprimento da obrigação específica. Em casos tais, embora a obrigação específica não possa ser adimplida, evidente que o credor não poderia ficar por completo desprotegido, o que impõe a adoção de medidas*

*coercitivas e/ou da apuração do valor da obrigação específica, sendo esta convertida em perdas e danos”.*⁶²⁶

Na mesma linha, leciona o professor Humberto Theodoro Jr: *“Há, no caso, razões de ordem prática e ordem jurídica criando obstáculos à execução forçada específica. Subordinado o cumprimento da obrigação a uma atividade ou abstenção do devedor, na ordem prática, fica a prestação na dependência de sua vontade, contra a qual o Estado nem sempre dispõe de meio adequado para exigir o implemento específico. Na ordem jurídica, encontra-se o tradicional repúdio ao emprego da força contra a pessoa para constrangê-la ao cumprimento de qualquer obrigação, retratado no princípio geral de que nemo potest cogi ad factum. Daí o motivo pelo qual o Direito Romano proclamava que o inadimplemento das obrigações de fazer ou não fazer resolver-se-ia sempre em indenização, princípio conservado, em toda pureza, pelo direito medieval e que foi contemplado no Código de Napoleão (art. 1.142). Com o correr dos tempos, todavia, tornou-se forçosa uma distinção, que veio abrandar o rigor da impossibilidade da execução específica dessas obrigações. Estabeleceu-se, então, a diferença entre as obrigações só exequíveis pelo devedor e aquelas cujo resultado também pode ser produzido por terceiros. Criou-se, destarte, o conceito de obrigações de fazer fungíveis e infungíveis, com soluções diversas para cada espécie no processo de execução”.*⁶²⁷

Em se tratando de direito do menor, a manutenção de convivência com seus pais após o fim do vínculo matrimonial (este que se repete, mesmo que o vínculo conjugal nunca tenha existido), que deve ser somada à obrigação declinada aos genitores no atendimento a todas as necessidades de sua prole, quer no aspecto material, quer no aspecto afetivo – obrigação esta que deve levar em consideração, acima de qualquer outro interesse, o da criança –, não houve identificação de qualquer óbice legal para que o menor apresente requerimento de cumprimento de sentença para que o pai cumpra com sua obrigação de convivência, visto que, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, têm os genitores o dever de cuidar (e não de amar) de seus filhos, o que ultrapassa (e muito) o simples pagamento de pensão alimentícia.

Abrem-se parênteses novamente para pontuar que se trata, no caso em debate, de obrigação personalíssima e intransferível se perpetuada a inadimplência, mesmo após a aplicação de sanções pecuniárias, frente à inércia do genitor.

Seguindo, tendo sido apresentado requerimento de cumprimento de sentença para que o pai visite seu filho após regular intimação para que cumpra a obrigação elencada no título judicial, poderá, contudo, ser requerido o arbitramento de multa pecuniária, caso permaneça inerte.

Neste sentido, vale trazer ao debate o ensinamento do Prof. Cássio Scarpinella Bueno: *“Dentre as diversas medidas executivas sugeridas pelo rol do § 1º do art. 536,*

⁶²⁶ In “Curso de Direito Processual Civil”, volume II, editora Atlas, 2008, São Paulo, páginas 377-378.

⁶²⁷ In “Curso de Direito Processual Civil”, volume III, editora Forense, 2016, Rio de Janeiro, páginas 560-561.

*o art. 537 trata mais minudentemente da multa, buscando discipliná-la em atenção à construção doutrinária e jurisprudencial que se formou em torno dos §§ 4º a 6º do art. 461 do CPC de 1973, tomando, a propósito, partido em variadas questões que os mais de vinte anos de convivência com aqueles dispositivos ensejaram. A multa deve ser compreendida como uma das diversas técnicas executivas com viés coercitivo que têm como finalidade convencer o executado de que é melhor acatar a decisão do magistrado, performando (espero que o prezado leitor aprecie o neologismo) como lhe é determinado, seja para fins (preferencialmente) de obtenção da tutela específica ou, quando menos, para obtenção do resultado prático equivalente. Sua imposição independe de pedido e sua pertinência pode se justificar desde a etapa de conhecimento do processo, em tutela provisória ou na sentença ou, ainda, na etapa de cumprimento. O que importa, sempre de acordo com o caput do art. 537, é que ela seja suficiente e compatível – o equilíbrio que deve presidir o exercício da função jurisdicional – com a obrigação de que o executado tenha prazo razoável para cumprir o que lhe é ordenado”.*⁶²⁸

Contudo, mantida a inércia do pai no cumprimento de sua obrigação de visitar (conviver e cuidar), é possível inferir que, calcado no precedente persuasivo proferido pelo STJ, poderá também o julgador (se não existir motivo plausível para o não cumprimento da obrigação) converter a obrigação de visitar (conviver) em perdas e danos.

Sob outro prisma, é comum aquele que não detém a guarda do menor, ao encontrar resistência para exercer o direito de visitas, apresentar requerimento de cumprimento de sentença, com a finalidade de poder conviver e participar do crescimento e da educação de seu filho (caso semelhante tramitou junto à 3ª vara da família e sucessões do foro regional do Jabaquara, Comarca da Capital do Estado de São Paulo, sob o número 0015627-89.2010.8.26.0100). O contrário, como acima exposto, salvo melhor juízo, não é rotina nos fóruns, visto tratar-se (de acordo com grande parte da doutrina) de um direito e não de uma obrigação – ao contrário do entendimento adotado pela instância extraordinária em ventilado precedente, repita-se, que entendeu ser obrigação o cuidado com a prole.

V – A sentença de mérito tem a capacidade de resolver, de forma efetiva, o conflito?

A questão jurídica trazida ao debate até o momento foi analisada sob a ótica processual, que oferta a solução de obrigar o pai ausente a conviver com sua prole, sob pena, inclusive, de aplicação de multa pecuniária, senão ainda de responsabilização indenizatória, frente aos danos advindos de sua ausência.

Contudo, é possível formular um outro questionamento, sublinhe-se, de muito maior relevo e importância, qual seja: será que o pai que no dia de visitar seu(s) filho(s)

⁶²⁸ In “Manual de Direito Processual Civil”, volume único, editora Saraiva, 2015, São Paulo, página 746.

o retira da casa materna, por força de decisão judicial, estará realmente cuidando dele(s) de forma adequada? Ou: será que o(s) filho(s) se sentirá(ão) acolhido(s), amado(s) e atendido(s) por seu genitor?

Nitidamente tem-se uma situação em que a solução processual, de longe, é incapaz de atender à pretensão, no caso, dos menores – que, repita-se, devem ter seus interesses atendidos, como já apontado acima pela lição do Prof. Humberto Theodoro Jr (“[...] o Estado nem sempre dispõe de meio adequado para exigir o implemento específico”).

A comunidade jurídica vem, há tempos, debatendo o sistema multiportas de acesso ao judiciário, sendo que o código de processo civil, seguindo essa tendência, deu grande ênfase à autocomposição (conciliação/mediação obrigatória), logo no início da marcha processual (art. 303 do CPC), incentivando o acordo, nos termos do apontado por Marcus Vinícius Ribeiro Gonçalves: *“A solução consensual dos conflitos deve ser, sempre que possível, promovida pelo Estado, devendo a conciliação, a mediação e outras formas de solução consensual ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público”*.⁶²⁹

Nessa linha, o poder judiciário vem introduzindo determinadas ferramentas, no sentido de garantir às partes a efetiva resolução do problema que dá origem à demanda, além da tutela jurisdicional. É inegável que, junto ao procedimento judicial, o que vem à tona são as consequências (sintomas) do real problema que dá causa ao reclamo das partes. Exemplo: desde 2013, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disponibiliza aos jurisdicionados a “Oficina de Pais e Filhos”⁶³⁰ que, conforme notícia vinculada junto ao sítio eletrônico de aludida Corte de Justiça, prevê: *“A Oficina de Pais e Filhos é oferecida às famílias que passam por uma desorganização familiar, como divórcio, por exemplo. É realizada uma única sessão de quatro horas, em que a família é atendida no Centro de Soluções de Conflitos (Cejus) de São Vicente, sob coordenação da juíza Vanessa Aufiero. A sessão é realizada por uma equipe de voluntários – psicólogos, assistentes sociais e uma estagiária do curso de Direito, que trabalham com a emoção das pessoas com o objetivo de se convencer os pais a resolverem seus conflitos, sem tornar seus filhos reféns das desavenças. A intenção é propagar a prática para outras comarcas e, inclusive por meio do CNJ, incentivar outros Estados também a promover a Oficina. Para tanto, a fim de facilitar a implementação do programa, a Coordenadoria da Família oferece material de apoio, com cartilha para os pais, para os filhos, para o instrutor, além de vídeos e slides que devem ser utilizados durante as sessões. ‘Temos que nos unir para melhorar a vida dessas pessoas’, ressaltou a juíza. Foi exposto também um pouco do funcionamento da Oficina com a abordagem de temas que estiveram em pauta, como, por exemplo, tipos de parentalidade – a paralela (com alto teor de conflito) e a cooperativa (com nível de*

⁶²⁹ In “Direito processual civil esquematizado”, 6ª edição, editora Saraiva, 2016, São Paulo, página 118.

⁶³⁰ Cf.: <<https://www.tjsp.jus.br/ejus/Noticias/Visualizar/17723>>.

conflito reduzido); técnicas de comunicação não violentas e alienação parental, entre outros assuntos”.

Resta nítido que o Poder Judiciário, por meio da tutela jurisdicional, não tem e não terá capacidade de resolver, na essência, tanto o caso em debate como outros advindos de relações familiares (vale lembrar a indagação certa vez feita por determinada cliente, no curso de uma reunião: “*Doutor, o juiz não pode decidir no sentido de tornar um pai ruim em um pai bom?*”), devendo, como na utilização da “Oficina de Pais e Filhos”, ter uma visão menos formal e mais humanizada, disponibilizando ferramentas para que as partes possam entender as reais razões do problema, enfrentá-las e resolvê-lo de forma efetiva e em definitivo, pondo fim à litigiosidade (às vezes, perpetuada no curso do tempo, em razões de infundáveis ações revisionais).

Vários são, portanto, os meios alternativos disponibilizados ao cidadão para que resolva o conflito que dá causa a uma demanda judicial (sistema multiportas).

Neste momento, será então trazido ao debate o “direito sistêmico”. Tal expressão foi “criada” por um membro da magistratura do Estado da Bahia, que ao conhecer e estudar uma prática terapêutica denominada “constelação familiar”⁶³¹ identificou sua utilidade como forma de resolver, de forma efetiva e profunda, os reais problemas que dão causa a demandas judiciais, em especial no direito de família.

Acerca do tema, vale colacionar texto da lavra do juiz Sami Storch⁶³² (idealizador da expressão “direito sistêmico”): “*A expressão ‘direito sistêmico’, no contexto aqui abordado, surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. Venho me dedicando ao estudo desse assunto desde o ano de 2004, quando tive meu primeiro contato com a terapia das constelações familiares e percebi que, além de ser uma terapia altamente eficaz na solução de questões pessoais, o conhecimento dessa ciência tem um potencial imenso para utilização na área jurídica, na qual tenho formação acadêmica e profissional (...). O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará*

⁶³¹ “A constelação familiar é uma prática considerada terapêutica que busca resolver conflitos familiares que atravessam gerações. Num primeiro olhar, a técnica tem conteúdos parecidos aos do psicodrama, por conta da dramatização de situações, e da psicoterapia breve, pela ação rápida. A dinâmica pode ser feita em grupo ou individualmente. Durante a sessão são recriadas cenas que envolvam os sentimentos e sensações que o constelado sente sobre sua família. Nas sessões em grupo, são os voluntários e participantes que vivem essas cenas. Já nas sessões individuais podem ser usadas esculturas de bonecos ou quaisquer outros recursos disponíveis – setas, pedras, adesivos, âncoras de solo – para representar os diferentes papéis do sistema. Trata-se de uma técnica subjetiva, e por essa razão muitos especialistas consideram equivocado chamá-la de terapia. Ela foi criada pelo psicólogo, teólogo, filósofo e pesquisador alemão Bert Hellinger (1925-2019), que leva em consideração conceitos energéticos e fenomenológicos”. (Cf.: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/18/constelacoes-familiares-saiba-tudo-sobre-essa-tecnica.htm?cmpid=copiaecola>>).

⁶³² Cf.: <<https://direitosistemico.wordpress.com/>>.

*abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso. Exemplifico: uma pessoa atormentada por motivos de origem familiar pode desenvolver uma psicose, tornar-se violenta e agredir outras pessoas. Quem tem a ver com isso? Todos. Toda a sociedade. Adianta simplesmente encarcerar esse indivíduo problemático, ou mesmo matá-lo (como defendem alguns)? Não. Se ele tiver filhos que, com as mesmas raízes familiares, apresentem os mesmos transtornos, o problema social persistirá. A solução sistêmica, nesse caso, deve ter em vista a origem familiar do indivíduo. Não haverá real solução de outra forma”.*⁶³³

Em seu texto, o juiz vinculado ao TJ/BA debate a utilização dessa técnica, em demanda envolvendo o divórcio de um casal: *“Numa ação de divórcio, a solução jurídica relativa aos filhos menores pode ser simplesmente definir qual dos pais ficará com a guarda, como será o regime de visitas e qual será o valor da pensão. É o que usualmente se faz. Mas de nada adiantará uma decisão judicial imposta se os pais continuarem se atacando. Independentemente do valor da pensão ou de quem será o guardião, os filhos crescerão como se eles mesmos fossem os alvos dos ataques de ambos os pais. Uma ofensa do pai contra a mãe, ou da mãe contra o pai, são sentidas pelos filhos como se estes fossem as vítimas dos ataques, mesmo que não se deem conta disso. Sim, porque sistemicamente os filhos são profundamente vinculados a ambos os pais biológicos. São constituídos por eles, por meio deles receberam a vida. O filho não existe sem o pai ou sem a mãe e, seja qual for o destino que os filhos construírem para si, será uma sequência da história dos pais”.*

Ainda, acerca da utilidade da técnica, como forma de proporcionar uma resolução mais efetiva do conflito que dá causa à demanda judicial, é importante trazer ao debate os ensinamentos de Adhara Campos Vieira (2017): *“O Tribunal de Justiça do DF divulgou os resultados da aplicação da constelação na Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante, referente ao primeiro semestre de 2016. Na ocasião, utilizamos a técnica em 48 processos, a fim de fomentar a resolução de conflitos. Desses processos, 19 firmaram acordo sem a necessidade de continuação do processo, o que representa 43%. As ações eram sobre guarda de família, divórcio litigioso, inventário e alimentos”.*

E segue: *“Nesta mesma unidade completamos 98 processos atendidos (somando o primeiro e o segundo semestre de 2016 e o primeiro semestre de 2017 – incluindo a sessão de julho). De acordo com o controle estatístico das constelações, cedido pela Dra. Magáli Dellape, juíza da Vara Cível, da Família, de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante/DF, obteve-se a média de 71% de adesão, 65% de acordos, se uma das*

⁶³³ In “A constelação sistêmica no judiciário”, editora D’Plácido, 2017, Belo Horizonte, página 216.

*partes comparece, sendo que nos outros casos, em que ambas as partes estavam presentes na vivência, essa média chega a 79%”.*⁶³⁴

Por outro lado, é inegável que a estrutura do poder judiciário brasileiro, que é disponibilizada à população, nem tem capacidade de atender ao preceito processual constitucional da razoável duração do processo, sendo que o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, apontou que tramitaram perante a justiça brasileira cerca de 80 milhões de procedimentos judiciais⁶³⁵, e, nesse sentido, os meios alternativos para solução de conflitos vêm sendo, como já antecipado, muito incentivados e utilizados pela comunidade jurídica.

O juiz Sami Storch, em texto publicado junto ao sítio eletrônico “Consultor Jurídico” (<www.conjur.com.br>), debate a utilização do direito sistêmico como meio alternativo para a solução de conflitos: *“Há 12 anos utilizo técnicas de constelações familiares sistêmicas, obtendo bons resultados na facilitação das conciliações e na busca de soluções que tragam paz aos envolvidos nos conflitos submetidos à Justiça, em processos da Vara de Família e Sucessões, e também no tratamento de questões relativas à infância e juventude e à área criminal, mesmo em casos considerados bastante difíceis. (...) Por meio de questionários respondidos após a audiência de conciliação por pessoas que participaram das vivências de constelações, obtivemos as seguintes respostas:*

- 59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita;

- 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito;

- 77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto a guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito;

- 71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%;

- 94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora;

⁶³⁴ In “A constelação sistêmica no judiciário”, editora D’Plácido, 2017, Belo Horizonte, página 218-219.

⁶³⁵ Cf.: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/#:~:text=Dados%20do%20Relat%C3%B3rio%20Justi%C3%A7a%20em,est%C3%A3o%20concluidos%20no%20primeiro%20grau>>.

- 76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos;

- 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

Dessa forma, as pesquisas preliminares indicam que a prática contribui não apenas para o aperfeiçoamento da Justiça, mas também para a qualidade dos relacionamentos nas famílias – que, sabendo lidar melhor com os conflitos, podem viver em paz e assim proporcionar um ambiente familiar melhor para o crescimento e desenvolvimento dos filhos, com respeito e consideração à importância de cada um. Consequência natural disso é a melhora nos relacionamentos em geral e a redução dos conflitos na comunidade”.⁶³⁶

⁶³⁶ <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistematico-euma-luz-solucao-conflitos>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A experiência forense tem demonstrado que, em muitas situações, a sentença de mérito resolve o procedimento judicial (pondo fim a ele), mas deixa o conflito, muitas vezes, mais exacerbado, vindo a dar causa a novas demandas judiciais no curso do tempo (divórcio, revisão de alimentos, execução de alimentos, alteração de guarda, do regime de visitas etc.). Em resumo, a tutela jurisdicional, em alguns casos, por si só é incapaz de resolver, de forma efetiva, o conflito em sua essência.

Resta nítido que a sentença de mérito não tem e não terá capacidade de responder, de forma satisfatória, à indagação feita por aludida cliente e que acima fora transcrita (*“Doutor, o juiz não pode decidir no sentido de tornar um pai ruim em um pai bom?”*), tampouco dos reclamos relatos no início destes rabiscos, sendo que casos envolvendo o abandono afetivo, sem prejuízo de outros, ao certo irão permanecer, mesmo após a decisão final do processo, sem a devida resolução (há aqui a crença de que a dor que leva um(a) filho(a) a pretender indenização em face de seu genitor não é interrompida com o recebimento de dinheiro).

Por outro lado, tratando o conflito em sua raiz, por meio de técnicas mais humanizadas, é possível enfrentar o problema em sua essência, propiciando uma chance maior de que a dor interna que leva um filho a pretender indenização em face de seu genitor ou, ainda, que intenta excluir de seu nome o apelido de família recebido de seu pai, sob o argumento de que sente vergonha de tal situação, seja amenizada ou até interrompida.

Longe de defender que o direito sistêmico ou outra forma alternativa para a solução de conflitos será capaz de resolver todas as demandas judiciais ou reduzir o enorme volume de processos em tramitação. Todavia, terá sim, em determinadas hipóteses, a capacidade de solucionar alguns conflitos, resolvendo-os em caráter definitivo, pondo fim à perpetuação da litigiosidade (trata-se de mais uma ferramenta que poderá ser disponibilizada às partes).

Em resumo, é possível defender que o direito sistêmico se trata de mais uma ferramenta que pode ser utilizada, ainda mais em situações em que a sentença de mérito, por melhor que seja, coloque fim ao procedimento judicial (e não ao conflito existente entre as partes).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil** (volume único). São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Ribeiro. **Direito processual civil esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil** (volume II). São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** (volume III). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO CIVIL

Fernando da Fonseca Gajardoni⁶³⁷

1. Introdução

O publicismo processual e, por conseguinte, o ideário de cogência das normas processuais e procedimentais, fizeram com que a doutrina não se interessasse muito pelo estudo dos negócios jurídicos processuais no regime processual revogado⁶³⁸. Alguns autores, inclusive, negaram a existência de contratos em matéria processual, sob o fundamento de que a vontade dos sujeitos processuais não determina os efeitos dos atos processuais que praticam, não havendo, por isso, discricionariedade para que elas possam convencionar a respeito⁶³⁹. Mesmo os que aceitavam a existência de convenções processuais aduziam que não se poderia emprestar à vontade da parte no processo civil a mesma importância que tem no direito privado, eis que no processo “há sempre um elemento especial a considerar, e é a presença do órgão do Estado sobre a atividade do qual, se bem que estranho ao negócio, pode ele exercer influência mais ou menos direta”⁶⁴⁰.

O CPC/1973, contudo, não desconsiderava a vontade das partes no processo. Tomando como referência a norma processual que se almejava relativizar (e não a natureza do direito material em conflito), até havia alguns temas – todos relativos a normas processuais não cogentes – em que o CPC/1973 admitia a celebração de negócios jurídicos bilaterais típicos pelas partes. A eleição de foro (art. 111 do CPC/1973), a suspensão voluntária do processo (art. 265, II, CPC/1973), a convenção sobre ônus da prova (art. 333, parágrafo único, CPC/1973), o adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I, CPC/1973) e a convenção de arbitragem (art. 267, VII, CPC/1973 e art. 3.º da Lei n.º 9.307/1996), entre outros, são exemplos sempre lembrados. Ampliado o espectro de abrangência do negócio jurídico processual para abarcar, também, os atos unilaterais (negócios jurídicos unilaterais), o CPC/1973 também considerava relevante a vontade para admitir a desistência do processo (art.

⁶³⁷ Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (USP/FDRP). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (USP-FD). Juiz de Direito no Estado de São Paulo (TJSP), atualmente convocado como Juiz Auxiliar do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

fernando.gajardoni@usp.br

⁶³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes em matéria processual. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 87/98.

⁶³⁹ ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 253 e ss.

⁶⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998c v 3, p. 25-26.

267, VIII), o reconhecimento jurídico do pedido (art. 269, II), a renúncia ao recurso (art. 502), a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V), a escolha do juízo da execução (art. 475-P) etc.

Entretanto, de modo atípico (genérico) – isto é, sem que houvesse previsão legal expressa reconhecendo os efeitos da específica manifestação de vontade ou da inércia das partes –, a vontade dos litigantes era irrelevante para a definição do modo de ser do processo civil no regime revogado.

Poucos no Brasil foram aqueles que, antes de qualquer cogitação a respeito de um Novo CPC, se arriscaram a sustentar, de *lege ferenda*, a necessidade e a possibilidade de a vontade das partes, por meio de negócios bilaterais atípicos (convenções processuais), influir no curso do processo e do procedimento: “*se por um lado, como regra, as normas processuais no todo (incluídas as procedimentais) são de ordem pública e, como tal, de observância obrigatória por todos os atores processuais – com o que não discordamos em princípio – por outro, inúmeras situações ligadas ao direito material, à realidade das partes, ou simplesmente à inexistência de prejuízo, devem permitir a eleição do procedimento, inclusive pelas próprias partes (...) Seria interessante, de lege ferenda, ampliar a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual quanto ao prazo processual. Se aos litigantes interessa, precipuamente, a resolução do conflito, parece-me que devem ter eles autonomia, também, para consensualmente estabelecer o curso do procedimento ou de parcela dele, nos moldes do que já ocorre em sede arbitral*”⁶⁴¹.

O CPC/2015, de modo bastante inovador e sem equivalente exato em direito comparado, rompe a dogmática até então reinol, e, mediante uma cláusula geral de negócio jurídico processual, passa a admitir que a vontade das partes, por meio de negócios jurídicos processuais bilaterais atípicos (não disciplinados casuisticamente em

⁶⁴¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 215 e ss.

lei), tenha impacto no procedimento e na relação jurídica processual estabelecida em lei. O art. 190 dispõe que, “*versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”.

O impacto no publicismo processual é evidente, uma vez que, em substituição à lei, as partes passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo civil. Se não é posto literalmente em xeque o ideário de um processo civil público e com regras cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, ao menos se mitiga o rigor do publicismo processual (ou do hiper-publicismo)⁶⁴², inaugurando-se no direito processual brasileiro uma fase de neoliberalismo processual, que, embora incapaz de tornar o processo “*coisa das partes*”, como no período da *litiscontestatio romana (ordo judiciorum privatorum)*⁶⁴³, abala a estrutura de um sem-número de institutos processuais, doravante com regramento manipulável pelos litigantes.

Mantém-se, de todo modo, a disciplina dos negócios jurídicos processuais típicos (tal como no CPC/1973), isto é, previstos expressa e particularmente em lei. Continuam a existir os negócios processuais bilaterais típicos, tais como foro de eleição (art. 63), suspensão do processo por vontade das partes (art. 313, II), convenção sobre ônus da prova (373, § 3.º), convenção de arbitragem (art. 485, VII) etc. Continua relevante a manifestação de vontade (ou a inércia da parte) no tocante aos negócios jurídicos processuais unilaterais e plurilaterais típicos, como na sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 109), na desistência do recurso (art. 998), no reconhecimento jurídico do pedido (art. 487, III, “a”), na renúncia ao recurso (art. 999) ou ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 487, III, “c”) etc. E introduziram-se, ainda, mais alguns negócios processuais típicos não previstos no CPC/1973, entre os quais se destacam a convenção de escolha do perito (art. 471) e a calendarização (art. 191).

Têm-se no CPC/2015, portanto, dois modelos de negócios jurídicos processuais: a) os atípicos ou inominados, previstos no art. 190 do CPC (sempre bilaterais); e b) os típicos ou nominados, encontrados em dispositivos esparsos e específicos do CPC (estes bilaterais, unilaterais ou plurilaterais).

⁶⁴² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da USP, 2015, p. 101 e ss.

⁶⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 98.

2. Condições de validade dos negócios jurídicos processuais bilaterais e atípicos

Os negócios jurídicos processuais bilaterais, como espécie de negócios jurídicos, submetem-se, com as devidas adaptações, ao regime jurídico destes (arts. 104 e seguintes do CC). Logo, para a validade das convenções sobre processo celebradas antes ou non curso dele (que nada mais são dos negócios jurídicos aplicados ao direito processual), é necessário que: a) as partes sejam capazes; b) o objeto seja lícito; c) a forma seja a prescrita ou não defesa em lei; e d) que seja respeitada a autonomia da vontade das partes celebrantes, tal como em qualquer negócio jurídico.

Além deste primeiro grupo de condições (condições gerais), há, ainda, as condições específicas de validade dos negócios jurídicos processuais: a) partes plenamente capazes; e b) direito autocomponível; condições derivadas da própria disciplina do tema no CPC (art. 190, *caput*).

São dois, portanto, os grupos de condições de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos: condições gerais (no total de 04) e condições específicas (no total de 02).

A definição destas 06 (seis) condicionantes é fundamental para a própria compreensão dos negócios jurídicos processuais, em especial em tema de execução civil. Não se nega que há controvérsias a respeito na doutrina brasileira, ou mesmo que a extensão que se dá a tais condicionantes é determinante para se admitir ou não determinados negócios jurídicos processuais atípicos. Porém, é uniforme o entendimento de que referidas condicionantes se aplicam a todo e qualquer negócio pré-processual ou processual atípico, sejam eles celebrados no processo de conhecimento, nos processos de urgência (antecedentes) ou na execução civil.

2.1. Capacidade do agente e o limitador semântico “seus” do art. 190, caput, do CPC

A capacidade das partes é a genérica, para a prática de atos jurídicos em geral (art. 2.º do CC), isto é, negócios processuais devem ser celebrados por seres humanos (art. 104, I, e 166 do CC).

Na verdade, quando se estabelece, como condição geral dos negócios jurídicos processuais, a capacidade do agente, deve se focalizar o fato de que, como regra, só é agente capaz aquele que tenha a capacidade de disposição de seu próprio direito. Não é

capaz de convencionar direitos, ônus, obrigações, faculdades etc., aquele que não seja seu titular.

Por vedação legal específica (art. 190, *caput*, CPC) – e não do regime dos negócios jurídicos em geral –, entendemos não ser possível às partes incapazes (arts. 3.º e 4.º do CC), mesmo que assistidas ou representadas, celebrarem negócio processual. O interesse público recomendou, tanto quanto recomenda no art. 1.º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que a situação jurídica do incapaz, inclusive processual, seja preservada conforme as regras legais, limitando-se, por conseguinte, a autonomia de sua vontade (na verdade exercitável pelo seu representante/assistente). Tanto que a lei condiciona a celebração de convenção por partes plenamente capazes, isto é, que não estejam a depender de interposta pessoa para o exercício de seus direitos processuais (capacidade *ad processum*). A plenitude da capacidade das partes para celebrar a convenção, portanto, não é uma condição genérica de validade do negócio; é uma condição específica (vide item 2.6 infra).

A afirmação não é meramente acadêmica e tem enormes efeitos práticos, pois que sendo o processo (e suas normas) uma relação jurídica de direito público, há situações jurídicas que são apenas das partes, e outras que são titularizadas pelo Estado e por terceiros. Este segundo grupo não pode ser objeto de convenção pelas partes, exatamente por falta de poder de disposição das partes sobre posições jurídicas alheias (incapacidade do agente).

Tanto que consta expressamente do art. 190 do CPC um limitador semântico bastante claro (e ignorado por parcela hiperprivatista da doutrina): “*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*”.

Este “seus” constante do art. 190, *caput*, do CPC, reafirma a incapacidade de as partes celebrarem convenções que: a) afetem situações jurídicas de terceiros (v.g., vedando que terceiros possam requerer o ingresso no processo na condição de

assistentes, na forma do art. 119 do CPC; retirando dos advogados da ação a titularidade sobre os honorários de sucumbência arbitrados pelo juiz, em desconformidade com o art. 85, § 14, do CPC; etc); ou b) subtraíam deveres, poderes e obrigações cogentes do Estado-juiz (como o de sancionar a litigância ímproba na forma dos artigos 77, 80 e 81 do CPC, ou determinar oficiosamente a produção de provas, na forma do art. 370 do CPC).

Conforme veremos adiante, será exatamente pela incapacidade de disposição de direitos alheios que não será possível – ao menos sem a participação de toda a família na pactuação –, convenção processual atípica para admissão da penhora do bem de família (art. 1º da Lei 8.009/90) fora das hipóteses previstas no art. 3º da Lei 8.009/90.

2.2. Objeto lícito

Não é válido negócio jurídico processual bilateral atípico com objeto ilícito (arts. 104, II, e 166, CC) como os que, exemplificativamente, se prestem a afastar a incidência das garantias do devido processo constitucional (legal).

“Situadas no âmbito constitucional, as garantias constitucionais do processo se mostram como fundamento de validade das normas do Código de Processo Civil que, por sua vez, dão fundamento de validade para eventuais ‘contratos processuais’. Nesse sentido, não seria possível conceber que estes ‘contratos processuais’, no mais baixo nível de escalonamento, teriam autorização para ignorar as diretrizes gerais previstas na Constituição (de natureza imperativa) quanto à forma de desenvolvimento e os resultados do processo (devido processo legal)”⁶⁴⁴.

⁶⁴⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire et al. *Novas tendências do processo civil* – estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2014, v. 3, p. 339-362.

Assim, convenções tendentes a (i) dispensar o dever de motivação das decisões judiciais; (ii) a suprimir o contraditório ou o direito de defesa; (iii) a impor o segredo de justiça no trâmite do processo; (iv) a admitir a validade de prova ilícita; ou (v) disciplinar, de modo diverso da CF, regras de competência por prerrogativa de função e/ou viabilizadoras do juiz natural (v.g., escolhendo previamente a instância onde teria início a causa); têm objeto ilícito e, como tal, são nulas de pleno direito.

Aplica-se, aqui, a limitação constante tanto da lei civil (art. 2.035, parágrafo único, CC) quanto da Lei de Arbitragem (arts. 2.º, § 1.º, e 21, § 2.º, da Lei n.º 9.307/1996), no sentido de que são nulas as convenções cujo teor viole as garantias constitucionais do processo, os costumes e a ordem pública.

Neste sentido, a Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM) editou importante enunciado de n.º 37, nas suas Jornadas sobre o CPC/2015: “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”.

2.3. Forma prescrita ou não defesa em lei

No tocante à forma da convenção, que deve ser a prescrita ou não vedada em lei (arts. 104, III, e 166, do CC), não se observa disposição legal a estabelecê-la. Certamente se cogitará que há liberdade na forma da convenção, que pode ser celebrada, inclusive, de modo oral.

Contudo, a falta de parâmetros seguros para o desenvolvimento do processo em juízo é fator absolutamente indesejável, dando ensejo a conflito paralelo e preliminar sobre quais serão as regras processuais avançadas a permitir a solução do conflito de fundo.

Quer parecer, assim, que o parâmetro mínimo da convenção processual é que ela seja escrita (ainda que apresentada oralmente nos autos do processo e reduzida a termo), aplicando-se integrativamente o disposto nos arts. 63, § 1.º, do CPC e 4.º, § 1.º, da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996).

Valores como previsibilidade e segurança jurídica, inclusive por serem decorrentes da cláusula do devido processo legal, devem prevalecer sobre tese em sentido contrário pela admissão de convenções orais (especialmente pré-processuais).

A interpretação aqui defendida também foi objeto de enunciado interpretativo da ENFAM, de número 39: “*Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1.º, do CPC)*”.

2.4. Preservação da (autonomia) da vontade dos contratantes

Além da licitude dos elementos gerais do negócio jurídico (agente, objeto e forma), é necessário, ainda, que se preserve a autonomia da manifestação de vontade das partes, invalidando as convenções celebradas com vícios de vontade ou sociais, na forma dos arts. 138, 165 e 171 do CC.

Prova disso é que o art. 190, parágrafo único, do CPC, admite o controle pelo juiz da validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Nestas duas últimas situações (inserção abusiva em contrato de adesão e parte em situação de vulnerabilidade), está-se a tutelar, exatamente, a livre manifestação de vontade, sem a qual a convenção não pode ter efeitos.

Diversamente do regime legal dos negócios jurídicos em geral, observado o vício na emissão de vontade por conta da inserção abusiva da convenção em contrato de adesão ou da vulnerabilidade do celebrante, o juiz pode pronunciar de ofício a nulidade da convenção processual, conforme, aliás, é expresso no art. 190, parágrafo único, do CPC. Os reflexos do publicismo processual sobre a temática impõe tal solução. Trata-se, portanto, de caso de nulidade do negócio, e não de anulabilidade como diz a lei civil (art. 171, II, do CC).

2.5. Direitos que admitam autocomposição

As convenções processuais, embora de amplitude mais restrita (não retiram o julgamento do Estado-juiz), são firmadas à luz de princípios comuns à arbitragem (com as partes definindo o modo de ser do processo). Por isso, de modo semelhante ao já previsto no art. 1.º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), o art. 190 do CPC estabelece duas condições específicas de validade das convenções processuais: o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição e as partes devem ser capazes.

Para que seja possível a convenção processual, o objeto do processo – isto é, o direito material a ser debatido ou em debate – deve ser, em princípio, autocomponível (renunciável, reconhecível, transacionável). Todavia, a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual, devendo ser investigado se há autorização legal para convenções materiais e processuais.

A redação do dispositivo é distinta da do art. 1.º da Lei 9.307/1996, ampliando o âmbito de incidência do negócio jurídico processual. Pois, embora, ordinariamente, direitos autocomponíveis sejam mesmo os patrimoniais disponíveis (como aponta a Lei de Arbitragem), há direitos indisponíveis autocomponíveis, cujas regras processuais/procedimentais podem ser passíveis de convenção.

É o caso dos direitos difusos/coletivos, que, apesar de objeto indisponível (o interesse público ou coletivo), admitem a autocomposição por meio da celebração de TAC. Ou os direitos trabalhistas, que apesar tidos por indisponíveis, admitem a celebração de convenção de arbitragem (art. 507-A da CLT, com redação pela Lei n.º 13.467/2018) e autocomposição.

A indisponibilidade do direito material, assim, não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual, sendo mister investigar a possibilidade de autocomposição. Sendo o direito autocomponível (ainda que indisponível), possível a celebração de convenção processual, inclusive pelo Estado ou em relações de consumo (arts. 4.º e 6.º, VI, do CDC).

No tocante às pessoas jurídicas de direito público, conforme pontuamos outrora⁶⁴⁵, parece que o fato determinante para que possam celebrar convenções processuais, inclusive em tema de execução civil ou fiscal⁶⁴⁶ (ANDRADE, 2020, p. 579), é a existência de autorização legislativa para autocomposição (específica ou genérica). Havendo disposição legal que permita

⁶⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2019, p. 644/645.

⁶⁴⁶ ANDRADE, Juliana Melazzi. Negócios jurídicos processuais na execução fiscal. In: *Negócios processuais* - tomo 2 (coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira). Salvador: Juspodvm, p. 579.

a celebração de acordo pelo ente federado (cada qual conforme sua disciplina normativa própria), automaticamente está também autorizada, nos limites das atribuições de cada autoridade pública que atua no caso, a celebração de convenções processuais.

2.6. Partes plenamente capazes

Só podem celebrar convenções processuais partes plenamente capazes, vistas estas como aquelas com capacidade de contratar (art. 851 do CC). A disciplina legal da capacidade de contratação acaba sendo dada pelos arts. 2.º a 5.º do CC, sendo lícito afirmar que tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem celebrar convenções processuais.

Conforme já afirmado anteriormente (item 2.1 supra), por vedação legal específica (art. 190, *caput*, CPC) – e não do regime geral dos negócios jurídicos em geral –, não será possível às partes incapazes (arts. 3.º e 4.º do CC), mesmo que assistidas ou representadas, celebrarem negócio processual.

Embora se reconheça que a questão é bastante controvertida na doutrina⁶⁴⁷, o interesse público recomendou, tanto quanto no art. 1.º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que a situação jurídica do incapaz, inclusive processual, seja preservada conforme as regras legais (e não convencionais), limitando-se, por conseguinte, a autonomia de sua vontade (na verdade exercitável pelo seu representante/assistente).

Tanto que a lei condiciona a celebração de convenção por partes plenamente capazes, isto é, que não estejam a depender de interposta pessoa para o exercício de seus direitos processuais (*capacidade ad processum*). Certa ou errada, essa foi uma opção política do legislador, bem notada pelo Enunciado n.º 38 da ENFAM (“Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica”).

Qualquer intenção de admitir que incapazes possam celebrar, por assistentes ou representantes, negócios jurídicos processuais (ainda que vantajosos a eles), implica, em nosso sentir, condenável prática de ver a lei como ela deveria ser, e não como ela é. A adoção da expressão “plenamente capazes” no art. 190 do CPC deve ter algum significado e, como não há palavras inúteis na lei, a única leitura possível da disposição

⁶⁴⁷ Admitindo a validade de convenções processuais por incapazes devidamente representados/assistidos, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 236.

que encontramos é a no sentido de não ser admitida convenção processual por quem não tenha plena capacidade de disposição de seus direitos.

O argumento de que a palavra “plenamente” reforçaria a necessidade de preservação da autonomia da vontade dos convencionantes é frágil, pois tal valor já está devidamente protegido pelo art. 190, parágrafo único, do CPC, ao permitir que o juiz, com base no regime geral dos negócios jurídicos, deixe de aplicar a convenção nos casos de nulidade/anulabilidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou de a parte contratante ser manifestamente vulnerável (algo bastante para a tutela da liberdade de contratar).

Evidentemente, celebrada convenção processual por incapaz representado/assistido – ao menos a pré-processual (v.g., regra estabelecendo que o incapaz ficará isento do reembolso das custas ao adversário em caso de sucumbimento) – poderá a nulidade da convenção deixar de ser declarada pelo juiz, por conta da inexistência de prejuízo (arts. 276 e ss. do CPC)⁶⁴⁸. Mas aí o critério adotado para reconhecer os efeitos da convenção não é propriamente o da sua adequação à norma (a convenção continua sendo viciada), mas sim o da inexistência de prejuízo.

Não se tratando de incapazes, inexistente impedimento para que os representantes das pessoas dotadas de personalidade judiciária (condomínio, massa falida, espólio etc.), desde que com autorização assemblear ou judicial, celebrem negócios jurídicos processuais. Este, inclusive, é o teor do enunciado 114 das Jornadas de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal: “*Os entes despersonalizados podem celebrar negócios jurídicos processuais*”.

3. Convenções processuais atípicas na execução civil

Os principais exemplos de convenções processuais atípicas (art. 190 do CPC) advêm de negócios celebrados para operar efeitos no processo de conhecimento. Fala-se na admissão de convenções para ampliar prazos de contestação e recursos; para vedar

⁶⁴⁸ Em sentido parcialmente semelhante, ver ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 19ª ed. São Paulo; RT, 2020, p. 625.

denúnciação à lide; para renunciar antecipadamente ao recurso de apelação contra a sentença; para partilhar as eventuais verbas de sucumbência; entre tantos outros.

Há, entretanto, um campo enorme para a celebração de convenções em tema de execução civil (cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial). Ainda que se reconheça no exercício da jurisdição executiva enorme preponderância da natureza pública/estatal do processo – até porque são praticados atos coativos e de invasão patrimonial pelo Estado/Juiz, ordinariamente vedados ao particular –, absolutamente nada impede que as partes, observadas as 06 (seis) condições retro expostas e o monopólio do uso da força pelo Estado, moldem também o processo e o procedimento executivos às suas vontades ou às especificidades da causa.

Até porque, convenha-se, também a execução se rege pelo princípio da disponibilidade. O art. 775 do CPC estabelece que o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva. Se pode, no curso da execução ou do cumprimento de sentença, renunciar/desistir de determinadas faculdades ou direitos que lhe são assegurados em lei, também pode fazê-lo por convenção processual (antes ou no curso da execução), não só para conformar a tutela estatal executiva à vontade das partes (credor/devedor), mas também para permitir: a) maior humanização da execução, com a redução do poder do Estado sobre a situação jurídica do devedor; e b) maior efetividade da execução, com a redução do espectro público de proteção jurídica à pessoa do devedor, ou com remodelação do procedimento executivo a bem de eliminar óbices que impeçam o seu célere andamento.

Por isso, parece não haver problemas para que sejam admitidas as convenções processuais a seguir exemplificativamente indicadas (inclusive em desfavor do devedor), todas celebradas com o fim de implementar mudanças no processo/procedimento do cumprimento de sentença ou da execução de título extrajudicial.

a) pacto de não executar (pacto *de non exequendo*), que diversamente da renúncia ao direito em que se funda a execução ou do pacto de *non petendo*⁶⁴⁹, veda ao credor dar início à

⁶⁴⁹ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 451 e ss.

execução de título extrajudicial (por prazo certo ou indeterminadamente), não estando proibido, todavia, de exercer medidas extrajudiciais a bem do recebimento do crédito (v.g. protesto do título, inserção do nome do devedor no rol de maus pagadores, etc.)⁶⁵⁰, ou mesmo de reclamar o pagamento pela via do processo de conhecimento;

b) calendarização da execução ou do cumprimento de sentença (algo bastante caro ao processo coletivo estrutural), a fim de que, exemplificativamente, seja avençado o cumprimento parcial e progressivo da obrigação, inclusive com estabelecimento de órgão (judicial ou extrajudicial) de acompanhamento de implementação/cumprimento das ações avençadas.

c) convenção dos credores na recuperação judicial ou falência, com arrimo no art. 35 da Lei 11.101/2015, para: i) pactuar a forma de manifestação da vontade dos credores a respeito do plano, estabelecendo o voto escrito e não em assembleia, desde que seja possível ao administrador judicial conferir a autenticidade do voto; ii) ajustar nova modalidade de comunicação dos atos processuais, desde que sejam seguras, como, por exemplo, a publicação no endereço eletrônico do administrador judicial, eliminando-se as custosas publicações de editais; iii) estabelecer que as impugnações sejam processadas extrajudicialmente pelo administrador judicial e que a impugnação integralmente processada seja protocolada em juízo para decisão, poupando-se o cartório de repetidos atos de comunicação; iv) ajustar sessões de mediação, de modo a permitir que os interessados apresentem suas necessidades e que o devedor proponha um plano para a superação da crise que atenda aos diferentes grupos de credores; e v) fixar calendário processual, com o objetivo de trazer previsibilidade, celeridade e economia ao procedimento, ficando os credores cientes desde o

⁶⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, jan-mar/2018, p. 146.

início das datas em que os atos processuais serão praticados, incluindo a apresentação do plano e as datas de realização da assembleia-geral de credores⁶⁵¹.

d) pacto para dispensa de caução para fins de cumprimento provisório de sentença (art. 520, V, do CPC), admitindo que atos de expropriação e levantamento de valores em dinheiro possam ser praticados independentemente de prestação de garantia por parte do credor;

e) acordo para vedar o cumprimento provisório de sentença, na forma do art. 520 e ss. do CPC, criando, por assim dizer, um efeito suspensivo convencional dos recursos ordinários e extraordinários interpostos pelas partes (que só poderiam efetivar a decisão após o trânsito em julgado);

f) ampliação de hipóteses de impenhorabilidade de bens pela via negocial, com o devedor/credor avençando, inclusive para fins de preservação do funcionamento da empresa devedora, outras hipóteses, para além do art. 833 do CPC, em que os bens do executado não estariam sujeitos à expropriação judicial (v.g., impedindo a penhora de ativos em conta da empresa, protegendo o capital de giro da executada);

g) convenção processual para dispensa, ampliação ou redução da multa de 10% pelo não pagamento da condenação por quantia no prazo de 15 dias (art. 523, § 1º, do CPC);

h) acordo para estabelecimento de multa pelo não cumprimento da execução de título extrajudicial de quantia no prazo de 03 (três) dias (art. 829 do CPC) ou outro que as partes avençarem;

i) negócio processual para permitir a aplicação da regra do art. 916, do CPC (parcelamento), também ao cumprimento de sentença de quantia (algo inexplicavelmente vedado pelo § 7º da disposição), permitindo, assim, que no prazo de 15 dias para pagamento do art. 523 do CPC (ou outro que as partes

⁶⁵¹ FURTADO, Paulo. O negócio jurídico processual na recuperação judicial. Migalhas. São Paulo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/284720/o-negocio-juridico-processual-na-recuperacao-judicial>. Publicado em: 31.07.2018.

avençarem), possa o executado, depositando 30% do valor total devido incluindo custas e honorários (ou outro percentual eleito na convenção), pagar o restante em outras 06 parcelas (ou mais, conforme definido na convenção);

j) convenção de remodelação do art. 916 do CPC, admitindo, por exemplo, que nos casos em que não efetuado o pagamento parcelado, seja possível a oposição de embargos do devedor (afastada, assim, a vedação do art. 916, § 6º, do CPC);

k) convenção para condicionar o ajuizamento da execução de título extrajudicial à notificação extrajudicial ou protesto prévios, ou mesmo a uma tentativa de conciliação extrajudicial prévia, o que não é inconstitucional, considerando que o condicionamento ao acesso ao Poder Judiciário partiu de ato das próprias partes (como na arbitragem), e não da lei ou outro normativo de terceiro (como é inadmitido pelo art. 5º, XXXV, da CF);

l) convenção para inadmitir averbação da execução (art. 918 do CPC), evitando embaraços extrajudiciais à realização de negócios pelo executado (inclusive estabelecendo alguma sanção ao devedor que, alienando o bem ao terceiro de boa-fé, quebre a regra da patrimonialidade);

m) negócio processual para estabelecer ordem convencional para penhora dos bens do devedor em caso de execução forçada (afastando a ordem legal do art. 835 do CPC), exemplificativamente, vedando a penhora preferencial de dinheiro via SISBACEN⁶⁵²;

n) convenção processual para redução de prazo de desocupação (de 60 para 05 dias), em casos de inadimplemento do devedor fiduciário e consolidação da propriedade em nome do fiduciante, afastando-se, assim, a incidência do art. 30 da Lei 9.514/97

⁶⁵² TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativa à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: *Coletânea mulheres no processo civil brasileiro – negócios processuais* (Coordenadores Ana Marcato *et al*). Salvador: Juspodvm, 2018, p. 558.

(TJSP, Agravo de Instrumento 2269263-77.2018, 6ª Câmara Direito Privado, Rel. Juiz Rodolfo Pellizari, j. 07.01.2019);

o) convenção de alienação da coisa penhorada, em 2ª praça, em preço inferior 40% do preço da avaliação, afastando a incidência do art. 880, § 1º, do CPC (que trata do preço vil), por evidente com controle judicial dos requisitos expostos no item 2 supra, especialmente da autonomia da vontade das partes. Pontue-se, contudo, que há precedente do TJSP reconhecendo a invalidade de tal convenção, sob o fundamento de que se trata de regra de “ordem pública” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2191919-20.2018, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz José Wagner Peixoto, j. 04.10.2018);

p) convenção processual para só permitir a alienação particular ou em hasta pública da coisa, mediante o pagamento do preço da avaliação, excepcionando-se a regra do art. 880 do CPC;

q) convenção em acordo de divórcio (judicial ou extrajudicial), com fixação de pensão alimentícia em favor de um dos cônjuges capaz, para fim de vedar, desde logo, execução de alimentos pelo rito da prisão (arts. 528, §§ 3º e 7º e 911 do CPC), devendo os valores alimentares serem cobrados, exclusivamente, pelo rito da execução por quantia (arts. 528, § 8º, e 919 do CPC).

r) negócio processual para permitir a alienação antecipada do bem penhorado, para além das hipóteses bastante restritas do art. 852 do CPC;

Por outro lado, há outras tantas convenções processuais imagináveis em sede executiva, que não seriam válidas/eficazes por transbordarem os 06 (seis) limites já estabelecidos dos arts. 104 e 171 do CC e art. 190 do CPC (item 2 supra), ou o monopólio do uso da força pelo Estado (execução forçada).

Assim, seriam inadmissíveis convenções processuais antecedentes ou incidentais:

a) que admitam a prisão civil do devedor fora das hipóteses constitucionais (devedor de alimentos - art. 5º, LXVII, da CF),

vez que o conteúdo da convenção teria objeto ilícito, já que violadora do regramento da patrimonialidade da execução e da vedação constitucional da prisão civil;

b) que vedem, em acordo extrajudicial para fixação de pensão alimentícia em favor de incapaz - ainda que devidamente representado ou assistido -, execução dos alimentos inadimplidos pelo rito da prisão (art. 911, parágrafo, CPC), pois que a avença fora celebrada com parte que não é “plenamente capaz”, como impõe o art. 190, *caput*, do CPC;

c) que impliquem renúncia prévia, pelo executado, do exercício do direito de defesa via embargos (art. 914 do CPC) ou impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do CPC), considerando que o pacto tem objeto ilícito na medida em que viola o contraditório (conteúdo mínimo do processo constitucional);

d) que autorizem a penhorabilidade de todo o patrimônio do devedor, privando-o, assim, da própria subsistência em caso de não cumprimento da obrigação, pois a avença, desta forma, teria objeto ilícito por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); por não preservar patrimônio/renda mínima para que o devedor se mantenha, nos mesmos moldes do considerado em tema de doação (art. 548 do CC);

e) que atribuam eficácia de título judicial (art. 515 do CPC) a documento ou título extrajudicial, expediente que, por via transversa, afeta o contraditório, pois priva o devedor do exercício adequado do direito de defesa (limitação considerável das matérias arguíveis em impugnação, na forma do art. 525, §1º, do CPC), tendo, portanto, objeto ilícito⁶⁵³;

f) inseridas, abusivamente, em contrato de adesão (art. 54 do CDC e arts. 423/424 do CC), vista a abusividade como sendo aquela derivada da ausência ou impossibilidade de manifestação

⁶⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2019, p. 699.

de vontade livre do aderente, vez que haveria, neste caso, ofensa à condição da autonomia da vontade;

g) que afastem o controle judicial ou reduzam o prazo de fiscalização judicial da recuperação judicial, considerando que há propriamente um dever de fiscalização do juiz, na forma art. 61 da Lei 11.101/2005, o qual não é de titularidade dos credores ou do recuperando e, como tal, não pode ser objeto de convenção (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2205760-82.2018, 2ª Câmara de Direito Empresarial, Rel. Sérgio Shimura, j. 04.02.2019)

h) que em acordo celebrado pelas partes na fase de cumprimento de sentença, determina, em caso de descumprimento da avença, a avaliação dos bens dados em garantia de pagamento por perito do Tribunal e sem ônus ao exequente/executado, vez que, nesta convenção processual, estaria se deliberando sobre dever estranho às partes, faltando-lhes capacidade (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2233954-58.2019, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carmen Lúcia da Silva, j. 24.03.2020);

Mas há convenções processuais na execução absolutamente complexas, de cabimento bastante duvidoso à luz do direito brasileiro, merecedoras de mais aprofundada reflexão e debate, entre elas:

- a) convenções sobre extrajudicialização (total ou parcial) da execução;
- b) convenções para incidência de medidas executivas atípicas em caso de inadimplemento;
- c) convenções de penhora da remuneração do devedor; e
- d) convenções sobre a penhorabilidade do bem de família legal.

As notas que a seguir se apresentam objetivam trazer alguns subsídios mais objetivos para a análise do tema, buscando respostas para a admissão/inadmissão dos referidos negócios jurídicos processuais com foco na análise o caso concreto e dos próprios requisitos (gerais e específicos) estabelecidos no item 2 supra.

De modo que, na busca de tais respostas, serão voluntariamente abandonados conceitos jurídicos incertos e indeterminados que, usualmente, são invocados nos debates sobre convenções processuais na execução civil - cuja definição e eleição das hipóteses é algo bastante controvertido no Brasil e no mundo⁶⁵⁴ – como os “de espaços ou regras de ordem pública” e “cogência das normas sobre execução”.

Só o tempo e a orientação dos Tribunais poderão guiar, com a segurança necessária, os operadores jurídicos no sentido do cabimento (ou não) das referidas convenções. No estado atual da arte do direito processual civil brasileiro, não se vê boas perspectivas, do ponto de vista da segurança jurídica, para que elas sejam celebradas, até porque tudo é ainda absolutamente incerto nesta temática.

3.1. Convenção processual de extrajudicialização (total ou parcial) da execução civil

Tramita no Congresso Nacional brasileiro o projeto de lei (PLS) n. 6204/2020, que dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial.

Ressalvados os casos de partes incapazes, presos ou internados, pessoas jurídicas de direito público, massa falida e o insolvente civil, pelo projeto as execuções civis poderiam se dar de modo extrajudicial, funcionando os tabeliães de protestos como *agentes de execução*, com atribuições para: I - examinar o requerimento e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência; II – consultar a base de dados mínima obrigatória, nos termos do art. 29, para localização do devedor e de seu patrimônio; III – efetuar a citação do executado para pagamento do título, com os acréscimos legais; IV – efetuar a penhora e a avaliação dos bens; V – realizar atos de expropriação; VI – realizar o pagamento ao exequente; VII – extinguir a execução; VIII – suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito; IX – consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante; X – encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas (art. 4º do PLS 6204/2020).

Em sendo aprovado o projeto, passaríamos a ter, para além da execução judicializada, também a possibilidade de a parte buscar a satisfação do crédito

⁶⁵⁴ SILVA, João Paulo Hecker da. *Convenções processuais na execução e desjudicialização da atividade satisfativa*. In: Direito Bancário (coordenadores Marcio Calil de Assumpção e Gabirel José de Orleans e Bragança. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 167.

representado por título executivo (judicial ou extrajudicial) perante as serventias extrajudiciais (tabelionato de protestos), com atribuição não só para recepção e documentação da execução, mas também para a prática de atos de execução forçada como a apreensão, constrição e expropriação de bens do devedor.

Evidentemente o PLS 6204/2020 ainda será objeto de intensa sabatina junto ao Poder Legislativo brasileiro, o qual considerará todas as vantagens (e desvantagens) da adoção da prática, à luz da realidade brasileira (que é regionalmente desigual), da capacidade de os tabelionatos funcionarem estruturalmente com agentes de execução (sem cometer abusos) e da experiência dos países que já admitem a execução extrajudicial.

Neste instante calha aferir se seria possível, já à luz do modelo vigente, que as partes, através das convenções (pré) processuais do art. 190 do CPC, pactuem a extrajudicialização (total ou parcial) da execução.

Como é de sabença geral, ressalvadas algumas raras hipóteses em que é permitida a autotutela, o monopólio do uso da força é do Estado, que através de seus órgãos afirmam e realizam, se necessário através de atos coativos e de sub-rogação, a vontade da lei (espelhada no título executivo).

A corroborar tal afirmação, basta ver que mesmo em sede de arbitragem – onde a autonomia de vontade das partes é ainda maior do que a dos próprios negócios processuais (pois alijam o Estado da própria participação na decisão do conflito) -, não se cogita admitir que os árbitros ou as cortes arbitrais possam impor, coativamente, seus pronunciamentos (execução forçada), pois não dotados dos atributos jurisdicionais da *coertio* e da *executio* (exclusivos da jurisdição estatal). Ainda que haja diversos mecanismos de coerção não processuais que acabam tornando extremamente penoso o descumprimento, pelas partes, da sentença arbitral, é evidente que estes mecanismos de coerção não são suficientes, de modo que a intervenção estatal pode ser necessária para, através do Estado/Juiz, se impor

forçadamente o cumprimento da sentença arbitral (art. 515, VII, do CPC)⁶⁵⁵.

Também como é de sabença geral, é na execução civil que o Estado/Juiz, de ordinário transforma a declaração do direito (dever ser) em realidade prática (ser), realizando a transformação (obrigações de fazer), o desapossamento (obrigações de entrega) ou a expropriação (obrigações de pagar quantia), através dos nominados atos de execução forçada, como a busca e apreensão, a imissão na posse, a penhora e a expropriação de bens (adjudicação e alienação).

Para hipóteses bastante específicas, a legislação brasileira até prevê a prática de atos típicos de execução extrajudicialmente, com o Estado/Juiz participando do controle da legalidade/oportunidade da execução extrajudicial, apenas, se provocado pelas partes (especialmente pelo devedor executado). Os arts. 2º e 3º, § 1º, do DL 911/69, autorizam o credor fiduciário, independentemente de prévia autorização judicial e após o ato inicial estatal/judicial de apreensão do bem, possa, a consolidar em seu nome a propriedade móvel ou aliená-lo extrajudicialmente (mesmo antes da sentença da ação de busca e apreensão), inclusive transferindo-o a quem lhe aprouver. Do mesmo modo, os DL 70/66 (execução hipotecária) e Lei 9.514/97, autorizam o agente financeiro (hipotecário ou fiduciário) a consolidar em seu nome a propriedade do bem imóvel cujo financiamento foi inadimplido, inclusive podendo vendê-lo extrajudicialmente (sem nenhuma autorização ou participação do Estado/Juiz) para pagamento (total ou parcial) da dívida do financiado inadimplente. Nestes casos, observe-se que a possibilidade de alienação extrajudicial do bem ou da completa execução extrajudicial da obrigação deriva de lei em sentido estrito.

⁶⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, 381.

Não há na execução civil, contudo, apenas atos de execução forçada. Para além de existir atividade satisfativa não forçada (como nos casos das ações declaratórias/constitutivas ou que reconheçam obrigação de declarar vontade, que, de ordinário, não dependem de atos de força para serem efetivadas), diversas atividades do juiz, mesmo na execução forçada, são destinadas à documentação, integração ao contraditório e instrução da execução (e não propriamente na prática de atos de força). De modo que, à luz do art. 190 do CPC e do poder de autorregramento das partes, não parece ser possível afastar, *prima facie*, a possibilidade de as partes convencionarem sobre tais aspectos da execução forçada, ou mesmo de extrajudicializar (desjudicializar) casos em que a execução não é forçada.

Por conseguinte, e sempre com a ressalva da necessária observância das condicionantes gerais e específicas dos negócios processuais (item 2 supra), possível convenções processuais para extrajudicializar (ou desjudicializar), total ou parcialmente, a execução civil, permitindo ao próprio credor, sem a intervenção do Estado, a prática diretamente de atos executivos, com inversão da iniciativa do contraditório para que o devedor eventualmente prejudicado pela desjudicialização, acione o Poder Judiciário para o reconhecimento da invalidade do negócio processual e controle dos atos extrajudicialmente praticados pelo credor.

Assim, não se vê óbice para a celebração de convenção para extrajudicializar a intimação ou citação do devedor no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, com as partes pactuando um procedimento prévio de integração do devedor à execução a ser judicializada (email, notificação extrajudicial, etc), dispensando o Estado/Juiz do cumprimento do arts. 246, 513, § 2º ou 829, do CPC, já partindo a decisão inaugural da execução judicial, em vista do decurso do prazo extrajudicial para pagamento, para os atos de execução forçada (penhora, apreensão, etc.). Trata-se de ato de documentação/integração do credor/devedor à execução, que por isso pode ser extrajudicializado. Por evidente, só será considerado válido o procedimento extrajudicial de integração do devedor à execução se houver segurança suficiente na

confirmação do recebimento da comunicação, pois, do contrário, o ato será considerado inválido pelo Poder Judiciário tão logo seja chamado a iniciar o procedimento já na fase expropriatória. Possível, também, convenção processual para realização de avaliação extrajudicial de bens penhorados por terceiro (com ou sem caráter vinculativo ao juiz), restando dispensada, assim a avaliação judicial (por oficial de justiça ou perito), nos termos do art. 870 e parágrafo único, CPC, pois tem-se, aqui, ato de instrução da execução e que, como tal, pode ser extrajudicializado.

Por fim, embora se trate de questão mais polêmica, parece ser admissível convenção para que as partes, em situações semelhantes à da Lei 9.514/97 ou DL 911/69, avencem a consolidação da propriedade (móvel ou imóvel) de bem alienado em casos de inadimplemento, sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário para a operacionalização da adjudicação do bem ao credor⁶⁵⁶. A extrajudicialização por aqui pode ser admitida em vista de não haver necessidade de atos de força pelo particular (execução não forçada), pois a transferência da propriedade móvel ou imóvel (do devedor inadimplente para o credor) se dará no registro da propriedade do bem, nos termos da convenção, podendo o devedor prejudicado acionar o Judiciário, a qualquer tempo, para arguir ilegalidades no procedimento extrajudicial (v.g., como nos casos de falta de notificação para purgação da mora ou abusividade nos valores exigidos e que levaram à perda do bem).

Por outro lado, à míngua de previsão legal específica – como é a buscada pelo citado PLS 6204/2020 –, são vedadas convenções processuais para substituir o Estado/Juiz na prática dos já referidos atos de apreensão física típicos de execução

⁶⁵⁶ SILVA, João Paulo Hecker da. *Convenções processuais na execução e desjudicialização da atividade satisfativa*. In: *Direito Bancário* (coordenadores Marcio Calil de Assumpção e Gabirel José de Orleans e Bragança. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 182/183.

forçada, como a busca e apreensão, a imissão na posse, a penhora e a expropriação extrajudicial dos bens de propriedade do devedor.

O monopólio estatal da força impede que o credor, sem a intervenção do Judiciário, possa levar adiante tais medidas, de modo que não será possível – salvo nas ressalvas legais expressas -, a integral extrajudicialização da execução civil por negócio jurídico processual (mesmo que esteja o devedor acordo), pois que de objeto ilícito e atinente a poder de terceiro (uso privativo da força pelo Estado).

Poderia se cogitar ser admissível convenção estabelecendo, após a penhora (realizada judicialmente) e a avaliação (que pode ser pactuada para realização extrajudicial), a alienação extrajudicial do bem via próprio credor ou terceiro indicado na convenção. Tal possibilidade, contudo, não deriva, propriamente, de negócio jurídico processual atípico (que não é admitido à luz das premissas já estabelecidas), mas sim do regramento já existente dos arts. 879 e 880, do CPC, que permitem a alienação particular do bem penhorado (que de todo modo ocorre sob a fiscalização do Estado/Juiz).

Dentro desta mesma perspectiva, não parece possível que as partes pactuem excluir o Estado/Juiz do controle do regramento, validade e eficácia desta especial hipótese de alienação do bem (que é judicial, pois realizada mediante autorização/controlado do Estado/Juiz). A vedação à autotutela impede que as partes possam afastar a incidência da atuação estatal na forma dos artigos 879 e 880 do CPC (embora não esteja impedido o regramento acessório para realização da alienação particular, como o estabelecimento por convenção de preço mínimo da coisa).

3.2. Convenções (pré) processuais para incidência de medidas atípicas de indução e coerção em casos de inadimplemento

Estabelece o art. 139, VI, do CPC, que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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.

Trata-se de positivação da dever de efetivação no processo civil brasileiro, dentro da ótica de que, frente ao monopólio da força pelo Estado, a parte não conta com

ninguém mais, a não ser o próprio Estado/Juiz, para fazer a obrigação representada em título judicial ou extrajudicial valer⁶⁵⁷.

Por isso, a partir da disposição, sustenta-se a admissão, no sistema processual vigente, do modelo da atipicidade das medidas executivas no cumprimento de sentença e no processo de execução de pagar quantia, pelo que seria lícito ao juízo, no curso da execução forçada, impor medida executiva de qualquer natureza a bem de compelir o devedor a cumprir a obrigação ou revelar seu patrimônio, ainda que à míngua de previsão legal específica. O enunciado n. 48 das Jornadas da ENFAM sobre o CPC/2015 é sintomático: *“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”*.

Exemplificativamente, e ao menos em tese, superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de bens, busca e apreensão etc.), não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, ou mesmo não indicado o paradeiro da coisa nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (DL n.º 911/1969), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito a conduzir veículo automotor (inclusive em sede de execução fiscal) até o pagamento do débito ou a revelação do paradeiro da coisa (inclusive com apreensão da CNH do devedor); não efetuado pagamento de verbas salariais devidas a funcionários da empresa, possível o estabelecimento de vedação à contratação de novos funcionários até que seja saldada a dívida; não efetuado o pagamento de financiamento bancário na forma e no prazo avençados, possível, até que se tenha a quitação, que se obstem novos financiamentos na mesma instituição, ou mesmo a participação do devedor pessoa jurídica em licitações (como de ordinário já acontece com pessoas

⁶⁵⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Jota. Brasília-DF. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015. Publicado em: 24.08.2015.

jurídicas em débito tributário com o Poder Público; não cumprida a obrigação de pagar quantia do devedor com agência de viagem internacional, razoável admitir a apreensão do seu passaporte até que venha ser saldada a dívida⁶⁵⁸.

A capacidade de a interpretação potencializada do dispositivo trazer resultados positivos para a causa da efetividade da execução é igualmente proporcional à possibilidade de que sejam excedidos os limites do razoável, com a prática de verdadeiros abusos judiciais contra inadimplentes, inclusive violando-se direitos fundamentais.

Por isso – a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo em algumas regras que já estão sendo adequadamente tratadas por parcela importante da doutrina⁶⁵⁹ e da jurisprudência (STJ, RHC 97.876-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 05.06.2018; RHC 99.606, 3ª turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/11/2018; HC 478.963-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 20/4/2019), sempre com o escopo de assegurar que a incidência delas não viole garantias constitucionais.

No curso da execução judicial forçada, as medidas atípicas de indução/coerção estariam sujeitas ao rigoroso controle do Estado/Juiz, que inclusive avaliaria o cabimento das eleitas pelo exequente, à luz da proporcionalidade e da excepcionalidade da medida. A questão toda é saber se poderiam as partes, por convenção processual (especialmente pré-processual), estabelecer a admissão ou vedação de tais medidas atípicas nas hipóteses de inadimplemento da obrigação.

Não temos dúvida alguma em admitir que as partes possam limitar, por convenção processual, o poder de efetivação do juiz à luz do art. 139, IV, do CPC. Tais medidas são deferidas, sempre, em favor do exequente (tendo ele como destinatário), que pode, por isso, através de convenção processual, restringir o alcance das medidas executivas (típicas e atípicas) que poderia o Estado/Juiz adotar em seu favor, como se

⁶⁵⁸ Para outros exemplos, cf. OLIVEIRA NETO, Olavo. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, p. 266/312.

⁶⁵⁹ RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. Jota. Brasília. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016. Publicado em: 21.09.2016; MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 323; e BORGES, Marcus Vinicius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. São Paulo: RT, 2019, p. 215/366.

de renúncia antecipada se tratasse, inclusive à luz do já referido art. 775 do CPC (que permite ao credor desistir de toda execução ou de alguma medida executiva).

Desde que observadas as condicionantes do item 2 supra, plenamente possível convenção processual para afastar qualquer medida executiva que fosse aplicada a bem da satisfação da obrigação, inclusive as que derivam da própria lei (típicas). Cabe negócio pré-processual ou processual para: a) afastar a incidência da multa do art. 523, § 1º, do CPC, nos cumprimentos de sentença por quantia (caso em que a satisfação do crédito será buscada sem a medida coercitiva derivada da lei); b) impedir a penhora de determinados bens para além do rol dos artigos 833 e 834 do CPC e Lei 8.009/90; c) impedir o juiz de adotar medidas executivas típicas como a de apontamento do nome do devedor no rol de maus pagadores (art. 782, § 3º, do CPC), ou mesmo de vedar o protesto judicial da sentença, pese os termos do art. 517 do CPC; e d) porque não, vedar a concessão de medidas atípicas como suspensão de CNH, apreensão de passaporte, bloqueio de cartão de crédito, etc.

Também entendemos possível – embora não se negue que neste quadrante a questão seja mais complexa do ponto de vista da necessidade de rigoroso controle judicial da medida eleita (art. 190, parágrafo único, do CPC) – que as partes possam convencionar medidas atípicas (que se tornariam convencionalmente típicas), na forma do arts. 139, IV, e 190, do CPC, a serem empregadas em caso de inadimplemento, a fim de compelir o devedor a revelar onde estão os bens penhoráveis ou cumprir a obrigação. Afinal, o estabelecimento de medidas coercitivas e inibitórias, extra e pré-processualmente para os casos de inadimplemento da obrigação, pode servir de poderoso instrumento de pressão em favor da satisfação dela, especialmente quando se esteja diante de situação em que o próprio devedor – dentro das premissas/condicionantes estabelecidas no item 2 supra, e muitas vezes para obter uma vantagem na negociação do ponto de vista do direito material (redução de juros, maior prazo para pagamento do débito, etc.) -, tenha livre e voluntariamente aceitado a sua

incidência nas hipóteses em que venha a não cumprir sua obrigação (e até que ela seja cumprida).

Consequentemente, não se vê óbice para que o devedor, por negócio processual (inclusive pré-processual), aceite a incidência automática de consequências executivas outras, para além das expressamente previstas em lei processual (multas, penhora, expropriação de bens), como, por exemplo, a suspensão da sua CNH caso não haja pagamento pontual do débito e enquanto isso perdurar; ou a indisponibilidade de alguns de seus bens até o pagamento da dívida; etc.

Obviamente a medida atípica eleita ficaria – como todo negócio processual -, sujeita a controle judicial oficioso (art. 190, parágrafo, CPC), inclusive para fins de aferição de eventual nulidade ou vulnerabilidade do devedor quando da pactuação, ou mesmo no tocante à excessividade/onerosidade da medida se, após incidente (no curso da execução), ficar constatado sua ineficiência para compelir o pagamento ou indicação de bens (quando, então, deve deixar de incidir, sob pena de ser converter em pena). Algo fácil de se operacionalizar porque, na maioria das vezes, a incidência destas medidas atípicas vai depender da instrumentalização/aplicação por decisão do juiz (como a suspensão da CNH e indisponibilidade de bens, que dependerão de ordem judicial ao DETRAN ou central de indisponibilidade) que, portanto, durante toda sua incidência tem como fiscalizar se a medida ainda atende aos seus fins.

Mas não se pode negar, em princípio, a possibilidade de celebração da convenção processual tanto para limitar os poderes de efetivação do juiz quanto, também, para avançar a incidência automática de medidas atípicas enquanto perdurar o inadimplemento do devedor⁶⁶⁰ (VOGT, 2019, p. 182).

3.3. Convenção processual de penhorabilidade dos rendimentos do devedor

Conforme locução do art. 833, VI, do CPC, são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade

⁶⁶⁰ VOGT, Fernanda Costa. A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil. *Civil Procedure Review*, v. 10, n.3, set-dez/2019, p. 182.

de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

A própria lei, contudo, ressalva a impenhorabilidade, para admitir que em ao menos 02 (dois) casos seja possível a penhora sobre os rendimentos do devedor (art. 833, § 2º, do CPC): a) para os créditos alimentares (pouco importa qual seja o valor dos rendimentos do devedor); e b) para os créditos de qualquer natureza, no que os rendimentos do devedor excederem a importância de 50 (cinquenta) salários-mínimos.

Em vista das bastante restritas hipóteses de penhorabilidade dos rendimentos do devedor – o que revela, aliás, a completa e total falta de noção do legislador sobre a real condição econômica do trabalhador brasileiro (sendo raríssimos os casos de pessoas com ganhos para além de 50 sm) –, o STJ, em *condenável* iniciativa do ponto de vista das atribuições do Poder Judiciário (pois a decisão vai de encontro ao limite semântico do art. 833, IV, do CPC), tem admitido a penhora dos rendimentos do devedor que aufera menos dos que 50 salários, pouco importando a natureza do crédito, desde que seja possível aferir no processo que, mesmo com a supressão de parcela do rendimento, sobeje quantia suficiente para o devedor se manter.

Prevaleceu na Corte do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a regra geral de impenhorabilidade de vencimentos pode ser excepcionada a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional do crédito, desde que observado percentual suficiente de assegurar a dignidade do devedor e de sua família (EREsp 1.582.475/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15.10.2018).

Consta do voto do relator, entre outros trechos, ideias como as de que: a) a interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental; b) a impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes; por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais; c) o processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger

o comportamento dos sujeitos processuais, de modo que embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente; d) só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes; e e) a regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.

Diante da relativização que o STJ operou na impenhorabilidade dos vencimentos – afastando o caráter cogente da impenhorabilidade legal -, fica difícil sustentar que não possam as partes, convencionar sobre a penhorabilidade do salário do devedor, afastando a vedação do art. 833, VI, do CPC, e fixando uma renda mínima/suficiente para que o devedor possa se manter, alcançando a execução tudo o que demais sobejar.

Entendimento, aliás, que é reforçado pelo fato de que, mesmo antes do entendimento pretoriano supra indicado, já havia no Brasil legislação específica (Lei n. 10.820/2003, com a alteração pela Lei 13.172/2015, e na forma do Decreto 4.840/2003), a autorizar o comprometimento de 30 a 35% dos vencimentos do devedor para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil.

Ora, se há possibilidade de disposição voluntária pelo devedor de parte do salário para o pagamento das obrigações retro listadas (o que prova que não se trata de regramento cogente), não se vê razão lógica para que esteja vedada convenção processual de penhorabilidade para outros tipos de obrigação, conforme autorização do art. 190 do CPC.

A vulnerabilidade do devedor, a inserção abusiva em contrato de adesão ou o multiendividamento – que podem comprometer a preservação da autonomia da vontade ou a subsistência do devedor–, devem ser analisadas casuisticamente, quando da decisão judicial a respeito da aplicação da convenção processual, não havendo, portanto,

vedação *prima facie* para a admissão da convenção de penhorabilidade parcial do salário.

Até porque – sobrelevar notar -, a disposição de parte dos rendimentos como garantia (penhora) da satisfação de suas obrigações, pode ser algo desejado e vantajoso para o próprio devedor, que diante do menor risco de inadimplemento, acaba por obter as já referidas vantagens de direito material na concessão do crédito e na forma de remuneração (juros) e pagamento (parcelamento).

Poderia se objetar – como certamente se fará -, que o afastamento da impenhorabilidade por convenção, para além das hipóteses legais, implica prejuízo à família do executado, já que será afetada pelo ato de disposição dele. Afinal, a impenhorabilidade do rendimentos do art. 833, IV, do CPC, pela própria disposição legal, serve à proteção não só do sustento do executado, mas também de sua família. Por isso, não deveria ser cabível a convenção, já que o devedor não teria capacidade de disposição, na medida em que avançaria sobre o que não é (somente) “seu”, violando, assim, o art. 104, I do CC e o o art. 190, caput, do CPC (vide item 2.1. supra).

A correta vedação de convenções sobre situações jurídicas alheias, contudo, não parece ser óbice suficiente para a admissão da convenção de relativização da impenhorabilidade do art. 833, IV, do CPC. Primeiro, porque, na esteira do precedente qualificado do STJ e já citadas leis que admitem o empréstimo consignado em folha, a penhora não poderá recair sobre a totalidade dos rendimentos do devedor, sendo obrigatória a preservação, assim, de parcela que seja suficiente para a provisão do devedor e da família (preservada, portanto, a proteção da dignidade e sustento do núcleo). E segundo, porque como esta é uma daquelas convenções que só se operacionaliza no processo (com o juiz determinando a penhora à luz da convenção), há um permanente controle da validade da convenção, inclusive à luz da capacidade financeira do devedor (cujos ganhos podem variar no tempo, ensejando ampliação/redução da garantia) e necessidade do núcleo familiar (em que gastos extraordinários podem impor a necessidade de revisão do percentual da penhora salarial admitido na convenção).

3.4. Convenções processuais sobre o bem de família legal

O art. 1º da Lei n. 8009/90 estabelece que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de

dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

O parágrafo único da disposição ainda acrescenta que *“a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.*

A disposição tem nítido escopo humanitário, de preservar das investidas dos credores o imóvel familiar e seus utensílios, garantindo-se, assim, que o executado e sua família, mesmo diante da existência da dívida inadimplida por um de seus titulares, mantenha a propriedade/posse sobre tais bens e não seja, literalmente, expulsos do lar.

Insta considerar, ainda, que o art. 6º da Constituição Federal reconhece o direito à moradia como direito social, o que acaba por justificar, ainda com maior afincio, a proteção legal ao bem de família, na forma da Lei 8.009/90.

Por evidente, como toda regra protetiva, a própria lei n. 8.009/90 excepciona a impenhorabilidade (art. 3º), estabelecendo que será possível a penhora do bem de família (imóvel e utensílios), se a execução (cumprimento de sentença) for movida: a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; b) pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; d) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; e) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; e f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Do mesmo modo que se faz quanto à impenhorabilidade salarial (art. 833, IV, do CPC), discute-se se seria possível convenção processual sobre as disposições da Lei 8.009/90, seja para ampliar seu espectro protetivo, seja para afastá-lo.

Parece não haver dúvida de que as partes, à luz do art. 190 do CPC, podem ampliar a proteção do bem de família legal, criando paralelamente à proteção legal da

Lei 8.009/90, hipóteses de bem de família convencional, como tal, vedada a constrição patrimonial sobre eles.

Possível, assim, que por convenção pré-processual ou processual, credor e devedor excluam da responsabilidade patrimonial do art. 789 do CPC, determinados bens que, a rigor, seriam penhoráveis, mas que por questões sentimentais ou familiares, as partes não desejam que sejam constritos (uma joia, uma chácara de recreio, um veículo de colecionador, etc.).

Já quanto à possibilidade de as partes, por convenção, afastar a proteção legal da Lei 8.009/90, inicialmente é importante frisar que a proteção legal não é ao devedor, antes sendo dele e da sua família, como a própria semântica da expressão “bem de família” já indicia.

Em outras palavras, o mote da Lei 8.009/90 é proteger a família da conduta do próprio devedor, que mesmo tendo assumido legal e voluntariamente obrigações que não foi capaz de cumprir, não verá o seu patrimônio mínimo (da família) – isto é, a casa de morada e os seus utensílios ordinários –, atingido pelo débito de um de seus componentes, ainda que os bens estejam registrados ou sejam formalmente de propriedade dele.

Dito isso, não será possível que o devedor que figure como titular do bem protegido pela Lei 8.009/90, disponha, ainda que consciente de sua conduta, sobre os bens de família na forma do art. 1º e parágrafo único da citada lei, pois na verdade lhe falta capacidade para o ato de disposição, nos termos do item 2.1., supra. Na medida em que a situação jurídica não é de sua titularidade, mas sim da família, a convenção processual nesse sentido, ressalvada a exceção do art. 3º, VII da Lei 8.009/90 (por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação), é nula e, como tal, deve ser reconhecida pelo juiz quando reclamada a penhora do bem de família pelo credor, no curso da execução civil forçada.

A possibilidade de alienação voluntária do bem de família legal pelo titular não parece, sempre respeitado o entendimento em contrário, fator determinante para justificar a validade da convenção processual ora tratada. O ato de disposição extrajudicial do bem, regulado pelo direito material, guarda singularidades próprias distintas do ato de disposição da proteção legal processual, que protege a família do

devedor contra o seu próprio ato de disposição do bem para garantia da obrigação (algo com o que não se preocupa o direito material). Uma coisa é o próprio devedor, voluntariamente, dispor do bem seu. Outra bem diferente é o devedor, contra sua vontade (ainda que tenha dado o bem em garantia), ver o bem expropriado judicialmente em prejuízo da proteção processual que não é só sua (é também da família).

Ao dispensar a proteção legal do bem de família por convenção processual atípica, o devedor poderá obter benefícios de direito material, como a própria facilitação da concessão do crédito, redução do custo da operação (juros menores) e ampliação do prazo para pagamento. O que nos leva à afirmação de que, com a admissão de que, oportunamente, o Judiciário não reconheça a validade da avença sob a ótica da falta de titularidade do ato de disposição (que é da família), o devedor acabará por ser indevidamente beneficiado com a convenção frustrada. Pontue-se, todavia, que, o credor também deve ter compreensão do sistema jurídico e dos limites (expostos no item 2 supra) sobre as convenções processuais, de modo que deverá arcar com as consequências de ter participado de avença com quem não podia, ao menos sozinho, celebrá-la. Abusos do devedor, em eventual violação aos postulados da boa-fé material (art. 422 do CC) e processual (art. 5º do CPC), devem ser tratados casuisticamente para permitirem solução processual diversa (penhora do bem de família), preservando a regra geral aqui posta para os casos padrão.

Dentro da mesma ótica, é possível a renúncia à proteção do bem de família legal, via convenção processual atípica (art. 190 do CPC), se ao ato de disposição compareça toda a família do devedor, que consigo aceite abrir mão da proteção legal. Nesse caso, preserva-se a autonomia da vontade e resolve-se o óbice da titularidade do bem/direito cuja convenção pretende ser celebrada, conseqüentemente afastando a vedação à penhorabilidade, mesmo fora da exceção do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 (por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação).

Observe-se que aqui a solução é parcialmente diversa da lançada no item 4.3 supra, quando se afirmou ser possível convenção processual para admitir a penhorabilidade de parcela da remuneração do devedor, afastando a proteção legal do art. 833, IV, do CP. Embora a proteção aos rendimentos do devedor também sejam de interesse da família, lá a preservação de uma parte da renda do executado, em princípio, seria suficiente para garantir a proteção dela (com o juiz controlando a proporcionalidade da convenção conforme o caso). Aqui não há como se admitir apenas a penhorabilidade de “parcela” do bem de família para protegê-la (especialmente do imóvel). Não há como se deferir a penhora sobre a parcela que caberia ao devedor no bem de família, porque, de todo modo, o bem seria eventualmente expropriado pela sua totalidade (vide art. 843 do CPC), em prejuízo à família (que pode não conseguir adquirir outro bem de família com a parcela que lhe sobejará). Pelo que se faz necessária a presença de toda a família, como parte da convenção, para que ela tenha plenos efeitos contra todos.

Para aferição dos integrantes da família (consorte, filhos, irmãos, genitores, progenitores, tios/tias etc.), deve haver investigação social ao tempo da celebração da convenção, considerando-se exclusivamente referido grupo familiar ao tempo da avença. Componentes que venham integrar o grupo posteriormente, já passam a gozar da proteção legal do bem de família com a ressalva da convenção processual avençada por todos os ocupantes do grupo familiar que titulariza a proteção, de modo que não será possível ao novo membro do grupo opor a invalidade do negócio processual, se ao tempo de sua celebração não titularizava a proteção legal.

Por outro lado, se na família do devedor houver pessoa incapazes (filhos menores de idade, deficientes etc.), sempre será vedada convenção processual sobre o bem de família. Nestes casos, embora todos eventualmente compareçam ao ato a fim de renunciar à proteção legal do art. 1º da Lei 8.009/90, a convenção será inválida à luz do art. 190, *caput*, do CPC, já que celebrada e em manifestou prejuízo de pessoa que não era plenamente capaz, ainda que representada/assistida por quem quer que seja (vide item 2.6 supra).

Isso porque – como todo negócio processual -, a convenção de renúncia à impenhorabilidade do bem de família legal fica sujeita a controle judicial oficioso (art. 190, parágrafo, CPC), inclusive para fins de aferição de eventual nulidade ou vulnerabilidade do devedor ou de sua família, quando da pactuação. Havendo vício quanto à plenitude da capacidade das partes celebrantes (como no caso de participação de incapaz na convenção), ou mesmo, nos casos de partes capazes, indicativos de vício de consentimento (ausência de autonomia de vontade), o juiz deve negar a aplicação da convenção e vedar a penhora do bem de família, nos termos do art. 1º e parágrafo, da Lei 8.009/90.

“Os atos de disposição ou convencionais não podem prejudicar terceiros, ou seja, pessoas que não participam da relação jurídica processual e, caso isso aconteça, caberá o imediato controle judicial, de ofício ou por provocação do interessado” (...) “eventuais acordos formulados pelas partes que afetem incapazes não integrantes da relação processual também deverão ser limitados”⁶⁶¹.

Portanto, na esteira das condicionantes do item 2 supra, dois fatores são determinantes para definir a possibilidade de convenção processual atípica, na forma do art. 190 do CPC, para admitir a penhora do bem de família legal (art. 1º da Lei 8.009/90). Primeiro, como *pressuposto positivo*, toda a família deve, expressamente, aderir a convenção, afastando o óbice da ausência de titularidade do ato de disposição (ainda que a obrigação seja, apenas, de um dos seus componentes). E segundo, como *pressuposto negativo*, não pode haver incapazes na família, caso em que há vedação legal expressa à convenção (art. 190, *caput*, do CPC).

Não é difícil compreender que, às considerações aqui postas, deve ser ressaltar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial, na forma do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. Aliás, nesse caso nem convenção processual para a admissão da penhora do bem de família do fiador será necessária, já que para a cobrança do crédito desta natureza NÃO há proteção legal do bem de família

⁶⁶¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019, p. 146/147.

e, por isso, é perfeitamente penhorável o imóvel domiciliar do fiador (ainda que único), seja o núcleo familiar composto por ele ou por filhos incapazes (!).

Prevaleceu o entendimento, no STF de que a voluntariedade na prestação da garantia pessoal (fiança) implica renúncia à proteção da Lei 8.009/90, não havendo incompatibilidade alguma do art. 3º, VIII, da Lei 8009/90, com o direito constitucional à moradia do art. 6º da CF (Tema 295 de Repercussão Geral). Buscou-se, com isso, prestigiar-se a boa-fé das partes envolvidas (que voluntariamente prestaram e receberam a fiança), bem como incentivar a prática da locação residencial de imóveis (já que o credor, nos termos da lei e da jurisprudência do Supremo, tem uma “super garantia” de pagamento nos casos em que prestada fiança).

Há, contudo, sinais de que o entendimento retro apresentado do STF pode sofrer mudanças (*anticipatory overruling*).

Embora o precedente firmado em 2010, no tema 295 da repercussão geral, tenha se dado no plenário virtual do Supremo, mais recentemente, em junho de 2018, a 1ª Turma do STF, por maioria de votos, declarou a incompatibilidade da penhora do bem de família do fiador, dado como garantia em contrato de locação comercial, frente ao direito constitucional à moradia (art. 6º da CF). Declarou-se que a previsão do art. 3º, VII, da lei 8.009/90, que permite a penhora de bem de família para satisfazer fiança concedida em contrato de locação, não abrange os contratos de locação comercial (RE 605.709/SP, Rel. p/acórdão Min. Rosa Weber). Como não há na Lei 8.009/90 (art. 3º, VII), distinção entre fiança em locação comercial ou residencial, parece haver sinalização de que se o tema, se voltar ao plenário da corte, pode ser alterado em prol da tese da invalidade da penhora do bem de família do fiador, ainda que a garantia tenha sido prestada em contrato de locação residencial ou comercial.

Crê-se, *de lege ferenda*, que a melhor solução para o problema do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, seria a revogação do dispositivo, para que a penhorabilidade do bem de família do fiador, em contratos de locação (comercial ou residencial), eventualmente fosse objeto de convenção processual atípica, na forma do art. 190 do CPC. Com isso, privilegiada estaria a autonomia de vontade das partes (locador e fiador), bem como se resolveria a questão da proteção legal dos incapazes que titularizam o bem de família, protegidos que estariam pelo inadimplemento das

obrigações de seus provedores, nos casos em que figurassem como fiadores em contrato de locação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema das convenções processuais atípicas, por si só, é novo no Brasil. A disciplina legal sobre o tema veio apenas com o CPC/2015. São inúmeras as dúvidas e inquietações que afligem todos os operadores do Direito.

Ao inserir a temática no âmbito da execução civil – espaço que, quase sempre, foi reservado à atuação estatal a partir de lei em sentido estrito (inclusive em vista da natureza coativa/forçada da atuação judicial) –, multiplicam-se os problemas técnicos e práticos, inclusive pela parca atenção que, ainda, é dada pela doutrina e jurisprudência a respeito.

A impressão que se tem é que são tamanhas as dúvidas e dificuldades sobre a possibilidade e limites das convenções processuais em matéria de execução civil, que partes e advogados preferem não negociar a respeito, relegando à reserva legal o regramento do processo e do procedimento executivos.

Não temos dúvida, contudo, que há um enorme espaço para os negócios processuais no âmbito do cumprimento de sentença e da execução de título extrajudicial, que se preenchido adequadamente pelas partes, pode propiciar não só um processo mais aderente à realidade econômica/financeira dos envolvidos, mas aumentar, exponencialmente, a efetividade do processo de execução e a possibilidade de satisfação das obrigações.

O importante é termos em mente sempre, duas ponderações.

Primeiro, se de um lado, deve sempre ser preservada a dignidade do devedor, por outro, a efetividade da execução e o respeito à autonomia da vontade das partes não são valores que podem, simplesmente, ser desconsiderados na equação.

E, segundo, as respostas sobre a possibilidade/impossibilidade de convenções processuais em matéria de execução civil, especialmente nos 04 (quatro) casos problematizados no texto (convenções sobre extrajudicialização da execução; convenções para incidência de medidas executivas atípicas em caso de inadimplemento; convenções de penhora da remuneração do devedor; e convenções sobre a penhorabilidade do bem de família legal), não podem ser obtidas sem a atenta análise das particularidades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- ANDRADE, Juliana Melazzi. Negócios jurídicos processuais na execução fiscal. In: *Negócios processuais - tomo 2* (coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira). Salvador: Juspodvm, p. 569-587.
- ANGIONI, Enrica. Negozio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza iuridica europea. Dottorato di ricerca, Università degli Studi di Cagliari, 2014/2015.
- BORGES, Marcus Vinicius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. São Paulo: RT, 2019
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. *Procedure Review*, v. 1, n. 2., p. 42/57, jul-set./2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998c v. 3.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da USP, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, jan-mar/2018, p. 137/165.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ED. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 3.
- FURTADO, Paulo. O negócio jurídico processual na recuperação judicial. Migalhas. São Paulo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/284720/o-negocio-juridico-processual-na-recuperacao-judicial>. Publicado em: 31.07.2018.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. Gen Jurídico. São Paulo. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/30/convencoes-atipicas-execucao-civil/>. Publicado em 30.10.2017.

_____. A revolução silenciosa da execução por quantia. Jota. Brasília-DF. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015. Publicado em: 24.08.2015.

_____. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire et al. *Novas tendências do processo civil* – estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2014, v. 3, p. 339-362.

_____. Negócio processual de renúncia à impenhorabilidade. Jota. Brasília. Disponível em: [/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016). Publicado em: 14.11.2016.

MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodvm, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes em matéria processual. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 87/98.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019.

REZENDE, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo*. São Paulo: LTr, 2015.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. Jota. Brasília. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016. Publicado em: 21.09.2016.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo;

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Renata Rodrigues. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. São Paulo: Dialética, 2020.

SILVA, João Paulo Hecker da. *Convenções processuais na execução e desjudicialização da atividade satisfativa*. In: Direito Bancário (coordenadores Marcio Calil de Assumpção e Gabirel José de Orleans e Bragança. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 161/193.

TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativa à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: *Coletânea mulheres no processo civil brasileiro – negócios processuais* (Coordenadores Ana Marcato *et al*). Salvador: Juspodvm, 2018, p. 551-567.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

VOGT, Fernanda Costa. A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil. *Civil Procedure Review*, v. 10, n.3, p. 171/191, set-dez/2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIANTE DO DESPREZO DO LEGISLADOR AO LIVRO II DE EXECUÇÕES NO CPC/2015, ANALISAR O PL N° 6.204/2019 COM BONS OLHOS É MEDIDA QUE SE IMPÕE

Flávia Pereira Ribeiro⁶⁶²

1. O desprezo do legislador ao Livro de Execuções no CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 sofreu profundas alterações em diversas Partes e Livros, mas em praticamente nada viu de novidade no que diz respeito ao cumprimento de sentença e execução. É possível dizer que o Livro II – Do processo de execução – não recebeu qualquer vírgula de atenção, mesmo considerando-se tratar do tema mais crítico do ponto de vista do congestionamento processual segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça e pior, do vetusto e retrógrado regramento lá previsto. Ou seja, o legislador optou por ignorar o processo executivo de maneira integral e ostensiva.

Preocupante – e até curioso – pensar na razão pela qual foram propostas tão profundas alterações processuais sem a menor observância da jurimetria existente no Brasil desde 2004, ano base 2003, que por meio do “Justiça em Números” já assinalava que a fase executiva, e não a fase de conhecimento, era o ponto crítico do processo civil como um todo.

Em brevíssima síntese, tem-se no último “Justiça em Números”⁶⁶³ – 2020, ano calendário 2019 – que 55,8% de todo o acervo do Poder Judiciário são de execuções gerais, dos quais aproximadamente 17% são de execuções civis e estaduais de títulos extrajudiciais e judiciais, cuja tramitação média é de 3 anos e 3 meses, quase o triplo do tempo da tramitação de um processo de conhecimento. A despeito de tão longa duração, verifica-se que apenas 17,6% dessas execuções atingem a satisfação do crédito perseguido, o que requisita uma emergencial atenção sobre a execução.

Então, quando nada se viu alterado nas execuções no Novo Código de Processo Civil, a comunidade jurídica passou a creditar todas as suas fichas nas medidas atípicas previstas no artigo 139, IV – registra-se, previsão da Parte Geral do CPC e não do processo executivo. O caput do artigo 139 diz: “O juiz dirigirá o processo conforme as

⁶⁶² Pós-doutora pela Universidade Nova de Lisboa (2020). Doutora em processo civil pela PUC/SP (2012). Mestre em processo civil pela PUC/SP (2008). Membro do IBDP, do CEAPRO, do IASP e da Comissão de Processo Civil da OAB/SP. Membro do Conselho Editorial da Juruá Editora e da Revista Internacional Consinter de Direito. Advogada e sócia de Flávia Ribeiro Advocacia (desde 2008). Integrante da comissão de elaboração do PL n° 6.204/2019 - desjudicialização da execução civil.

⁶⁶³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acessado em 03 dez. 2020

disposições deste Código. Incumbendo-lhe”: (...) “IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rotórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Após certo diálogo acadêmico e construção jurisprudencial, acreditou-se que a suspensão da carteira de habilitação, do cartão de crédito, do passaporte, entre outros direitos, faria com que o devedor cumprisse suas obrigações, até que se compreendeu que uma pequena parcela dos inadimplentes sofre com esse tipo de constrangimento. Além disso, tem havido uma série de restrições, tendo o Superior Tribunal de Justiça publicado em seu site entendimento no qual a execução indireta depende do esgotamento das medidas típicas para satisfação do crédito⁶⁶⁴.

O que se defente está estampado no “Justiça em Números”, que mostra que o número de pendências executivas só aumenta, e assim mantém seu ritmo de crescimento desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, quando o índice de congestionamento era de 39,7% e hoje é de 43%.⁶⁶⁵

Nesse passo, se a execução não foi revisitada quando deveria ter sido, é necessário que se reveja agora, com urgência, diante dos números caóticos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça. Esses dados legitimam o PL nº 6.204/2019 e pedem que ele seja analisado com bons olhos, desapegados de mitos, preconceitos, além de vetustas e arcaicas concepções de jurisdição.⁶⁶⁶

Nesse sentido, vale citar o grande jurista Marcelo Barbi⁶⁶⁷:

A renúncia à onipresença da processualidade estatal na fase de satisfação do crédito certificado em título executivo não acarreta a violação a qualquer direito fundamental do executado. Bem vistas as coisas, a ideia de que o Poder Judiciário deve se fazer presente de alfa à ômega no processo executivo, assumindo a sua direção formal, é sintoma de uma herança ibérica

⁶⁶⁴ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21082020-Meios-de-execucao-indireta-dependem-do-esgotamento-das-vias-tipicas-para-satisfacao-do-credito.aspx>. Acessado em 22 ago. 2020

⁶⁶⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acessado em 03 dez. 2020

⁶⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Projeto legislativo de desjudicialização da execução civil**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332358/projeto-legislativo-de-desjudicializacao-da-execucao-civil>. Acessado em 20 dez. 2020

⁶⁶⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Desjudicialização da execução: superando o paradigma paternalista da tutela jurisdicional executiva. In: **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020.p. 633

paternalista, que pressupõe a intervenção pantagruélica do Estado em todos os quadrantes da sociedade civil.

Conclui-se que preconizar a desjudicialização da execução, com a possibilidade de se acionar o Estado quando sobrevier um conflito de interesses, não deveria despertar o temor habermasiano da refeudalização da esfera pública, senão ser visto como um fenômeno que aponta no sentido da efetividade da tutela jurisdicional executiva.

2. Análise geral do PL nº 6.204/2019 do Senado Federal

O Projeto de Lei nº 6.204/2019, distribuído pela Senadora Soraya Thronicke no Senado Federal em 21 de novembro de 2019 propõe a desjudicialização da execução de títulos judiciais e extrajudiciais, de dívida líquida, certa e exigível⁶⁶⁸, com base no estudo de direito estrangeiro, principalmente o português.⁶⁶⁹ Mas não se trata de uma simples cópia das reformas implementadas naquele país, e sim de um projeto nacionalizado e com cores próprias, permitindo-se a realização da execução de forma privada e, ainda assim, compatível com a Constituição Federal brasileira.⁶⁷⁰

Conforme se verifica da justificativa do Projeto de Lei, a delegação é o regime jurídico sugerido para a execução desjudicializada no país, nos moldes do artigo 236 da Constituição Federal. A atividade executiva pode ser delegada, por opção legislativa, de modo a mantê-la sob a esfera estatal. Os atos de constrição patrimonial não podem ser realizados por qualquer particular, mas sim por entes delegados pelo próprio Estado, que assim passam a exercer função pública de forma privada. No entanto, diferentemente de outros casos – *e.g.* arbitragem –, a execução desjudicializada não pode ser facultativa, mas obrigatória, caso contrário ela não seria reconhecida como

⁶⁶⁸ SOUZA, Artur César de; FERNANDES, Geraldo Og Nicéas. **Execução e cumprimento de sentença**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 190-191.

⁶⁶⁹ Sobre o assunto: THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 461-484; RIBEIRO, Flávia Pereira. Proposta de desjudicialização da execução civil para o Brasil com base na experiência portuguesa – PL nº 6.204/2019. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 323-360; MORAES, Daniela Marques de; ONO, Taynara Tiemi. Desjudicialização da execução civil: uma análise das experiências estrangeiras e do projeto de Lei nº 6.204/2019. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 125-158

⁶⁷⁰ CORTEZ, Renata Vieira Peixoto; RIBEIRO, Flávia Pereira. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331995/primeiros-contrapontos-a-nota-tecnica-da-amb-contraria-ao-pl-6-204-19>. Acessado em 29 nov. 2020

legítima pela sociedade.⁶⁷¹ Além disso, ela seria facultativa apenas para o credor, subjugando-se o devedor.

Mais especificamente, o Projeto de Lei nº 6.204/2019 propõe que seja delegada a um profissional de direito devidamente concursado – o tabelião de protesto – a função pública de execução de títulos. A sua remuneração seria realizada de acordo com os emolumentos fixados por lei, preferencialmente cobrada do devedor ao final do procedimento executivo. A fiscalização seria realizada pelo Poder Judiciário – por meio das corregedorias dos Tribunais de Justiça.

Em outros termos, o Projeto da Senadora Soraya Thronicke propõe a atribuição do poder de império do Estado a outro e determinado órgão de sua estrutura, fazendo-se a translação da competência do agente público dele hoje encarregado – o juiz – para um titular de outro órgão de sua estrutura – o tabelião de protesto –, designado especificamente para essa atribuição e sujeito a todas as responsabilidades dela decorrentes.^{672_673}

Alguns comentários parecem pertinentes quanto à proposta de ampliação dos poderes dos tabelionatos de protesto: i) a estrutura física existente é apta a dar efetividade também para a execução, ao menos inicialmente, considerando a implementação paulatina⁶⁷⁴; ii) a habilidade na análise do título para protesto pode ser também aplicada na verificação dos pressupostos da execução; iii) os sistemas de localização de endereço do devedor, de expedição e efetivação de intimação e de publicação de edital servem tanto para o protesto como para a execução; iv) os mecanismos de pagamento do protesto podem ser justapostos para a execução, entre outros.

⁶⁷¹ No mundo todo há um único ente legitimado para realizar os atos executivos no país: o juiz nos países de tradição latino-americano, o sheriff nos Estados Unidos, o bailiff na Inglaterra, o kronofogde na Suécia, o gerichtsvollzieher na Alemanha, o secretário na Espanha, o ufficiale giudiziario na Itália, o huissier de justice na França, o agente de execução em Portugal, entre outros, embora sempre com competência exclusiva para a realização do poder de império no seu país.

⁶⁷² RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 196.

⁶⁷³ CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Reflexões sobre a responsabilidade civil do ‘agente de execução’ (projeto de Lei 6.204, de 2019). In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 701-722; CAEIROS, INÊS. A comissão para o acompanhamento dos Auxiliares da Justiça, uma entidade “reguladora” *sui generis*. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 485-516.

⁶⁷⁴ **Projeto de Lei 6.204/2019**. Art. 25. “As execuções pendentes quando da entrada em vigor desta Lei observarão o procedimento originalmente previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, não sendo admitida a redistribuição dos processos para os agentes de execução, salvo se requerido pelo credor. Parágrafo Único: As Corregedorias Gerais dos Tribunais de Justiça dos Estados, em conjunto com os tabelionatos de protestos locais, estabelecerão as regras para redistribuição das execuções aos agentes de execução”.

Para reforço da proposta, importante registrar que, conforme se extrai do Anuário publicado pelo Instituto de Protestos (“Cartórios em Números”), edição 2020, no exercício de 2019⁶⁷⁵, 67,9% dos títulos privados protestados foram pagos. Se os mesmos resultados pudessem ser estendidos para a atividade executiva, haveria um enorme sucesso no cumprimento das obrigações nesse país. Vale notar que no mesmo período a efetividade dos processos judiciais executivos cíveis, segundo o “Justiça em Números” do CNJ, foi de 17,6%!⁶⁷⁶ No mesmo período, a efetividade da execução desjudicializada portuguesa foi de 41%⁶⁷⁷, o que parece um número intermediário, razoável e bastante exitoso, considerando-se que boa parte dos devedores não possui, sabidamente, patrimônio penhorável – essa sim a verdadeira crise da execução!

Além do mais, estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Datafolha em 2016-2017 em âmbito nacional a respeito da satisfação dos consumidores em face dos serviços prestados pelos Cartório Extrajudiciais indicaram números excepcionais de aprovação – 77%, inclusive liderando no quesito “confiabilidade” em relação às instituições religiosas, ao Ministério Público e até ao Poder Judiciário. Também lidera no quesito “qualidade nos serviços públicos”.⁶⁷⁸

Tais estatísticas trazem ainda mais certeza ao que se propõe no PL nº 6.204/2019, especialmente no sentido de ampliar os poderes dos tabelionatos de protesto, já que afeitos aos títulos executivos.

De todo modo, para o sucesso do Projeto de Lei, é indispensável que seja disponibilizado às serventias extrajudiciais o acesso a todos os termos, acordos e convênios já fixados entre o Poder Judiciário e CNJ – “base de dados mínima obrigatória”, nos termos do artigo 29 do Projeto de Lei – para consulta de informações e realização de penhoras. Além disso, deve ser disponibilizada uma plataforma operacional – processo eletrônico –, preferencialmente unificada com a do Poder Judiciário, que apesar de variar de Estado para Estado, deve ser padronizada em médio espaço de tempo, conforme Resolução 335 de 29.09.2020 do CNJ.⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Cart%C3%B3rio-em-n%C3%BAmoros-1.pdf> Acessado em: 28 nov. 2020

⁶⁷⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acessado em: 28 nov. 2020

⁶⁷⁷ Disponível em: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Civel_2018.aspx Acessado em 28 nov. 2020.

⁶⁷⁸ Disponível em: <https://www.acritica.net/editorias/geral/pesquisa-datafolha-com-usuarios-elege-cartorios-como-instituicao-mais/186904/> Acessado em 28 nov. 2020.

⁶⁷⁹ Resolução Nº 335 de 29/09/2020. Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496> Acessado em 15 dez. 2020

Para uma rápida apresentação das atividades do novo agente de execução proposto, Rogério Mollica e Eduardo Ambros Ribeiro fazem excelente resumo:

Com a nova legislação cria-se a figura do agente de execução no Brasil, sendo esta tarefa confiada ao tabelião de protesto (art. 3º do PL), no qual permite-se a possibilidade deste: a) examinar o requerimento da exequente e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência; b) consultar a base de dados mínima obrigatória para localização do devedor e de seu patrimônio, sendo que essa base de dados será disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de possibilitar o acesso do agente de execução a dados do devedor, que facilitem informações necessárias na busca do patrimônio, visando a evitar a ineficácia da execução; c) efetuar a citação do devedor para pagamento do título, com os acréscimos legais; d) efetuar diretamente a penhora e a avaliação dos bens; e) realizar atos de expropriação; f) realizar o pagamento ao exequente; g) extinguir a execução; h) suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito; i) consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante e; j) encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas.⁶⁸¹

Para Gláucia Mara Coelho e Rafael Fernandes Guedes, as atividades acima listadas “têm o condão de liberar o magistrado da prática de atos meramente procedimentais, que não envolvem função jurisdicional, tais quais, localização do devedor, busca de bens, que naturalmente congestionam desnecessariamente o Judiciário”.⁶⁸²

⁶⁸⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-out-01/cnj-determina-uniformizacao-tecnologia-informacao-tribunais> Acessado em 15 dez. 2020

⁶⁸¹ RIBEIRO, Eduardo Ambros; MOLLICA, Rogério. A desjudicialização na execução civil, a experiência portuguesa e o Projeto de Lei 6.204/2019. In: **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Coords.). Curitiba: Juruá, 2020, p. 170-171.

⁶⁸² COELHO, Gláucia Mara; GUEDES, Rafael Fernandes. Breves apontamentos sobre a desjudicialização da execução: necessidade e desafios. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 388

A desjudicialização na forma proposta pode trazer fôlego para a prestação jurisdicional como um todo, tornando-a efetiva, célere e justa, uma vez que o Estado não mais precisará despender esforços e recursos na tutela executiva – já que o exercício da atividade cartorária, embora estatal, se dá em caráter privado –, possibilitando aos juízes maior concentração de suas energias nas ações cuja atuação é realmente indispensável. No mesmo sentido, Marco Antonio Rodrigues e Rafael Calmon Rangel.⁶⁸³

A proposta da desjudicialização da execução civil tal qual se apresenta parece em nada afrontar a Constituição Federal, uma vez que o devedor que entender que a execução realizada por um agente privado se desenvolve de forma injusta ou ilegal poderá socorrer-se do Judiciário por meio de embargos à execução, suscitação de dúvidas e impugnação (artigos 18 a 21 do PL), assegurando-se, assim, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A previsão de irrecorribilidade do artigo 20 e 21 do PL, especialmente o 21, não parece ofender tais princípios, mas talvez o duplo grau de jurisdição, razão pela qual esse tema será mais bem abordado no próximo capítulo.

Alguns outros detalhes do Projeto estudado são dignos de nota⁶⁸⁴, ainda que sem aprofundamento – alguns desses pontos serão analisados no capítulo seguinte: i) o protesto prévio torna-se obrigatório, como eficiente medida coercitiva – lembrando que o protesto é gratuito para o credor; ii) as partes estarão sempre representadas por advogado, mantida a verba honorária conforme o Código de Processo Civil; iii) as execuções de pequeno valor podem ser realizadas perante o JEC; iv) as execuções civis passíveis de desjudicialização nos moldes do PL apresentado são aquelas por quantia líquida, certa e exigível, na qual não haja procedimento especial ou participação do Ministério Público; v) se hipossuficiente, o credor deverá contar com os benefícios da

⁶⁸³ RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. O Procedimento Extrajudicial Executivo Lusitano (PEPEX) e o Projeto de Lei 6.204/2019: rumo à desjudicialização da execução no Brasil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Coords.) **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 647.

⁶⁸⁴ Análises do PL nº 6.202/2019: CHINI, Alexandre; HENRIQUES, Gregorio Soria. Desjudicialização da execução e Projeto de Lei 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 19-34; CASTRO, Daniel Pentead de. Atividades extrajudiciais antes delegadas ao Poder Judiciário: breves comentários em confronto com as iniciativas de desjudicialização da execução civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 105-124; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 651-672; FREITAS, Helena Patrícia. O processo de execução: da análise econômica do direito ao debate acerca da desjudicialização. In: ALVES, Lucélia de Sena; SOARES, Carlos Henrique. *et.al.* (Orgs.). **4 anos de vigência do Código de Processo de 2015**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 259-276

gratuidade⁶⁸⁵; vi) se título executivo judicial, a execução só correrá perante o tabelionato de protesto após o transcurso do prazo de pagamento voluntário e impugnação, com aplicação de multa e honorários de 10%; vii) a execução será suspensa na hipótese de não localização de bens suficientes para a satisfação do crédito; viii) se o credor for pessoa jurídica, o agente de execução lavrará certidão de insuficiência de bens comprobatória das perdas no recebimento de créditos, para os fins do disposto no art. 9º da Lei 9.430/1996⁶⁸⁶; ix) as medidas executivas atípicas devem ser requeridas ao juiz, nos termos do artigo 20 do PL⁶⁸⁷; x) os prazos dos juízes são impróprios, razão pela qual nenhuma sanção lhes é imposta caso o processo permaneça sem andamento; completamente diferente é o prazo conferido ao notário ou registrador, que é peremptório e deve ser rigorosamente cumprido, sob as penas da lei.

Por fim, para não inviabilizar a implementação satisfatória da desjudicialização, as execuções pendentes não serão redistribuídas aos agentes de execução quando da entrada em vigor da lei, de modo a permitir que os tabeliões de protesto absorvam de forma gradativa o novo mister, ressalvada a hipótese de requerimento do interessado e as regras de redistribuição das Corregedorias Estaduais. Nesse sentido, Joel Dias Figueira Junior sustenta trata-se de providência salutar que permitirá a implementação paulatina, sem comprometer a qualidade, rapidez e eficiência que se espera na prestação desses serviços.⁶⁸⁸⁻⁶⁸⁹

3. Reflexões sobre algumas críticas ao PL nº 6.204/2019

3.1. A questão que mais assombra os estudiosos é a capilaridade dos Tabelionatos de Protestos no Brasil, que parece ser boa, mas não ideal. No entanto, acredita-se ser suficiente para o início da execução extrajudicial considerando-se a implementação

⁶⁸⁵ ALVARES, Rodrigo Feracine. TARTUCE, Fernanda. Gratuidade ao credor no projeto de “desjudicialização” da execução civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 269-280.

⁶⁸⁶ RIBEIRO, Flávia Pereira; CARDONA, Cláudio. **A dedutibilidade dos créditos considerados incobráveis**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/331934/a-dedutibilidade-dos-creditos-considerados-incobreveis>>. Acesso em: 22 ago. 2020, às 17h39.

⁶⁸⁷ É esperado que o tabelião de protesto, no exercício das novas atribuições, tenha a atitude proativa para todo e qualquer meio coercitivo – medidas atípicas –, conforme expressamente disposto no artigo 20 do Projeto de Lei, até mesmo porque sua remuneração corresponderá, primordialmente, a uma parcela do recobro obtido.

⁶⁸⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial - análise dogmática do PL 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p.536

⁶⁸⁹ MARTINS, Humberto. Reflexões sobre a desjudicialização como instrumento para a eficácia da execução civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 451-460; CARVALHO, Ernesto Antunes de; CARVALHO de, Tarsila Martinho Antunes de. A efetividade da execução civil na recuperação do crédito. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 233-250

paulatina, sem redistribuição dos processos executivos pendentes.⁶⁹⁰ Hoje há 99 tabelionatos exclusivos de protestos e 3.779 tabelionatos de protestos que cumulam funções com notas e registros, mas deve-se ter em mente que os tabeliães podem contratar funcionários dentro da sua estrutura e mais, que concursos devem e podem ser abertos diante da necessidade verificada pelas Corregedorias Estaduais – sem custos adicionais ao Estado. Joel Dias Figueira Junior refuta a crítica de que não há número suficiente de tabelionatos de protesto no Brasil para atender a execução desjudicializada.⁶⁹¹

Nessa linha de argumentação, muitos defendem que aos cartórios extrajudiciais sejam delegadas as tarefas burocráticas da execução, sem que haja a especificação dos tabelionatos de protesto.⁶⁹² Muitos cartórios cumulam funções, é bem verdade, mas as atividades típicas de cada cartório são muito diferentes umas das outras e aqui o registro vem da experiência profissional: a primeira tentativa de realizar a usucapião de modo extrajudicial foi desastrosa e até desistida. O tabelião de notas não sabia diligenciar para constatar a posse e levou alguns anos até que CNJ e Anoreg aprovassem um modelo de ata notarial para a usucapião extrajudicial.⁶⁹³ Desse modo, defende-se categoricamente que seja observada a experiência prévia dos tabelionatos de protesto com títulos de dívidas.

3.2. Ainda na esteira das observações acima e face à grande crítica de que o procedimento executivo extrajudicial projetado é obrigatório e não facultativo, parece razoável a sugestão de que o procedimento extrajudicial seja gradualmente obrigatório, nos termos defendidos por Luiz Fernando Cirluzo:

A criação da execução desjudicializada como meio alternativo de se executar – e não obrigatório, como quer o projeto –, se não evita, minimiza eventuais problemas, na medida em que a atual estrutura do Judiciário ainda estará disponível às partes e o

⁶⁹⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial - análise dogmática do PL 6.204/2019 In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p.536

⁶⁹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Disponível em: Desjudicialização da execução civil. As razões contidas no PL 6.204/2019. <https://www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil> Acessado em 20 dez. 2020

⁶⁹² HILL, Flávia Pereira. **Lições do isolamento**: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia. Disponível em: <bit.ly/2HopXsh>. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020. p.102

⁶⁹³ Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/02/27/artigo-modelo-de-ata-notarial-de-usucapiao-extrajudicial-de-acordo-com-o-novo-provimento-no-65-2017-do-cnj-por-rodrigo-reis-cyrino/> Acessado em 5 dez. 2020

acesso à via desjudicializada será naturalmente progressivo, conforme a alternativa se mostrar eficaz.⁶⁹⁴

Aos tabelionatos seria conferida a possibilidade de uma adaptação e transição graduais, em que os problemas surgidos – e é natural que surjam – seriam resolvidos com maior disponibilidade de tempo e de uso dos recursos auferidos com a própria atividade, até que, num futuro em que os tabelionatos se apresentem realmente mais eficazes, possam assumir a integralidade dos feitos executivos.

Por uma implementação mais segura, cautelosa e gradual, parece até razoável a convivência por certo período de mais de um ente delegado com a mesma atribuição. Assim, parece razoável uma proposta de emenda ao Projeto da Senadora Soraya Thronicke para que a atribuição total do poder de império do Estado a outro e determinado órgão de sua estrutura possa ser diferido no tempo, conforme metas e etapas estabelecidas pelo CNJ e Corregedorias forem sendo vencidas. A convivência eterna de dois agentes públicos encarregados para a atividade executiva – o juiz e o tabelião de protesto –, aí sim, parece totalmente desarrazoada para os fins do Projeto, sem deixar de registrar o caminho na contramão da história.

3.3. Novamente citando Luiz Fernando Cirluzo, já que escreveu sobre a suscitação de dúvidas prevista no artigo 20 do Projeto de Lei nº 6.204/2019 com análise profunda e concisa – sem deixar de registrar opinião similar de Marcelo Abelha Rodrigues e Trícia Navarro Xavier Cabral⁶⁹⁵ –, o autor defende que a suscitação de dúvida tem natureza administrativa – e correicional – e não jurisdicional, como pretende o PL, de modo que a terminologia adotada não foi a mais adequada. Transcreve-se:

Trata-se de um pedido de reconsideração formulado perante o agente executivo sempre que uma decisão tomada por ele causar prejuízo a qualquer das partes.

⁶⁹⁴ CILURZO, Luiz Fernando. A desjudicialização da execução no Projeto de Lei nº 6204/19. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 602

⁶⁹⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Primeiras impressões sobre a “defesa” do executado na execução extrajudicial do Projeto de Lei n.º 6204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 616-620

Uma vez provocado, o agente de execução tem a opção de reconsiderar a decisão ou mantê-la. Neste caso, o próprio agente executivo encaminhará a controvérsia ao Judiciário que, após provocação de contraditório, a apreciará, proferindo decisão irrecurável.⁶⁹⁶

Ainda segundo o autor, ainda que não seja o único mecanismo de defesa do executado, a suscitação de dúvidas é a mais importante dentre as vias à disposição das partes já que, por meio dela, poderão levar a Juízo qualquer questão relativa ao procedimento executivo. Então a ressalva é realizada quanto à identidade de nomenclatura com a previsão da legislação registral, mais especificamente nos artigos 198 a 204 da Lei nº 6015/73. Há diferenças relevantes que devem ser observadas: na dúvida registral, o dissenso remanesce entre o usuário do serviço e o registrador, e caso não haja revisão, a questão poderá ser levada ao Juiz Corregedor – já que tem natureza jurídica administrativa e não jurisdicional. O procedimento, em regra, não suscita contraditório e da decisão judicial cabe recurso de apelação (artigo 202 da Lei nº 6015/73). Segundo o autor, a suscitação de dúvida prevista no Projeto de Lei é procedimento jurisdicional, desafia contraditório, dispensa manifestação do Ministério Público e não prevê recurso da decisão.⁶⁹⁷

Em debate com Fernando Fonseca Gajardoni em um congresso on-line na USP/RP⁶⁹⁸, ele alertou para a necessidade da definição pelo legislador – e não pelo Conselho Nacional de Justiça – de quem é o “juiz competente” para julgar as questões levadas ao Judiciário, nos termos dos artigos 20 e 21 do PL. Ele salientou que há um reduzido número de juízes corregedores e no entender dele, a matéria é jurisdicional, devendo ser decidida por juízes de direito em varas especializadas ou não.

O bom debate é aquele que traz a luz e realmente parece que a melhor nomenclatura não foi utilizada e deverá ser substituída por meio de emenda legislativa.

⁶⁹⁶ CILURZO, Luiz Fernando. A desjudicialização da execução no Projeto de Lei nº 6204/19. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 594

⁶⁹⁷ CILURZO, Luiz Fernando. A desjudicialização da execução no Projeto de Lei nº 6204/19. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 595.

⁶⁹⁸ Disponível em: <https://youtu.be/eS-HoOICKeg> Acessado em 15 dez. 2020

O nome utilizado pode ser reclamação, oposição, defesa, qualquer um outro. O nome adotado em Portugal é reclamação.⁶⁹⁹

3.4. Um ponto bastante polêmico do Projeto de Lei é a irrecorribilidade das decisões judiciais acerca das dúvidas e suscitações de dúvidas previstas nos artigos 20 e 21 do Projeto de Lei. A alteração de nomenclatura é importante também para que se sustente a irrecorribilidade da decisão que julgar a suscitação de dúvidas, haja vista que o artigo 202 da Lei nº 6015/73 diz caber recurso de apelação.

Sobre a questão dos recursos – e o respeito ao duplo grau de jurisdição –, são razoáveis as ponderações de Flávia Pereira Hill⁷⁰⁰ no sentido de que, com a manutenção da regra de irrecorribilidade prevista no artigo 21 do Projeto de Lei nº 6.204/2019, a parte irresignada acabará impetrando mandado de segurança contra a decisão judicial, de modo que teria sido melhor admitir o cabimento do agravo de instrumento, na forma do parágrafo único do artigo 1.015 do CPC. Nessa linha, é de se notar que a autora também entende que a natureza jurídica da suscitação de dúvidas projetada é jurisdicional.

Dois pontos devem ser apresentados: um deles é um estudo do IPEA⁷⁰¹ que informa que apenas 18% das execuções são resistidas, de modo que não é o duplo grau de jurisdição que obstaculiza a efetividade da execução; o outro é o paralelo com o direito estrangeiro, mais especificamente o português, no qual a decisão da reclamação é irrecorrível. Se recorrível ou não, tal ajuste depende de decisão legislativa, mas não interfere na proposta como um todo, sendo aceitável a previsão expressa do recurso cabível para o artigo 21 do PL – suscitação de dúvidas –, mantendo-se a irrecorribilidade das dúvidas do artigo 20 do PL.

3.5. Duas sugestões de emenda ao PL foram ofertadas por Marcelo Abelha Rodrigues e Trícia Navarro Xavier Cabral em um congresso on-line da ESA/OAB/SP⁷⁰² e artigo escrito em co-autoria⁷⁰³. A primeira seria acrescentar que, além de

⁶⁹⁹ PINTO, Rui. A reclamação de atos e decisões do agente de execução. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 723-738

⁷⁰⁰ HILL, Flávia Pereira. **Lições do isolamento**: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia. Disponível em: <bit.ly/2HopXsh>. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020. p. 107. Nota de rodapé 141.

⁷⁰¹ Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10846 Acessado em 17 dez. 2020

⁷⁰² Disponível em: <https://youtu.be/0quhJLoTuqE> Acessado em 17 dez. 2020

⁷⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Primeiras impressões sobre a “defesa” do executado na execução extrajudicial do Projeto de Lei n.º 6204/2019. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.;

subsidiariamente, também supletivamente a execução extrajudicial seria regida pelo Código de Processo Civil. A redação seria a seguinte: “Art. 1º. A execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais será regida por esta Lei e, subsidiária e supletivamente, pelo Código de Processo Civil”. Talvez essa pequena alteração já torne clara a possibilidade de aplicação pelo juiz, *e.g.*, de multa por litigância de má-fé e/ou por ato atentatório – anotando-se a previsão pouco utilizada do artigo 774, inciso IV do CPC. Os autores lembram ainda que, quando se fala em aplicação subsidiária e supletiva do CPC, todos os meios de impugnação lá previstos permanecem à disposição do jurisdicionado.

3.6 A outra proposta de emenda formulada pelos autores, e que está em total sintonia com os equivalentes jurisdicionais, é incluir no artigo 4º do PL, acerca das incumbências do agente de execução, também a tentativa de conciliação e mediação, a todo e qualquer momento da execução.

3.7 Muitos doutrinadores dizem não ser otimistas em relação à desjudicialização da execução civil uma vez que o maior problema da execução é a ausência de bens do devedor.⁷⁰⁴ Não há dúvidas que o Projeto de Lei em comento não irá solucionar o “vazio patrimonial”, mas tal fato não deve impedir a busca de maior eficiência da execução. Além disso, a inexistência de bens é uma realidade na execução judicial ou extrajudicial.

A última inovação processual portuguesa, no âmbito da execução, foi a Lei n.º 32/2014, que aprovou o Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX),⁷⁰⁵

RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 616-620

⁷⁰⁴ RODRIGUES, Viviane Siqueira; YARSHELL, Flávio Luiz. Desjudicialização da execução civil: uma solução útil e factível entre nós? *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 361-372

⁷⁰⁵ Sobre o assunto: GRÜDTNER, Ana Paula F. Ali. Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX): a busca prévia de patrimônio do devedor de forma desjudicializada e sua aplicação no ordenamento brasileiro. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 35-52; GONÇALVES, Gláucio Maciel; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. PEPEX: Entre o cumprimento e a coerção. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 251-268; HILL, Flávia Pereira. O Procedimento extrajudicial pré-executivo (PEPEX): Reflexões sobre o modelo português em busca da efetividade da execução no Brasil. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 305-322; POLLI, Marina. Propostas de reforma legislativa para a criação de Procedimentos Pré-Executivos Judicial e Extrajudicial no ordenamento brasileiro: diálogo com o sistema português. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 673-700; CASTANHEIRA, Sérgio. O procedimento extrajudicial pré-executivo português. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 739-746; ASSIS, Carolina Azevedo. Desjudicialização da Execução Civil: Um diálogo com o modelo português. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a**

facultativo, que se destina à obtenção de informação referente à identificação e localização do devedor, bem como dos bens penhoráveis de sua titularidade por meio da consulta das bases de dados oficiais, como “da administração tributária, da segurança social, do registro civil, do registro nacional de pessoas coletivas, do registro predial, do registro comercial e do registro de veículos e de outros registros ou arquivos semelhantes”, nos termos do artigo 9º da Lei.

O procedimento é realizado pelo agente de execução e a requerimento do credor munido de título executivo de dívida líquida, certa e exigível. Caso presentes todos os requisitos, o agente de execução terá 5 dias para realizar as consultas (artigo 8º), que deverão ser registradas em um relatório, indicando quais os bens identificados ou a circunstância de não terem sido identificados. Caso o devedor não tome nenhuma providência, haverá a inclusão do seu nome em listas públicas de devedores.

Vale registrar que entre os portugueses não houve resistência ao novo procedimento pré-executivo, já que, após 10 anos da reforma para a desjudicialização da execução, o agente de execução já era figura aceita e sedimentada na sociedade e, se já podia o mais, que é exercer os atos de execução, poderia o menos, que é promover a pesquisa prévia de bens. Mas curiosamente, justamente por não estarem aculturados ao protesto de títulos e inclusão do nome dos devedores em listas públicas ou parcialmente públicas, questionaram se seria “constitucional a pressão sobre o devedor para pagar sob pena da sua inclusão na lista pública de devedores”.⁷⁰⁶ Nesse sentido, Marco Carvalho Gonçalves registra a natureza coativa do procedimento.⁷⁰⁷

Já os processualistas brasileiros, até porque habituados com o protesto de títulos, muito festejaram o PEPEX. Elias Marques de Medeiros Neto diz que a Lei nº 32/2014 carrega em seu núcleo a genial possibilidade de o credor, antes de movimentar a

desjudicialização da execução civil. Curitiba: Juruá, 2020. p. 75-104; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões sobre a necessária busca antecipada de bens do devedor. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.** Curitiba: Juruá, 2020. p. 175-192

⁷⁰⁶ PINTO, Rui; TOMAZ, Helena. **PePEX - Procedimento Extrajudicial Pré-executivo:** anotado. Coimbra: Coimbra Editora, setembro 2015. p. 40-41

⁷⁰⁷ GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de processo civil executivo.** Lisboa: Almedina, 2016. 459-460

máquina burocrática disponível para a promoção da execução da dívida, conhecer a real situação patrimonial do devedor.⁷⁰⁸

A ideia de que o credor tenha ferramentas para conhecer o patrimônio do devedor é válida. Acredita-se que, antes de iniciar a execução propriamente dita, o credor possa optar pela busca prévia de bens, procedimento este a ser realizado pelo agente de execução – tabelião de protesto. No entanto, não se deve olvidar que a lista pública de devedores já existe no Brasil⁷⁰⁹ – o protesto de títulos. De todo modo, remanesce aqui uma proposta de emenda ao PL nº 6.204/2019: a introdução da pesquisa prévia de bens, por opção do credor, perante o tabelionato de protesto.

3.8 Cláudio Cardona registrou em artigo sobre o cumprimento de sentença no PL – mas a mesma crítica apareceu em outros fóruns de discussão –, que nem sempre o máximo aproveitamento dos atos processuais é proveitoso, especialmente quando “cria uma situação *sui generis* de troca de competência intermediária e outros problemas sistêmicos”. Para ele, não é adequada a previsão do Projeto de Lei no sentido de que, após o trânsito em julgado da decisão judicial, deve haver o requerimento de cumprimento de sentença e, somente após o transcurso do prazo de pagamento voluntário e ausência de apresentação de impugnação, pode haver a instauração do procedimento executivo perante o tabelionato de protesto de título. Para o autor, com a atual redação, perde-se uma boa oportunidade de determinar a competência do agente de execução desde o trânsito em julgado, atribuindo-se competência ao magistrado apenas para julgar as impugnações, os embargos à execução, bem como suscitações de dívida.⁷¹⁰

Por um lado, há razão o autor, no sentido de que seria mais fácil distribuir as competências com maior literalidade – no caso da execução do título judicial –, mas por outro lado deve-se observar os grandes avanços advindos da Lei nº 11.232/2005 e

⁷⁰⁸ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A recente Lei n. 13.606/18, a execução em Portugal e a busca antecipada de bens do devedor no Brasil. **Revista Pensamento Jurídico**. vol. 12, n. 2. São Paulo: jul./dez., 2018. p. 152

⁷⁰⁹ Inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes: O juiz poderá determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. Se o exequente requerer, o juiz poderá determinar a inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, como, por exemplo SPC, SERASA etc. A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo. Trata-se de uma medida coativa permitida pela legislação processual para estimular o executado ao cumprimento da obrigação, uma vez que a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes poderá ensejar inúmeros dissabores, como, por exemplo, restrição ao crédito. O juiz poderá determinar a inscrição do nome do executado em cadastros de inadimplentes tanto em execução de título executivo extrajudicial quanto no cumprimento de título executivo judicial. SOUZA, Artur César de; FERNANDES, Geraldo Og Nicéas. **Execução e cumprimento de sentença**. São Paulo: Almedina, 2018. gurg. 121

⁷¹⁰ CARDONA, Luiz Cláudio. Primeiras impressões sobre a afetação do projeto de Lei da desjudicialização da execução civil sobre o cumprimento de sentença. *In*: MARQUES NETO, Elias; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 576

ulteriores que fixaram a intimação do advogado para pagamento do quanto fixado em sentença, sob pena de multa e honorários advocatícios adicionais, ambos de 10%. Tais acréscimos legais, em tese – já que não confirmados pela jurisprudência do CNJ –, estimulariam o pagamento espontâneo, encerrando-se o processo. Nessa expectativa, parece que aguardar a definição do inadimplemento é essencial para a fixação da competência do agente de execução no cumprimento de sentença – ainda que os acréscimos legais sejam carregados para o eventual procedimento executivo extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC de 2015 sofreu profundas alterações, mas o Livro II – Do processo de execução – não recebeu qualquer vírgula de atenção, mesmo considerando-se tratar do ponto crítico do congestionamento processual segundo os dados do CNJ. As medidas atípicas do artigo 139, IV da Parte Geral do CPC em nada alteraram o número crescente de pendências executivas.

Nesse passo, se a execução não foi revisitada quando deveria ter sido, é necessário que se faça agora, com urgência, diante dos números caóticos apresentados pelo CNJ. Esses dados pedem que PL nº 6.204/2019 seja analisado com bons olhos, desapegados de mitos, preconceitos, além das arcaicas concepções de jurisdição.

O Projeto de Lei nº 6.204/2019, em trâmite perante o Senado Federal, propõe a desjudicialização da execução de títulos judiciais e extrajudiciais, de dívida líquida, certa e exigível, com base no estudo de direito estrangeiro, principalmente o português. Não se trata de uma simples cópia das reformas implementadas naquele país, e sim de um projeto nacionalizado, permitindo-se a realização da execução de forma privada e, ainda assim, compatível com a Constituição Federal brasileira.

O PL propõe que seja delegada a um profissional de direito devidamente concursado – o tabelião de protesto – a função pública da execução de títulos. A sua remuneração deverá ser realizada de acordo com os emolumentos fixados por lei, preferencialmente cobrada do devedor ao final do procedimento executivo. A fiscalização deverá ser realizada pelo Poder Judiciário – por meio das corregedorias dos Tribunais.

Ao longo do artigo, defendeu-se a ampliação dos poderes dos tabelionatos de protesto diante da expertise para com títulos de dívida, bem como da jurimetria – 67,9% dos títulos privados protestados foram pagos. O índice de confiabilidade dos Cartório Extrajudiciais é de 77%, acima das instituições religiosas, do Ministério Público e até do Poder Judiciário.

Defendeu-se a importância do acesso a todos os termos, acordos e convênios já fixados entre o Poder Judiciário e o CNJ para consulta de informações e realização de penhoras, bem como da disponibilização de uma plataforma operacional – processo eletrônico –, preferencialmente unificada com a do Poder Judiciário.

Além disso, houve uma rápida apresentação i) do procedimento da execução realizada de modo extrajudicial; ii) das atividades do novo agente de execução; iii) dos

meios de defesa previstos no projeto, considerando a subsidiariedade do CPC; iv) de outros pontos relevantes do PL. Registrou-se, também, que a implementação será paulatina, de modo as execuções pendentes não serão redistribuídas aos agentes de execução quando da entrada em vigor da lei.

No último capítulo, realizou-se a análise de algumas das críticas ofertadas pelo mundo acadêmico. Durante a pandemia, ocorreram muitas *lives*, eventos e congressos *on-line*, artigos eletrônicos, além de uma coletânea de artigos, oportunizando-se o debate. Pontuou-se as críticas pertinentes, sugerindo-se propostas de emendas; refutou-se àquelas críticas que não parecem profícuas, justificando-se.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Rodrigo Feracine. TARTUCE, Fernanda. Gratuidade ao credor no projeto de “desjudicialização” da execução civil. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

ASSIS, Carolina Azevedo. Desjudicialização da Execução Civil: Um diálogo com o modelo português. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Primeiras impressões sobre a “defesa” do executado na execução extrajudicial do Projeto de Lei n.º 6204/2019. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

CAEIROS, INÊS. A comissão para o acompanhamento dos Auxiliares da Justiça, uma entidade “reguladora” *sui generis*. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

CARDONA, Luiz Cláudio. Primeiras impressões sobre a afetação do projeto de Lei da desjudicialização da execução civil sobre o cumprimento de sentença. *In: MARQUES NETO, Elias; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

CARDONA, Luiz Cláudio; RIBEIRO, Flávia Pereira. **A dedutibilidade dos créditos considerados incobráveis.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331934/a-dedutibilidade-dos-creditos-considerados-incobreveis>

CARVALHO, Ernesto Antunes de; CARVALHO de, Tarsila Martinho Antunes de. A efetividade da execução civil na recuperação do crédito. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

CASTANHEIRA, Sérgio. O procedimento extrajudicial pré-executivo português. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.* Curitiba: Juruá, 2020

CASTRO, Daniel Penteadó de. Atividades extrajudiciais antes delegadas ao Poder Judiciário: breves comentários em confronto com as iniciativas de desjudicialização da

execução civil. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

CHINI, Alexandre; HENRIQUES, Gregorio Soria. Desjudicialização da execução e Projeto de Lei 6.204/2019. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 19-34

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Reflexões sobre a responsabilidade civil do ‘agente de execução’ (projeto de Lei 6.204, de 2019). *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de.; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

CILURZO, Luiz Fernando. A desjudicialização da execução no Projeto de Lei nº 6204/19. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

COELHO, Gláucia Mara; GUEDES, Rafael Fernandes. Breves apontamentos sobre a desjudicialização da execução: necessidade e desafios. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

CORTEZ, Renata Vieira Peixoto; RIBEIRO, Flávia Pereira. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331995/primeiros-contrapontos-a-nota-tecnica-da-amb-contraria-ao-pl-6-204-19>.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial - análise dogmática do PL 6.204/2019 *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Disponível em: Desjudicialização da execução civil. As razões contidas no PL 6.204/2019. <https://www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil>

FREITAS, Helena Patrícia. O processo de execução: da análise econômica do direito ao debate acerca da desjudicialização. *In*: ALVES, Lucélia de Sena; SOARES, Carlos Henrique. *et.al.* (Orgs.). **4 anos de vigência do Código de Processo de 2015**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020

GONÇALVES, Gláucio Maciel; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. PEPEX: Entre o cumprimento e a coerção. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia

Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Desjudicialização da execução: superando o paradigma paternalista da tutela jurisdicional executiva. In: **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de processo civil executivo**. Lisboa: Almedina, 2016. 459-460

GRÜDTNER, Ana Paula F. Ali. Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX): a busca prévia de patrimônio do devedor de forma desjudicializada e sua aplicação no ordenamento brasileiro. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

HILL, Flávia Pereira. **Lições do isolamento**: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia. Disponível em: <bit.ly/2HopXsh>. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020

HILL, Flávia Pereira. O Procedimento extrajudicial pré-executivo (PEPEX): Reflexões sobre o modelo português em busca da efetividade da execução no Brasil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

MARTINS, Humberto. Reflexões sobre a desjudicialização como instrumento para a eficácia da execução civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões sobre a necessária busca antecipada de bens do devedor. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A recente Lei n. 13.606/18, a execução em Portugal e a busca antecipada de bens do devedor no Brasil. **Revista Pensamento Jurídico**. vol. 12, n. 2. São Paulo: jul./dez., 2018

MORAES, Daniela Marques de; ONO, Taynara Tiemi. Desjudicialização da execução civil: uma análise das experiências estrangeiras e do projeto de Lei nº 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

PINTO, Rui. A reclamação de atos e decisões do agente de execução. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

PINTO, Rui; TOMAZ, Helena. **PePEX - Procedimento Extrajudicial Pré-executivo**: anotado. Coimbra: Coimbra Editora, setembro 2015

POLLI, Marina. Propostas de reforma legislativa para a criação de Procedimentos Pré-Executivos Judicial e Extrajudicial no ordenamento brasileiro: diálogo com o sistema português. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

RIBEIRO, Eduardo Ambros; MOLLICA, Rogerio. A desjudicialização na execução civil, a experiência portuguesa e o Projeto de Lei 6.204/2019. *In*: **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Coords.). Curitiba: Juruá, 2020

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2019

RIBEIRO, Flávia Pereira. Proposta de desjudicialização da execução civil para o Brasil com base na experiência portuguesa – PL nº 6.204/2019. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. O Procedimento Extrajudicial Executivo Lusitano (PEPEX) e o Projeto de Lei 6.204/2019: rumo à desjudicialização da execução no Brasil. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Coords.) **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

RODRIGUES, Viviane Siqueira; YARSHELL, Flávio Luiz. Desjudicialização da execução civil: uma solução útil e factível entre nós? *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

SOUZA, Artur César de; FERNANDES, Geraldo Og Nicéas. **Execução e cumprimento de sentença**. São Paulo: Almedina, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (Orgs.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Projeto legislativo de desjudicialização da execução civil**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332358/projeto-legislativo-de-desjudicializacao-da-execucao-civil>. Acessado em 20 dez. 2020

Brasil:

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21082020-Meios-de-execucao-indireta-dependem-do-esgotamento-das-vias-tipicas-para-satisfacao-do-credito.aspx>.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>

<https://www.acritica.net/editorias/geral/pesquisa-datafolha-com-usuarios-elege-cartorios-como-instituicao-mais/186904/>

<https://www.anoreg.org.br/site/2018/02/27/artigo-modelo-de-ata-notarial-de-usucapiao-extrajudicial-de-acordo-com-o-novo-provimento-no-65-2017-do-cnj-por-rodrigo-reis-cyrino/>

<https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Cart%C3%B3rio-em-n%C3%BAmeros-1.pdf>

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>

<https://www.conjur.com.br/2009-out-01/cnj-determina-uniformizacao-tecnologia-informacao-tribunais>

https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10846

<https://youtu.be/0quhjLoTuqE>

<https://youtu.be/eS-HoOICKeg>

Portugal:

https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Civel_2018.aspx.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO: NECESSIDADE E DESAFIOS

Gláucia Mara Coelho⁷¹¹ - Rafael Fernandes Guedes⁷¹²

1. *Por que a desjudicialização é necessária?*

A execução é parcela fundamental do processo. Como se sabe, são raras as vezes que o processo atinge seu objetivo de solucionar uma questão de direito material⁷¹³ com a simples prolação de uma sentença declaratória ou constitutiva; e, sendo proferida decisão condenatória, a satisfação do direito do vencedor da ação judicial depende do cumprimento da sentença pelo devedor. Assim, para que a satisfação do direito do credor não fique à mercê do cumprimento espontâneo da decisão pelo devedor, o sistema jurídico fornece a via executiva como ferramenta para satisfação forçada desse direito.

A execução não decorre unicamente do processo de conhecimento. Em razão da suposta idoneidade em indicar direitos e deveres decorrentes de determinados documentos, o legislador atribuiu a eles eficácia executiva (art. 784, do CPC). Dessa forma, o titular do direito estampado nesses documentos pode ajuizar ação de execução, sem necessidade de que o direito ali indicado seja referendado pelo Poder Judiciário.

Ressalvadas as peculiaridades da execução fundada em título executivo extrajudicial ou judicial, ambas objetivam a verdadeira satisfação do direito já constituído da parte. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco esclarece que essa via processual consiste “*na imposição de medidas que, com ou sem o concurso da vontade do obrigado, produzam o mesmo resultado que ele não quis produzir, a saber, a satisfação do direito do credor.*”⁷¹⁴

Bem ilustra a ideia da execução a metáfora na qual o processo de conhecimento transforma os fatos em direito, e o processo de execução, o direito em fatos. Ou seja, sem execução, não há real satisfação do credor na hipótese de não cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor: daí a relevância primordial da execução para a prestação jurisdicional como um todo.

⁷¹¹ Mestre e Doutora em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP; sócia do escritório Machado Meyer Advogados.

⁷¹² Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da USP; advogado no escritório Machado Meyer Advogados.

⁷¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Novo Processo. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

⁷¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 31/32.

Nesse sentido, levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), em 2019 (ano base de 2018), apontou que 54.2% dos processos pendentes de julgamento no Brasil eram execuções⁷¹⁵. Não só. A pesquisa ainda constatou que as execuções ajuizadas também superam em muito a quantidade de processos de conhecimento protocolados no mesmo período. Somente em 2018, 18,5 milhões de processos de execução foram ajuizados, contra 14,6 milhões de processos de conhecimento⁷¹⁶.

Aprofundando-se na análise dos números do Judiciário fica claro também que as execuções são as grandes responsáveis pelo congestionamento do Judiciário: o tempo médio de baixa de um processo de execução extrajudicial é de 8 anos e 6 meses; enquanto que o tempo necessário para o fim de um processo de conhecimento é estimado em 1 ano e 1 mês⁷¹⁷.

Assim, não é preciso muito para inferir que, constituindo-se a maioria dos processos pendentes e sendo aqueles que mais tardam a terem baixa, os processos de execução representam um importante entrave à justiça, congestionando o sistema Judiciário como um todo.

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (“IPEA”), também confirmou esses números, identificando a execução como um dos principais fatores para a morosidade do Poder Judiciário⁷¹⁸.

A despeito de sua relevância para a devida prestação jurisdicional, os números da pesquisa do CNJ e a prática jurídica não deixam dúvidas a respeito da morosidade da execução no Brasil que, além de abarrotar o sistema Judiciário, constitui-se como um ineficiente meio para a satisfação do direito do credor.

O efeito negativo, portanto, é geral e contribui para a impossibilidade do Estado em atender as demandas dos jurisdicionados, sendo incapaz de “*dar vazão em tempo hábil e com a qualidade esperada a milhares de demandas que, diuturnamente,*

⁷¹⁵ Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça, Brasília, CNJ, 2019, p. 126.

⁷¹⁶ Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça, Brasília, CNJ, 2019, p. 127.

⁷¹⁷ Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça, Brasília, CNJ, 2019, p. 35.

⁷¹⁸ “*A morosidade na Justiça não tem como razão os infundáveis recursos. É o que constatou um estudo do Ipea sobre o custo unitário do processo de execução fiscal, encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e apresentado em 29 de setembro no I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, na Universidade de São Paulo (USP), em Ribeirão Preto. “Sempre ouvimos que há morosidade na Justiça porque as pessoas recorrem muito. Recorrem nada! São só 12%. No caso específico da execução fiscal, a culpa não é do sistema recursal”, afirmou o técnico de planejamento e pesquisa do Ipea Alexandre Cunha, na apresentação do estudo. “Se o processo de execução fiscal tiver todas as etapas, ele levará 16 anos! Em média, ele leva oito anos, dois meses e nove dias. Demora tanto principalmente porque a Justiça não consegue citar o réu. Ela leva mais de quatro anos para achar o executado”, explicou Cunha.*” (Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10846&catid=8&Itemid=6>. Acessado em: 31.01.2020)

*aportam nos gabinetes dos juizes, formando, como diriam os italianos, um verdadeiro collo de botiglia de difficil soluçãõ*⁷¹⁹.

Esse cenário também viola a garantia constitucional de razoável duração do processo, fixado junto ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e reiterado no bojo do art. 4º, do Código de Processo Civil, que assegura às partes o “*direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”. Veja-se que o legislador não poupou esforços ao destacar expressamente que mesmo a atividade satisfativa, qual seja, a execução, merece solução em *tempo razoável*.

Como se viu, contudo, a razoável duração do processo e a prestação jurisdicional estão comprometidas, evidenciando a necessidade de reforma de vários aspectos do processo e, sobretudo, da execução.

Com objetivo de que solucionar essas questões, outros sistemas jurídicos afastaram o Poder Judiciário da condução do processo de execução diminuindo o congestionamento do Judiciário e delegando essa atividade para agentes que possam promover a satisfação de maneira mais eficiente. Em outras palavras, esses sistemas encontraram como alternativa a desjudicialização, em diferentes graus, do processo executivo.

Diante disso, percebemos que a minimização da participação do Judiciário no processo satisfativo pode acontecer de duas formas: a partir da sua desjudicialização, que tem como característica a diminuição da intervenção do juiz togado na condução do processo executivo; e, ainda, tornando-o extrajudicial, hipótese na qual a participação do juízo é eventual⁷²⁰.

Em ambos os casos, a consequência que se tem normalmente é clara: o descongestionamento do Judiciário e o aumento da eficiência do processo e da execução⁷²¹.

⁷¹⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; CHINI, Alexandre. Desjudicialização do Processo de Execução Extrajudicial, *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Edição/88, Jan/Fev 2019, 2019, p. 2

⁷²⁰ BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução Extrajudicial Imobiliária: aspectos práticos*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 53

⁷²¹ Nesse sentido, esclarece Humberto Theodoro Júnior: “*A desjudicialização, embora não se revele de maneira uniforme, é uma tendência manifesta do sistema executivo do processo civil europeu. José Lebre de Freitas aponta para o seguinte panorama: “Em alguns sistemas jurídicos, o tribunal só tem de intervir em caso de litígio, exercendo então uma função de tutela. O exemplo extremo é dado pela Suécia, país em que é encarregado da execução o Serviço Público de Cobrança Forçada, que constitui um organismo administrativo e não judicial (...). Noutros países da União Europeia, há um agente de execução (huissier em França, na Bélgica, no Luxemburgo, na Holanda e na Grécia; sheriff officer na Escócia) que, embora seja um funcionário de nomeação oficial e, como tal, tenha o dever de exercer o cargo quando solicitado, é contratado pelo exequente e, em certos casos (penhora de bens móveis ou de créditos), actua extrajudicialmente (...), podendo “desencadear a hasta pública, quando o executado não vende, dentro de um mês, os móveis penhorados (...). A Alemanha e a Áustria também têm a figura do agente de execução (Gerichtsvollzieher); mas este é um funcionário judicial pago pelo erário público (...); quando a execução é de sentença, o juiz só intervém em caso de litígio (...); quando a execução se baseia em outro título, o juiz exerce também uma função de controlo prévio, emitindo a fórmula executiva, sem a qual não é desencadeado o processo*”

A reformulação do processo de execução tem como condão deixá-lo o mais eficiente possível, o que vai ao encontro da própria Constituição Federal, que assegura o emprego das técnicas processuais que o tornem mais eficiente (art. 5º, LXXXVII, CF)
722

Vale registrar, ainda, que as razões para a morosidade e a ineficiência do processo executivo não se limitam à uma mera questão procedimental. Não existe processo de execução que seja capaz de promover a satisfação do credor sem que haja bens disponíveis no patrimônio do devedor. Do que se concluiu que onde as pessoas são menos solventes, as execuções serão menos frutíferas e céleres.

Ademais, mesmo que o devedor possua patrimônio, encontrá-lo pode figurar como um outro elemento de entrave à efetividade do processo satisfativo. No Brasil, a despeito das evoluções com as ferramentas de pesquisas Infojud, Bacenjud e Renajud, o encontro de bens imóveis em nome do devedor ainda representa um enorme obstáculo na pesquisa de ativos, na medida em que não existe um sistema unificado e informatizado de pesquisa de bens imóveis em nosso país.

Da mesma forma, corrobora com a ineficiência da execução no Brasil a falta de cumprimento espontâneo das decisões judiciais, mesmo aquelas já transitadas em julgado. Em outros países, como Estados Unidos e Inglaterra, observa-se que as partes tradicionalmente respeitam com maior intensidade as decisões judiciais, haja vista a imposição de duras sanções – inclusive penais – para as hipóteses de descumprimento injustificado dos comandos emanados de suas Cortes. Dessa forma, cria-se um cenário muito mais cooperativo no âmbito da Justiça e, sobretudo, dos procedimentos satisfativos⁷²³.

Enquanto isso, no Brasil, a prática forense mostra exatamente o contrário, sendo o descumprimento de decisões judiciais a regra, o qual, por sua vez, não é seguido de qualquer consequência mais grave.

Portanto, qualquer medida a ser tomada em prol do desenvolvimento e aprimoramento dos procedimentos de satisfação do direito do credor terá seus efeitos

executivo" (THEODORO JÚNIOR, Humberto, **O Futuro do Processo Civil Brasileiro**, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ed. 85, Jul/Ago, 2018, p. 23)

⁷²² “O que o princípio quer [art. 5º, LXXXVIII, CF], destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se extrai do caput do art. 37 da CF e do “princípio da eficiência” lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como “princípio da eficiência da atividade jurisdicional” (BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, fl. 56)

⁷²³ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law - introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999, p. 124.

limitados por essas questões, que transcendem o processo executivo em si. Não obstante essas limitações, evidente que o processo satisfativo também encontra problemas procedimentais e que merecem atenção e medidas à altura.

Entendida a necessidade de se reformular o procedimento de execução no Brasil, passa-se a analisar alguns sistemas jurídicos que seguem modelos com menor intervenção do Poder Judiciário, bem como os procedimentos de execução extrajudiciais já existentes no Brasil e os desafios enfrentados para sua compatibilização com a Constituição Federal. Isso para que, ao fim, seja analisado o Projeto de Lei nº 6.204/19, que propõe, em certa medida, a desjudicialização da execução no Brasil.

Vale ressaltar que este breve artigo não pretende esgotar tão vasto tema, mas apenas colaborar com a discussão a respeito desse assunto, cuja pertinência é indiscutível.

2. A execução extrajudicial e desjudicializada no direito comparado

A execução extrajudicial é prática comum nos países de *common law* e sua maior eficiência acabou por inspirar outros sistemas jurídicos, entranhando-se também nos países de tradição no *civil law*, onde promoveu a desjudicialização da atividade satisfativa em vários ordenamentos jurídicos.

Assim, com o objetivo de subsidiar o presente estudo, analisa-se brevemente alguns sistemas executivos nos quais a desjudicialização da execução é adotada em maior ou menor grau.

2.1. A execução extrajudicial no *common law*

Sem dúvida, um dos maiores expoentes na adoção da via para-judicial para a condução das execuções é os Estados Unidos, onde a execução é matéria administrativa e o seu processamento é primordialmente extrajudicial.

O procedimento estadunidense de execução de título executivo judicial tem início na anotação da decisão a ser executada no livro oficial. Com isso, passado o prazo para adimplemento da obrigação,⁷²⁴ faculta-se ao exequente requerer a expedição de um *writ*⁷²⁵ para designação de um *sheriff* ou *marshal* para condução do procedimento executivo.

⁷²⁴ Cf. Rule 62, das Federal Rules of Civil Procedure - "FRCP". Aqui pontua-se que, a despeito da lei processual ser matéria estadual, a maioria dos Estados nos EUA adotam a FRCP como modelo de lei processual civil.

⁷²⁵ Cf. Rule 69, (a), das FRCP.

O *sheriff* é um oficial do condado, usualmente eleito, que, dentre outras funções, cumpre os mandados nos Estados, enquanto o *marshal* é usualmente responsável por cumprir os mandados federais. São essas figuras que, uma vez designadas, procederão à identificação, constrição e posterior venda de bens e de propriedades do devedor para saldar o crédito do credor (denominado de *judgment creditor*)⁷²⁶.

Esse agente não é investido de jurisdição, mas ostenta uma série de poderes para promover a execução. Dentre as várias atribuições destaca-se: (i) o poder de ingressar em estabelecimento comercial, abrindo cofres e armários do devedor; (ii) promover a venda dos bens que forem arrecadados em sede de leilão; e (iii) não sendo encontrados bens em nome do devedor, compete-lhe, sob requerimento do juiz, conduzir o executado ao tribunal para depor sobre seus rendimentos e propriedades⁷²⁷.

Ainda sobre o procedimento satisfativo, vale dizer que as FRCP estabelecem genericamente que a citação pode ser feita por qualquer agente maior e que não seja parte na demanda, inclusive, por meio de um *marshall* indicado – tratando-se de lei Federal – ou outro indivíduo especialmente designado pelo Tribunal; sendo plenamente capaz que o *sheriff* se encarregue dessa atividade⁷²⁸.

Na Inglaterra, o procedimento satisfativo pode se desenrolar por várias vias⁷²⁹. Dentre elas, podemos destacar (i) o *Enforcement by taking control of goods*⁷³⁰, espécie de mandado de execução cujo cumprimento se dá quase que exclusivamente por meio extrajudicial; (ii) a ordem de débito⁷³¹ contra terceiro, cujo objetivo é “*direcionar ou interceptar dinheiro pagável a devedor em execução*”⁷³²; (iii) a ordem de cobrança⁷³³, que tem como objetivo a execução de “*terrenos do devedor em execução ou remuneração de capital referente a terras*”⁷³⁴.

⁷²⁶ Cf. Rule 69, (a), das FRCP.

⁷²⁷ Rule 69, (a), (2), das FRCP.

⁷²⁸ Rule 4, (c), das FRCP.

⁷²⁹ A execução de uma decisão judicial que estabeleça obrigação de pagar quantia pode ser feita das seguintes formas, conforme a Rule 70.2 das CPR: (I) por mandado de execução ou mandado fieri facias 56 (writ of execution ou writ of fieri facias), aos quais, por força da modificação trazida pelo Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, foi atribuída a nova denominação de ordens ou mandados de controle (writs and warrants of control) disciplinados nas RSC Orders 46 e 47 e nas CCR Order 26, bem como nas seções 62 a 70 e no Cap 12 do Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (“TCE”); (II) por ordem de débito contra terceiros (third party debt order), regulada na Rule 72 das CPR; (III) por ordem de cobrança (charging order), disciplinada na Rule 73 das CPR; e, finalmente, (IV) por mandados de rendimento (attachment of earnings order), existentes tão somente nas county courts, reguladas nas CCR Orders.

⁷³⁰ Rule 72, do TCE.

⁷³¹ Rule 72, do TCE.

⁷³² ANDREWS. Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

⁷³³ Rule 73, das TCE

⁷³⁴ ANDREWS. Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

A despeito de existirem várias vias executivas, o procedimento mais comumente utilizado é o “*Enforcement by taking control of goods*”, estabelecida pelo Rule 62 do *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (“TCE”), que se dá, em grande parte, por via extrajudicial, e com forte atuação do *enforcement officer*⁷³⁵.

Findo o prazo para adimplemento da decisão judicial sem o seu cumprimento espontâneo pelo devedor, o credor, a depender do caso, sem nem mesmo necessitar do auxílio de um advogado, poderá recorrer ao Judiciário para que lhe seja indicado um *enforcement officer* – espécie de oficial de justiça para avaliação e venda de bens disponíveis em nome dos executados⁷³⁶.

As regras atinentes aos agentes de execução vêm disciplinadas nas seções 63 e 64 do TCE. Os agentes de execução também são dotados de poder para fazer cumprir a ordem ou mandado de controle, estando autorizados a tomar o controle dos bens do devedor para proceder, posteriormente, à sua venda⁷³⁷.

Os agentes de execução são autorizados pessoalmente pelo *Lord Chancellor* ou são empregados da *Her Majesty’s Courts Service*, órgão executivo vinculado ao Ministério da Justiça responsável pelo suporte administrativo dos tribunais ingleses⁷³⁸, sem, contudo, serem investidos de jurisdição e atuando fora dos tribunais.

Além de mais eficiente no que diz respeito ao procedimento, nos Estados Unidos e na Inglaterra, por exemplo, se as partes “*ousarem desobedecer a uma ordem judicial, terão de enfrentar o peso das sanções criminais, inclusive com penas privativas da liberdade, qualquer desrespeito às decisões judiciais (contempt to court), no que se incluiu um eventual desprezo pela obrigação declarada pelos tribunais Judiciários de efetuar-se um pagamento qualquer*”⁷³⁹. Aliado a um procedimento mais eficiente, a maior reatividade da Justiça ao *contempt of court*⁷⁴⁰, fazem o procedimento satisfativo mais eficaz.

Em ambos os países, o que se vê é que a execução é conduzida pela esfera administrativa e independe do ajuizamento de uma nova ação judicial. Assim, a execução ocorre de maneira menos burocratizada e com menor intervenção do Poder

⁷³⁵ ANDREWS. Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 203/204.

⁷³⁶ Cf. <<https://www.gov.uk/make-court-claim-for-money/enforce-a-judgment>> Acessado em 03.02.2020.

⁷³⁷ ANDREWS. Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 203/204.

⁷³⁸ The High Court Enforcement Officers Regulations 2004.

⁷³⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law - introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999, p. 124.

⁷⁴⁰ Em tradução literal: desprezo à corte. Para informações: <https://www.gov.uk/contempt-of-court>

Judiciário, que fica restrita a casos excepcionais e *a posteriori* do início do procedimento.

2.2. A execução desjudicializada no civil law

A despeito de a execução extrajudicial ser originalmente adotada no *common law*, percebendo sua maior eficiência e nela se inspirando, alguns países de tradição no *civil law* desenvolveram modelos de procedimento satisfativo com menor intervenção do Poder Judiciário, que podem, assim, ser entendidos como “desjudicializados”. Dentre os países que decidiram desjudicializar a execução, destaca-se a França, onde a condução do processo de execução é monopolizada pelo *huissier de justice*, figura descolada da jurisdição, e que muito se assemelha ao cartorário⁷⁴¹.

Segundo o Conselho Nacional dos *Huissier de Justice*, esse agente pode ser qualificado como “*funcionário público e ministerial e que exerce uma profissão regulamentada. Só ele tem o direito de executar as sentenças e expedir atos. Ele também tem uma vantagem competitiva em áreas tão diversas como a cobrança de dívidas, ajuda na elaboração de obras privadas, consultas jurídicas, administração de prédios e leilões públicos*”⁷⁴².

Cumprir dizer que, “*Nesse sentido, a atuação do Huissier independe da concessão de fórmula executiva. É dizer: no procedimento de execução extrajudicial francês não se exige a obtenção de uma autorização prévia do Poder Judiciário para a deflagração do processo executivo*”⁷⁴³.

Essa figura intermediária entre um agente privado e um funcionário público atua como mandatário do exequente, sendo também responsável pela prática de atos constitutivos e conservatórios contra o executado. Ressalva-se que, se necessário, o uso da força ainda dependerá de requerimento ao juiz competente⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Tradução livre: Os huissier de justice são oficiais ministeriais que são os únicos qualificados a praticar atos de expropriação, notificações prescritas pela lei e regulamentos, quando não especificados, e levar à execução os títulos judiciais, bem como aqueles títulos atos que tenham força executiva.” **Do original:** “*Les huissiers de justice sont les officiers ministériels qui ont seuls qualité pour signifier les actes et les exploits, faire les notifications prescrites par les lois et règlements lorsque le mode de notification n'a pas été précisé et ramener à exécution les décisions de justice, ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire.*” (Ordonnance n° 45-2592, de 02.09.1945)

⁷⁴² **Do original:** “*officier public et ministériel exerçant une profession libérale réglementée. Il a seul qualité pour exécuter les décisions de justice et délivrer des actes. Il exerce également de manière concurrentielle dans des domaines aussi variés que le recouvrement amiable de créances, l'aide à la rédaction des actes sous seing privé, les consultations juridiques, l'administration d'immeubles, les ventes aux enchères publiques*” (Disponível em: < <https://www.huissier-justice.fr/>> Acessado em: 02.02.2020).

⁷⁴³ LAMÊGO, Guilherme. *Execução Extrajudicial e Arbitragem: Proposta para uma Execução Extrajudicial Arbitral*, Revista de Processo, vol. 286/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 505 - 538.

⁷⁴⁴ (Ordonnance n° 45-2592, de 02.09.1945)

Apesar de ser registrado junto ao tribunal, o *huissier* não exerce jurisdição, praticando a sua atividade a título individual ou no quadro de uma sociedade⁷⁴⁵; podendo ser escolhido pelo próprio credor dentre aqueles competentes para agir contra o devedor em sua circunscrição. Ele é competente para, na maioria dos casos, conduzir a execução até a satisfação do crédito do credor, sem a intervenção do Judiciário, que irá interferir somente no caso de oposição de embargos à execução.

Como se vê, o *huissier* nada mais é que o tabelião com o monopólio do processo executivo. Como se observa da doutrina e da experiência estrangeira no *civil law*, até mesmo pelas atividades já delegadas aos tabelionatos, o aumento de suas atribuições tem sido a solução encontrada para desjudicialização da execução⁷⁴⁶.

Espelhando-se no modelo francês, Portugal também promoveu a desjudicialização da execução em seu ordenamento jurídico. O processo teve início com o Decreto-Lei 38/2003, cujo objetivo era de “*liberar o juiz das tarefas processuais que não envolvem função jurisdicional; e libertar os funcionários judiciais de tarefas a praticar fora do tribunal*”, restringindo ao magistrado a prática de atos que “*essencialmente jurisdicionais, que envolvam conhecimento e declarações de direito*”⁷⁴⁷. O decreto ainda foi reformado em 2008 aprofundando a reforma, sobretudo, no que diz respeito ao aumento dos poderes dos agentes da execução na prática de atos executivos⁷⁴⁸.

Essas reformas foram consolidadas no Código Civil português de 2013 que, em linhas gerais, reestabeleceu o equilíbrio entre a parcela Judicial e desjudicializada da execução, diminuindo o rol dos títulos executivos e melhor delineando a competência de cada agente (juiz, agente da execução e secretaria) no desenvolvimento do processo⁷⁴⁹.

Vale dizer que todas essas reformas levaram à transferência da condução de parte importante do processo de execução forçada ao agente da execução, um profissional liberal, que atua de maneira semelhante ao *huissier de justice* contra o devedor (art. 720, 1, CPC/13),.

⁷⁴⁵ Artigo 1º, bis AA e AAA, Ordonnance n° 45-2592, de 02.09.1945.

⁷⁴⁶ FRICERO, Nataliep. *L'essentiel des Procédures Civiles d'exécution*. Issy-lesMoulineaux : Gualino, 2018, p. 67/68.

⁷⁴⁷ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento Extrajudicial Pré-Executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 34/35.

⁷⁴⁸ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento Extrajudicial Pré-Executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 38.

⁷⁴⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento Extrajudicial Pré-Executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 39/40.

Em Portugal, o processo tem início com a distribuição do requerimento de execução, que deve ser instruído, dentre outros, com o título executivo (art. 724, CPC/13). Protocolado eletronicamente, o pedido é transferido para um agente de execução indicado, bem como designado a um magistrado, que irá proferir o despacho inicial do processo, verificando, ou não, o preenchimento dos requisitos para processamento do feito (arts. 724 e 726, CPC/13).

No caso de Portugal, foi atribuída ao escrivão de direito, titular da secção onde tramita o processo de execução, a competência para a prática das diligências relativas ao processo de execução. Sua atuação, contudo, acontece sob o controle do juiz competente, que possui atuação residual nesse processo (art. 808, do Código de Processo Civil português)⁷⁵⁰.

A respeito da medida, Humberto Theodoro Júnior sublinha que o procedimento em Portugal não se trata de execução extrajudicial, mas sim da desjudicialização em grande medida do procedimento, “*entendida como menor intervenção do juiz nos atos processuais*”⁷⁵¹ – e que, ao nosso ver, já representa um grande avanço para a solução da problemática envolvendo a execução.

De qualquer forma, o devedor pode apresentar embargos à execução, no prazo de 20 dias de sua citação, trazendo a questão a um processo de conhecimento, que será analisado pelo magistrado (arts. 729/734, CPC/13).

Fica claro, portanto, que em maior ou menor medida, países de origem no *civil law*, tal como o Brasil, também estão diminuindo a participação do Poder Judiciário na condução de seus processos executivos, com o claro objetivo de torná-los mais céleres e eficientes.

3. *A desjudicialização da execução no Brasil e os seus desafios*

A necessidade de desjudicializar a execução com o objetivo de se obter maior efetividade no processo não é novidade no Brasil. Em âmbito nacional, essa medida também já foi adotada pontualmente em algumas legislações especiais, que estabeleceram mecanismos extrajudiciais de execução, nos quais o acesso ao Judiciário se tornou verdadeiramente residual, de modo a nem mesmo constituir parte integrante do processo.

⁷⁵⁰ GARSON, Samy. A Viabilidade de Desjudicialização do Processo de Execução In. CARVALHO, Milton P. de (coord.). Direito Processual Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 516

⁷⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, O Futuro do Processo Civil Brasileiro, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ed. 85, Jul/Ago, 2018, p. 10

O primeiro exemplo relevante de execução desjudicializada que podemos citar encontra-se na Lei nº 4.591/64 (“Lei de Condomínios e Incorporações”). O diploma estabelece que, no âmbito de uma incorporação, o contratante ou adquirente que tenha faltado com suas obrigações, nos termos do art. 63, poderá ter sua quota do terreno e correspondente parte construída alienados pela Comissão de Representantes dos adquirentes, sem a necessidade de intervenção judiciária.

O Decreto-Lei nº 70/66, que organizou o Sistema Nacional de Habitação, também estabeleceu modalidade de execução extrajudicial, possibilitando que o credor hipotecário exproprie o bem gravado com a garantia de maneira extrajudicial (cf. arts. 29/37)⁷⁵². Nesse caso, a execução é conduzida pelo agente fiduciário, estranho ao Poder Judiciário⁷⁵³ e é justificada pelo aumento da celeridade do processo, conferindo maior liquidez e favorecendo o mercado de financiamento de imóveis como um todo⁷⁵⁴.

A Lei do Sistema Financeiro Imobiliário/Alienação Fiduciária (Lei nº 9.514/77) também estabeleceu a desjudicialização da execução, possibilitando ao credor a excussão do bem gravado em garantia em caso de inadimplemento do devedor, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, bastando-lhe a notificação em cartório do devedor para sua devida constituição em mora e conseqüente consolidação da propriedade do credor (art. 26, da Lei nº 9.514/1977).

Como era de se esperar, foram várias as vezes em que esses procedimentos foram questionados, sob a alegação de violação ao devido processo legal, sobretudo, por afastarem o controle jurisdicional do processo executivo e sobre qualquer lesão ao direito individual (cf. art. 5º, XXXV, da CF).

Tais investidas foram sistematicamente afastadas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Dentre os vários julgados sobre o tema, destaca-se o Recurso Especial nº 240.361/DF, que entendeu pela constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66 e que se tornou um importante precedente para o reconhecimento da constitucionalidade dos referidos procedimentos. O julgamento do recurso foi assim ementado:⁷⁵⁵

⁷⁵² “Art 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.”

⁷⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 53

⁷⁵⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Execução Extrajudicial e Devido Processo Legal* In. CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

⁷⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 53

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.”⁷⁵⁶

É nesse mesmo sentido que se orienta Orlando Gomes, para quem não há violação do art. 5º, XXXV, da CF, na medida em que o devedor poderia acionar o Judiciário a qualquer momento do processo de execução, existindo ainda a previsão expressa de controle jurisdicional posterior dos atos praticados no âmbito extrajudicial⁷⁵⁷.

Fundando-se nesses argumentos e no julgamento do Recurso Especial nº 240.361/DF é que a constitucionalidade da execução extrajudicial dos demais diplomas foi reiteradamente confirmada pela jurisprudência nacional⁷⁵⁸.

Ademais, a delegação de atividade tipicamente jurisdicional não é fenômeno isolado e nem restrito à execução. Essa tendência também pode ser verificada no âmbito do processo de conhecimento, por meio do instituto da arbitragem, Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”), que confere às partes a possibilidade de eleger um juízo particular como competente para dirimir litígios que emergjam de determinada relação jurídica.

A Lei de Arbitragem não só obteve amplo sucesso em sua aplicação, como também teve sua constitucionalidade referendada pelo STF⁷⁵⁹, pelo julgamento do AgRg Sentença Estrangeira nº 5.206. Naquela oportunidade, o Min. Ilmar Galvão bem esclareceu que “[n]ão há, porém, supressão do controle judicial. Estabeleceu-se, apenas, a deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.”.

⁷⁵⁶ STF, RE 240.361/DF, 1ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, j. 06.11.98

⁷⁵⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 396/397

⁷⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 53

⁷⁵⁹ STF, AgRg na SE 5.206, T. Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.10.96

Ficando, assim, ainda mais alicerçada a possibilidade de delegação de atividades que não são tipicamente jurisdicionais à esfera privada e possibilidade de se fazê-lo no âmbito da execução⁷⁶⁰.

Fato é que o deslocamento do acesso à jurisdição para verificação *a posteriori* dos atos executivos é plenamente possível e está em acordo com o sistema jurídico brasileiro, como verificado no julgamento do Recurso Especial nº 233.075/DF e do AgRg Sentença Estrangeira nº 5.206; e não viola o art. 5º, XXXV, da CF.

Ademais, como se vê, a desjudicialização da execução não implica na violação de garantias processuais e, sobretudo, não desrespeita a inafastabilidade da jurisdição. Esse processo pode, sim, ocorrer sem que as garantias que constituem o devido processo legal sejam violadas, respeitando-se: a ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF); duplo grau de jurisdição⁷⁶¹; paridade de armas (art. 5º, *caput*, CF); imparcialidade do julgador⁷⁶²; inafastabilidade da jurisdição (art. XXXV, CF); juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF); motivação das decisões (art. 93, IX, CF); publicidade dos atos (art. 93, IX, CF); e vedação de utilização de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI, CF).

4. **Projeto de Lei nº 6.204/19**

Atendendo às necessidades de modernização do processo civil brasileiro, em novembro de 2019, foi apresentado no Senado o Projeto de Lei 6.204/2019 (“PL”), que tem como objetivo desjudicializar a execução civil de título executivo judicial e extrajudicial – projeto que hoje aguarda o parecer da Comissão de Constituição e Justiça (“CCJ”).

O projeto é inovador e ousado e trata de proposta de lei cuja constitucionalidade ainda é muito controversa na doutrina. Não obstante, como será aqui demonstrado,

⁷⁶⁰ “É certo que importantes passos têm sido dados pelo legislador pátrio para desburocratizar o procedimento executivo e para desjudicializar boa parte da execução forçada. Cumpre, todavia, incentivar, entre nós, a marcha rumo à sua completa desjudicialização, tal como vem sendo feito na Europa” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, O Futuro do Processo Civil Brasileiro, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ed. 85, Jul/Ago, 2018)

⁷⁶¹ “um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Um enfoque Constitucional da Teoria Geral dos Recursos*. O Processo em Evolução. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66). Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Novo Processo*. São Paulo: Malheiros, 2017, 70/72.

⁷⁶² “A Constituição não dedica palavras à garantia da imparcialidade do juiz mas contém uma série de dispositivos destinados a assegurar que todas as causas postas em juízo - cíveis, trabalhistas, criminais – sejam conduzidas e processadas por juízes imparciais. Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder sobre as partes, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia - especialmente com o valor do justo. Os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade, sem levar em conta esses sentimentos ou interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa e de seus próprios interesses. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Novo Processo*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 57).

entendemos que o PL se mostra compatível com o sistema constitucional brasileiro, e parece dar o pontapé inicial para alinhar o processo civil pátrio com os sistemas mais modernos, tornando-o menos congestionado e mais eficiente.

Assim, sem o intuito de esgotar o tema, tecem-se aqui alguns comentários, à luz do que foi discutido, sobre as principais disposições encontradas nos 34 artigos do PL, que pretende retirar o monopólio do Poder Judiciário para o processamento da execução, transferindo-o para esfera administrativa.

O PL inicia sua redação definindo quem são as partes beneficiárias de suas disposições. À semelhança do que faz a Lei de Arbitragem, o procedimento extrajudicial exclui “*o incapaz, o condenado preso ou internado, as pessoas jurídicas de direito público, a massa falida e o insolvente civil*”, conforme estipulado no art. 1º, do PL⁷⁶³. Bem o faz, na medida em que o diploma faz remanescer com o juiz os atos executivos movidos contra pessoas cujos direitos são mais sensíveis e merecem maior tutela.

Aqui suscita-se pequena inquietação. Apesar de indicar que a massa falida não pode ser objeto de execução desjudicializada, o referido artigo nada diz a respeito das pessoas jurídicas em regime de recuperação judicial. Assim, o diploma deixa de esclarecer se a execução movida contra empresas em recuperação judicial ou extrajudicial poderia ser processada pela esfera administrativa ou deveria ser sujeita ao Poder Judiciário.

Ao tirar o monopólio para a condução do processo executivo do Judiciário, o PL acolhe o que já havia sido indicado pela doutrina⁷⁶⁴ e elege o tabelião de protestos como agente da execução, ficando responsável por zelar e conduzir os atos executivos, conforme estipulado pelo art. 3º⁷⁶⁵:

⁷⁶³ Art. 1º. A execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. Parágrafo único: Não poderão ser partes, na execução extrajudicial instituída por esta Lei, o incapaz, o condenado preso ou internado, as pessoas jurídicas de direito público, a massa falida e o insolvente civil.

⁷⁶⁴ “*Na doutrina nacional, merece ser lembrada a contribuição da Professora Flávia Pereira Ribeiro que sugere, como primeiro passo para a desjudicialização da execução por quantia certa, a transformação do Oficial de Protestos em agente executivo. A medida seria facilitada pela sua atual competência para notificação do devedor a pagar o débito líquido e certo constante do título levado a protesto, bem como para receber o montante da prestação devida. Bastaria, segundo a lição lembrada, adicionar à sua atual função, o poder de penhorar e expropriar os bens constrictos*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, **O Futuro do Processo Civil Brasileiro**, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ed. 85, Jul/Ago, 2018, p. 24)

⁷⁶⁵ Art. 3º. Ao tabelião de protesto compete, exclusivamente, além de suas atribuições regulamentares, o exercício das funções de agente de execução e assim será denominado para os fins desta lei.

“Ao tabelião de protesto compete, exclusivamente, além de suas atribuições regulamentares, o exercício das funções de agente de execução e assim será denominado para os fins desta lei.”

A opção parece correta, uma vez que amplia as competências dos cartórios, que já exercem funções conexas às classificadas como executivas. Ademais, o PL segue tendência de transferência de atividades antes praticadas unicamente pelo juiz para os registros públicos.

A propósito, Joel Dias Figueira Júnior⁷⁶⁶ nos lembra que essa prática foi observada no âmbito da realização de inventário, separação e divórcio (Lei nº 11.441/2007, depois transposto para o CPC, respectivamente, em seus arts. 610, §1º; e 733); e usucapião (Lei 6.015/1973, repetido no art. 1.071, do CPC), todos retirados da competência judicial.

Em razão do art. 610, §1º, o inventário no qual figurem somente partes plenamente capazes passou a poder ser feito por meio de escritura pública, não sendo mais necessário o inventário judicial. No mesmo sentido, o divórcio consensual que não envolva parte incapaz pode ser realizado por meio de escritura pública, sem a necessidade de que se recorra ao Poder Judiciário, nos termos do art. 733, do CPC. Também com o art. 1.071, do CPC, foi transferida atividade antes de competência do Poder Judiciário para os cartórios, estabelecendo que o pedido de reconhecimento de usucapião possa também ser feito de maneira extrajudicial, junto ao cartório de registro de imóveis onde estiver situado o imóvel, se devidamente instruído nos termos do dispositivo.

Diante desse cenário, o PL prevê que o tabelião ficará responsável por: **(i)** examinar o título, no que se refere à sua exequibilidade (art. 4º, I, do PL); **(ii)** localizar o devedor e seu patrimônio a partir da “base de dados mínimas obrigatória”⁷⁶⁷, que compreende aquelas informações que são hoje disponíveis a partir de convênios e acordo firmados com o Poder Judiciário (art. 4º, II, do PL); **(iii)** promover a citação do executado (art. 4º, III, do PL); **(iv)** efetuar a penhora e avaliação dos bens (art. 4º, IV, do PL); **(v)** realizar atos de expropriação (art. 4º, V, do PL); **(vi)** realizar o pagamento do

⁷⁶⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. O alvissareiro Projeto de Lei 6.204/19: desjudicialização de títulos executivos civis e a crise da jurisdição estatal. **Genjurídico**, 2019. Disponível em < http://genjuridico.com.br/2019/12/06/projeto-de-lei-6204-desjudicializacao/#_ftn3 >. Acesso em 09.01.2020.

⁷⁶⁷ Art. 29. O Conselho Nacional de Justiça deverá disponibilizar aos agentes de execução acesso a todos os termos, acordos e convênios fixados com o Poder Judiciário para consulta de informações, denominada de “base de dados mínima obrigatória”. (art. 29, do PL)

exequente; **(vii)** extinguir a execução (art. 4º, VII, do PL); **(viii)** “*suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito;*” (art. 4º, VIII, do PL); **(ix)** “*consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante;*” (art. 4º, IX, do PL); e **(x)** “*encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas.*” (art. 4º, X, do PL).

Veja-se que todas as atividades acima listadas têm o condão de liberar o magistrado da prática de atos meramente procedimentais, que não envolvem função jurisdicional, tais quais citação, localização do devedor, busca de bens, que naturalmente congestionam desnecessariamente o Judiciário. Objetivo que Elias Marques de Medeiros Neto bem apontou a respeito das razões que motivaram alteração do sistema executivo português⁷⁶⁸.

Ademais, atento aos requisitos do devido processo, o PL estabelece (i) a publicidade dos atos executivos praticados pelo agente da execução (art. 4º, §2º, PL); e (ii) a competência do cartório da circunscrição do devedor como competente para execução do título – à semelhança da regra do juiz natural (art. 7º, PL).

Ainda preocupado em compatibilizar a proposta com a Constituição Federal, o artigo 4º, IX e X, do PL, estabelece expressamente que, caso sejam suscitadas dúvidas no processo de execução ou, ainda, questionados os atos praticados pelo agente da execução, o juiz competente será suscitado para resolver a controvérsia.

Vale a descrição do artigo:

“Art. 4º. Incumbe ao agente de execução:

[...]

IX – consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante;

X – encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas.

O PL não limita a intervenção do Judiciário a esses casos. Nesse sentido, também estabelece que as decisões que forem suscetíveis de causar danos às partes serão impugnáveis perante o próprio agente da execução, que poderá reconsiderá-las ou mantê-las. Caso o agente da execução se recuse a rever o ato, ele será obrigado a comunicar o juízo competente da controvérsia, que decidirá definitivamente a questão

⁷⁶⁸ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento Extrajudicial Pré-Executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 34/35.

(art. 21). Os atos que importem o uso de medidas de força ou coerção também serão determinados pelo juízo competente a pedido do agente da execução (art. 20, PL).

Note-se que o PL não retira o Poder Judiciário do processo executivo, estabelecendo expressamente a sua intervenção no caso de controvérsia sobre a matéria da execução ou sobre qualquer aspecto legal relativa à sua condução, bem como quando necessário o uso da força.

Essa intensa relação prevista pelo PL entre o Poder Judiciário e o agente da execução pode ser benéfica à sua aceitação e compatibilidade com Constituição Federal e atua em consonância com o modelo português, restringindo ao magistrado a prática de atos que “*essencialmente jurisdicionais, que envolvam conhecimento e declarações de direito*”⁷⁶⁹.

Fica claro também que não se trata de proposta de extrajudicializar inteiramente a execução. Ao contrário, o PL estabelece um certo grau de desjudicialização da execução, que não deixará de tramitar sob o zelo do Poder Judiciário, à semelhança do que acontece em Portugal.

Nesse sentido, reitera-se que qualquer irresignação das partes, que não seja solucionada pelo agente da execução, bem como a defesa do executado, serão levadas ao juiz competente. Diante disso, parece-nos que o PL não viola a inafastabilidade da jurisdição, prevista pelo artigo 5º, XXXV, da CF.

Nesse quadro, outra questão que não é esclarecida pela redação do PL diz respeito às custas no caso de intervenção do Poder Judiciário. Na medida em que o art. 8º estabelece que o exequente deverá instruir a execução junto ao agente da execução com os emolumentos necessários para o seu processamento, caso o Poder Judiciário seja acionado, aquele que não for beneficiário da justiça gratuita teria que arcar com o recolhimento das custas iniciais integrais? Essa questão não é solucionada pelo PL.

Ainda tratando da constitucionalidade do PL, destaque-se a previsão de irrecurribilidade das decisões proferidas pelo juiz chamado ao processo nas hipóteses do art. 20 e 21⁷⁷⁰, a qual parece violar o princípio do duplo grau de jurisdição.

⁷⁶⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento Extrajudicial Pré-Executivo*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 34/35.

⁷⁷⁰ “Art. 20. O agente de execução poderá consultar o juízo competente sobre questões relacionadas ao título exequendo e ao procedimento executivo; havendo necessidade de aplicação de medidas de força ou coerção, deverá requerer ao juízo competente para, se for caso, determinar a autoridade policial competente para realizar a providência adequada. [...]”

Art. 21. As decisões do agente de execução que forem suscetíveis de causar prejuízo às partes poderão ser impugnadas por suscitação de dúvida perante o próprio agente, no prazo de cinco (5) dias que, por sua vez, poderá reconsiderá-las no mesmo prazo. § 1º Caso não reconsidere a decisão, o agente de execução encaminhará a suscitação de dúvida formulada pelo interessado para o juízo competente e dará ciência à parte contrária para, no

De qualquer forma, o PL retira do Poder Judiciário uma série de atividades administrativas e processuais, delegando-as ao tabelião, e diminuindo sua participação na condução do processo satisfativo. Dessa forma, os recursos da Justiça poderão ser mais bem aproveitados, destinando-se, em maior grau, às atividades tipicamente jurisdicio

*prazo de 5 (cinco) dias, apresentar manifestação diretamente ao juízo. § 2º. **A decisão que julgar a suscitação a que se refere este artigo será irrecorrível.***

nais que lhe devem ser reservadas, sem que sejam desperdiçadas com atividades meramente processuais ou burocráticas.

A despeito dos efeitos positivos que a alteração procedimental proposta possa ter – e que não devem ser menosprezadas – é igualmente importante ter em vista suas limitações na realidade brasileira. Como já se referiu anteriormente, o sucesso de qualquer execução depende invariavelmente da existência de bens disponíveis e localizáveis no patrimônio do devedor. Desse modo, independentemente de qual procedimento que seja utilizado como meio satisfativo do direito do credor, a existência de ferramentas capazes de indicar quais são os bens do devedor e a própria existência desses ativos constituem-se como limitadores da eficiência da atividade satisfativa.

Outras dificuldades, como o *contempt of court*, constitui-se como obstáculo que a alteração do simples modelo do processo executivo não consegue resolver e que requer alterações legislativas que impliquem em mudanças mais profundas no sistema processual.

Considerando essas ressalvas, e tendo em vista que o verdadeiro impacto da medida no cenário nacional somente será observado após aprovação e entrada em vigor da lei, é inegável a pertinência do PL para modernização do processo de execução no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010
- ASSIS, Araken de. Manual de Execução, 18ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- BRESOLIN, Umberto Bara. Execução Extrajudicial Imobiliária: aspectos práticos, São Paulo: Atlas, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso. Tradução Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Novo Processo. São Paulo: Malheiros, 2017.
- Federal Rules of Civil Procedure
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. O alvissareiro Projeto de Lei 6.204/19: desjudicialização de títulos executivos civis e a crise da jurisdição estatal. Genjurídico, 2019. Disponível em < http://genjuridico.com.br/2019/12/06/projeto-de-lei-6204-desjudicializacao/#_ftn3 >. Acesso em 09.01.2020.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; CHINI, Alexandre. Desjudicialização do Processo de Execução Extrajudicial, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Edição/88, Jan/Fev 2019, 2019
- FRICERO, Nataliep. L'essentiel des Procédures Civiles d'exécution. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2018.
- GARSON, Samy. A Viabilidade de Desjudicialização do Processo de Execução In. CARVALHO, Milton P. de (coord.). Direito Processual Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2007
- GOMES, Orlando. Direitos Reais, 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque Constitucional da Teoria Geral dos Recursos. O Processo em Evolução. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998
- Justiça em Números

2019/Conselho Nacional De Justiça, Brasília, CNJ, 2019. Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf >

Acessado em: 16.03.2020.

LAMÊGO, Guilherme. Execução Extrajudicial e Arbitragem: Proposta para uma Execução Extrajudicial Arbitral, Revista de Processo, vol. 286/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Lei que regula os *huissier de justice*: Ordonnance n° 45-2592, de 02.09.1945. Link: < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069177> >

> Acessada em 16.03.2020.

Make a court claim for Money. Disponível em: <<https://www.gov.uk/make-court-claim-for-money/enforce-a-judgment>> Acessado em 03.02.2020

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O procedimento Extrajudicial Pré-Executivo. São Paulo: Verbatim, 2015.

STF, AgRg na SE 5.206, T. Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.10.96

STF, RE 240.361/DF, 1ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, j. 06.11.98

The High Court Enforcement Officers Regulations 2004

THEODORO JÚNIOR, Humberto, O Futuro do Processo Civil Brasileiro, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ed. 85, Jul/Ago, 2018

Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Execução Extrajudicial e Devido Processo Legal In. CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

A FRAUDE À EXECUÇÃO E O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO MATRICULAR: breves reflexões sobre a evolução jurisprudencial da matéria nos cinco anos de vigência do CPC/2015

Gilberto Carlos Maistro Junior⁷⁷¹

Introdução

Tratar-se-á, de modo breve, dos principais aspectos pertinentes aos impactos do princípio da concentração matricular, bem como da publicidade registral, no instituto da fraude à execução, culminando no exame da referida questão a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Cabe esclarecer que o objetivo destas reflexões é traçar a análise proposta a partir da verificação da evolução da jurisprudência acerca do tema, em especial frente às decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Assim, propõe-se um recorte do tema, na forma acima delimitada, com foco na investigação da construção do atual cenário jurisprudencial pertinente à relevância do ato registral prévio acerca da pendência de processo ou de constrição judicial sobre o imóvel alienado ou onerado indevidamente para a caracterização da fraude à execução e, assim, mensurar a intensidade do prestígio dado pela jurisprudência ao princípio da concentração matricular e da publicidade registral nesse universo.

Fogem da delimitação estabelecida para este estudo, portanto, questões como o momento da verificação da fraude ou a relevância da citação válida para a sua configuração, assim como não serão enfrentadas outras desafiantes questões, teóricas e práticas, pertinentes à melhor interpretação dos incisos do artigo 792 do CPC em vigor que não se mostrem indispensáveis ao esclarecimento do que aqui se persegue: a identificação pragmática da evolução e do atual estágio da interpretação jurisprudencial do tema eleito para este trabalho. De todo modo, afirma-se a importância dos ditos temas, com o registro do incentivo no tocante à sua investigação.

Passa-se, então, ao objeto definido para este estudo.

⁷⁷¹ Mestre (UNIMES) e Doutor (FADISP) em Direito. Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de Sorocaba/SP (FADI). Membro efetivo do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual e do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo. Advogado. E-mail: maistro.junior@gmail.com

1. A fraude à execução e sua importância no sistema processual civil

Dentre as diversas funções do processo merece destaque a de servir como instrumento para a solução dos conflitos em tempo razoável e de modo seguro.

Reconhece-se, pois, como antecedente lógico da importância do sistema processual civil, a existência de *crises*, seja de certeza – solucionada na fase de conhecimento –, seja de satisfação – que, a depender do título, deve encontrar solução na fase executiva ou no processo de execução.

Em que pese não exista qualquer escala de relevância entre as referidas crises, a de satisfação merece atenção redobrada, pois faz saltar aos olhos do observador a efetividade da atuação do Estado na busca de impor o respeito à ordem jurídica ou, pior, às suas próprias decisões, o que se tem nos casos em que o título executivo é judicial.

A manutenção da ordem na sociedade exige o respeito às decisões judiciais, de modo que a resistência a estas somente pode se dar nos limites do sistema recursal e dos efeitos sobre o andamento do processo, decorrentes do recebimento de cada recurso, na forma da lei. No mais, como ato de poder, a determinação judicial voltada à concretização de determinada conduta deve ser prontamente atendida pelo seu destinatário. Reforça-se: prontamente, pois, como sabido, a morosidade é corrosiva, de modo a esfacelar a confiança dos jurisdicionados na justiça da resposta que aguardam do Estado-juiz.

A descrita frustração de expectativas, por certo, resta potencializada quando se está diante de uma crise de satisfação. Nesses casos, considerada a existência inafastável de um título executivo, a escorar a conduta processual do credor, é possível afirmar que se parte da premissa de existência de dívida líquida, certa e exigível, ressalvados os casos em que vícios permitam que seja obstaculizada a execução. Esse quadro conduz à formação de uma justa expectativa do credor no sentido de que receberá o que lhe é devido e em tempo razoável.

De outro lado, não se pode olvidar da regra da responsabilidade patrimonial, de modo que, diante da inexistência de bens e direitos penhoráveis no patrimônio do devedor, a execução tende a restar infrutífera.

Justamente nesse ponto que passa a ser observável a importância do instituto da fraude à execução no sistema processual civil. Tal se afirma em razão desta ordem de fraude ocorrer quando há dilapidação ou comprometimento patrimonial indevido, por parte do devedor, no curso de processo, o que pode vir a frustrar a execução.

Não é por menos que a fraude à execução configura *ato atentatório à dignidade da Justiça*, a teor do previsto no Código de Processo Civil de 2015, artigo 774, I.

Diante do exposto, há de se prestigiar a intolerância do sistema com relação a práticas que levem a tal ordem de fraude, a resultar na ineficácia do ato praticado (CPC/2015, artigo 792, §1º).

Ocorre que a Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015, na qual restou convertida a Medida Provisória 656, de 7 de outubro de 2014, bem como o CPC/2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), introduziram regras que provocaram – e ainda provocam – relevante debate sobre as exigências legais para a caracterização da fraude à execução, a partir, inclusive, da definição dos limites dos impactos trazidos pelo prestígio ao princípio da concentração matricular.

Sobre o tema, à luz do que se encontra na jurisprudência em matéria cível, especificamente o âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, serão traçadas as singelas linhas que integrarão este estudo. Passa-se a elas.

2. O princípio da concentração matricular

A segurança é certamente importante para fomentar os negócios jurídicos e estes, por sua vez, para viabilizar a atividade econômica, com inegáveis ganhos sociais.

Os negócios jurídicos imobiliários, considerados os elevados valores que alcançam e envolvem, reclamam, de modo bastante claro, soluções jurídicas para eventuais crises de insegurança. De fato, a decisão no sentido do direcionamento de quantias elevadas, por parte do investidor, é costumeiramente guiada pela prévia análise das opções disponíveis no mercado, em especial no tocante ao retorno que se possa obter frente ao período de imobilização do capital investido e à segurança (medida em relação ao risco de perdas).

Com isso, quanto mais elevado o retorno e mais seguro o investimento, mais atrativo se mostra ao investidor.

Não é diferente no mercado de imóveis. A segurança no negócio celebrado colabora para o aquecimento do mercado imobiliário, realidade que, do ponto de vista econômico, é bastante relevante.

O investimento em imóveis repercute consideravelmente na cadeia produtiva (leia-se: produção e prestação de serviços). De início, não há negócio imobiliário sem *imóvel* a ser negociado. No plano da existência, faltaria o *objeto*. Essa constatação remete à necessidade de diversas providências, sejam administrativas ou urbanísticas,

até relevantes questões ambientais e tributárias, dentre outras, que, para fim de regularização do imóvel (terreno), sua comercialização e posterior utilização, com ou sem edificação, exigirão diversos esforços, com considerável campo de trabalho para a prestação especializada de serviços.

Após isso, a edificação, por exemplo, também demandará uma série de outros serviços voltados à regularização do imóvel, além de repercutir no mercado, quer no que se refere à produção e comercialização de materiais para construção, quer no mercado de trabalho.

Aliás, nesse último aspecto, a construção civil, para além da relevância econômica, impacta fortemente no campo social. Afirma-se isso, pois, é sabido, além dos empregos gerados nas edificações, do ajudante de pedreiro ao engenheiro responsável pela obra, do marceneiro ao arquiteto, dentre tantos outros profissionais, provoca o Poder Público local no que tange ao implemento de melhorias nos aparelhos públicos, a gerar mais obras e, com isso, de modo imediato, mais trabalho e tudo o que isso significa na busca de concretizar o mínimo existencial na vida das pessoas humanas. Some-se que, findas as obras públicas, espera-se – e, não raro, alcança-se – a melhoria das condições sociais, com mais segurança, limpeza e, conseqüentemente, saúde pública. Vale acrescentar, outrossim, o fato de que todos precisam de um lugar para fixar a sua moradia, por exemplo – e, para a aquisição de imóvel destinado a tanto, empregam todos os recursos duramente reservados às custas de muito esforço de diversas pessoas que, juntas, por integrarem a mesma família, entregam o resultado de uma vida de labor para fazer frente ao *preço* do bem adquirido.

Para além do exposto, restam, por fim, as operações imobiliárias na comercialização dos imóveis, o que também gera diversos empregos diretos e indiretos.

Assim, embora de modo singelo, está demonstrada a importância econômica e social das operações envolvendo imóveis.

Saliente-se, contudo, que, como já destacado, o mercado imobiliário sofre desaquecimento na medida em que as operações passam a representar maior risco ao adquirente.

Para fim de solucionar – ou evitar que se instale - essa crise de insegurança – ao menos em parte -, reconhece-se uma importante ferramenta, inserida no sistema de registro de imóveis: concentrando-se todas as informações relevantes sobre o imóvel em um registro público devidamente organizado e padronizado, nos termos da lei, ao lado da fixação legal do registro como forma de aquisição da propriedade imobiliária,

mitiga-se o risco de golpes e fraudes, a bem da segurança do negócio celebrado tendo por objeto determinado imóvel. Sabe-se, de antemão, quem é o proprietário do imóvel, quais as características do bem (datas, áreas e outras medidas, por exemplo), bem como permite a inscrição de mais informações relacionadas diretamente ao imóvel ou à identificação dos titulares de direitos reais sobre ele, ou, ainda, a litígios que, ao fim, possam repercutir na propriedade do referido bem em razão da responsabilidade patrimonial de seu atual proprietário pelo adimplemento do devido a credores, efetivos ou potenciais.

Desta feita, toda e qualquer informação relevante à verificação da segurança de negócios tendo por objeto um imóvel deve estar *concentrada* na documentação pertinente ao bem junto ao Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária na qual aquele se encontre.

Considerado o fato de que, desde a Lei 6.015/1973, as referidas informações devem estar lançadas na *matrícula* do imóvel, emerge o princípio da *concentração matricular*⁷⁷², para os fins acima indicados, a guiar a atividade do legislador infraconstitucional na edição das regras voltadas à concretização desta busca.

A grande vantagem do prestígio à referida concentração matricular reside no fato de que, a partir dela, a verificação do necessário à mensuração da segurança do negócio jurídico imobiliário praticamente ficará circunscrita ao exame do teor da *matrícula*, nos casos em que já devidamente aberta. Há, assim, redução de riscos, estabelecimento de quadro de previsibilidade acentuada, simplificação e conseqüente agilização dos procedimentos de verificação da segurança do negócio, o que tende a fomentar o mercado e dinamizar os negócios envolvendo imóveis.

No sistema brasileiro, o prestígio ao princípio da concentração matricular tem como primeiro grande passo a edição do verbete 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, mas foi com a Lei 13.097/2015, de duvidosa constitucionalidade, que foi positivado e, com o texto do artigo 792 do Código de Processo Civil em vigor, reforçado, consoante passa a ser demonstrado.

⁷⁷² Conforme afirmam Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra: “O princípio da concentração matricular surgiu com a Lei n. 6015/73 e a instituição da matrícula. A ideia da matrícula foi concebida como sendo o cadastro do imóvel no qual devem se concentrar todos os direitos reais e atos a eles relativos que digam respeito ao imóvel cadastrado. Deste modo, pelo próprio conceito da matrícula, verifica-se a expressão do princípio da concentração. Assim, segundo o princípio da concentração, todos os direitos reais incidentes sobre determinado imóvel devem estar reunidos na matrícula dele, não existindo possibilidade de outros direitos virem a afetá-los caso nela não se encontrem inseridos. O princípio da concentração é um ideal que vem sendo buscado pela nossa doutrina, recebendo cada vez mais adeptos dentro da nossa jurisprudência e sendo refletivo cada vez mais em disposições legais que o assegurem, todavia não é ainda absoluto.” (**Registro de Imóveis I**: parte geral. In: CASSETTARI, Christiano. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150).

3. O verbete 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça

O verbete 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (DJe 30.03.2009) traz: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Como destacam Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra, o entendimento cristalizado no verbete em questão decorre das alterações trazidas pela Lei 8.953, de 13.12.1994,⁷⁷³ que, ao inserir o §4º ao artigo 659 do CPC de 1973, estabeleceu a necessidade do registro da penhora para fim de eficácia contra terceiros.

A referida alteração legislativa e as que a ela foram subsequentes conduziram à mudança da orientação jurisprudencial emanada do STJ. Antes, diversas eram as decisões no sentido da desnecessidade do registro da penhora para fim da caracterização da fraude à execução, tudo em razão da publicidade processual. O referido entendimento cedeu à nova realidade legal que, decisivamente, conduziu à série de decisões que resultaram na edição do verbete 375, acima transcrito.⁷⁷⁴

Embora se mostrasse ainda dividida, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual resultou a edição do verbete sumular aqui destacado, desenvolveu-se escorada no princípio da concentração matricular.

Nesse sentido, cabe destacar os fundamentos externados pelo Ministro Eduardo Ribeiro, em voto-vista no julgamento do Recurso Especial 2.597/RS, de 27.08.1990, havido pela Terceira Turma da referida Corte Superior:

Tenho entendido que se há de prestigiar o que consta dos registros públicos. Quem vai comprar um imóvel haverá de consultar o que consta do respectivo registro. Se nenhum ônus houver sido consignado, é de presumir-se que o bem esteja, livre e desembaraçado, no domínio daquele que figura como proprietário. E a lei prevê o registro da penhora como apto a fazer prova de fraude de transação posterior. A finalidade do registro está exatamente em fazer essa prova. Se a alienação do

⁷⁷³ Sidnei Beneti, em sede de fundamentação do voto proferido no julgamento do Recurso Especial 921.160/RS, de 10.03.2008, salienta: “Oportuno salientar que o negócio de compra e venda se efetivou após o advento da Lei nº 8.953, de 13.12.94, a partir da qual o registro da penhora passou a produzir presunção absoluta de conhecimento pelos terceiros, orientação que a Lei nº 10.444, de 07.05.02, terminou por colocar em termos expressos.”

⁷⁷⁴ SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de Imóveis I**: parte geral. In: CASSETTARI, Christiano. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

bem penhorado fosse sempre ineficaz, sendo irrelevante a ciência do adquirente, não haveria razão para o registro. Já foi observado que seria de exigir-se particular amor ao próximo por parte de quem se desse ao trabalho de efetuar o registro, arcando com as respectivas despesas, se, independente dele, o ato de constrição judicial já fosse oponível *erga omnes*.

À época, contudo, o entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro restou superado pelo prestígio dado à orientação imprimida pelo voto do Ministro Relator, Cláudio Santos, restando a decisão assim ementada: “*FRAUDE DE EXECUÇÃO. REGISTRO DE PENHORA. DESNECESSIDADE. Não se exige o registro da penhora para fins de caracterização de fraude de execução. Recurso provido*”.

Com as referidas alterações trazidas ao CPC de 1973 pela Lei 8.953/1994, o posicionamento voltado ao prestígio do princípio da concentração matricular ganhou força, a culminar em decisões como, dentre outras, a proferida no Recurso Especial 186.633/MG, havida sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, de 29.10.1998, assim ementado:

Processo Civil. Fraude de execução. Alienação de bem constrito. Ausência de gravame no registro do imóvel. Descaracterização. Art. 659, § 4º, CPC. Orientação doutrinário-jurisprudencial. Recurso acolhido.

I - Para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, é indispensável a inscrição do gravame no registro competente, cabendo ao exequente, na ausência desse registro, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.

II - Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei n. 8.953/1994 acrescentou ao art. 659 daquele estatuto o § 4º, segundo o qual, “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

A sedimentação deste entendimento, como destacado, levou à edição do verbete sumular destacado, a partir do que se pode afirmar: (1) a alienação de bem constrito, se ocorrida após o registro da constrição na matrícula do imóvel, caracteriza fraude à execução – há presunção absoluta neste sentido; (2) caso a alienação ocorra antes do referido registro da constrição, para fim de caracterização da fraude, haverá de se ter a prova de que o terceiro adquirente tinha ciência da existência da referida constrição; e (3) cabe ao credor o ônus da prova do conhecimento do terceiro adquirente sobre a constrição que recaiu sobre o bem.

4. O Recurso Especial 956.943/PR, de 14.12.2015

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça examinou questões relevantes à configuração da fraude à execução por ocasião do julgamento do Recurso Especial 956.943/PR, havido em 01.12.2014, pelo regime dos repetitivos, sob a relatoria, para voto, do Ministro João Otávio de Noronha. Traz a ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto:

2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

Nota-se a reiteração do entendimento consolidado no verbete sumula 375 (item 1.2), somando-se que a presunção de que a alienação ou oneração de bens realizou-se em fraude à execução dar-se-ia nos casos em que a dilapidação patrimonial do devedor ocorresse após a inscrição da informação pertinente à constrição judicial – ou à existência de ações capazes de levar o alienante à insolvência (artigo 593 do CPC revogado) – na matrícula do imóvel. Esta, a interpretação dada ao artigo 615-A, §3º do CPC de 1973.

Firmou-se, outrossim, que, não havendo a referida presunção, pela falta do registro ou averbação pertinente, restaria a presunção de boa-fé do adquirente, cujo afastamento dependeria de prova de sua ciência quanto à existência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência.

Considerado que o CPC então em vigor, no artigo 659, §4º, parte final, já aludia à necessidade de registro da penhora (não para validade, mas, de todo modo, para eficácia contra terceiros), firmou-se entendimento no sentido de que o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da referida demanda seria do credor (exequente).

Dentre as premissas que balizaram esse entendimento, destaca-se o prestígio à boa-fé, que se presume, frente à má-fé de terceiros, que deve ser comprovada por quem a alega.

Ademais, reconheceu-se que a lei permitia ao exequente – como ainda permite – a obtenção, por exemplo, de certidão comprobatória do ajuizamento da execução para fim de averbação da existência do feito, identificação da partes e valor da causa na matrícula do imóvel ou em outros registros públicos (como o de veículos, por exemplo). Assim, se a lei proporciona ao credor meios de acautelamento, visando dar publicidade à execução, e este se mostra *desidioso*, “não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova” – destaca-se do voto vencedor, no qual, quanto às certidões de feitos ajuizados, encontra-se:

É que, quanto à insolvência do executado, doutrina e jurisprudência têm entendido que a simples certidão do oficial de justiça afirmando a inexistência de bens penhoráveis na execução é suficiente para presumir-se a insolvência. Essa prova, certamente, está muito mais próxima do credor do que do terceiro adquirente. **Por outro lado, se é certo que o adquirente poderá obter certidões sobre a distribuição de ações contra o executado alienante, certo é também que essas mesmas certidões estão ao alcance do credor, que, mediante requerimento ao cartório onde lavrada a escritura de aquisição do bem, ou por meio de ordem judicial, poderá ter acesso a elas.** Não vejo razão para alterar a jurisprudência da Casa relativa ao ponto, por não enxergar obstáculo de tão grande monta que possa prejudicar o credor na sua demonstração de ausência de boa-fé do adquirente. (negrito meu)

Reafirmou-se, então, o princípio da concentração matricular, com reflexos na jurisprudência dos demais tribunais brasileiros. Tome-se, como exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 1011481-07.2018.8.26.0100, pela 38ª Câmara de Direito Privado, em 1º.03.2019, sob a relatoria do Desembargador Fernando Sastre Redondo, cuja ementa traz:

EMBARGOS DE TERCEIRO. Execução. Penhora. Imóvel. Fraude de execução não caracterizada. Alegação de que efetuou a compra de boa-fé e não havia constrição sobre o bem. Inexistência de registro de penhora ou averbação da demanda. Circunstâncias que elidem a presunção de venda fraudulenta. Necessidade de comprovação da má-fé do adquirente, que não se presume. Ônus da prova do credor. Aplicação da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça e orientação firmada em sede de Recurso Repetitivo (REsp nº 956943/PR). Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

No mesmo sentido, ainda no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, vale destacar ementa de acórdão que carrega decisão de 14.09.2015, havida pela 20ª Câmara de Direito Privado no julgamento do Agravo de Instrumento 0150156-20.2011.8.26.0000, tendo o Desembargador Rebello Pinho como relator:

RECURSO. Novo julgamento pela Turma Julgadora, para os fins especificados na determinação do Exmo. Des. Presidente da Seção de Direito Privado nos termos do art. 543-C, parágrafo 7º, inciso II, do CPC. FRAUDE À EXECUÇÃO. Decisão que indeferiu pedido de reconhecimento de fraude à execução na alienação de bem imóvel pelo executado Élio. **Para a caracterização de fraude à execução, quando ausente o registro de penhora, é necessária a prova de que o adquirente tinha conhecimento da existência de demanda em curso que pudesse reduzir o devedor à insolvência, não bastando para tal finalidade que a alienação do bem tenha ocorrido após a citação dos devedores alienantes, uma vez que milita em favor do terceiro a presunção de boa-fé - Conforme orientação, que se passa a adotar, em razão do advento da Súmula 375/STJ, o fato do terceiro adquirente de imóvel penhorado não ter diligenciado junto ao Cartório do Distribuidor, nem exigido do vendedor a exibição de certidão de distribuição de ações e execuções judiciais contra o**

alienante, não autoriza o reconhecimento de fraude à execução, porque não basta, por si só, para provar a má-fé do adquirente, nem de que ele tinha conhecimento da existência de demanda em curso que pudesse reduzir o devedor à insolvência - Ausente registro da penhora anterior e de prova da existência de fato capaz de demonstrar que os adquirentes do imóvel tinham ciência da existência de ação suficiente para reduzir o executado à insolvência, incabível o reconhecimento de fraude à execução na alienação do imóvel objeto da ação, impondo-se, em consequência, a manutenção da r. decisão agravada. Recurso desprovido.” (destaques meus).

Vale destacar, contudo, que a mencionada decisão do STJ se deu por *maioria*, sendo certo que se encontram entendimentos bastante interessantes nos votos vencidos. Destaca-se, por exemplo, do voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora vencida neste julgamento, entendimento no sentido de que haveria de se ter a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, carreando ao *adquirente* o ônus de comprovar sua boa-fé pela via da demonstração das cautelas de praxe (certidões dos distribuidores no tocante às ações propostas em face do alienante, além das demais costumeiramente providenciadas e analisadas), demonstrando, assim, a inexistência de fraude à execução, tudo pautado na maior facilidade dele, adquirente, de assim proceder, frente à situação do credor (de provar que o adquirente conhecia a existência das referidas ações ou constrições, por exemplo – tarefa bastante difícil ou, por vezes, praticamente impossível).

Nessa esteira, em que pese a fundamentação do voto vencedor no Recurso Especial 956.943/PR, já destacada, é possível encontrar, na jurisprudência, interpretações do que seria exigido para a *prova* da má-fé do adquirente, com a afirmação de que tal se dá nos casos em que este *dispensa a apresentação das certidões de feitos ajuizados*, até pouco tempo exigida na Lei 7.433/1985. Exemplifica-se o afirmado com referência aos fundamentos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 1000554-33.2018.8.26.0083, pela 22ª Câmara de Direito Privado, em 12.04.2019, sob a relatoria do Desembargador Roberto Mac Cracken, cuja ementa traz:

EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. 1. A DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE AÇÕES AJUIZADAS EM FACE DO VENDEDOR CONFIGURA A MÁFÉ DO COMPRADOR. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA. 2. NO DECRETO DE FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO INCIDE A PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA. R. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.

Em sede de fundamentação, após mencionar o entendimento firmado no referido Recurso Especial Repetitivo, encontra-se no voto do relator que “[...] a dispensa das certidões de feitos ajuizados em face do vendedor configura a má-fé do adquirente, nos termos da Súmula n° 375, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.”

Menciona-se, antes, contudo, a exigência de apresentação de tais certidões com base no disposto na Lei 7.433/1985, a fazer com que se mostre importante, sobre esta, tecer breves comentários.

5. A Lei 7.433/1985 e as diligências esperadas nos negócios imobiliários

Mesmo diante da consolidação dos entendimentos acima referidos, que culminaram na edição do verbete 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e, depois, na tese firmada a partir do julgamento do Recurso Especial 956.943/PR quanto ao tema/repetitivo 243, a seguinte questão passou a ser objeto de reflexões e debates: caso o terceiro adquirente não extraísse as certidões costumeiramente consultadas, de modo prévio à celebração de negócio imobiliário, restaria afastada a sua presunção de boa-fé, de modo a conduzir ao reconhecimento da fraude à execução?

Como se viu, a decisão do STJ quanto ao tema 243 leva à conclusão do prestígio atribuído ao princípio da concentração matricular, já verificado no verbete sumular 375 da mesma Corte Superior. Porém, mesmo assim, não há como afirmar que a questão restou pacificada.

Dois fundamentos principais são costumeiramente identificados nas decisões proferidas no sentido de exigir a referida providência do adquirente de bem imóvel para considerar a sua boa-fé.

O primeiro deles consiste no fato de que é habitual, no mercado imobiliário, a exigência da apresentação das certidões dos distribuidores pertinentes às ações ajuizadas

em face do titular de direitos reais sobre o imóvel. Dentre elas, encontra-se, com destaque, a prática da extração de certidões dos distribuidores da Justiça Comum (Estadual e Federal) e da Justiça do Trabalho (da localidade do bem e da localidade de domicílio do titular de direito real objeto da alienação), além da negativa de tributos municipais sobre o imóvel e a certidão da matrícula do imóvel (ou de propriedade do bem) junto ao Serviço de Registro de Imóveis respectivo, dentre outras. Trata-se de providência mínima e pouco complexa, que se mostra ao alcance do adquirente que, por isso, não poderia dela se esquivar – sob pena de comprometimento da sua boa-fé.

Tratar-se-ia, ademais, de providência *mais fácil* ao adquirente, frente ao que se exigiria do credor para demonstrar o conhecimento daquele no que tange à existência de demandas que poderiam levar o alienante à insolvência, a justificar – e até exigir – a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova – carreando-o, pois, ao adquirente, que, pelas certidões, adequada e suficientemente extraídas e consultadas, poderia demonstrar que, à luz das cautelas básicas dele exigidas, certificou-se da inexistência de tais demandas (ou as desconhecia).

O segundo fundamento aponta para a Lei 7.433, de 18 de dezembro de 1985. A referida lei traz, em seu artigo 1º, *caput*: “*Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.*”

Adiante, no §2º do mesmo artigo inaugural, a referida Lei dispunha que o tabelião deve consignar, no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do ITBI – imposto de transmissão *inter vivos* -, além das certidões fiscais, *de feitos ajuizados* e de ônus reais.

Logo, quando da celebração do contrato de compra e venda, por força de lei, o adquirente seria informado pelo tabelião acerca da *possibilidade* de obtenção das referidas certidões *de feitos ajuizados* – até pelo fato de que a escritura em questão deve ser lida *em voz alta* quando de sua subscrição, não havendo como o adquirente sustentar que desconhecia essa possibilidade de diligência prévia. Se o adquirente, mesmo assim, dispensasse a apresentação das referidas certidões de feitos ajuizados, estaria agindo conscientemente, de modo contrário à diligência que, *por força de lei*, dele se esperava. A consequência é simples: o afastamento da boa-fé necessária à proteção da sua aquisição contra a ineficácia decorrente da caracterização da fraude à execução.

Encontra-se entendimento nessa orientação em diversos julgados – em especial, os anteriores à Medida Provisória 656/2014 -, inclusive dentre os proferidos pelo

Superior Tribunal de Justiça. À guisa de exemplo, pode-se citar o havido no Recurso Especial 655.000/SP, pela Terceira Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 23.08.2007, cuja ementa traz:

Processo civil. Recurso especial. Julgamento do mérito recursal. Reconhecimento implícito da legitimidade para recorrer. Fraude à execução. Art. 593, inciso II, do CPC. Presunção relativa de fraude. Ônus da prova da inocorrência da fraude de execução. Lei n.º 7.433/1985. Lavratura de escritura pública relativa a imóvel. Certidões em nome do proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais. Apresentação e menção obrigatórias pelo tabelião. Cautelas para a segurança jurídica da aquisição do imóvel.

- Se no julgamento do recurso, o Tribunal adentra no mérito recursal, inequivocamente conhece do recurso. Como a legitimidade para recorrer é um dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade dos recursos, ao tratar do mérito recursal, o Tribunal reconhece implicitamente a legitimidade para recorrer.

- O inciso II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução.

- A partir da vigência da Lei n.º 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas.

- Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar,

objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

- Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel.

Recurso especial não provido. (destaque meu).

Ocorre que a Lei 7.433/1985 sofreu alterações promovidas pela Medida Provisória 656, de 07 de outubro de 2014, confirmadas pela Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015, artigo 59, de modo que o mencionado artigo 1º, §2º passou a dispor: “*O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.*”

Nota-se que houve a *supressão* da menção à apresentação das certidões *de feitos ajuizados* em face do alienante, a desafiar o intérprete no tocante aos efeitos dessa alteração: deixou de ser necessária a providência para fim de salvaguardar a boa-fé do adquirente?

A questão não é singela, tanto que se encontra, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, interessante decisão na qual se afirma que a constatação da boa-fé do adquirente passa pela verificação da tomada da referida cautela, ao menos no período em que vigorou a redação original do artigo 1º, §2º da Lei 7.433/1985, independentemente do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 956.943/PR. Trata-se da Apelação nº 0002183-15.2012.8.26.0004, da 17ª Câmara de Direito Privado, julgada sob a relatoria de Paulo Pastore Filho, em 28.09.2016, na qual se lê, no bojo de sua fundamentação:

Respeitado o entendimento esposado por aquela Corte, o fato é que, quando da aquisição dos imóveis objeto destes embargos de

terceiro, ainda estava em vigor a redação original do § 2º do art. 1º da Lei nº 7433/85 (alterada pela Lei nº 13097/2015), pelo qual deveria ser apresentada ao Tabelião para a lavratura da escritura, dentre outros documentos, a certidão de feitos ajuizados em face do vendedor. Dessa forma, e não tendo os adquirentes procedido com tal cautela em relação ao alienante Cláudio, não há como se os considerar de boa-fé, motivo pelo qual, no caso em tela, a manutenção do acórdão recorrido é medida que se impõe.

A resposta a essa pergunta passa, outrossim, pelo *mais* trazido pela referida Medida Provisória e, depois, pela Lei 13.097/2015 que, em especial no artigo 54 e no já referido artigo 59, prestigia o princípio da concentração matricular, reforçando o já antes carregado no entendimento cristalizado pela jurisprudência do STJ no verbete sumular 375.

6. A Lei 13.097/2015 e o princípio da concentração matricular

A Medida Provisória 656/2014 prestigiou o princípio da concentração matricular⁷⁷⁵, quadro mantido por ocasião de sua conversão em lei. Nesse sentido, vale destacar que a Lei 13.097/2015, ao tratar dos registros na matrícula de imóvel, traz, no artigo 54:

Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de

⁷⁷⁵ Relevante anotar a inconstitucionalidade da referida Medida Provisória, que, por tratar sobre Direito Processual Civil, colidiu com o disposto no artigo 62, §1º, b, da Constituição Federal: “§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...]. I- relativa a: [...]. b) direito penal, processual penal e **processual civil**; [...]”. (negrito meu)

cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do [art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil](#) ;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do [inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil](#) .

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

O dispositivo, ao afirmar a eficácia dos negócios jurídicos de que trata, *nas hipóteses de ausência de registro ou averbação, na matrícula do imóvel, das informações ou atos que elenca*, reforça o princípio da concentração matricular, de modo que, inscrita a informação pertinente à citação (do alienante) em ação real ou pessoal reipersecutória, ou, ainda, da existência de constrição judicial, ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus previstos em lei ou, por fim, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, haverá presunção absoluta de fraude à execução no tocante aos negócios jurídicos imobiliários posteriores, com o afastamento da boa-fé do adquirente frente à publicidade verificada.

A partir deste dispositivo, porém, emerge outra questão, pertinente à extensão dos efeitos do referido princípio da concentração: apenas afasta a presunção absoluta de boa-fé do adquirente que celebrar negócio imobiliário após a inscrição de quaisquer das informações elencadas nos incisos do artigo 54 da Lei 13.097/2015 *ou* leva ao extremo

o princípio da concentração matricular de modo que *somente haverá fraude à execução com afastamento da boa-fé do adquirente se tais informações constarem da matrícula?*

A relevância prática da solução da referida questão é inegável. A depender da orientação que se dê ao tema, a destacada e prestigiada cautela de extração de certidões de feitos ajuizados, costumeiramente atrelada à verificação de boa-fé do adquirente de imóvel, passaria a ser dispensável, com alteração sensível dos critérios até então adotados na verificação da fraude à execução e seus efeitos, passando-se a exigir do adquirente apenas a diligência no tocante à certidão de propriedade e ônus reais (informações constantes da matrícula) e de débitos fiscais sobre o imóvel, com a verificação do contido nestas.

A leitura do parágrafo único do mesmo artigo 54 colabora para que se conclua pelo prestígio acentuado dado ao princípio da concentração matricular, ao trazer, na sua parte inicial, que *não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis*.

Mesmo assim, a questão não resta pacificada na jurisprudência, como será demonstrado adiante.

Em que pese se encontre, em diversas decisões, a referência à necessária cautela pertinente às certidões de feitos ajuizados, para fim de salvaguardar a presunção de boa-fé do adquirente, em outras tantas depara-se com orientação diversa. Encontra-se, por exemplo, em sede de fundamentação de voto do relator, Desembargador Achile Alesina, na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2227725-87.2016.8.26.0000, pela 38ª Câmara de Direito Privado, em 15.02.2017, referência ao disposto na Lei 13.097/2015 e ao princípio da concentração matricular:

E na Lei 13097/15, em seu artigo 54, encontra-se disposição no sentido de que é importante registrar situações que possam interferir na titularidade do imóvel objeto do registro, como, por exemplo, a citação de ações reais ou ações pessoais reipersecutórias, a constrição judicial, a execução e a fase de cumprimento de sentença, bem como outros atos que possam reduzir o proprietário à insolvência em razão da responsabilidade patrimonial.

Isso para dar efetividade ao princípio da publicidade, possibilitando às instituições de Registros Públicos eliminar os riscos referentes à alienação, conferindo segurança jurídica ao sistema imobiliário, especificamente no que tange à constituição, transferência ou modificação de direitos reais incidentes sobre o imóvel.

De outro lado, como destacado, outras decisões mantiveram-se firmes no sentido da exigência de comprovação da diligência do adquirente, pela obtenção de certidões dos distribuidores, dentre outras, tendo por consequência da inércia, nesse sentido, o afastamento da boa-fé e a configuração da fraude. Aliás, a leitura atenta do mesmo parágrafo único do artigo 54 da Lei 13.097/2015 permite essa interpretação, ao trazer que as situações jurídicas não constantes da matrícula, no Registro de Imóveis, não poderão ser opostas *ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direito reais sobre o imóvel*. Logo, inexistindo a boa-fé do adquirente, tal qual se encontra no inciso IV do artigo 792 do CPC/2015, as referidas situações passam a ser oponíveis ao terceiro adquirente.

Não se nega que a interpretação do parágrafo único do artigo 54, em questão, combinada com o seu inciso IV, pode conduzir à conclusão distinta, porém, não resistiria ao disposto no artigo 792, IV, do CPC/2015, lei posterior e que não exige tal providência registral prévia para fim de restar caracterizada a fraude à execução.

A questão permanece polêmica.

7. O Código de Processo Civil de 2015 e a fraude à execução: evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nos cinco anos de vigência do CPC.

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe a lume o Novo Código de Processo Civil e, com ele, alterações no tocante à questão da fraude à execução, com nítida aproximação do novel diploma com relação ao que a Lei 13.097/2015 já havia trazido, mas, principalmente, ao que a jurisprudência do STJ sinalizara, tanto no verbete sumular 375 quanto na definição da tese para o tema 243, a partir do julgamento do Recurso Especial 956.943/PR.

Tal se afirma em razão do disposto no artigo 792 do CPC/2015, em especial do que se lê nos incisos I, II e III bem como no §2º, *verbis*:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do [art. 828](#);

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 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.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

A reforçar o prestígio ao princípio da concentração matricular, há de se considerar o disposto no artigo 844 do mesmo Código: *“Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.”*

Necessário, contudo, o retorno ao artigo 792 do CPC/2015. Nota-se que os incisos I, II e III também prestigiam a publicidade registral e a concentração matricular, na trilha dos entendimentos antes já sedimentados na jurisprudência do STJ, mesmo na vigência o CPC anterior.

Vale destacar, contudo, que as polêmicas não foram encerradas com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil.

É certo que algumas questões estão aclaradas: caso haja a averbação, na matrícula do imóvel, da informação pertinente à existência de ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória (inciso I) ou da pendência de processo de execução (inciso II) ou, ainda, de hipoteca judiciária ou outro ato de constrição (penhora, por exemplo) originário do processo no qual foi alegada a fraude (inciso III), e, mesmo assim, o bem vier a ser adquirido por terceiro, restará presumida a má-fé do adquirente, de modo absoluto. Com isso, estará configurada a fraude à execução.

A dúvida que pode remanescer, contudo, é pertinente à adequada interpretação do inciso IV do artigo 792 do CPC em vigor, que traz ser considerada fraude à execução a alienação ou a oneração de bens quando, ao tempo em que realizadas, *“tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”*.

Diante disso, pergunta-se: com a entrada em vigor do CPC/2015, basta a comprovação da existência de ação que possa conduzir o devedor à insolvência, já em trâmite ao tempo da alienação ou oneração do bem do mesmo devedor, para que se tenha a fraude à execução?

A resposta é evidentemente negativa. Não basta a existência da referida ação, nem mesmo o efetivo estado de insolvência do devedor para tanto. Além disso, sem dúvidas, há de se ter o afastamento da boa-fé do terceiro adquirente. Quanto a isso, não há dúvidas que se sustentem.

Questão que remanesce, contudo, consiste no que se exige para fim da caracterização da dita boa-fé do terceiro que celebrou negócio com o devedor ou que foi beneficiado com a oneração do bem deste.

Como visto, a decisão proferida pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 956.943/PR, firmando tese para o tema/repetitivo 243, prestigia a boa-fé, presumindo-a, de modo a impor a comprovação da má-fé do adquirente, cujo ônus foi atribuído ao credor.

Poder-se-ia questionar se o CPC de 2015, ao dispor sobre o tema, teria dado disciplina distinta da verificada no CPC de 1973 de modo suficiente a provocar a

alteração do entendimento cristalizado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Entende-se que não. O CPC revogado trazia, no artigo 593, II, o mesmo teor ora verificado no artigo 792, IV. Logo, a presunção de boa-fé e a necessidade de comprovação da má-fé, bem como os critérios utilizados para chegar à conclusão de que o ônus da prova toca ao credor não sofreram alterações sensíveis o suficiente para, por si, exigir a alteração da orientação da jurisprudência do STJ na matéria.

Sendo assim, apresenta-se uma nova pergunta: a falta de diligência do adquirente, que tenha circunscrito sua atenção à análise das informações constantes da matrícula do imóvel – além de verificar a certidão negativa de tributos municipais relativos ao imóvel – seria suficiente para demonstrar sua desídia e, com isso, uma espécie de *culpa* que aproxime a sua conduta da má-fé ou, ao menos, seja hábil e suficiente para fulminar a presunção de boa-fé estabelecida, inclusive, no julgamento do recurso repetitivo acima referido?

Em outras palavras: continuaria sendo exigido do adquirente, para efetiva salvaguarda da sua boa-fé, a demonstração de que diligenciou para fim de obtenção das certidões de feitos ajuizados, ao menos na localidade do imóvel e do domicílio do alienante, e que, ao verificá-las, nada encontrou no tocante à existência de ações cujos resultados pudessem conduzir (o mesmo alienante) à insolvência?

Quanto a essa questão, em que pesem os elementos aqui indicados, não há pacificação de entendimentos, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

No plano doutrinário, Gilberto Gomes Bruschi, por exemplo, sustenta a necessidade da comprovação da destacada diligência do adquirente, sob pena de presunção *iuris tantum* de sua má-fé. Esclarece:

Defendemos que na ausência de averbação da pendência de execução, ou do registro de algum ato de constrição judicial na matrícula do bem, o terceiro adquirente tem o ônus de provar a sua boa-fé, desde que o credor, na execução traga indícios da ocorrência da fraude, demonstrando que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões fiscais e as certidões dos cartórios distribuidores pertinentes, do local do bem e do domicílio do vendedor. [...].

Para que se evite a alienação fraudulenta, o adquirente sempre deverá tomar certos cuidados, com o fito de não ser prejudicado pela posterior declaração de ineficácia do ato de alienação, mesmo com a alteração imposta pela Lei 13.097/2015.⁷⁷⁶

Na mesma esteira, também, José Maria Câmara Junior, ao afirmar:

Nesse quadro, muito embora os julgados daquela Corte registrem que o ônus de provar a má-fé do adquirente recai sobre o credor, a experiência cotidiana tem demonstrando que, no fim das contas, a prática de atos materiais e processuais para elucidação dos fatos que denotem a boa ou a má-fé do adquirente competirão invariavelmente a ele.

Isso porque a ausência de boa-fé se prova, eminentemente, com a demonstração de que o adquirente não se cercou dos mínimos cuidados inerentes à segurança do negócio jurídico entabulado, como, aliás, o próprio STJ reconhece em alguns julgados posteriores à edição da aludida Súmula (RMS 27.358/RJ, 3ª T., j.05.10.2010, rel.Min.Nancy Andrighi, *DJe* 25.10.2010).⁷⁷⁷

Marcelo Abelha, ao comentar o artigo 792, IV, do CPC em vigor, destaca a necessidade de sopesamento das circunstâncias da causa, mas, alude à relevância da conduta do adquirente, no tocante às cautelas a ele possíveis, na verificação da configuração ou não da fraude à execução:

Nesta situação, na eventual discussão da fraude à execução deve o juízo sopesar as circunstâncias da causa, analisando em que condições o terceiro adquiriu o bem, subtraindo do patrimônio do réu/devedor, ou seja, se tomou as cautelas e medidas normais, se foi diligente, se buscou informações acerca do alienante, se foi assistido por um corretor etc. Só depois da

⁷⁷⁶ **Recuperação de Crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226. O autor mantém a referida posição na 2ª edição da obra, de 2019, p. 246-247.

⁷⁷⁷ *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.) **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1901.

análise desse contexto é que deve reconhecer a fraude declarando ineficaz a alienação em relação ao credor ou rejeitando o incidente e mantendo o bem sob titularidade do terceiro.⁷⁷⁸

De outro lado, Leonardo Brandelli, ao interpretar o artigo 792, IV, do CPC, posiciona-se no sentido de que não há qualquer imposição legal, ao adquirente, da diligência de providenciar as certidões dos distribuidores judiciais. Acrescenta que o credor tem o *ônus* de dar publicidade registral também às ações meramente pessoais, o que extrai da interpretação conjunta do inciso IV com o §2º do mesmo artigo, que exige, expressamente, a diligência pertinente às certidões apenas para o caso de bens *não sujeitos a registro* – realidade que não alcança os imóveis. E conclui:

Na medida em que os bens imóveis são passíveis de registro no registro de imóveis, a alienação ou oneração durante a pendência de uma ação pessoal somente caracteriza fraude à execução se for publicizada a notícia da existência da ação, ou se for provado que no caso concreto o terceiro adquirente conhecia, por outro meio, a existência da ação. Há, em outras palavras, necessidade de que haja cognoscibilidade ou efetivo conhecimento.

Somente há a dispensa de registro para eficácia *erga omnes* da existência de ação pessoal, com aplicação exclusiva do inciso IV, nos casos em que o bem não seja passível de registro. Sendo, há a conjugação do inciso com o §2º, não sendo dispensado o registro.

Não havendo o registro, somente poderá ser reconhecida a fraude à execução se for provado pelo exequente que o terceiro conhecia de fato a situação fraudulenta. Caso contrário, o terceiro adquirente será de boa-fé e não poderá perder o bem adquirido.

⁷⁷⁸ **Manual de Direito Processual Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1010.

Diga-se, por fim, que não há qualquer ônus jurídico de o adquirente providenciar certidões dos distribuidores judiciais, porque há previsão legal – e há ônus legal do credor de assim proceder – para a publicidade registral das ações meramente pessoais, se isto for necessário no caso concreto (ver arts.54, IV, e 59 da Lei 13.097/2015).⁷⁷⁹

Marcus Vinícius Rios Gonçalves, por sua vez, admite a possibilidade de fraude à execução sem prévio ato registral, porém, esclarece que o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente tocará ao credor, não se presumindo “*pelo fato de o adquirente poder exigir certidões do distribuidor.*” E arremata:

[...] Entre os direitos do credor e os dos adquirentes de boa-fé, o STJ optou por proteger estes últimos. Cumpre ao credor diligente, que queira evitar os dissabores de uma possível fraude à execução, tomar as providências necessárias para tornar pública a existência da ação ou da constrição.

Se o credor teme que, já na fase cognitiva, o devedor possa alienar bens, tornando-se insolvente, deve-se valer de medidas como o protesto contra a alienação de bens ou o arresto cautelar (art. 301 do CPC).⁷⁸⁰

Na jurisprudência se encontra, também, divergências sobre a necessidade da diligência do adquirente, pertinente à providência das certidões acima referidas, para fim de salvaguardar a sua boa-fé.

Cite-se, de início, decisão proferida em 12.01.2021, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, havida por sua 38ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Mário de Oliveira, cuja ementa traz:

EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA – IMÓVEL –
Fraude à execução – Instrumento particular de confissão de

⁷⁷⁹ Fraude à execução imobiliária e a publicidade registral o novo CPC. In: DIP, Ricardo (coord.) **Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 102-103.

⁷⁸⁰ **Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 836-837.

dívida e cessão de direitos creditórios sobre imóvel que não tem validade perante terceiros – O respectivo instrumento público somente foi celebrado mais de um ano depois, após o início do processo de execução em face do transmitente, inclusive com a sua regular citação – Transferência de titularidade durante o curso de processo de execução – **É dever dos compradores efetuar mínimas diligências acerca da idoneidade financeira do vendedor, como, por exemplo, a pesquisa de ações/execuções judiciais que tramitam contra ele** - Existência, no momento da formalização da transferência de titularidade, de execução capaz de reduzir o vendedor à insolvência - Art. 792, IV, CPC/2015 - Fraude à execução verificada – Aplicação da súmula 375 do STJ – Má-fé verificada - Sentença mantida - Recurso não provido.

Em que pese o entendimento expresso nessa recente decisão, é possível encontrar posicionamento diverso no âmbito da jurisprudência do mesmo Tribunal, como, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2249669-09.2020.8.26.0000, havido pela 15ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Vicentini Barroso, de 15.01.2021, com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO Alienação de imóvel a terceiro Pedido de reconhecimento de fraude não acolhido Falta de demonstração dos requisitos do art. 792 do CPC e da súmula 375 do STJ Averbação da execução inexistente e ausência de prova da má-fé dos terceiros adquirentes Decisão mantida Recurso desprovido.

Da leitura do relatório do respectivo acórdão, encontra-se que um dos fundamentos dos agravantes para sustentar a alegada fraude à execução consistiu justamente na inércia dos adquirentes no tocante à obtenção das certidões aqui mencionadas. Sintetiza o relator:

Diz-se da existência de fraude à execução. Sustenta que os adquirentes não demonstraram a boa-fé na compra do imóvel penhorado, que foi dado em garantia de instrumento de confissão de dívida, em 2013 (fls. 15/17), e de acordo celebrado em 2016 (fls. 18/20), homologado judicialmente (fl. 21). **Tem que a súmula 375 do STJ deve ser interpretada em conjunto com o disposto no art. 792 do CPC, de modo que caberia a tais adquirentes verificar todas as certidões relativas à vendedora, inclusive a existência de ações judiciais que pudessem reduzi-la à condição de insolvência.** À época da alienação, pendia demanda de cobrança (1002483.21.2015.8.26.0564). Assim, postula a reforma da decisão e a manutenção da constrição sobre o imóvel. (negrito meu)

Adiante, contudo, em sede de fundamentação, a pretensão recursal é fulminada pelo entendimento do relator, no sentido de que a má-fé do adquirente deveria ser comprovada pelo credor, para o que não basta a mera inércia no tocante à obtenção das referidas certidões, reiterando-se, ainda, a relevância do registro da existência de garantia real, processo pendente ou, soma-se, constrição judicial havida sobre o bem, que pudessem conduzir à presunção da má-fé do adquirente, ou qualquer outro elemento que pudesse comprová-la:

Conquanto inegável a transação tenha acontecido após o ajuizamento desta demanda de cobrança (proposta em face da ora executada em 13/06/2016), não se pode imputar, aleatoriamente, aos adquirentes atuação de má-fé na compra e venda. Antes, cabia à credora demonstrá-la inequivocamente, mas não inverter a ordem de seu ônus em desfavor daqueles, nos termos da súmula 375 do STJ.

Repita-se, não havia qualquer averbação na matrícula registrária do bem (fls. 22/23), seja a respeito da garantia real oferecida em documento particular, seja da própria pendência do processo de cobrança em face da executada (CPC, art. 792, II) cujo interesse

era, seguramente, da exequente em fazê-lo (CPC, art. 828, caput), de modo a presumir, a rigor, a boa-fé dos adquirentes no negócio realizado.

Portanto, também não há qualquer elemento trazido ao processo a apontar que tenha havido má-fé dos compradores

Cabe destacar que não se trata de entendimento isolado, de modo que pode ser verificado em diversas outras decisões da mesma Corte, como, por exemplo, no julgamento do Agravo Interno (Agravo Regimental Cível nº 1003856-31.2017.8.26.0269/50000) pela Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo por relator o Desembargador Presidente da Seção de Privado, Dimas Rubens Fonseca, em 21.01.2021, cuja ementa traz:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE DE EXECUÇÃO. BEM IMÓVEL. Hipóteses definidas pelo E. Superior Tribunal de Justiça no tema 243. Necessidade de citação válida, ressalvada a hipótese prevista no §4º do art. 828 do CPC (art. 615-a, §3º, do CPC revogado). Além da citação, o reconhecimento da fraude depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375 do E. STJ). Se não existir registro da penhora, pertence ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Razões recursais, no mais, impertinentes a esta via recursal. Inteligência do art. 1.042 do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida.

No bojo da fundamentação do voto, o relator trata da questão da presunção de má-fé (ou da comprovação desta) pela inércia do adquirente no tocante à providência

das certidões aqui referidas, em remissão expressa a trecho do acórdão atacado pela via do agravo interno, afastando-a, *verbis*:

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 956.943/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, após a citação válida, o reconhecimento da fraude de execução depende de registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375 do E. STJ), sendo que a boa-fé se presume e a má-fé se prova. Confira-se a fls. 1.979/1.981.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 1.933/1.938) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao afastar a configuração da fraude à execução, devido a não comprovação da má-fé dos adquirentes.

Confira-se trecho do V. Acórdão: “No caso dos autos, como se vê da mencionada certidão de matrícula, quando da aquisição pelos embargantes, não havia qualquer menção a ações em trâmite envolvendo o imóvel em questão, muito menos registro de penhora, que, como dito, é posterior à aquisição. A documentação de fls. 379/388 demonstra a regular transmissão do bem, com o pagamento de todos os tributos incidentes sobre mencionado negócio jurídico. **Nada há nos autos, igualmente, que evidencie a má-fé dos adquirentes, o que não se pode presumir, destacando-se, ainda, que a 'simples dispensa de certidões de distribuição de feitos ajuizados contra o vendedor não faz prova suficiente da ciência do comprador acerca da ação em curso'** (TJSP; Apelação Cível 1004435-83.2015.8.26.0451; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 4ª Vara Cível; Datado Julgamento: 30/07/2019; Data de Registro: 30/07/2019)” (fl. 1.937).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos. (negrito meu)

O mesmo se encontra no julgamento do Agravo de Instrumento 2094009-56.2019.8.26.0000, pela 28ª Câmara de Direito Privado, tendo por relator o Desembargador Luiz de Almeida, julgado em 23.05.2019, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. Impossibilidade de reconhecer fraude à execução. JULGAMENTO DO RESP Nº 956.943/PR PELA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS - ausência de registro da penhora do bem alienado e INEXISTÊNCIA DE prova da má-fé da terceira adquirente. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 375 DO STJ - **ausência de obtenção de certidão negativa do Distribuidor Cível que, ISOLADAMENTE, não é suficiente para a comprovação da má-fé.** RECURSO PROVIDO. (negrito meu)

Por fim, retoma-se a seguinte questão: a falta dos atos registrares indicados nos incisos I a III do artigo 792 do CPC afasta a fraude à execução. A resposta é negativa, como já apresentada neste estudo, a partir do exame do inciso IV e do §1º, ambos do mesmo artigo 792.

Nesse sentido, aliás, sustenta Daniel Amorim Assumpção Neves, ao afirmar que as referidas providências junto ao Registro de Imóveis, mencionadas nos incisos I e III do artigo 792, “*são medidas adotadas pelo credor para a criação de uma presunção absoluta de ciência erga omnes da situação do bem. Serve para provar a ciência do devedor da existência do processo e para afastar suposta boa-fé do terceiro adquirente*”. Assim, conclui: “*Não são, entretanto, requisitos indispensáveis para que haja fraude à execução.*”⁷⁸¹

Nesse diapasão, afirma Assumpção Neves:

Nesses casos, havendo a situação tipificada em lei haverá fraude à execução, independentemente do *eventus damni*, mas mesmo sem tal tipificação poderá haver fraude à execução se for demonstrada a ciência do executado da existência do processo e

⁷⁸¹ **Manual de Direito Processual Civil:** volume único. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 1080.

a alienação ou oneração do bem levar ou agravar sua insolvência.

Contudo, como destacado, o ônus da referida prova tocará ao credor, e não ao adquirente, como também afirmado por Cássio Scarpinella Bueno:

Por todas essas razões é que correto entender que a ocorrência de má-fé do adquirente se resume a uma questão de prova (não necessariamente de fácil produção) acerca do estado de insolvência do executado (alienante). Havendo averbação de quaisquer constrições, a presunção de seu conhecimento por terceiros decorre do próprio art.844, dispensando o exequente do ônus da prova de que o adquirente conhecia o estado do executado. Quando o exequente não efetivar a averbação, nos casos em que ela é viável, é ônus seu a prova da má-fé do adquirente. Nos casos em que os bens penhorados não forem passíveis de averbação ou registro, cabe ao próprio adquirente fazer prova de sua boa-fé, observando-se, contudo, as limitações indicadas acima.⁷⁸²

Merece destaque, também, o teor do enunciado 149 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em 2018: *“A falta de averbação da pendência de processo ou da existência de hipoteca ou de constrição judicial sobre bem no registro de imóveis não impede que o exequente comprove a má-fé do terceiro que tenha adquirido a propriedade ou qualquer outro direito real sobre o bem.”*

Portanto, com a entrada em vigor do CPC/2015, também remanesceu a possibilidade de fraude à execução mesmo sem que haja qualquer averbação, na matrícula do imóvel, quanto à existência de processos pendentes ou constrições judiciais sobre o bem, porém, exigir-se-á do credor a comprovação da má-fé do terceiro adquirente.

⁷⁸² **Curso esquematizado de Direito Processual Civil:** tutela jurisdicional executiva. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 318. A comprovação da boa-fé do adquirente nos casos em que o bem alienado ou onerado não se mostra sujeito a registro, a se dar pela via das certidões, consiste em exigência encontrada no artigo 792, §2º, do CPC.

Estas, as principais considerações sobre o tema.

Considerações finais

Percebe-se, assim, que a questão ainda não se mostra pacificada, a exigir a intensificação dos estudos e debates e a busca de socorro nos instrumentos de uniformização da jurisprudência, no objetivo de se alcançar a previsibilidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica indispensável ao fomento dos negócios imobiliários, tão relevantes, como demonstrado, quer no aspecto econômico, quer no social. De todo lado, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema/repetitivo 243 conduz à conclusão de que a jurisprudência tende à consolidação do prestígio ao princípio da concentração matricular da seguinte forma: (1) nos casos em que haja o registro ou a averbação referidas no artigo 792, I a III do CPC, a alienação ou oneração posterior do imóvel caracterizará fraude à execução, independentemente da redução do devedor à insolvência, sendo absoluta a presunção de má-fé do terceiro adquirente; (2) nesses casos, não haverá a nulidade, mas, a ineficácia da alienação ou da oneração em relação ao exequente (ou seja, efeito circunscrito às partes do processo em que reconhecida a fraude e, evidentemente, o adquirente); (3) nos casos em que não haja inscrição, na matrícula, de informações pertinentes ao processo ou ao ato de constrição judicial, o reconhecimento da fraude à execução dependerá da prova da má-fé do terceiro adquirente, que não se presume, e da insolvência resultante do ato de alienação ou de oneração do bem; e (4) o ônus de provar a referida fraude toca ao credor, não bastando para tanto, isoladamente, a ausência de obtenção de certidão negativa dos distribuidores da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho.

Some-se que, não obstante seja inegável o prestígio dado ao princípio da concentração matricular e da publicidade registral, os atos registrares apontados não consistem em pressuposto ou requisito para a caracterização da fraude, embora, sem dúvida, conduzam à formação da presunção absoluta de má-fé do adquirente.

Não há dúvidas de que, para os fins da satisfação do crédito, perseguida na execução, a referida conclusão representa obstáculos, o que coloca sob possíveis críticas a decisão do legislador no que se refere ao texto final dado ao artigo 792 do CPC.

Reconhece-se, também, que é de todo recomendável ao adquirente de imóvel que tome todas as cautelas para salvaguardar a sua boa-fé, em especial no tocante às certidões dos distribuidores, além de outras como a negativa de protestos e as negativas fiscais, bem como o mais que puder diligenciar no intuito de demonstrar, futuramente,

que fez tudo o que estava ao seu alcance para averiguar a segurança do negócio e a inexistência de conduta do alienante tendente à fraude.

São, ademais, providências relativamente simples e de baixo custo, que podem evitar prejuízos futuros já que ainda há posicionamentos respeitáveis, na doutrina e na jurisprudência, que dele exigem a referida conduta, para fim de afastamento de qualquer sombra de má-fé. Acrescente-se que, ao assim diligenciar, reduzirá os riscos dos prejuízos inerentes a qualquer demanda judicial – por mais que obtenha êxito, ao final.

De todo modo, o objetivo do presente estudo era mapear a evolução jurisprudencial do tema ao longo destes quase cinco anos de vigência do atual CPC. Nesse desiderato, constatou-se o aqui apresentado.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRANDELLI, Leonardo. Fraude à execução imobiliária e a publicidade registral o novo CPC. *In*: DIP, Ricardo (coord.) **Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Recuperação de Crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Recuperação de Crédito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso esquematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CÂMARA JUNIOR, José Maria. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.) **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de Imóveis I: parte geral**. *In*: Christiano Cassettari (org.). Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2013.

Reflexões sobre a Tutela de Evidência em caso de abuso do direito de defesa (art. 311, I, do CPC 2015): uma análise de elementos do AgInt no AREsp 1.393.461/GO

Helena Najjar Abdo⁷⁸³ - Rafael Calheiros Bertão⁷⁸⁴

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (“CPC 2015” ou “CPC”) foi sancionado em março de 2015 e, respeitada a *vacatio legis*, entrou em vigor a partir de março de 2016⁷⁸⁵. Dentre as várias inovações legislativas, o diploma vigente processual trouxe, em seu art. 311, a previsão expressa da tutela de evidência, consolidando hipóteses de concessão de tutela provisória em caráter antecipado independentemente do requisito da urgência⁷⁸⁶.

Apesar de a técnica diferenciada da “tutela de evidência” não ser uma novidade sistêmica, é fato que a sua previsão expressa na parte geral tende a dar maior abrangência para a sua aplicação. Passados quase cinco anos da vigência do CPC 2015, presume-se que haja precedentes capazes de fornecer *standards* interpretativos para a aplicação do instituto com um pouco mais de segurança jurídica.

O objetivo deste trabalho foi analisar a tutela de evidência fundada em abuso do processo (art. 311, I, do CPC). Após breve apresentação teórica, buscou-se examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), com o intuito de verificar como os requisitos para a configuração do abuso do direito de defesa vêm sendo interpretados por aquele tribunal superior. Para isso, optou-se por uma pesquisa qualitativa, com a

⁷⁸³ Sócia de Cescon, Barriou, Flesch e Barreto Advogados. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo (USP), 1997. Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), 2002 e 2006. Especialista em Direito Processual Civil italiano e da União Europeia pela Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália, 2001). Autora de livros e artigos jurídicos. Professora universitária e palestrante em Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

⁷⁸⁴ Advogado associado no Cescon, Barriou, Flesch e Barreto Advogados. Professor do programa de pós-graduação em Direito na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Mestre e doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV-SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

⁷⁸⁵ Após controvérsias doutrinárias, em sessão plenária de 02.03.2016, o Superior Tribunal de Justiça - aprovou o Enunciado Administrativo nº 1, que interpretou o art. 1.045 do CPC 2015 e fixou a data exata de vigência a partir de 18.03.2016.

⁷⁸⁶ “O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano” (BRASIL, Senado Federal. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, p. 436)

identificação inicial dos precedentes do STJ que versam sobre o tema e, após, a identificação de um precedente paradigmático para estudo.

A pesquisa foi realizada no banco de dados da jurisprudência do STJ, disponível no sítio eletrônico do próprio tribunal⁷⁸⁷. Inicialmente, foram utilizados argumentos de pesquisa mais genéricos, extraídos do próprio art. 311, I, do CPC: (I) “*Tutela de evidência*” ou “*Tutela da evidência*”, que resultou em 53 acórdãos;⁷⁸⁸ (II) “*propósito protelatório*”, que resultou em 159 acórdãos, e (III) “*abuso do direito de defesa*”, que resultou em 88 acórdãos.⁷⁸⁹ Após a análise inicial dos acórdãos, contudo, verificou-se a necessidade de maior refinamento nos argumentos de pesquisa.

Optou-se, assim, por mesclá-los: (1) “*Tutela de/da evidência*” e “*abuso do direito de defesa*”; (2) “*Tutela de/da evidência*” e “*abuso*”; (3) “*Tutela de/da evidência*” e “*propósito protelatório*”,⁷⁹⁰ e (4) “*Tutela de/da evidência*” e “*má-fé*”⁷⁹¹. Ao final, foram encontrados três precedentes que abordavam o objeto da presente pesquisa: (a) REsp 762.707/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com data de julgamento em 14 de agosto de 2007; (b) AgInt no AREsp 882.344/SP, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, com data de julgamento em 06 e outubro de 2017, e (c) AgInt no AREsp 1.393.461/GO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, com data de julgamento em 29 de abril de 2019.

O primeiro precedente (REsp 762.707/RS) foi descartado por se tratar de julgado ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (“*CPC 1973*”), cuja principal contribuição foi analisar o cabimento da concessão de tutela antecipada pela evidência ainda sob a vigência daquele diploma processual⁷⁹². O segundo precedente encontrado (AgInt no AREsp 882.344/SP) também foi descartado, uma vez que se limitou a considerar prejudicada a análise do pedido de concessão da tutela de evidência em função da ausência de pedido e manifestação do juízo ordinário, o que entendeu representar impeditivo para exame da matéria.

⁷⁸⁷ Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

⁷⁸⁸ A maioria apenas citava, em *obiter dictum*, a existência de pedidos de concessão da tutela de evidência, bem como a concessão, ou não, pelo juízo ordinário, com baixa relevância aos propósitos do presente estudo.

⁷⁸⁹ Nas duas últimas pesquisas, a maioria dos resultados tratava-se de acórdãos que enfrentaram a hipótese de embargos de declaração protelatórios (art. 1.026, §2º, do CPC), cuja análise foge ao presente estudo.

⁷⁹⁰ Os três primeiros argumentos de pesquisa resultaram nos mesmos dois precedentes: (i) o AgInt no AREsp 1.393.461/GO e (ii) o REsp 762.707/RS.

⁷⁹¹ O quarto conjunto de argumentos permitiu resultado ligeiramente diverso: (i) AgInt no AREsp 1.393.461/GO, novamente, e (ii) AgInt no AREsp 882.344/SP.

⁷⁹² Não se ignora a importância histórica do precedente. Entretanto, a sua análise afastar-se-ia do escopo do presente artigo.

Assim, depurado o resultado da pesquisa, foi possível identificar o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.393.461/GO (“AgInt no AREsp 1.393.461/GO”), *único* precedente do E. STJ até o momento que, em nosso juízo, enfrentou frontalmente a hipótese de tutela de evidência prevista no inciso I do art. 311 do CPC. A sua análise, pois, será realizada neste presente estudo.

A Tutela de Evidência – Considerações Iniciais

A tutela de evidência está regulada no art. 311 do CPC⁷⁹³. Trata-se de espécie de tutela provisória, de modo a compor, ao lado da tutela de urgência, o conteúdo do Livro V do diploma processual. Apesar da antiga – e ainda presente – polêmica que se formou ao redor da natureza da tutela provisória⁷⁹⁴, tem-se hoje que ambas as hipóteses de tutela (de *urgência* e da *evidência*) têm em comum a característica de *antecipar* provisoriamente os efeitos das respectivas tutelas finais⁷⁹⁵.

Não obstante o destaque recebido no CPC, ao ser contemplada em um título apartado, a *tutela da evidência* não pode ser considerada, por si só, uma nova *espécie* de tutela jurisdicional, sendo equivocada tal classificação, tanto por conta dos efeitos que produz, quanto pelos meios ou formas pelas quais se desenvolve⁷⁹⁶. Não é correto considerar a existência de diversos “*tipos*” de tutela provisória ou antecipada, quando,

⁷⁹³ CPC 2015 – Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

⁷⁹⁴ “A partir do novo regramento do direito positivo, a doutrina viu-se obrigada a enfrentar o problema de assinalar as distinções e eventuais semelhanças entre o ‘novo’ instituto da ‘antecipação de tutela (ou tutela antecipada ou ainda tutela antecipatória)’ e aquele instrumento que vinha sendo utilizado para a obtenção de medidas satisfativas antecipadas, qual seja, a tutela cautelar. Aliás, não parece demais dizer até que, ao menos nos países que adotam sistemas de tradição romano-canônica, a produção doutrinária brasileira tenha sido a mais frutuosa no que tange à compreensão e explanação do problema” (TESSER, André Luiz Bäuml. “As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015”. in DIDIER JR., Fredie *et al.* *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 23-24).

⁷⁹⁵ Introduzida de forma genérica e universal a antecipação dos efeitos da tutela no ordenamento brasileiro, pela alteração de redação do art. 273 do CPC 1973 (conforme Lei 8.952/1994), a tutela antecipada sempre suscitou controvérsia em doutrina, sobretudo com vistas a diferenciar ou aproximar a tutela de natureza eminentemente cautelar daquela de caráter antecipatório. Poderia o CPC 2015 ter trazido redação apta a superar essas discussões, unificando a disciplina da tutela de urgência, sem qualquer diferenciação quanto à sua natureza. Embora não se tenha optado expressamente por essa via, o fato é que ambas as categorias de tutela de urgência (cautelar e antecipada) têm o condão de antecipar, de alguma forma, efeitos do provimento final.

⁷⁹⁶ Nesse sentido, PENTEADO DE CASTRO, Daniel. *Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas*. Tese de doutoramento defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Antonio Carlos Marcato, 2014, p. 122.

na verdade, o que existem são *técnicas* diferenciadas de se atingir um só fenômeno: a tutela jurisdicional.

A tutela provisória como um todo nada mais é do que técnica diferenciada, cujas subdivisões foram batizadas com inspiração no *fundamento* com base no qual vêm deferidas: a urgência ou a evidência⁷⁹⁷. Assim, a tutela de evidência nada mais é do que a *técnica* de antecipar, provisoriamente e independentemente da urgência, os efeitos da tutela jurisdicional final demandada, em função da existência de um provável direito, *prima facie* indiscutível, nos casos previstos.⁷⁹⁸

O vernáculo conceitua o verbete *evidência* como “*qualidade ou caráter de evidente, atributo do que não dá margem à dúvida*” ou “*aquilo que indica, com probabilidade, a existência de (algo); indicação, indício, sinal, traço*”⁷⁹⁹ Por sua vez, o vocábulo inglês *evidence* quer dizer *prova*. E isso parece estar ligado ao fato de que nada menos do que 3 (três) das 4 (quatro) hipóteses previstas nos incisos do artigo 311 do CPC exigem *prova documental* como requisito essencial para concessão da tutela da evidência⁸⁰⁰.

No âmbito do estudo processual, especialmente da tutela provisória, um dos primeiros autores a se valer das expressões “*tutela da evidência*” e “*direito evidente*” foi Luiz Fux. Para referido autor, *direito evidente* seria aquele suportado por *provas*, ou seja, “*cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou, ao menos, impossíveis de contestação séria*”⁸⁰¹.

Em suma, a tutela da evidência pressupõe a demonstração, pela parte interessada, com razoável grau de probabilidade, de que é titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico [*direito evidente*] e, por isso, não merece suportar os ônus decorrentes da necessária demora do processo⁸⁰².

⁷⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 213.

⁷⁹⁸ GRECO, Leonardo. “A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015”. in DIDIER JR., Fredie *et al. Coleção Novo CPC – doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 218.

⁷⁹⁹ Dicionário Eletrônico Houaiss, Instituto Antônio Houaiss, 2012, provido por UOL verbete “evidência”.

⁸⁰⁰ Justamente por isso, não é rara, em doutrina, a comparação da tutela de evidência, prevista na parte geral do código de processo, com o mandado de segurança e os títulos executivos. Nesse sentido, GRECO, Leonardo. “A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015”. in DIDIER JR., Fredie *et al. Coleção Novo CPC – doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 218.

⁸⁰¹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311.

⁸⁰² “A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se relevaria justo, ao ângulo do

Justificar-se-ia, pois, a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o desenvolvimento do processo e, assim, a entrega – ainda que provisória – da providência (ou do bem da vida) pretendido àquele que demonstra o direito mais *evidente*. Entende-se de que se trata de um modo de prestigiar o princípio da razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII)⁸⁰³.

Com relação ao regramento aplicável à tutela de evidência, cumpre destacar que o primeiro título do Livro V, destinado às tutelas provisórias, traça uma disciplina geral voltada a todas as suas modalidades (arts. 294-299). São tratadas ali questões relacionadas a competência, custas, eficácia, motivação da decisão, dentre outras, sendo aplicáveis à tutela de evidência.

Outros tópicos – relativos, por exemplo, à exigência de caução (art. 300, §1º), ao perigo de irreversibilidade (art. 300, §3º), à responsabilidade da parte em caso de revogação da tutela (art. 302), à fungibilidade e à estabilização da tutela (art. 304) – vêm previstos nos capítulos seguintes, inseridos no Título II, voltado especificamente às tutelas de urgência de natureza cautelar ou antecipada. Aparentemente, ante o silêncio quanto à aplicação dessas regras ao Título III, relativo à tutela da evidência, a lei excluiu do âmbito da tutela de evidência todas essas previsões, como se elas fossem características exclusivas das tutelas de urgência, embora, na realidade, não devesse ser assim.

Vale destacar que a tutela da evidência não consiste em uma técnica nova, introduzida pelo diploma processual de 2015.

Primeiro, porque a previsão não cria uma técnica efetivamente inovadora: já em 1979, Andrea Proto Pisani preconizava a utilização de técnica de tutela jurisdicional *diferenciada*, por meio da abreviação (*sumarização*) da cognição em casos de abuso do direito de defesa ou incontrovérsia de fatos por ausência de impugnação pela parte⁸⁰⁴.

Segundo, porque, ainda no sistema processual anterior, sob a vigência do CPC 1973, também já se conhecia e se aplicava a técnica da tutela da evidência, apesar de

princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão” (FUX, Luiz. “O novo processo civil”. in FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18).

⁸⁰³ No mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – Parte Geral: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015, pp. 922-923.

⁸⁰⁴ PROTO PISANI, Andrea. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, in *Rivista di Diritto Processuale* n. 4: 1979, pp. 536-591.

sob outra nomenclatura⁸⁰⁵. Era o caso da previsão de liminar em tutela possessória de rito especial (CPC 1973, art. 920), da antecipação dos efeitos da tutela por abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou por incontrovérsia (CPC 1973, art. 273, inc. II e §6º)⁸⁰⁶⁻⁸⁰⁷, da tutela monitoria (CPC 1973, arts. 1.102-A e ss.), entre outros.

A legislação processual extravagante, qual seja, aquela que não está contida no Código de Processo Civil, sempre foi igualmente pródiga ao prever hipóteses de utilização da técnica da tutela da evidência, como nos casos de decretação de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992, art. 7º), de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (Decreto Lei nº 911/1969), da fixação de aluguel provisório em ação revisional de aluguel (Lei nº 8.245/1991, art. 68, II), dentre outros. São hipóteses em que se previu a antecipação da tutela jurisdicional, sem nenhuma necessidade de comprovação do *periculum in mora*⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ No Brasil, o processualista Luiz Guilherme Marinoni já defendia a ideia na década de 1990, até mesmo antes da introdução da antecipação dos efeitos da tutela pela reforma do art. 273 do CPC 1973, via Lei nº 8.952/1994. Sustentou, em uma de suas obras iniciais: “*Se o processo deve continuar, não obstante a evidência de um direito, a falta de disposição de tutela antecipatória, evitando a postergação da satisfação deste direito, estaria em desacordo com a necessidade, cada vez mais premente, de tempestividade da tutela jurisdicional.*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 104).

⁸⁰⁶ CPC 1973 – Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (...) § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

⁸⁰⁷ “*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO. CURSO SUPERIOR REALIZADO NO EXTERIOR. EXIGÊNCIA DE REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA POR UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. SIMPLES TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. ARTIGO 273 DO CPC. VEDAÇÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.*

1. A tutela antecipada reclama prova inequívoca da verossimilhança da alegação e 'periclitacão do direito' ou 'direito evidente', caracterizado pelo 'abuso do direito de defesa' ou 'manifesto propósito protelatório do réu'. (In Luiz Fux, *A Reforma do Processo Civil* - Comentários e Análise Crítica da Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário e da Reforma do CPC - Editora Impetus - Pág.71) 2. O direito adquirido conforme cedição configura-se no ordenamento jurídico pátrio quando incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular.

(...) 8. *Recurso Especial provido*” (BRASIL, REsp 762.707/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 225).

⁸⁰⁸ No mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – Parte Geral: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 924.

Tutela de Evidência concedida com fundamento no abuso

A tutela antecipada por abuso do direito de defesa

As hipóteses de tutela de evidência previstas na legislação processual não se limitam às situações de prova pré-constituída. Mantendo hipótese prevista no CPC 1973 (art. 273, inc. II), o CPC 2015 prevê, logo no primeiro inciso do art. 311, a possibilidade de concessão de tutela antecipada em função do abuso do direito de defesa pelo réu.

Como explica a doutrina, também nessa hipótese a intenção do legislador foi – e ainda é – proteger o autor em face do dano marginal do processo, ou seja, daquele prejuízo inerente ao tempo normal e necessário a toda solução judicial⁸⁰⁹. Trata-se da já mencionada técnica utilizada para equilibrar o ônus do tempo no processo, neutralizando os efeitos deletérios do dano marginal, ou melhor, do atraso na prestação jurisdicional, nesta hipótese ocasionadas pelo ato abusivo do réu.

Como sustenta ao longo dos últimos anos a primeira autora do presente estudo⁸¹⁰, o “*abuso do direito de defesa*” a que se refere o CPC 2015 – e também aquele a que se referia o CPC 1973 (art. 273, II) – abrange não apenas o direito (ou ônus) de contestar, mas também todas as *situações subjetivas processuais* que integram a defesa⁸¹¹. Assim, qualquer outra manifestação defensiva, como um incidente processual infundado ou a interposição de um recurso abusivo, também se insere na previsão legal.

Pelas mesmas razões acima referidas, com o devido respeito às opiniões contrárias⁸¹², o manifesto propósito protelatório da parte a que se refere a lei não

⁸⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 324-326.

⁸¹⁰ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 196.

⁸¹¹ No mesmo sentido, Dinamarco esclarece que o “*abuso de direito é a realização de atos aparentemente inerentes ao exercício de um direito subjetivo mas na realidade excedente aos poderes ou faculdades que esse direito legitimamente autoriza exercer. A pretexto de exercer um direito, poder ou faculdade, o sujeito vai além e realiza atos estranhos a estes. (...) O abuso do processo é, a partir desse conceito mais amplo, o emprego excessivo das faculdades ou poderes ordinariamente autorizados pela lei processual*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 46-47) e, em coautoria com Lopes, que “*o abuso do processo está estreitamente relacionado com situações jurídicas ativas assumidas pelas partes no desenvolvimento da relação jurídica processual (poderes e faculdades). Pode partir tanto do demandante quanto do demandado. A utilização abusiva do direito de ação pode causar tantos males quanto o abuso da defesa*” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 168).

⁸¹² Didier Jr. *et all* sustentam que: “*As expressões ‘abuso de direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório’ têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)*”. Sustentam, ainda, que, no caso de comportamento ardiloso da parte anterior à formação do processo (ex.: ocultação para evitar citação), também seria aplicável o inciso I do art. 311 do CPC, que autorizaria a antecipação dos efeitos da tutela logo que citado o réu (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed., Salvador: JusPodium, 2015, pp. 621-622). Discordamos, todavia, dessa opinião, tendo em vista que os comportamentos abusivos das partes, mesmo aqueles exercidos aparentemente fora do processo, traduzem-se, invariavelmente, na prática de um ato processual, ou melhor, no exercício de uma situação jurídica subjetiva processual (faculdade, poder, dever, ônus). No mesmo sentido, tratando sobre a definição do ato processual, já se posicionou o segundo autor do presente estudo (BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às*

constitui uma situação divorciada de outras. Na verdade, ela *integra* o abuso do direito de defesa quando o ato protelatório é praticado pelo réu, no exercício da defesa,⁸¹³ ou, de maneira mais ampla, o abuso do direito de demandar, independentemente da parte

814

Por esse motivo, discorda-se das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais⁸¹⁵ no sentido de que seria possível a caracterização do abuso do direito de defesa por conduta *anterior* à instauração do processo.

Por outro lado, não existe consenso em torno do efetivo significado das expressões “*abuso do direito de defesa*” e “*manifesto propósito protelatório*”. Elas admitem inúmeras configurações: pode-se considerar abusiva a defesa elaborada contra texto expresso de lei ou fato flagrantemente incontroverso (CPC 2015, art. 80, inc. I), ou em qualquer situação prevista nos incisos IV e VI do art. 80,⁸¹⁶ ou, ainda, diante de uma conduta qualquer que vise apenas a tumultuar e procrastinar o andamento do processo.⁸¹⁷

Para a correta compreensão do instituto, é fundamental entender que todas as condutas consideradas impróprias na legislação processual – por exemplo, o próprio abuso do direito de defesa, objeto do presente artigo, a litigância de má-fé (arts. 79 e

convenções processuais. Dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Walter Piva Rodrigues, 2018, pp. 43-50) Além disso, o parágrafo único do art. 311 do CPC não autoriza a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em caráter liminar no caso dos incisos I e IV do dispositivo. Sendo assim, não parece ser correto o entendimento de que a lei tem por finalidade apenas o comportamento *anterior* à constituição da relação jurídica processual, pois, se assim fosse, teria permitido a antecipação de tutela liminar também para o inciso I.

⁸¹³ “Uma última observação impõe-se quanto a considerar-se repetitiva a lei ao referir-se a abuso do direito de defesa e intuito protelatório do réu; por isso, essa segunda modalidade de conduta processual encaixa-se no gênero da primeira, na medida em que os incidentes processuais suscetíveis nessa fase do procedimento encontram-se englobados na expressão ‘defesa do réu’” (FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2008, p. 71).

⁸¹⁴ “A infração mais grave ao princípio da probidade processual é, sem dúvida, a que caracteriza o ‘abuso do direito de demandar’. Tal direito não diz respeito apenas à atividade do autor ao propor ação, mas, também, abrange o do réu em defender-se ou, na linguagem de nosso Código de Processo Civil (LGL\1973\5), em responder (excepcionar; contestar e reconvir)” (LIMA, Alcides de Mendonça. “Abuso do direito de demandar”. in WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 502).

⁸¹⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. INADIMPLÊNCIA DE CONTRATO SEGURO. ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO. SINISTRO. DESTINAÇÃO DOS SALVADOS. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - O abuso de direito de defesa não é apenas aquele que se mostra no processo, mas àquele que pode ficar patenteado em face da postura do contratante que, provocado, se obstina em não adimplir o contrato. 2 - Devem ser entregues à seguradora, pelo segurado, os salvados do veículo sinistrado quando efetivado o pagamento da indenização, em caso de perda total. 3 - Agravo parcialmente provido. Unanimidade”. (BRASIL, TJ-MA, Agravo de Instrumento nº 9782002-MA, Relator Raimundo Freire Cutrim, Data de Julgamento: 20/09/2002).

⁸¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 305-309.

⁸¹⁷ “É válido ressaltar, antes de analisar qualquer exemplo de prático de abuso, que na maior parte das vezes este é cometido pelo réu como recurso para protelar a duração do processo, do que resulta, como já se disse, enormes danos não apenas para o autor individualmente considerado, mas, para toda a sociedade”. (LIMA, Patrícia Carla de Deus. “O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana”. *Revista de Processo*, n. 122. Revista dos Tribunais: abr. 2005, pp. 93-130).

ss.), a interposição de recurso protelatório (art. 1.021, §4º, e art. 1.026, §2º, do CPC), entre outros – são manifestações de um fenômeno único: o abuso do processo⁸¹⁸.

A positivação de várias condutas, com nomenclaturas diferentes, de um mesmo gênero, o *abuso do processo*, é fruto apenas de uma opção legislativa, o que não modifica o fato de que todas as hipóteses detêm características comuns e um fio condutor único⁸¹⁹.

Na verdade, a previsão do art. 311, inc. I – assim como qualquer outra noção aplicável à teoria do abuso do processo – é conceito jurídico indeterminado e não comporta, portanto, confinamentos estanques, a exigir esclarecimentos e interpretação jurisprudencial⁸²⁰. Tem de ser necessariamente genérica, no intuito de abranger o maior número possível de situações, transferindo ao caso concreto – e também ao intérprete – a tarefa de precisar-lhe o conceito.

Aliás, existe norma expressa no próprio CPC 2015 no sentido de que o julgador, ao empregar conceitos jurídicos determinados, deve fundamentar sua decisão demonstrando os motivos concretos de sua incidência no caso (art. 489, §1º, inc. II).

Tem-se entendido em doutrina que a defesa abusiva equivale à defesa carente de seriedade, que demonstre a postura incorreta do réu, em situação assemelhada às condutas descritas nos artigos que tratam da litigância de má-fé⁸²¹.

Um bom exemplo para aplicação do dispositivo é a conduta da Administração Pública, ao apresentar defesa ou manifestação que contraria entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa⁸²².

⁸¹⁸ “As projeções do abuso do processo sobre diversos aspectos do direito processual civil (deveres de lealdade e veracidade, hipóteses de abuso previstas pelo Código de Processo Civil de 1939, litigância de má-fé, duração excessiva do processo, advocacia, atividade jurisdicional etc.). (...) Daí a conclusão de que o abuso do processo, embora se manifeste por uma pluralidade de formas, constitui um fenômeno unitário, que reúne em si praticamente todas as condutas processuais tidas por ilícitas ou ilegítimas” (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 250).

⁸¹⁹ “O correto enquadramento dessas condutas – todas elas unidas pelo fio comum do desvio de finalidade – tende a contribuir para a clara identificação das situações ou comportamentos abusivos e, por conseguinte, dos respectivos meios de prevenção e repressão” (Ibidem).

⁸²⁰ “A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que mediante exemplos ‘ilustrativos’ e, em seguida, ‘por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, a sua maioria, nos casos a julgar” (DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas gerais processuais”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 187, set. 2010, p. 76).

⁸²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 355 e ss. No mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – Parte Geral: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 925.

⁸²² Trata-se do conteúdo do Enunciado n. 34 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo o qual “Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com

A necessária plausibilidade ou probabilidade do direito

O *caput* e o inciso I do art. 311 do CPC/2015 estão redigidos de forma a dar a entender que a antecipação dos efeitos da tutela, nessa hipótese específica, independeria da demonstração de probabilidade do direito invocado. Com efeito, o inciso I não menciona, em momento algum, a necessidade de que a parte que requer a antecipação dos efeitos da tutela esteja amparada em direito provável (embora isso esteja implícito, já que se trata, como dito no item 1, acima, de direito evidente).

Claro é que esse requisito, embora não expresso no artigo 311, inciso I, aqui também deve ser exigido, já que o simples comportamento abusivo de uma parte não evidencia a *plausibilidade* ou *probabilidade* do direito invocado pela outra⁸²³.

Assim sendo, não obstante a omissão do *caput* e do inciso I do art. 311, tal previsão não pode ser interpretada de modo dissociado dos demais dispositivos que compõem o Livro V, da tutela provisória, exigindo-se, pois, que se demonstre também a *verossimilhança* ou *probabilidade* de acolhimento da pretensão, já que esse é requisito fixo e indissociável de toda e qualquer tutela provisória.

Defesa abusiva vs. ampla defesa

Não se pode confundir a aplicação da teoria do abuso do processo às situações subjetivas de defesa com limitações indevidas à garantia da *ampla defesa*⁸²⁴ (Constituição, art. 5º, LV). Caso contrário, poder-se-ia argumentar que a previsão seria dotada de inconstitucionalidade.

Entendemos que, na verdade, a previsão do art. 311, inciso I, do CPC não só é perfeitamente compatível com as garantias constitucionais, como existe para coibir o seu uso abusivo.

orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento”.

⁸²³ Sobre o tema já se manifestou Cassio Scarpinella Bueno: “A hipótese do inciso I (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte), que traz à mente o inciso II do art. 273 do CPC atual, merece uma ressalva importante. Para a concessão da tutela da evidência, nestes casos, importa também que o autor mostre que seu direito é mais evidente (ainda que no sentido de provável) que o do réu. É que o abuso do direito de defesa do réu ou seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve também ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 232).

⁸²⁴ “Contraditório e ampla defesa formam um belo e conhecido par. (...). Tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. (...). Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando um amálgama de um único direito fundamental” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed., v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 88-89).

Nesse contexto, é fundamental diferenciar as hipóteses em que o agente está efetiva e legitimamente se valendo da garantia constitucional, daquelas em que o emprego de um determinado instrumento processual é realizado de forma distorcida e com *desvio de finalidade*. Por certo, as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e até mesmo do direito à prova não podem ser invocadas como pretexto à má-fé e à deslealdade⁸²⁵.

O abuso apenas ocorre quando não se verifica uma relação instrumental apropriada entre um remédio processual e os fins ou efeitos dele extraídos. É essa a chave para a compreensão da distinção entre emprego legítimo (em que se circunscreve a ampla defesa) e o emprego abusivo dos instrumentos processuais de defesa.

Desvio de finalidade como elemento central do abuso

O elemento comum a todas as condutas abusivas é a ocorrência do chamado *desvio de finalidade no exercício do direito subjetivo*. O abuso do processo não é toda e qualquer violação de regras processuais, mas apenas o exercício impróprio, incorreto ou desviado de uma situação processual de que é titular o agente do comportamento abusivo⁸²⁶.

O conteúdo do desvio de finalidade pode variar de caso a caso e pode se apresentar de diferentes formas em uma ou outra situação processual de exercício da defesa. Fala-se em (i) desvio do processo de sua *destinação normal*⁸²⁷, (ii) agir ou resistir em juízo com fundamento em *finalidades impróprias*⁸²⁸, (iii) utilizar a *máquina judiciária para fins estranhos* à finalidade do processo⁸²⁹, (iv) *divergência* entre meios utilizados e fins a estes intrínsecos⁸³⁰, (vii) *distorção* no emprego do processo e dos instrumentos processuais, dentre outras⁸³¹.

No célebre artigo em que compara o processo a um jogo entre as partes, Calamandrei coloca em evidência a questão do desvio de finalidade ao afirmar que,

⁸²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 313.

⁸²⁶ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 87-91.

⁸²⁷ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 116.

⁸²⁸ DONDI, Angelo. “Cultura dell’abuso e riforma del Processo Civile negli Stati Uniti”. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, n.3, pp. 730-746, set-dez 1996.

⁸²⁹ Idem, p. 740.

⁸³⁰ DE STEFANO, Giuseppe. “Note sull’abuso del processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, p. 593.

⁸³¹ Apesar de não ser propriamente objeto do presente estudo, cumpre destacar que o abuso do processo também pode se verificar em sede de arbitragem. Nesse sentido, Dong traz vários exemplos de possíveis abusos do processo arbitral: (i) objeção tática à jurisdição arbitral; (ii) atrasos na constituição do Tribunal Arbitral; (iii) impugnação tática à nomeação dos árbitros; (iv) abusos na fase instrutória, e (v) alegações de fraude documental (DONG, Arthur X. “Abuse of Process and Regulation in Commercial Arbitration: A Chinese Perspective”. *Journal of Arbitration Studies*, v. 25 n. 3-1, pp. 94-100).

dentro das variadas situações de má-fé processual, muitas vezes a parte se serve do processo para obter *efeitos que não lhe são próprios*. Essas situações – continua Calamandrei – guardam semelhança com a figura do abuso do direito e, por isso, poderiam ser denominadas *abuso do processo*⁸³².

Para Humberto Theodoro Jr., o abuso não está no simples fato de o réu se defender, mas no *desvio acintoso do exercício de defesa*, para transformá-lo, intencionalmente, ou, pelo menos, com culpa grave, em injusta resistência ao normal andamento do feito e ao regular julgamento da lide⁸³³. Parece-nos clara a conveniência de identificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) para a comprovação do desvio de finalidade⁸³⁴, não sendo esta, contudo, a única forma de comprová-lo⁸³⁵.

Todavia, é importante destacar que não compreendemos o elemento subjetivo como fundamental para a configuração da conduta processual abusiva, sendo esse dispensável, uma vez que inexistente na previsão normativa originária do *abuso do direito* (CC, art. 187) exigência de sua identificação para configuração da conduta abusiva⁸³⁶. Existindo ou não a intenção de causar dano à parte contrária com a prática do ato processual,⁸³⁷ o abuso do processo restará configurado quando houver, dentre outras circunstâncias reveladas pelo caso concreto, o desvio de finalidade do ato praticado, este sim o elemento central para a configuração do abuso processual.

Quando o abuso é praticado com utilização das situações processuais subjetivas inerentes à defesa dos interesses das partes (ônus, poderes, deveres e faculdades), tem-se a figura tipificada no art. 311, I, do CPC 2015.

Impossibilidade de concessão “ex officio”

Diferentemente da redação constante do *caput* do art. 273 do CPC 1973, o CPC 2015 não exige que a antecipação dos efeitos da tutela seja precedida por “*requerimento*”

⁸³² CALAMANDREI, Piero. “Il processo come gioco”. *Rivista di Diritto Processuale*, parte I:24-51, 1950, pp. 32-33.

⁸³³ THEODORO JR., Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, in BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118. Acrescenta ainda Humberto Theodoro Jr.: “*não é no direito de defender-se que se localiza o abuso, mas no seu exercício de forma completamente incompatível com o princípio de probidade processual*” (Idem, p. 114).

⁸³⁴ Especialmente na hipótese do art. 311, I, do CPC, como já defendido anteriormente pela primeira autora deste artigo: “*o critério do dolo ou culpa pode ser conveniente para identificar o desvio de finalidade em algumas situações de abuso, como as previsões dos arts. 273, II (manifesto propósito protelatório do réu)*” (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121).

⁸³⁵ É possível, por exemplo, comprovar o desvio de finalidade pela utilização de meio executivo mais gravoso para o executado por credor, a inatividade injustificada do autor e alteração da causa de pedir em sede recursal (Idem, pp. 173-174).

⁸³⁶ Idem, pp. 115-122.

⁸³⁷ Da mesma forma, mesmo que seja identificada a intenção de praticar o ato processual para causar dano, não haverá abuso do processo se não houver desvio de finalidade daquele ato (Idem, p. 121).

da parte”. Em se tratando de situação de urgência, pode-se até mesmo admitir a concessão de tutela de urgência “de ofício”, ou seja, por iniciativa do juiz, sem requerimento da parte.

Todavia, no caso da tutela da evidência, em que se prescinde do perigo da demora e não há incidência do princípio do poder geral de cautela, mas se demonstra evidência do direito afirmado com elevada carga de probabilidade do direito invocado, essa possibilidade desaparece.

Consequentemente, a parte que deseje fruir de efeitos antecipados da decisão e não estando em situação de urgência, deve requerê-lo expressamente, demonstrando a ocorrência de alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 311.

A reforçar esse entendimento está o próprio regime que o CPC destinou à responsabilidade do beneficiário da tutela: conforme art. 302, haverá responsabilidade objetiva da parte que gozar dos efeitos da tutela concedida em caráter provisório. Assim, não faz sentido expor aquele que não requereu a concessão da medida ao risco de ter de responder objetivamente por uma providência que ele sequer requereu.

Deve-se, portanto, compreender que a ausência de requerimento de concessão da tutela da evidência com fundamento no inciso I (e também nos demais incisos) corresponde à *opção* da parte, não podendo, pois, o magistrado agir *ex officio*.

Essa solução parece ser a única apta a respeitar o princípio da demanda (CPC, art. 131) e o próprio regime da tutela antecipada de evidência⁸³⁸.

O Ag Int no AResp 1.393.461/GO

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DISTRATO. 1. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL PORVENTURA VIOLADO OU OBJETO DE INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 2. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. RETENÇÃO FIXADA EM 20%.

⁸³⁸ Nesse mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – Parte Geral: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 924.

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ANÁLISE DE CLÁUSULAS E REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 3. **TUTELA DE EVIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS.** 4. REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. DESCABIMENTO. 5. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. **AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU INTUITO PROTRELATÓRIO PELA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL.** 6. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Incide a Súmula 284/STF, quando não indicados, nas razões do recurso especial, os dispositivos de lei federal que a parte insurgente entende terem sido vulnerados no aresto hostilizado, não apenas na hipótese em que lastreado o recurso na alínea a do permissivo constitucional, mas também na alínea c.

2. A jurisprudência desta Corte Superior está orientada no sentido de permitir a retenção no percentual de 10% a 25% dos valores pagos quando houver resolução do compromisso de compra e venda por culpa do comprometente comprador, bem como proibir a revisão do valor estabelecido nesta circunstância, por implicar reexame fático-probatório. Caso concreto no qual a multa contratualmente estabelecida para a supracitada hipótese foi fixada pelo Tribunal de origem em 20% dos valores pagos, com base na suficiência reparatória do montante arbitrado.

3. **Conforme o disposto no inciso I do art. 311 do CPC/2015, a tutela de evidência será concedida quando ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. No inciso II do mesmo dispositivo, é assegurada a tutela quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula**

vinculante. Contudo, sendo esses requisitos cumulativos, não se aplicam ao caso concreto.

4. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, visto que a condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a de ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não se verifica na hipótese examinada.

5. A pretensão da parte embargada de aplicação da pena de litigância de má-fé à ora embargante não merece guarida, pois, conforme entendimento desta Corte: **A interposição de recursos cabíveis não implica "litigância de má-fé nem ato atentatório à dignidade da justiça, ainda que com argumentos reiteradamente refutados pelo Tribunal de origem ou sem alegação de fundamento novo"** (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.333.425/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, DJe 4/12/2012).

6. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no AREsp 1.393.461/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 06/05/2019, destaques nossos)

O precedente analisado

O precedente sob análise é o acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.393.461/GO. O julgamento ocorreu em 29 de abril de 2019, com a relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze e a participação dos Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro. Conforme exposto na introdução, foi o único acórdão do STJ encontrado que,

em nosso entendimento, efetivamente analisou a possibilidade de concessão da tutela de evidência por abuso do direito de defesa (art. 311, I, do CPC).

O agravo interno teve por objetivo a reforma de decisão monocrática proferida pelo relator, na qual o agravo em recurso especial foi conhecido para negar conhecimento ao recurso especial, sob o argumento de ausência de fundamentação adequada (incidência do Enunciado n. 284 da Súmula do STF⁸³⁹) e impossibilidade de reanálise contratual e fática por aquela via recursal (aplicação dos Enunciados nn. 05⁸⁴⁰ e 07⁸⁴¹ do STJ). No acórdão, a Turma ainda se posicionou sobre o direito material discutido: a possibilidade de retenção de 20% dos valores pagos em caso de resolução de compromisso de compra e venda por ato culposo do comitente comprador.

Ocorre que, por entender presente *propósito protelatório* na interposição do recurso, ou seja, a existência de *desvio de finalidade* na utilização da via recursal, a agravada requereu a condenação da agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé (CPC, arts. 79 e ss.), a aplicação da multa pela interposição de agravo interno manifestamente inadmissível (CPC, art. 1.021, § 4º) e a concessão de tutela de evidência, com fulcro no art. 311, incisos I e II, do CPC. Todos os pedidos fundados na alegação de abuso do processo foram indeferidos, contudo.

A argumentação sobre o indeferimento da tutela de evidência por abuso do direito de defesa

Ao analisar o pedido de tutela de evidência requerida pelo agravado, o STJ decidiu pela ausência de requisitos, mediante a seguinte fundamentação:

“Quanto ao pedido de tutela de evidência requerido pela parte agravada, **este não deve ser admitido diante da sua inadequação.**

Conforme o disposto no inciso I do art. 311 do CPC/2015, **a tutela de evidência será concedida quando ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.**

⁸³⁹ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

⁸⁴⁰ “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

⁸⁴¹ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

No inciso II do mesmo dispositivo, é assegurada a tutela quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Contudo, sendo esses requisitos cumulativos, não se aplicam ao caso concreto.”
(destaques nossos)

Em outras palavras, o acórdão considerou inadequado o pedido de tutela de evidência e a respectiva fundamentação reproduziu, basicamente, os requisitos previstos no art. 311, I e II, do CPC. Não houve, contudo, desenvolvimento sobre as razões pelas quais estariam ausentes os requisitos no caso concreto.

Também a ementa, acima reproduzida, limitou-se a consignar que “*conforme o disposto no inciso I do art. 311 do CPC/2015, a tutela de evidência será concedida quando ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório*”.

Apesar da ausência de fundamentação sobre as efetivas razões pelas quais considerou inaplicável o art. 311, I, do CPC, o acórdão examinou, logo na sequência, os pedidos de condenação por litigância de má-fé e pela interposição de agravo interno manifestamente improcedente, com efetivo enfrentamento do argumento de abuso do processo por parte da agravante. Nesse sentido, assim consignaram:

“A aplicação da multa prevista no mencionado dispositivo não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovimento do agravo interno em votação unânime. A condenação da parte agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno se mostre manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória.

No presente caso, contudo, **não vejo como considerar abusiva ou protelatória a interposição do agravo interno**, razão pela qual rejeito o pedido de cominação de multa.

Em relação à condenação por litigância de má-fé, **não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses autorizativas previstas no art. 80 do CPC/2015.**

Frise-se que **não se pode confundir má-fé com a equivocada interpretação do direito.**” (destaques nossos)

No caso concreto, entendeu-se, pois, pela ausência de conduta abusiva pela simples interposição de recurso cabível contra decisão. Ou seja, o entendimento do STJ foi no sentido de que a interpretação divergente (ou equivocada, conforme consignado no acórdão) do direito não se confunde com abuso do direito de defesa.

Essa orientação confirma duas premissas fundamentais deste trabalho: (i) o abuso do processo é um fenômeno único, sendo que a mesma conduta pode subsumir-se a vários tipos e gerar diferentes consequências conforme a opção legislativa, e (ii) é necessário averiguar se o comportamento da parte, ao interpor recursos e criar incidentes, é mero exercício regular de seu direito de defesa, respaldado no direito fundamental à ampla defesa, ou representa conduta eivada de *desvio de finalidade* e, portanto, abusiva.

Embora o acórdão não tenha demonstrado a preocupação de construir *standards* interpretativos para justificar – ou fornecer elementos capazes de justificar – a ausência de abuso na interposição do recurso, o fato é que levou em consideração a ausência de *desvio de finalidade*, ficando clara a necessidade de efetiva demonstração da conduta da parte (com ou sem desvio) para diferenciar a defesa *ampla* da *abusiva*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após quase cinco anos da vigência e seis anos da promulgação do CPC 2015, a previsão da tutela de evidência por abuso do direito de defesa (CPC, art. 311, I) só foi frontalmente analisada pelo STJ em uma oportunidade (AgInt NO AREsp 1.393.461/GO). É possível concluir, assim, pela insuficiência quantitativa de precedentes do STJ sobre a matéria e pela ausência de entendimento jurisprudencial consolidado sobre a interpretação do art. 311, I, do CPC.

Ademais, da análise do único precedente do STJ sobre tutela de evidência com base no abuso do direito de defesa, é possível concluir também pela ausência de um enfrentamento mais profundo do tema, de modo a consolidar os entendimentos doutrinários ou, ao menos, apresentar *standards* interpretativos capazes de nortear a sua aplicação segura. Dessa forma, também sob a ótica qualitativa, é possível concluir pela ausência de segurança jurídica quanto à interpretação do art. 311, I, do CPC.

Daí, portanto, a relevância da doutrina no cumprimento de um de seus mais relevantes papéis: o de levar aos tribunais parâmetros para interpretação de textos normativos.

Em que pesem as considerações sobre os pontos de vista quantitativo e qualitativo, verifica-se que o precedente do STJ sobre a matéria já identifica uma clara correlação entre, de um lado, as previsões sobre a tutela de evidência por abuso do direito de defesa (CPC, art. 311, I) e, de outro, as regras de litigância de má-fé (CPC, arts. 79 e ss.) e a multa por interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime (CPC, art. 1.021, §4º). O precedente confirma a unicidade do fenômeno abuso do processo, de modo que a mesma conduta processual foi capaz de ensejar três pedidos diversos de condenação da parte agravante, sendo todos afastados sob o mesmo fundamento.

Ademais, reconheceu-se que o mero exercício do direito de defesa, com a interposição de recursos cabíveis e disponíveis ao jurisdicionado, mesmo que defendendo interpretação jurídica considerada manifestamente improcedente, não configura, *per se*, abuso do processo capaz de justificar a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, I, do CPC, ou das demais sanções previstas na legislação. Afinal, não restou demonstrado e comprovado o *desvio da finalidade* do instrumento recursal pelo agravante, mas apenas evidenciado o manuseio de recurso cabível para tentar a reforma da decisão.

Apesar de o requisito não ter sido abordado expressamente no precedente analisado, o indeferimento do pedido condenatório nos leva a concluir pela confirmação da premissa teórica: para a configuração do abuso do processo, e aplicação das correlatas sanções, é fundamental a comprovação do desvio de finalidade, elemento central para a sua configuração.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. A Tutela da evidência em Caso de Abuso do Processo: Reflexões sobre a aplicação do art. 311, inciso I, do Código de Processo Civil. *Contencioso Empresarial na vigência do Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017;
- _____. *O abuso do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. Dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Walter Piva Rodrigues, 2018;
- BRASIL, Senado Federal. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*;
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015;
- CALAMANDREI, Piero. “Il processo come gioco”. *Rivista di Diritto Processuale*, parte I:24-51, 1950;
- CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960;
- DE STEFANO, Giuseppe. “Note sull’abuso del processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. único:582-600, 1964;
- DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas gerais processuais”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 187, pp. 69-83, set., 2010;
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016;
- _____; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed., Salvador: JusPodium, 2015;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017;
- _____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____ ; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016;

DONDI, Angelo. “Cultura dell'abuso e riforma del Processo Civile negli Stati Uniti”. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, n.3, pp. 730-746, set-dez 1996;

DONG, Arthur X. “Abuse of Process and Regulation in Commercial Arbitration: A Chinese Perspective”. *Journal of Arbitration Studies*, v. 25 n. 3-1, pp. 91-111, set. 2015;

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2008;

_____. “O novo processo civil”. in FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

_____. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996;

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – Parte Geral: comentários ao CPC de 2015*, parte geral. São Paulo: Método, 2015;

GRECO, Leonardo. “A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015”. in DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 199-222;

LIMA, Alcides de Mendonça. “Abuso do direito de demandar”. in WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 501-512;

LIMA, Patrícia Carla de Deus. “O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana”. *Revista de Processo*. n. 122. Revista dos Tribunais: abr. 2005;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

PENTEADO DE CASTRO, Daniel. *Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas*. Tese de doutoramento defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Antonio Carlos Marcato, 2014;

PROTO PISANI, Andrea. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, in *Rivista di Diritto Processuale* n. 4: 1979, pp. 536-591;

TESSER, André Luiz Bäuml. “As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015”. in DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção Novo CPC – doutrina*

selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 23-44;

THEODORO JR., Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, in BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

UOL, *Dicionário eletrônico Houaiss*, Instituto Antonio Houaiss, verbete “*evidência*”, 2012.

Ação rescisória fundada em violação à norma jurídica: evolução histórica

Igor Bimkowski Rossoni⁸⁴²

Completados 05 anos da entrada em vigor do novo código de processo civil, o CEAPRO traz ao público a obra “Balanço dos 5 anos de vigência do CPC/15”. A ideia de balanço normalmente vem associada a uma operação matemática em que se calculam entradas e saídas de valores, chegando-se a um resultado positivo ou negativo. Todavia, ela também pode ser utilizada para a análise de qualquer evento, instituto ou instituição que apresente prós e contras, vantagens e desvantagens, avanços e retrocessos, sendo perfeitamente aplicável ao mundo jurídico. Assim, analisando-se os prós e os contras, as vantagens e as desvantagens do objeto de estudo, pode-se fazer um juízo de valor sobre ele.

Nesse sentido, é até natural que a doutrina, ao realizar um balanço dos seus 5 anos de vigência do CPC, dê mais atenção às suas novidades. Elas que, em princípio, trarão impacto no estado da arte do direito processual brasileiro se comparado com o ordenamento processual vigente anteriormente. Todavia, um balanço, para ser completo, não deve se debruçar apenas nas inovações. Também se faz necessário que nele conste estudo sobre institutos tradicionais e já consolidados em nosso ordenamento processual. Isso porque os velhos institutos também entram nos “cálculos” do resultado final e não apenas as novidades

O presente trabalho, dentro do espírito da obra, visa a fazer esse balanceamento, demonstrando que a previsão da ação rescisória fundada em violação à norma jurídica (art. 966, V, do CPC) consagra instituto genuinamente brasileiro. Nesse sentido, o trabalho terá um perfil histórico. Ele visa a identificar a origem da ação rescisória fundada em violação à norma jurídica e a evolução da legislação, iniciando pelas Ordenações Filipinas, até os dias de hoje. Por meio disso, procurar-se-á demonstrar que previsão de rescisão do julgado com base na violação à lei é um dos traços marcantes da influência do direito lusitano no ordenamento processual brasileiro.

Desde os primórdios da civilização humana, mesmo nas comunidades mais primitivas, conhecia-se alguma forma de desafiar as decisões desfavoráveis proferidas.

⁸⁴² Advogado. Doutor e Mestre pela USP. Bacharel pela UFRGS. Professor universitário. Membro do IBDP e CEARPO. E-mail: igor.rossoni@silveiro.com.br

Nesse sentido, a existência de meios de impugnação das decisões “*visa à satisfação de uma tendência inata ao gênero humano, qual seja de que, em regra, ninguém se conforma com julgamento desfavorável*”⁸⁴³.

Como não poderia deixar de ser, os meios de impugnação de um determinado ordenamento processual, como qualquer instituto jurídico, refletem a cultura e as opções políticas de uma determinada comunidade em um determinado período de tempo⁸⁴⁴. Uma análise das hipóteses de cabimento, da sua extensão, do número de meios e da finalidade dos meios de impugnação não pode ser feita senão quando colocadas no seu ambiente cultural⁸⁴⁵. Mesmo a tentativa de sistematização ou reforma não pode desconsiderar esses dados culturais, “*porque seus fundamentos precisam ser lançados no firme terreno da realidade*”⁸⁴⁶.

Além de outros fatores de mais difícil aferição, influem decisivamente no desenho do perfil do sistema de meios de impugnação de um ordenamento, por um lado, o direito positivo, ao traçar as características gerais dos institutos; por outro, a prática judiciária, que se consolida nas decisões judiciais. Para se ter a correta compreensão deste segundo aspecto, mostra-se necessário analisar a motivação das decisões judiciais, pois, por meio delas, é possível constatar qual a ideologia que guia a atividade judicial de aplicação do direito, a forma como os juízes concebem seu papel e sua missão, bem como as relações do Poder Judiciário com o Poder Legislativo⁸⁴⁷.

Por conseguinte, qualquer estudo de perfil histórico sobre os meios de impugnação, entre eles a ação rescisória, por qualquer dos seus fundamentos, deverá, necessariamente, levar em consideração estes dois elementos conformadores. Não se descarta, entretanto, a importância do direito comparado para a compreensão do próprio direito nacional, como adverte Ascarelli. Ele permite “colocar” o Direito na história e fugir da ilusão de considerá-lo um sistema isolado e a-histórico⁸⁴⁸. Todavia, como

⁸⁴³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 127. No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.59; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 590; JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade - 2ª ed. rev. e atual de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

⁸⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

⁸⁴⁵ ASCARELLI, Tullio. “*Premesse allo studio del diritto comparato.*” Em *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 9.

⁸⁴⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. “Em tempo de reformas: o reexame de decisões judiciais.” Em *Meios de impugnação ao julgado civil: estudo em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, por Adroaldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.386.

⁸⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 29.

⁸⁴⁸ ASCARELLI, Tullio. “La funzione del diritto comparato.” Em *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 45.

adverte Liebman, deve-se ter presente que a matéria atinente aos meios de impugnação, como tantas outras de direito civil, é uma daquelas que o direito brasileiro mais se distancia do europeu, pois “*deriva em linha reta do português clássico das Ordenações*”⁸⁴⁹. No mesmo sentido do mestre italiano, Braga da Cruz esclarece que o direito brasileiro manteve “*sempre fiel à velha tradição jurídica lusitana, dignificando-a e a rejuvenescendo-a*”⁸⁵⁰. O novo CPC não alterou esse respeito à tradição, apenas a confirmou e consolidou.

Diferentemente de outros Estados, o ordenamento pátrio nunca vivenciou verdadeiras rupturas a ponto de negar a sua tradição jurídica, como ocorreu em diversos países europeus em razão das ideias iluministas⁸⁵¹. Lembra Pontes de Miranda que o direito brasileiro “[...] nasceu de galho de planta, que o colonizador português – [...] – trouxe e enxertou no continente”⁸⁵². No solo brasileiro a legislação da monarquia portuguesa vigeu por muito mais tempo do que em Portugal⁸⁵³. Exemplo claro disso é que as Ordenações Filipinas, promulgadas no ano de 1.603, deixaram de ter vigor no Brasil apenas com a edição do CC/16 (art. 1.807 do CC/16)⁸⁵⁴. Não por outro motivo que, tanto Braga da Cruz⁸⁵⁵, quanto Liebman⁸⁵⁶ destacaram a proximidade do direito brasileiro, seja civil, seja processual, com o direito das Ordenações. Isso demonstra todo o peso que a tradição histórica (*traditionale Herrschaft*) tem na configuração dos meios de impugnação do sistema processual brasileiro atual.

As Ordenações Filipinas consistiram em uma versão atualizada das Ordenações Manuelinas⁸⁵⁷. Isso deu-se, em grande medida, porque Felipe II não pretendia inovar a legislação portuguesa, fugindo à sua tradição. Ele, diante da recente unificação dos reinos, tinha a preocupação de “*cair nas boas graças do povo lusitano*”⁸⁵⁸. Isso explica

⁸⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil Vol. III 3 ed.* São Paulo: Edição Saraiva, 1969. p. 216.

⁸⁵⁰ BRAGA DA CRUZ, Guilherme. “A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.” *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* 55 (1955). p.77.

⁸⁵¹ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português. Fontes de Direito 5ª Edição, Revista e Atualizada.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 502.

⁸⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

⁸⁵³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.* São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

⁸⁵⁴ CC/16. Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.

⁸⁵⁵ BRAGA DA CRUZ, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.* p. 65.

⁸⁵⁶ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil Vol. III 3 ed.* p. 216.

⁸⁵⁷ BRAGA DA CRUZ, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.* p. 35.

⁸⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 116.

o motivo pelo qual as Ordenações foram revalidadas em três momentos distintos: em 1643, após a independência de Portugal da Espanha, ocorrida em 1640, em 1822, com a Independência do Brasil de Portugal, e em 1889, com a instituição da República⁸⁵⁹.

O direito processual, assim como nas Ordenações Afonsinas e Ordenações Manuelinas, estava regulamentado no Livro III⁸⁶⁰. De maior interesse são os Títulos LXXV, “*Da sentença, que por direito e nenhuma, e como se não requer ser dela apelado, e como em todo o tempo pode ser revogada*”, e Título XCV, “*Das Revistas dos feitos*”.

O Título LXXV possuía a seguinte redação:

A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca passa em cousa julgada, mas em todo o tempo se póde oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum efeito, e portanto não he necessario ser della appellado.

1. E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada, ou ho contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assim como se o Juiz julgasse diretamente que o menor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso.

2. E postoque de tal sentença seja appellado, não será por isso feita por Direito valiosa, ainda que a appellação pareça acto aproveitativo della, pelo qual parece o appellante aprovar a tal nulidade, porque pois a sentença de principio foi nenhuma, já por nenhum acto seguinte póde ser confirmada, salvo per Nós de certa sciencia,

⁸⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. p. 27.

⁸⁶⁰ <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3ind.htm>, acesso em 05/12/2020.

porque o Rey he lei animada sobre a terra, e póde fazer Lei e revogal-a, quando vir que convem fazer-se assim.

3. Porém, se o Juiz julgasse contra o Direito da parte, e não contra Direito expresso, não será a sentença per Direito nenhuma, mas he valiosa; e por tanto he necessario, que a parte appelle della ao tempo limitado para appellar, porque não appellando, ficará a sentença firma, como se fosse bem julgado [...].

As Ordenações Filipinas praticamente reproduzem o texto das Ordenações anteriores. No texto transcrito é facilmente percebida a influência da doutrina romana no que concerne à sentença tida por inexistente. Como o “*‘nullum’ do direito romano não existia (=inexistente)*”⁸⁶¹ ou a sentença existia e era válida, ou não existia⁸⁶². Portanto, em sendo a sentença que não preenchesse os requisitos mínimos inválida (inexistente)⁸⁶³, não há que se falar propriamente de impugnação, pois não há como se impugnar o inexistente. A própria Ordenação Filipina afirmava que “*postoque de tal sentença seja appellado, não será por isso feita por Direito valiosa, ainda que a appellação pareça acto aproveitativo della*”. Ou seja, não era necessário apelar, mas em se apelando, o recurso não confirmava a decisão inexistente.

Importante destacar que os tipos de vícios que davam causa à sentença nenhuma do direito lusitano são praticamente coincidentes com os atuais fundamentos para a propositura da ação rescisória no direito brasileiro (art. 966 do CPC). São eles (a) a ausência de citação, (b) a sentença proferida contra sentença já dada, (c) a corrupção do juízo, (d) a falsidade da prova, (e) o vício na formação do colegiado, (f) a incompetência do juízo e (g) a violação a Direito expresso.

Embora a doutrina refira que, já no direito reinol, diferenciava-se, em muitos pontos, os “*atos nullos, ou anuláveis, e rescindíveis*” dos casos de inexistência⁸⁶⁴, as causas que davam origem à inexistência do julgado e à nulidade sobrepunham-se,

⁸⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 92.

⁸⁶² ORESTANO, Ricardo. *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1953. p. 98.

⁸⁶³ CALAMANDREI, Piero. *Vizi della sentenza e mezzi di gravame.* In: *Opere Giuridiche Volume Otavo.* Napoli: Morano Editore, 1979. pp. 253-254

⁸⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. p. 93.

utilizando-se a expressão “nula” ora como equivalente à inválida, ora como sinônimo de inexistente⁸⁶⁵.

Já o Título XCV, atinente à Revista, previa:

Depois que os feitos, que em cada huma de nossas relações hão de ser vistos e desembargados, forem nella sentenciados, ou forem desembargados pelos Desembargadores dos Aggravos, ou pelos Corregedores da nossa Corte nos casos, de que o reconhecimento lhes pertence, segundo Regimento de seus Officios, cabendo em suas alçadas, não serão mais revistos em nenhum caso, salvo, se os condenados alegarem, que as sentenças forão dadas per falsas provas, ou per falsas scripturas, declarando e especificando a falsidade, a qual não fosse antes alegada nesses feitos, ou se foi alegada, não foi recebida, ou allegando, que as sentenças forão dadas per Juizes sobornados, e peitados para darem as ditas sentenças, ou quando Nós per graça special mandarmos rever algumas sentenças, e os processos, donde saíram, postoque as ditas cousas contra taes sentenças senão alleguem A qual revista mandamos, que se não faça em nenhum dos ditos casos, sem nosso special mandado [...].

Pelo texto, conforme explica Lobo da Costa, é mantida a tradicional divisão de Revista de Justiça e Revista de Graça Especial, nos mesmos termos e efeitos das ordenações anteriores⁸⁶⁶. Interessante notar que para a concessão da revista era necessário o depósito de sessenta cruzados (OF, III:95.2), como ocorre hoje na ação rescisória (art. 968, II, do CPC). No caso de improcedência, os valores poderiam ser revertidos em favor dos desembargadores que deram a sentença atacada, se vivos, ou aos seus herdeiros, se falecidos.

⁸⁶⁵ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. p. 157; contra, PONTOS DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. p. 100.

⁸⁶⁶ LOBO DA COSTA, Moacyr. *A revogação de sentença*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 176.

Pela Lei de 18 de setembro de 1828, atendendo à determinação da Constituição do Império de 1824, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça⁸⁶⁷. Conforme refere a doutrina, o tribunal de cassação francês serviu de inspiração a muitos tribunais fora da França, sendo notória a sua influência no tribunal brasileiro⁸⁶⁸.

Este tribunal tinha por competência, entre outras, “*conceder ou denegar revistas nas causas, e pela maneira, que esta lei determina*” (art. 5º, 1º). Estabelecia o art. 6º que “*As revistas sómente serão concedidas nas causas civeis, e crimes, quando se verificar um dos dous casos: manifesta nullidade, ou injustiça notoria nas sentenças proferidas em todos os Juizos em ultima instancia*”. Verifica-se, pois, que o recurso de revista tinha natureza de recurso extraordinário⁸⁶⁹.

Ao comentar a finalidade do recurso, conta Pimenta Bueno que “*este é o meio legítimo e eficaz que o governo tem de sustentar a autoridade da lei na ordem judiciária, de reprimir e aniquilar a injúria feita a ela*”. Ele ainda arremata, ao afirmar que “*sem este importante meio, que neutraliza os maus efeitos da prevaricação e a omissão, [...], o império da lei não poderia ser mantido em todos os casos e em toda a sua força*”⁸⁷⁰. Pela passagem referida, fica evidente a finalidade de controle do direito aplicado pelos Desembargadores das Relações, tornando-se um instrumento de estabilização da jurisprudência, de uniformização da interpretação da lei e de centralização judicial no período do Império⁸⁷¹.

Seguindo a tradição do direito português, as duas causas para a concessão de Revista eram a manifesta nulidade e a injustiça notória. A primeira dizia respeito aos vícios ocorridos no procedimento da causa (*errores in procedendo*), enquanto a segunda se referia aos vícios no julgamento da causa (*errores in iudicando*)⁸⁷². Ao analisar as duas hipóteses de cabimento, a doutrina afirmava que ambas possuíam finalidade comum, a proteção da lei geral. Nesse sentido, novamente a pena de Pimenta Bueno é esclarecedora: “*Em análise rigorosa, há só um caso que pode fundamentar a concessão da revista, e é o da violação da lei e consequente nulidade do ato; como porém a lei*

⁸⁶⁷ http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html, acesso em 29/11/2016.

⁸⁶⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima (Coordenador). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

⁸⁶⁹ BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica juridica*. São Paulo: Saraiva, 1935. p. 195.

⁸⁷⁰ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 350.

⁸⁷¹ LOPES, *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. p. 12.

⁸⁷² LOPES, *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. p. 44.

pode ser violada, ou em relação ao processo, ou em relação ao julgado, costuma dizer-se que há dois casos, e que são de nulidade do processo e de nulidade do julgado”⁸⁷³

Outra característica importante do Supremo Tribunal de Justiça dizia respeito à forma de julgamento do recurso de revista. Se a revista fosse denegada, seriam “*remettidos os autos ex-officio ao Juízo, onde foram sentenciados, e o recorrente condenado nas custas*” (art. 15). Todavia, se fosse concedida a revista, o caso não era imediatamente julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça. O art. 16 da Lei de 18 de setembro de 1828 assentava que seriam “*os autos remettidos ex-officio a uma Relação, que o Tribunal designar, tendo em vista a commodidade das partes*”, a qual proferiria novo julgamento (art. 17). Nesse aspecto fica muito evidente a influência da corte francesa, haja vista que também no Brasil, como na Itália, foi adotado o modelo de corte de cassação como uma opção política⁸⁷⁴.

Tem-se, portanto, no recurso de revista o meio processual adequado para a proteção do direito objetivo. Entretanto, conjuntamente com a nova legislação da monarquia brasileira, permanecia em vigor as Ordenações Filipinas que, como se sabe, previam a possibilidade de manejo das ações de nulidade.

Por isso afirma José Americano que é da maior importância conhecer as disposições das Ordenações para compreender a ação rescisória⁸⁷⁵. Após a edição da lei de 18 de setembro de 1828 iniciou-se grande debate acerca da permanência ou não, no direito brasileiro, do remédio ordinário (ação de nulidade) contra a sentença nula depois de passada em revista⁸⁷⁶. Isso porque, não obstante a edição da nova legislação, continuavam em vigor as Ordenações Filipinas, as quais previam referido remédio para atacar a decisão nula.

Consoante Lobo da Costa, valendo-se, no ponto, da lição de Pimenta Bueno, seria possível a propositura de ação rescisória de decisão proferida em Revista em quatro hipóteses: primeiro, peita, suborno e prevaricação, quando a responsabilidade fosse constatada depois de esgotados os recursos; segundo, quando baseada em falsos documentos, cuja falsidade fosse reconhecida após a Revista; terceiro, no caso de descoberta de documento novo igualmente após a Revista; e quarto, quando houvesse falta ou nulidade da citação⁸⁷⁷. Veja-se que, como já era de se esperar, ante a ausência

⁸⁷³ PIMENTA BUENO, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. p. 353.

⁸⁷⁴ LOPES, *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. p. 33.

⁸⁷⁵ AMERICANO, Jorge. *Estudo Theorico e Pratico da Acção Rescisoria dos julgado no Direito Brasileiro 3ª Edição correctea e aumentada*. São Paulo: Saraiva, 1936.. p. 30.

⁸⁷⁶ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. pp. 257-258.

⁸⁷⁷ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. pp. 258-259.

de previsão de rescisão de julgado por violação à lei, não era sequer pensada a possibilidade de ação rescisória nesta hipótese.

Por fim, importante referir que, também na hipótese da Revista, a lei dá os primeiros passos para transformar as causas de inexistência da sentença, se efetivamente verificado o vício, em causas de nulidade. Tal fato demonstra uma gradativa, mas constante, evolução da legislação, distanciando-se da doutrina romana sobre as invalidades.

O Decreto de 19 de maio de 1832⁸⁷⁸ trouxe alterações nas atribuições do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. A importância dessa legislação, para o presente estudo, decorre da influência que as ideias e as doutrinas professadas em Portugal tiveram na cultura jurídica brasileira, não obstante a independência política ocorrida em 1822⁸⁷⁹. Muitas vezes, quando havia a necessidade de busca de soluções para os problemas jurídicos nacionais, os operadores brasileiros valiam-se de ensinamentos dos doutrinadores portugueses ou mesmo da legislação além-mar. No ponto a influência é por demais decisiva, o que justifica a análise.

O seu art. 1º fixou a competência do tribunal em três matérias: (i) conhecer dos delitos e dos erros de ofício de seus membros, membros dos tribunais de segunda instância e dos membros do corpo diplomático; (ii) conhecer e decidir sobre conflitos de jurisdição e (iii) “conhecer, ou negar Revistas na Causas Cíveis, e Crimes”.

As causas para o pedido de Revista são as mesmas do direito brasileiro, mas não se utilizavam as expressões “*manifesta nullidade*” e “*injustiça notoria*”. A legislação portuguesa era mais clara quanto às hipóteses de cabimento da Revista. Para as causas cíveis, seria concedida a Revista “*se a nullidade provier de ser omitido alguma solemnidade substancial do Processo*” (art. 4º, § 2º) ou se “*se a nullidade vier da falta de conformidade com a disposição letteral da Lei*” (art. 4º, § 3º).

A ação de nulidade vem tratada no seu art. 5º. Nele constou que “*A Acção de nullidade ficará competindo somente nos casos, em que se verificar suborno, peita, peculato ou concussão nos Juizes, ou nos Jurados, se estes não tiverem sido criminalmente julgados antes de proferida Sentença na última Instancia, porque nesse caso se usará do recurso de Revista*”.

⁸⁷⁸ <https://books.google.com.br/books?id=aWZFAAAcAAJ&pg=PA170&dq=19+de+maio+de+1832&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewifqii9MzQAhWIGZAKHfiKAeYQ6AEINjAF#v=onepage&q=19%20de%20maio%20de%201832&f=false>, acesso em 05/12/2020.

⁸⁷⁹ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. p. 258.

Chama a atenção o fato de que, se comparada com as causas que davam azo à sentença nenhuma constantes nas Ordenações Filipinas (OF III, LXXV, 1), reduz-se sensivelmente as hipóteses de cabimento. Em especial, percebe-se que não há sobreposição de meios de impugnação da *acção de nullidade* e do recurso de Revista, isto é, enquanto o recurso de Revista era reservado para as hipóteses de violação à lei, seja na condução do processo (*error in procedendo*), seja no julgamento da causa (*error in iudicando*), a acção de nullidade era uma demanda subsidiária e admitida somente nos casos de suborno, peita, peculato ou concussão dos juízes ou jurados.

Posteriormente a Lei de 19 de novembro de 1843⁸⁸⁰ veio a trazer nova regulamentação ao Supremo Tribunal de Justiça português. Altera-se a nomenclatura utilizada pela legislação para expressar a “*nullidade manifesta*” e a “*injustiça notória*”. Agora “*o Supremo Tribunal de justiça conhece, em recurso de Revista, de nullidade do Processo, e de nullidade da Sentença*” (art. 1º). A nulidade do processo verifica-se quando houver a preterição de algum ato essencial ou o não respeito a forma estabelecida por Lei com pena de nulidade (art. 1º, § 1º). Já nulidade da sentença ocorre quando a decisão julgar contrariamente a qualquer lei do reino, ou fizer aplicação manifestamente errada, ou tiver defeito substancial, “*ou que resulte nullidade na conformidade da Ordenação, Livro 3º, Titulo 75, e mais Leis do Reino*” (art. 1º, § 2º).

Essa mesma lei alarga as hipóteses de cabimento da ação de nulidade e rescisão de sentença, que passaram a ser conhecidas como “*ação rescisória*”⁸⁸¹. Consta do art. 17:

A acção de nullidade e rescissão da Sentença terá logar, além dos casos especificados no Artigo quinto do Decreto de dezenove de Maio de mil oitocentos trinta e dous: *primo* – quando se tiver julgado por um ou mais Documentos, que depois se provar serem falsos, e cuja falsidade não tenha sido alegada na Causa, em que se tiver proferido a Sentença rescindenda: *secundo* – quando sobrevier um ou mais Documentos novos que destruam a prova, que serviu para o julgamento anterior, sem que sejam coadjuvados por prova testemunhal, e que a parte interessada não podesse ter ao tempo que se proferiu a

⁸⁸⁰ <http://net.fd.ul.pt/legis/1843.htm#>, acesso em 05/12/2020.

⁸⁸¹ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. p. 258.

Sentença rescindenda: *tertio* – quando a parte condenada, sem ter comparecido em Juízo, provar falta ou nulidade de citação nas Causa, cujas Sentenças se executam sem dependência de prévia citação do Executado, não competindo porém esta acção, e só o meio prescripto no Artigo 617.º da Novissima Reforma Judicial, se tiver havido citação para a Execução: *quarto* – quando o Executado provar a falta ou nulidade de citação para a Execução finda á sua revelia, a fim de se annullar a mesma Execução.

Dessa forma, além das hipóteses de suborno, peita, peculato ou concussão dos juízes ou jurados, previstas no Decreto de 19 de maio de 1832, também passa a ser admitida a acção rescisória (i) quando a sentença rescindenda tiver sido dado por falsas provas, (ii) quando for obtido documento novo e (iii) quando comprovar a falta ou nulidade de citação regular.

Quanto à legislação que veio a introduzir a nomenclatura “acção rescisória” no direito português, dois pontos merecem destaque. O primeiro, também de ordem terminológica, refere-se à expressão utilizada “*Sentença rescindenda*”. Tal denominação demonstra, ao menos, que os vícios elencados não mais acarretavam a nulidade da sentença no sentido de inexistência, mas tão somente a sua rescindibilidade. O silêncio da lei no estabelecimento de prazo para a propositura da rescisão do julgado não interfere no fato de que se trata de decisão existente, mas viciada.

A segunda questão diz quanto à sobreposição de motivos de impugnação do recurso de Revista e da acção rescisória. A Lei de 19 de novembro de 1843 elenca como hipóteses para a Revista, além da violação à lei, os vícios contidos na “*Ordenação, Livro 3º, Titulo 75*” que tratam da sentença nenhuma. Nesse sentido, pode ser solicitada a Revista, com base no art. 1º, § 2º, da sentença que contrariar a lei e, consoante as Ordenações Filipinas, seja dada com vício de citação, seja proferida contra sentença já dada, seja dada por juiz peitado, seja dada com base em prova falsa, contenha vício na formação do colegiado, seja proferida por juízo incompetente (OF III, LXXV, 1). Por conseguinte, diversas hipóteses eram causas que possibilitavam tanto o manejo do recurso de Revista quando a acção rescisória.

Todavia, merece importante destaque o fato de que a violação ou a contradição à lei era apenas causa de recurso de Revista, não dando azo à propositura de ação rescisória; ou seja, a violação à norma jurídica não era fundamento que poderia ser utilizado para o ajuizamento de ação rescisória no direito português. Tal vício poderia ser suscitado apenas através de um recurso de Revista, meio extraordinário para o tribunal de cúpula do Poder Judiciário.

Interessante notar que o *nomen iuris* ação rescisória, não obstante ter sido introduzida por uma lei portuguesa, foi posteriormente abandonada no direito português e consagrada no direito brasileiro. O meio processual apto à revisão de decisão transitado em julgado perdeu, naquele país, muitas das características que lhe atribuíam a legislação lusitana, deixando, por exemplo, de ser ação e passando a ser recurso pelo CPC português de 1939⁸⁸². O atual CPC português, editado em 2013⁸⁸³, trata do recurso de Revisão nos art. 696 a 701, mantendo as características atribuídas pelo CPC português de 1939 e 1963.

Importante notar que em nenhuma das legislações portuguesas, desde a criação da ação rescisória, é possível a rescisão de decisão transitada em julgado com fundamento na violação à lei, isto é, violação à norma jurídica. Vale dizer, não há sobreposição dos meios de impugnação fundados na violação à norma jurídica.

Pelo Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, foi estabelecida a ordem do Juízo no Processo Comercial brasileiro. Esse regramento, consoante a balizada opinião de Lobo da Costa, pode ser considerado como o mais alto e mais notável monumento legislativo do Império⁸⁸⁴. Para as causas cíveis, que não comerciais, o processo era regido pelas regras das Ordenações Filipinas e leis esparsas; para as causas comerciais, o processo era normatizado pelas modernas regras Decreto 737 e, subsidiariamente, pelas Ordenações Filipinas. Por este motivo, há uma série de regras para delimitar o âmbito de competência da jurisdição comercial e, conseqüentemente, para a aplicação das normas do Decreto 737 (arts. 1º, 10 a 20).

Todavia, não obstante o Decreto 763, que determinou a observância do Decreto 737 também para as causas cíveis, tenha sido editado apenas em 1890, o Supremo Tribunal de Justiça aplicava as suas disposições, em muitos casos, antes dessa data,

⁸⁸² BUENO VIDIGAL, Luis Eulálio de. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 28.

⁸⁸³ http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12, acesso em 01/12/2016.

⁸⁸⁴ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. p. 266.

também para causas cíveis. Argumentava-se que muitas das suas normas continham fórmulas gerais aplicáveis a todo o tipo de processo, não sendo de aplicação exclusiva às lides comerciais⁸⁸⁵.

No que concerne ao recurso de Revista e à ação rescisória, é clara a influência da legislação portuguesa, mais especificamente do Decreto de 19 de maio de 1832 e Lei de 19 de novembro de 1843. Ao tratar das hipóteses do recurso de Revista (art. 667)⁸⁸⁶ o Decreto 737 abandona as expressões consagrada pela Lei de 18 de setembro de 1828, “*manifesta nullidade*” e “*injustiça notoria*”, e passa a empregar “*nullidade do processo*” e “*nullidade da sentença*”, expressões utilizadas pela Lei de 19 de novembro de 1843. Também foi adotada a expressão ação rescisória, constante da mesma lei, e desde então utilizada no direito processual brasileiro.

No decreto 737, o Título II, Das nulidades, é dividido em três Capítulos: Capítulo I, Da nulidade do processo, Capítulo II, Da nulidade da sentença e, Capítulo III, Da nulidade dos contratos comerciais, este último sem importâncias para nosso trabalho. O art. 672 afirmava ser nulo o processo quando (i) uma das partes, ou ambas, for incompetente ou não legítima, (ii) faltar alguma forma ou termo essencial, ou (iii) for preterida alguma forma exigida pela lei sob pena de nulidade. No art. 673 eram listadas as treze fórmulas e termos essenciais ao processo comercial⁸⁸⁷. Ainda no Capítulo I, o art. 678 dispunha de interessantíssima regra em prol do aproveitamento dos atos processuais, segundo a qual, não arguida a nulidade do processo oportunamente, e a constando o tribunal de apelação e de Revista, dever-se-ia corrigir o ato e advertir o juízo que cometeu ou tolerou o ato⁸⁸⁸.

Já os art. 680 e 681 tratavam da nulidade da sentença. Era nula a sentença, de acordo com o art. 680, “*sendo dada por Juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado*”, “*sendo proferida contra a expressa disposição da legislação commercial (art. 2º)*”, “*sendo fundada em instrumentos ou depoimentos julgados falsos em Juizo*

⁸⁸⁵ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. p. 266.

⁸⁸⁶ Decreto 737. Art. 667. O Supremo Tribunal de Justiça só concederá revista por nullidade do processo, ou por nullidade da sentença nos termos declarados no Tit. II Cap. I das nullidades

⁸⁸⁷ Art. 673. São formulas, e termos essenciaes do processo commercial: § 1.º A conciliação (art. 23 Tit. unico). § 2.º A primeira citação pessoal na causa principal e na execução (art. 24 Tit. unico). § 3.º A contestação. § 4.º A dilação das provas. § 5.º A sentença. § 6.º A publicação da sentença. § 7.º A exhibição inicial dos instrumentos do contrato, nos casos em que o Codigo a considera essencial para a admissão da acção em Juizo (arts. 303 e 589 Codigo). § 8.º A citação da mulher quando a acção ou a execução versam sobre bens de raiz. § 9.º A penhora. § 10.º A liquidação (art. 503). § 11.º A avaliação. § 12.º Os editaes para a arrematação com o prazo legal, e designação do dia da arrematação. § 13.º A arrematação em dia e logar annunciados, com publicidade, presidida pelo Juiz; sendo feita por preço maior que o da avaliação, ou adjudicação.

⁸⁸⁸ Art. 678. Ainda que as nullidades não fossem arguidas no termo competente, e não possam produzir a annullação do processo, devem os Tribunaes da appellação e o da revista pronuncia-la para o effeito sómente de corrigirem o acto e advertirem ao Juiz que o commetteu ou tolerou.

competente” e “sendo o processo em que ella foi proferida annullado em razão das nullidades referidas no capitulo antecedente”. O art. 681 trata dos meios de fazer valer os vícios. Nele constava que “a sentença pode ser annullada”, por meio da apelação, por meio da Revista, por meio dos embargos à execução e “por meio da acção rescisoria, não sendo a sentença proferida em grau de revista”.

Quanto ao regramento das invalidades processuais, resumidamente, o art. 672 tratava das hipóteses gerais de nulidade do processo e o art. 673 especifica uma dessas hipóteses. Já o art. 680 elencava os casos em que a sentença era considerada nula, ao passo que o artigo seguinte, art. 681, dispunha dos meios que se poderia valer a parte para alegar os vícios da sentença e a ver anulada.

Uma primeira observação é a pertinente à consequência dos vícios. A dificuldade de enfrentar o tema decorre da ambiguidade das disposições legais e da falta de precisão terminológica dos operadores do direito, problemas que, passados mais de um século, persistem na doutrina processual brasileira⁸⁸⁹. Indaga Pontes de Miranda se a sentença é “¿Nula, anulável ou rescindível?”⁸⁹⁰, haja vista que o art. 680 fala em “a sentença é nulla”, ao passo que o art. 681 dispõe que “a sentença póde ser annullada”. Luis Eulálio Vidigal sustenta que, até o CPC/39, não era necessária a ação rescisória para se obter a anulação da sentença, pois considerava que o nulo, constante das leis da época, deveria ser interpretado como inexistente. A fim de apoiar a sua opinião, dá o exemplo dos embargos à execução, pelo qual poderia o executado se opor ao cumprimento da sentença nula⁸⁹¹. O mesmo entendimento era seguido por Jorge Americano⁸⁹².

Contra essa opinião se levantou Pontes de Miranda, argumentando, com razão, que a ação rescisória do direito luso-brasileiro possui eficácia constitutiva negativa. Afirmar que “o que só é rescindível existe, vale e é eficaz”⁸⁹³. Destaca-se que, o Decreto 737, ao afirmar que os vícios que tornam a sentença nula, poderiam ser arguidos por meio da apelação, revista, embargos à execução e rescisória, demonstrava a conversão das causas de inexistência em causas de invalidação do julgado⁸⁹⁴. Se há meio próprio e

⁸⁸⁹ YARSHELL, *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. pp. 22-23.

⁸⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª. ed. corrigida, posta em dia e aumentada. p. 107.

⁸⁹¹ BUENO VIDIGAL, *Da ação rescisória dos julgados*. pp. 28-33.

⁸⁹² AMERICANO, Jorme. *Estudo Theorico e Pratico da Acção Rescisoria dos julgados no Direito Brasileiro 3ª Edição correctá e aumentada*. São Paulo: Saraiva, 1936. p. 28.

⁸⁹³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª. ed. corrigida, posta em dia e aumentada. p. 113.

⁸⁹⁴ CALAMANDREI, “La Cassazione Civile. Vol. I.” In: *Opere Giuridiche. Vol. sesto*. Napoli: Morano Editore, 1976. pp. 136-140, 147-164; “La teoria dell’error in iudicando” nel diritto italiano intermedio.” In: *Opere Giuridiche Volume Ottavo, 147-244*. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 153; “Vizi della sentenza e mezzi di

prazo, mesmo que longo, para suscitar o vício e ver-se rescindida a sentença, a eficácia da sentença que reconhece tal vício só pode ser constitutiva e não declaratória.

Advertência de fundamental importância é perceber que, pela primeira vez, distanciando-se da tradição do direito luso-brasileiro, há a exata sobreposição de causas para a interposição de recurso de Revista e ingresso de ação rescisória. Além disso, distanciando-se, no ponto, do Decreto de 19 de maio de 1832 e da Lei de 19 de novembro de 1843, o direito processual brasileiro passa a admitir a propositura de ação rescisória fundada em expressa contrariedade à norma jurídica (art. 680, § 2º). Todavia, fez-se a ressalva de que não seria cabível da decisão proferida em Revista.

Constata-se, portanto, que a origem da atual sobreposição de meios de impugnação fundada na violação à norma jurídica (recurso especial e ação rescisória) está no Decreto 737 de 1850. Consciente ou inconscientemente, em todos os demais regramentos processuais do direito brasileiro que o sucederam sempre se permitiu o manejo, de um lado, da ação rescisória com base na violação à norma jurídica, e, por outro lado, da interposição de tipo recursal extraordinário – recurso de revista, ou RE, ou RE e REsp – também com base em violação à mesma norma jurídica. Vê-se, portanto, que é da tradição histórica do direito brasileiro essa sobreposição de meios, não tendo sido encontrada em nenhum outro ordenamento jurídico de maior importância no direito ocidental⁸⁹⁵. A legitimação para essa duplicidade de instrumentos de impugnação com base no mesmo fundamento está invariavelmente assentada na tradição (*traditionale Herrschaft*).

O problema da duplicidade de impugnação sob o mesmo fundamento foi atenuado pela parte final do art. 681, § 4º, que não permitia a propositura de ação rescisória de acórdão de Revista. Dessa forma, em mais de uma oportunidade, mesmo antes da vigência do Decreto 763 de 1890, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou ser descabida a propositura de ação rescisória de seus julgados proferidos em grau de Revista⁸⁹⁶. Esta regra, todavia, não foi acolhida pelas legislações seguintes, até porque, como bem observa Lobo da Costa, os “*doutrinadores e os ministros do Supremo não atentaram para a possibilidade de ocorrer uma nulidade em relação ao ato de julgamento da*

gravame.” In: *Opere Giuridiche Volume Otavvo*, 245-284. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 247; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil Vol. III 3 ed.* p. 201.

⁸⁹⁵ Não é permitida a “rescisão” de decisão tranzida em julgada com fundamento na violação na norma jurídica nos ordenamentos alemão (§§ 578 a 591), italiano (art. 395 do CPC), francês (art. 595 do CPC), português (art 696 do CPC), belga (art. 1.113 do CJ austríaco (§ 530 da ZPO), peruano (a.178 do CPC), uruguaio (art. 283 do CPC), chileno (art. 810 do CPC), boliviano (art. 284 do CPC), colombiano (art. 355 do CGP) e venezuelano (art. 328 do CPC).

⁸⁹⁶ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. pp. 261-262.

*revista, no Supremo Tribunal ou na Relação revisora, e, então, ser necessária a ação rescisória para reparar a nulidade superveniente em grau de revista, que não se confundia coma nulidade que constituíra o fundamento do recurso*⁸⁹⁷.

Tem-se, portanto, aqui o primeiro diploma legislativo que previa expressamente a possibilidade de manejo do recurso de revista e ação rescisória de sentenças proferidas em violação à norma jurídica. Entretanto, como não se permitia a rescisão de acórdãos de revista, a dualidade de meios de impugnação sob o mesmo fundamento, na prática, só foi verificada nas legislações que seguiram ao Decreto 737 de 1850.

O CPC/39 foi editado na vigência da CF/37, Constituição essa conhecida como “*Polaca*”, durante a ditadura do Estado Novo, período do primeiro governo de Getúlio Vargas. A exposição de motivos do CPC/39, assinada por Francisco Campos, expõe, entre outras, as preocupações com “*finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador*”⁸⁹⁸. Esse trecho, entre outros, demonstra a preocupação com a correta interpretação/aplicação das normas de direito brasileiro.

Para o que nos interessa, importante constatar que o recurso de Revista perde sua importância dentro do sistema processual brasileiro. Conforme refere Vicente de Faria Coelho, as mudanças legislativas, gradativamente, alteraram o seu conceito, vindo a ter a função de uniformização da jurisprudência das diferentes Câmaras ou Grupos de um mesmo tribunal (art. 853 do CPC/39)⁸⁹⁹⁹⁰⁰, função hoje desempenhada pelos embargos de divergência no âmbito do STJ e STF (art. 1.043 do CPC).

Desde a República cabe ao RE o papel de remédio extremo para impugnação de decisão judicial proferida contrariamente à norma constitucional ou à norma infraconstitucional. O art. 101, III, da CF/37 estabelecia que ao STF competia o julgamento de RE quando a decisão recorrida contrariava tratado ou lei federal (alínea a), quando a decisão recorrida questionava vigência ou validade de lei federal em face

⁸⁹⁷ LOBO DA COSTA, *A revogação de sentença*. p. 264.

⁸⁹⁸ Exposição de motivo do Ante-Projeto publicado no Diário Oficial de 4 de fevereiro de 1939.

⁸⁹⁹ COELHO, Vicente de Faria. *Recurso de Revista*. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito Ltda, 1957. p. 59.

⁹⁰⁰ Art. 853 - Conceder-se-á recursos de revista nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupos de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas.

da CF/37 e o tribunal local negasse aplicação à lei impugnada (alínea b), quando se contestava a validade de leis ou atos de governo local em face da CF/37 ou de lei federal, e a decisão julgava válida a lei ou o ato impugnado (alínea c) e, ainda, quando fosse hipótese de divergência jurisprudencial (alínea d).

A ação rescisória foi disciplinada no Livro VI – Dos processos da competência originária dos tribunais, Título III, nos arts. 798 a 801 do CPC/39. Utilizando-se da mesma a técnica legislativa do Decreto 737, o CPC/39 não trata das hipóteses de cabimento da ação rescisória, mas afirma que “*será nula a sentença*” (art. 798 do CPC/39) e elencava as suas causas. Em quatro casos a sentença era considerada nula, entenda-se rescindível, e se poderia falar da ação rescisória para impugnação dessa decisão: quando proferida “*para (sic) juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material*”, “*com ofensa à coisa julgada*”, “*contra literal disposição de lei*” e “*quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no júzo criminal*”.

A novidade em relação à legislação anterior é a expressa previsão do seu cabimento quando a sentença impugnada ofendesse coisa julgada anterior (art. 798, I, c, do CPC/39). Por outro lado, permanece entre as hipóteses de rescisão a violação literal de disposição de lei e se suprime a impossibilidade de rescisória contra decisão proferida pelo STF. Tanto é assim que o STF, no julgamento da AR 133, relatada pelo Min. Hahnemann Guimarães, afirmou que, se “*o Supremo Tribunal Federal considerou fundada em lei decisão impugnada pelo recurso extraordinário, é necessário rescindir seu acórdão, para que essa decisão seja anulada, por ser contrária à letra da lei*”⁹⁰¹.

Assim, a partir do CPC/39 uma mesma decisão proferida por tribunal local poderia, pelo mesmo fundamento de violação à norma jurídica, ser impugnada por meio de RE, antes do trânsito em julgado, e através da ação rescisória, após o trânsito em julgado. Era lícito, igualmente, impugnar uma decisão de tribunal local, em um primeiro momento, utilizando-se o RE com fundamento na violação à norma jurídica e, em um segundo momento, sob o exato mesmo argumento, impugnar o acórdão do RE através da propositura de ação rescisória. Isso demonstra como podem ser utilizados esses meios de impugnação com mesmo fundamento, reforçando a sua sobreposição. Entretanto, o CPC/39 não admitia a ação rescisória de ação rescisória, quando a segunda fosse fundada em expressa violação à lei (art. 799 do CPC/39)⁹⁰².

⁹⁰¹ STF. AR 133, Reator(a): Min. Hahnemann Guimarães, julgamento em 30/08/1948. Coletânea de acórdãos n. 237, pg. 85.

⁹⁰² CPC/39. Art. 799. Admitir-se-á, ainda, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, quando se verificar qualquer das hipóteses previstas no n. I, letras a e b ou no caso do n. II, do artigo anterior.

O CPC/73 foi promulgado durante a vigência da CF/67, com as alterações dadas pelo Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. A configuração dos meios de impugnação contra decisão contrária à norma jurídica permaneceu a mesma, sendo possível, à época, tanto o manejo de RE (art. 114, III, da CF/67) quando de ação rescisória (art. 485 do CPC/73). A CF/88, ao introduzir o REsp como meio de impugnação à decisão contrária à norma federal, deixou para o RE apenas as matérias constitucionais. A diferença é que, em certos casos, a sobreposição será de RE e ação rescisória, em outros de REsp e ação rescisória.

O CPC/73, de uma forma geral, trouxe muitos aprimoramentos técnicos em relação ao CPC/39, como era o objetivo do legislador⁹⁰³. Em relação à ação rescisória, ao comparar o CPC/73 com o CPC/39, Barbosa Moreira destaca a ampliação dos casos de rescindibilidade, facilitando a rescisão dos julgados⁹⁰⁴. O CPC/39 previa quatro causas para a rescisão do julgado (art. 798 do CPC/39), sendo que o CPC/73 acrescentou mais quatro causas (art. 485 do CPC/73)⁹⁰⁵. Nesse ponto, o legislador aproximou-se muito das hipóteses da sentença nenhuma das Ordenações Filipinas (OF, III, 1), ficando de fora do rol do art. 485 do CPC/73 apenas o vício por ausência de citação e a invalidade ocorrida na formação do colegiado de julgamento. Todas as demais hipóteses, expressa ou implicitamente, constavam das Ordenações Filipinas.

Se por um lado, alargaram-se as hipóteses de rescisão, por outro, o CPC/73 restringiu o objeto de rescisão, pois o art. 485 do referido diploma admitia a rescisão apenas de sentenças de mérito⁹⁰⁶. Com isso, desfaz-se, em parte, a sobreposição dos meios de impugnação, pois determinadas matérias poderiam ser recorridas por meio de RE e REsp, mas, não sendo a decisão de mérito, não poderiam ser objeto de ação rescisória.

Outra novidade em relação à disciplina anterior foi a fixação de depósito prévio de 5% do valor da causa (art. 488, II, do CPC/73), uma clara influência dos recursos de cassação francês (art. 628 do CPC francês) e italiano (art. 364 do CPC italiano)⁹⁰⁷.

⁹⁰³ Exposição de motivos do CPC/73.

⁹⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V, arts. 475 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.. p. 103.

⁹⁰⁵ O CPC/39 tratava conjuntamente da peita, impedimento e incompetência (art. 798, I, a), sendo que o CPC/73 reservou um inciso para a "prevaricação, concussão ou corrupção do juiz" e outro ao impedimento e à incompetência absoluta (art. 485, I e II, do CPC/73).

⁹⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V, arts. 475 a 565*. p. 104.

⁹⁰⁷ Esta exigência foi revogada pelo art. 1, I, da Lei de 18 de outubro de 1977, n. 793.

Houve também maior detalhamento quanto à legitimidade das partes e organização do procedimento.

O CPC de 2015 regulamentou a ação rescisória no Livro III, Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, Título I, Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, Capítulo VII, nos arts. 966 a 975. Em grandes linhas o instituto é conservado tal qual previsto no CPC de 73, com aprimoramentos técnicos.

Nesse sentido, o legislador foi fiel à tradição brasileira. Ele manteve a hipótese de rescisão de julgado quando a decisão de mérito “violou manifestamente norma jurídica” (art. 966, V, do CPC). Como visto acima, não se encontra no direito estrangeiro hipótese de rescisão ou de revisão de demanda definitivamente julgada com base em violação à norma jurídica. Trata-se em verdade do peso da tradição, sendo ela legitimada em nosso ordenamento não por um estritamente critério racional, mas pela tradição⁹⁰⁸.

O sucesso ou mesmo o fracasso de um diploma legislativo não depende apenas dos novos institutos introduzidos no ordenamento jurídico. Grande parte está ligada à manutenção de velhos institutos. A tradição, conforme pontua Gadamer, é essencialmente conservação; mas isso não quer dizer que as “*tradições que vingaram*” não apresentem certa racionalidade⁹⁰⁹.

A ação rescisória fundada na violação à norma jurídica tal qual conhecemos hoje é fruto de uma longa evolução histórica. O legislador brasileiro, seguindo caminho diverso do seguido pelos demais países ocidentais, conservou hipótese de rescisão de julgado de origem lusitana, sem se preocupar com a sobreposição de meios de impugnação.

⁹⁰⁸ Sobre o ponto: ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos extraordinários e ação rescisória por ofensa à norma jurídica*. Salvador, JusPODIVM, 2019. *passim*.

⁹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 8ª ed. Bragança Paulista: Vozes, 2007. p. 373.

REFERÊNCIAS

AMERICANO, Jorge. *Estudo Theorico e Pratico da Acção Rescisoria dos julgados no Direito Brasileiro 3ª Edição correctá e aumentada*. São Paulo: Saraiva, 1936.

ASCARELLI, Tullio. “La funzione del diritto comparato.” Em *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952

_____ “Premesse allo studio del diritto comparato.” Em *Studi di Diritto Comparato e in tema di intepretazione*. Milano: Giuffrè, 1952.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1935.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V, arts. 475 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. “A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro” *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* 55 (1955): 32-77.

BUENO VIDIGAL, Luis Eulálio de. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.

CALAMANDREI, Piero. “Vizi della sentenza e mezzi di gravame.” In: *Opere Giuridiche Volume Otavvo*, 245-284. Napoli: Morano Editore, 1979.

_____ “*La Cassazione Civile. Vol. I.*” In: *Opere Giuridiche. Vol. sesto*. Napoli: Morano Editore, 1976.

_____ “La teoria dell'error in iudicando" nel diritto italiano intermedio.” In: *Opere Giuridiche Volume Ottavo*, 147-244. Napoli: Morano Editore, 1979.

_____ “Vizi della sentenza e mezzi di gravame.” In: *Opere Giuridiche Volume Otavvo*, 245-284. Napoli: Morano Editore, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil Vol. III 3 ed.* São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

COELHO, Vicente de Faria. *Recurso de Revista*. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito Ltda, 1957.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. 8ª ed.* Bragança Paulista: Vozes, 2007

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

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade - 2ª ed. rev. e atual de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis. 2ª ed. rev. e atualizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976

LOBO DA COSTA, Moacyr. *A revogação de sentença*. São Paulo: Ícone, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Coordenador). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos. 7ª ed. rev. e atual*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ORESTANO, Ricardo. *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1953

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica. 2ª Ed*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5ª. ed. corrigida, posta em dia e aumentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1976

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos extraordinários e ação rescisória por ofensa à norma jurídica*. Salvador, JusPODIVM, 2019

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português. Fontes de Direito 5ª Edição, Revista e Atualizada*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011

TESHEINER, José Maria Rosa. “Em tempo de reformas: o reexame de decisões judiciais.” Em *Meios de impugnação ao julgado civil: estudo em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, por Adroaldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Tese para concurso de Libre-Docência, 2004.

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO NO CPC/2015

João Luiz Lessa Neto⁹¹⁰

A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS COMO NORMA FUNDAMENTAL NO CPC/2015

O ordenamento jurídico brasileiro privilegia a solução consensual das disputas. A *primazia da solução adequada* dos conflitos é colocada como norma fundamental do sistema processual e de resolução de disputas no Brasil. Kazuo Watanabe apontou para a necessidade de modificação da cultura tradicional na questão, ao invés de se resolver conflitos através da sentença, da decisão judicial, deve-se privilegiar a cultura da pacificação⁹¹¹. O CPC/2015, então, estruturou o procedimento de maneira a preconizar a solução consensual das partes, oportunizando a utilização das técnicas de mediação e conciliação para efetiva solução da controvérsia, integrando-as ao processo judicial.

O princípio da primazia da solução adequada dos conflitos deve nortear *toda* a atuação estatal. É norma fundamental do processo civil brasileiro a prioridade na utilização das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (CPC/2015 – art. 3)⁹¹². É dever do Estado *promover*, divulgando e fornecendo os meios necessários, e dos operadores jurídicos *estimular* a difusão e utilização dos meios adequados de resolução de disputas. Além das regras constantes do CPC/2015 é de se considerar as regras da Lei nº 13.140/2015, o Marco Legal da Mediação, que estabelece regras tanto para a mediação judicial quanto para a mediação extrajudicial.

Não é por acaso que o art. 3º, § 2º, do CPC/2015 estabelece que o Estado *promoverá*, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Aquela norma tem não apenas o sentido de que o Estado deve estimular e fornecer os meios para a solução

⁹¹⁰ Doutor pela Universidade de São Paulo, com atividades de pesquisador visitante na Universidade de Georgetown. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/Queen Mary, University of London (Postgraduate Associate). Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo - CEAPRO. Professo da Pós-Graduação em Processo Civil da PUC/SP (COGEAE). Advogado.

⁹¹¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, 685-687.

⁹¹² QUINTELA, Ana Carolina. A resignificação do direito fundamental ao acesso à justiça: a autocomposição como pressuposto de mudança do paradigma na tutela dos direitos fundamentais das partes no Novo Processo Civil. In: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, 2019, v. 61.

negociada de litígios entre particulares. É igualmente relevante a noção de que o próprio Estado, ao tentar resolver os seus conflitos, deve fazê-lo de maneira consensual e não litigiosa.

Assim, no comando legal de que o Estado promoverá a solução consensual de conflitos está contido três acepções: (i) o Estado deve fornecer um serviço público de justiça que proporcione o adequado tratamento dos conflitos, com a adoção de um modelo multiportas; (ii) o Estado deve disseminar e informar a população sobre os meios consensuais, promovendo sua utilização; (iii) o Estado deve promover, preferir, privilegiar, sempre que possível, a solução consensual das disputas em que for parte ou que tiver interesse.

A norma do art. 3º, § 2º, CPC/2015, portanto, não tem apenas relevância enquanto norma processual, mas indica um comando relevante para toda a atividade pública e administrativa⁹¹³. O consensualismo representa uma nova oportunidade de ação para o Estado⁹¹⁴. Não por acaso, no mesmo ano de adição do CPC/2015, foi, também, instituído o marco legal da mediação e a Lei de Arbitragem foi reformada (pela Lei nº 13.129/2015), revelando um claro estímulo legislativo para a aplicação dos meios adequados de resolução de controvérsias.

A CONSOLIDAÇÃO DA OPÇÃO PELO MODELO MULTIPORTAS DE PROCESSO CIVIL

O CPC/2015, em sintonia com sua norma fundamental de primazia da resolução consensual dos conflitos, procurou implementar no Brasil um modelo multiportas de processo civil. Isso significa que cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem à uma solução consensual do conflito.

⁹¹³ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o leviatã nos novos mares da consensualidade”. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE, jul./dez. 2015, n. 82, p. 3.

⁹¹⁴ “É inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representada para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).” MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, jan.-mar. 2003, n. 231, p. 145.

A reforma no sistema brasileiro de justiça para a difusão dos mecanismos alternativos de resolução de disputa não é uma experiência isolada ou que ocorreu de maneira abrupta, ao contrário, mantém paralelo com a reforma realizada em diversos países, como a Inglaterra, Portugal e os Estados Unidos.

Dois movimentos iniciados a partir da década de 1970 merecem particular destaque pela difusão e alcance de suas ideias. O primeiro é o movimento de acesso à justiça e o segundo o modelo de processo multiportas.

A clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁹¹⁵ impulsionou a busca por reformas e alternativas no sistema de justiça civil. A proposta dos autores inclui a facilitação do acesso ao próprio Poder Judiciário, com a redução dos custos do processo e o auxílio jurídico aos necessitados, o adequado tratamento dos direitos difusos e coletivos e, em uma terceira onda, a expansão dos mecanismos alternativos de resolução de disputas.

A terceira onda cuidaria de um obstáculo processual, decorrente da impossibilidade de certo tipos de conflitos serem adequadamente tratados através do processo adjudicatório estatal⁹¹⁶. Daí a necessidade de serem aplicados outros métodos e técnicas para o tratamento desses conflitos. O ocidente sempre elevou a noção de se lutar pelo direito, entretanto algumas áreas merecem uma aproximação diferente, em uma justiça coexistencial. O sistema de perde e ganha não responde adequadamente à determinadas situações.

Frank Sander ao propor o modelo do processo civil multiportas, em seu famoso discurso na Pound Conference de 1976⁹¹⁷, é considerado, por vezes, como o

⁹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

⁹¹⁶ “By 'procedural obstacle' I mean the fact that, in certain areas or kinds of controversies, the normal solution - the traditional contentious litigation in court - might not be the best possible way to provide effective vindication of rights. Here the search must be for real (*stricto sensu*) alternatives to the ordinary courts and the usual litigation procedures.” CAPPELLETTI, Mauro. Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. In: **The Modern Law Review**. Londres: Blackwell, 1993, n. 56, v. 282, p. 287.

⁹¹⁷ SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R.. **The pound conference: perspectives on justice in the future**. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.

impulsionador do movimento em prol dos *Meios Alternativos de Resolução de Disputas*⁹¹⁸.

Sander propôs a criação de um esquema de um fórum multiportas, no qual, ao chegar com um conflito, o cidadão fosse encaminhado para a porta ou mecanismo mais adequado para o tratamento de seu caso. Daí a imagem de um átrio de fórum com uma porta na qual houvesse serviços de mediação, outra com o juiz para julgar, em outra a possibilidade de arbitragem, por exemplo.

A partir dessas ideias, foram tomadas várias iniciativas reformatórias no Poder Judiciário Americano, com diversos Estados passando a prestar serviços de ADR ligado às atividades forenses (“*court-annexed ADR*”). Tratou-se de uma reforma impactante do sistema americano de justiça, embora não tenha sido um movimento isento de críticas, sendo possível identificar diversas vozes que resistiram à ideia.

Um dos principais nomes críticos ao movimento de ADR, ainda na década de 1980, foi Owen Fiss. Fiss entendia que encorajar os ADRs significaria sucumbir às condições de uma sociedade de massas e que o acordo alcançado pelas partes seria facilmente distorcido pela inequidade na posição das partes, gerando o risco de um acordo injusto⁹¹⁹. O processo adjudicatório não sofreria com tal problema pois, ainda que presente um desequilíbrio na posição das partes, a presença e atuação do juiz minimiza esse impacto⁹²⁰.

Para Fiss, o processo judicial, para além de julgar casos individuais, deve ser entendido de maneira ampla. O objetivo do processo não seria apenas julgar e pacificar casos individuais, mas estaria ligado à construção de significado dos valores constitucionais. Por isso, investir dinheiro público em técnicas que propiciem o acordo e transação entre as partes significaria que a sociedade receberia menos do que deveria pelos recursos investidos. O processo adjudicatório daria sentido aos Direitos e seria o

⁹¹⁸ MOFFIT, Michel L.. Before the Big Bang: The Making of an ADR Pioneer. In: **Negotiation Journal**. Cambridge: Harvard University, out. 2006.

⁹¹⁹ FISS, Owen. Against settlement. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1984, v. 93, p. 1076-1077.

⁹²⁰ FISS, Owen. Against settlement. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1984, v. 93, p. 1077-1078.

meio para transformar uma realidade recalcitrante conforme os ideais propostos pela sociedade⁹²¹⁻⁹²².

A despeito das críticas, o movimento de difusão dos mecanismos alternativos de resolução de disputas continuou não apenas nos Estados Unidos, mas também na Europa e ao redor do mundo.

Na Inglaterra, foram editadas *Civil Procedure Rules* em 1999. As regras foram diretamente influenciadas pelas ideias contidas no relatório sobre acesso à justiça elaboradas por Lord Woolf, indicando que as partes devem ser estimuladas a utilizar os meios mais apropriados para resolver os seus conflitos e apenas devem recorrer a um julgamento judicial como última medida. Tal concepção está fortemente retratada nas regras sobre processo civil da Inglaterra. O processo civil está organizado de maneira a qual as partes, sempre que possível, encontrem uma solução consensual para o litígio.

Os tribunais na Inglaterra e no País de Gales têm um papel relevante de condução do caso (*case mangement*) e há um dever para os tribunais de encorajarem o uso de ADR e, em paralelo, há um dever para as partes, de boa-fé, tomarem parte no esforço de resolução consensual da disputa. Há um forte estímulo à composição amigável do conflito e a recusa injustificada em participar de uma mediação influencia diretamente no pagamento dos custos processuais⁹²³.

Na França, também, há uma busca pela consolidação de meios alternativos ao processo adjudicatório. Há um ganho de espaço para a negociação e para a solução negociada dos conflitos, como uma retomada do cidadão do papel de protagonista da resolução de suas próprias desavenças⁹²⁴.

Tal movimento chegou aos países lusófonos. Portugal editou uma nova lei sobre mediação (a lei nº 29/2013) e a arbitragem igualmente tem sido valorizada e tem se

⁹²¹ FISS, Owen. Against settlement. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1984, v. 93, p.1089.

⁹²² Para uma discussão subsequente das ideias de Owen Fiss vide: MACTHENIA, Andrew; SHAFFER, Thomas. For reconciliation. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1985, v. 94. FISS, Owen. Out of Eden. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1985, v. 94.

⁹²³ GLADWELL, David. Alternative Dispute Resolution and the Courts. In: **Civil Court News**. Londres: Civil Court, mai. 2004, v. 27, n. 1.

⁹²⁴ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 2 ed. Paris: PUF, 2013, p. 209 e ss.

difundido. Os meios alternativos de resolução de disputas são hoje parte dos sistema português de justiça⁹²⁵.

No Brasil, bem antes do CPC/2015, tal opção foi claramente percebida, particularmente a partir da edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Mas, não seria correto considerar que a mediação e a conciliação seriam uma novidade em nosso sistema jurídico. Pelo contrário, historicamente, na tradição luso-brasileira, há diversos exemplos legislativos que tratam de mediação e conciliação, às vezes como fase prévia à admissibilidade do processo judicial. A lei dos Juizados Especiais Cíveis cuida do tema, como, aliás, fazem outros diplomas legais, incluindo o próprio Código de Processo Civil de 1973⁹²⁶. A novidade não está em conhecer a existência da mediação e conciliação ou mesmo de que podem as partes transacionar. O que é novo é o impulso decisivo para a implementação dessas técnicas, desenvolvidas por pessoal próprio e profissionais habilitados (mediadores e conciliadores), como parte da justiça civil e a preocupação com o meio mais adequado para cada caso. Está na preocupação em efetivamente *resolver* os conflitos.

Contudo, apenas mais recentemente é que se passou a decisivamente incentivar os meios consensuais de resolução de disputas, com a identificação de que são meios mais adequados em muitos casos. O ponto central está em se passar de meios alternativos para um conjunto de meios possíveis, em igualdade de importância.

A Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 estabeleceu uma *política nacional para o tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário*. Ou seja, o Poder Judiciário não seria mais um local apenas para o julgamento, mas para o tratamento adequado de conflitos⁹²⁷. Tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Estabeleceu-

⁹²⁵ GOUVEIA, Mariana França. **Curso alternativo de resolução de disputas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 28-33.

⁹²⁶ Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no Novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1976, v. 2, p. 95-96.

⁹²⁷ “Tendo em vista que, no Brasil, a década de 1990 foi marcada por estímulos da legislação processual para a autocomposição de conflitos, foi no início do século XXI que a mediação começou a ser efetivamente utilizada. A primeira década foi marcada por diversos projetos pilotos nos diversos campos da autocomposição, e, no ano de 2010 foi aprovada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para estabelecer uma política em âmbito nacional sobre o tema da RAD. Esse documento inicia o marco em que a justiça multipartas passa a tomar grandes proporções, e nele é instituída a Política Judiciária Nacional, que atribui ao órgão judiciário o dever de estimular, apoiar e difundir as técnicas utilizadas em meios consensuais e alternativos de efetivar a justiça, além de prestação de atendimento e de orientação ao cidadão.” SALIM, Clara Araujo; SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2020, v. 299.

se, então, uma política coordenada e de âmbito nacional para o adequado tratamento de controvérsias em âmbito judicial, a indicar a oportunidade de integração da mediação e da conciliação ao processo judicial,

O CPC/2015 aprofundou, claramente, essas reformas, para que a maioria dos casos transacionáveis, antes de prosseguirem para uma solução adjudicatória, sejam submetidos aos processos de solução consensual. Ele institucionalizou as carreiras de mediador e de conciliador e criou um espaço processual para a aplicação dessas técnicas⁹²⁸. Os meios alternativos passaram a ser parte da rotina do Poder Judiciário, com uma integração entre mecanismos adjudicatórios e consensuais de resolução de disputas. Por isso, não se deve mais falar *no meio* de resolução e suas *alternativas*, se deve observar o meio mais *adequado* para cada caso.

A Lei de Mediação, ao seu turno, disciplinou a matéria tanto em âmbito judicial quanto extrajudicial, solidificando os contornos de atuação e de funcionamento do instituto e indicando os princípios centrais que regem a própria atividade do mediador e, também, dos demais envolvidos no esforço de solução consensual⁹²⁹.

A mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de justiça passa por um redimensionamento do processo e do próprio papel do fórum e do juiz. Ao invés de se criar um modelo preocupado exclusivamente com a aplicação da lei pelo juiz, com o julgamento de conflitos, cria-se um modelo no qual as partes detêm uma maior autonomia na escolha do meio pelo qual querem resolver o seu conflito. Resolver conflitos assume um significado mais abrangente do que o de julgar a pretensão de direito material deduzida em juízo.

⁹²⁸ DIAS, Rodrigo Rodrigues. Mediadores e conciliadores judiciais: sobre a capacitação e a conduta ética. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2018, v. 281.

⁹²⁹ CINTRA, Najla Lopes. Mediação Privada: aspectos relevantes da Lei 13.140/2015. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 976, 2016.

OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO COMUM NO CPC/2015: O PAPEL DA AUDIÊNCIA DO ART. 334

O procedimento comum, próprio da fase de conhecimento⁹³⁰, no CPC/2015 está organizado em duas fases. A primeira fase é de esforço para a resolução consensual da disputa. Apenas se não for possível a solução consensual, o processo seguirá para a segunda fase, litigiosa, para instrução e julgamento adjudicatório.

A primeira fase será conduzida pelo mediador ou conciliador, sem a participação direta do juiz. Distribuída a petição inicial, o juiz verificará o preenchimento dos seus requisitos e, não sendo caso de improcedência liminar, determinará a realização de uma audiência de mediação ou conciliação com antecedência mínima de 30 (trinta dias). A audiência será de mediação nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e de conciliação quando inexistir tal vínculo (CPC/2015 - art. 165 §§ 2º e 3º).

O réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação – e não para contestar, como ocorria no CPC de 1973. O réu não apresentará sua contestação até que todos os esforços para a solução consensual do litígio tenham sido adotados. O objetivo é evitar o agravamento do conflito, decorrente da apresentação da resposta do réu. Esta é uma mudança importante: ao invés de ser chamado ao processo para, apresentando sua defesa, discutir os pedidos deduzidos, o réu é chamado para uma tentativa de solução consensual do conflito, o que indica um espaço mais amplo e compreensivo para resolução da disputa. O foco, então, não se centrará nos argumentos de direito material porventura pertinentes ao caso, aos fatos e provas disponíveis para o julgamento da questão posta, mas o esforço será feito para a identificação de pontos de convergência de interesses e na construção de alternativas que permitam a pacificação do conflito.

A realização da audiência de mediação ou conciliação é prevista para a generalidade dos casos submetidos ao procedimento comum e a presença das partes, via de regra, é obrigatória. A ausência injustificada de qualquer das partes, que devem estar acompanhadas por advogados, representa ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionada com a multa, pelo juiz, de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. A parte

⁹³⁰ MATTOS, Alexandra; MARTTA, Camila Victorazzi. A incompatibilidade lógica da audiência do artigo 334 do código de processo civil de 2015 com o processo de execução. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2020, v. 302.

poderá constituir preposto ou mandatário com poderes específicos para negociar e transigir.

Apenas excepcionalmente a audiência não será realizada, sendo quase obrigatória⁹³¹. Para que não se realize a audiência de mediação ou conciliação é preciso que o direito não seja passível de autocomposição ou que as duas partes manifestem o desinteresse na realização da audiência. As duas partes têm que expressamente manifestarem-se por escrito para que a audiência não seja realizada. Caso exista litisconsórcio, será necessário que todas as partes manifestem o desinteresse na realização da audiência para que ela seja dispensada. Basta uma das partes ou litisconsortes não se pronunciar ou requerer a realização que será designada audiência.

O objetivo de se adotar um modelo de mediação ou conciliação quase-obrigatórias no procedimento comum, para os casos transacionáveis, é implantar o modelo multiportas e levar as partes a terem contato com as técnicas de negociação assistida, propiciando a efetiva solução adequada dos conflitos. Sob este viés, é parte do esforço de difusão de uma nova cultura sobre a resolução de disputas⁹³².

Como se vê, no procedimento comum do CPC/2015, a audiência de mediação e conciliação é a regra e apenas excepcionalmente não será realizada. O objetivo é implementar efetivamente o modelo multiportas e levar as partes a terem efetivo contato com as técnicas de negociação assistida, propiciando a efetiva solução adequada dos conflitos⁹³³. A segmentação do procedimento comum em duas fases e o estímulo para que os cidadãos sejam atores da resolução de seus conflitos é um dos pilares do modelo procedimental implantado.

A audiência deve ser realizada no centro judiciário de solução consensual de conflitos (CPC/2015 - art. 165). A audiência será conduzida pelo mediador ou conciliador, sem a participação, presença ou conhecimento do juiz em relação ao que for dito, discutido e apresentado. A confidencialidade do que for dito, discutido ou apresentado durante o esforço de resolução consensual do conflito tem duplo sentido. É

⁹³¹ Para uma discussão sobre a obrigatoriedade da mediação, vide: RODRIGES, Daniel Colnago.

Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da lei de mediação (Lei 13.140/2015). In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2018, v. 285.

⁹³² THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRAN, Flávio. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 242-243.

⁹³³ FUZISHIMA, Ancilla Caetano; PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan di. Política pública judiciária nacional dos meios consensuais de solução de conflitos: impactos do atual CPC na efetivação do acesso à justiça. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2019, v. 1.005, p. 168-170.

confidencial perante terceiros, não podendo as partes ou mediador ou conciliador revelar o seu conteúdo, e é confidencial para o juiz que deve julgar a causa. É a confidencialidade para o julgador.

O juiz não está impedido de tentar conciliar as partes durante o processo ou de, a qualquer tempo, estimular a resolução consensual da causa. Entretanto, não deve atuar na audiência de mediação ou conciliação. Os autos serão remetidos ao centro judiciário de mediação e conciliação para a realização da audiência. Atuará na audiência preferencialmente o mediador ou conciliador que goze da confiança das partes e escolhido por elas, que não precisa estar cadastrado junto ao tribunal. Apenas se não houver acordo entre as partes quanto a quem será o mediador ou conciliador, o processo será distribuído para mediador ou conciliador cadastrado junto ao tribunal. Sempre que recomendável e adequado ao caso, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Tudo o que é dito e produzido durante o esforço de mediação não pode ser utilizado para fins probatórios ou de instrução da fase adjudicatória do processo. Não é possível que as partes, não obtida a solução consensual, valham-se do que foi dito, alegado, discutido durante o esforço de resolução consensual para fins de instrução da fase litigiosa do processo. Caso sejam utilizados, esses elementos devem ser reputados como provas inadmissíveis.

O objetivo é permitir um ambiente negocial franco, no qual as partes possam abertamente discutir sobre os fatos e sobre as possibilidades de solução do conflito, sem o risco ou o receio de minarem ou prejudicarem as suas estratégias jurídicas para a fase litigiosa. Não é possível negociar abertamente na presença de quem, em última instância, virá a decidir impositivamente o conflito. A confidencialidade para o julgador é fundamental para assegurar um ambiente favorável à composição e, igualmente, impedir que o juiz fique contaminado pelo que escutou durante as tratativas das partes.

Justamente por isso é que, caso as partes não transijam, o mediador ou conciliador deverá elaborar um termo de encerramento da mediação ou conciliação, informando que

não foi possível a solução consensual neste momento, mas sem consignar ou reproduzir nada do que foi discutido⁹³⁴.

A audiência de mediação ou conciliação deve ser marcada pela informalidade, flexibilidade, oralidade e pelo protagonismo da atuação das partes na discussão e negociação das possibilidades para a solução de seu caso. O mediador ou conciliador, profissional habilitado, deverá aplicar a técnica mais adequada para o caso e para propiciar a negociação entre as partes. Não deve haver solenidades e deve ser utilizada linguagem adequada a propiciar a efetiva participação democrática das partes na construção dos termos da transação. O procedimento da audiência, por excelência, deve ser flexível e construído cooperativamente pelos integrantes do ato.

Poderão ser realizadas tantas audiências de mediação ou conciliação quantas sejam necessárias para as partes negociarem. Entretanto, para evitar retardos ao processo, o mediador ou conciliador deverá, ouvindo e no interesse das partes, ser criterioso para que designe a realização de mais de uma audiência.

Caso seja obtido o acordo, o mediador ou conciliador poderá auxiliar as partes na elaboração do contrato de transação, que poderá, igualmente, constar da ata de audiência. A ata de audiência ou o termo de transação deverão ser assinados pelas partes, pelos seus advogados e pelo mediador ou conciliador. Se as partes preferirem, a audiência poderá ser suspensa para que os seus advogados discutam e elaborem minutas para o contrato de transação, marcando-se nova audiência para fechamento e assinatura do acordo.

Como regra, a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença, que determinará a extinção do processo com resolução de mérito (CPC/2015 art. 487, inciso III) constituindo título executivo judicial (CPC/2015 – Art. 515, II). Entretanto, o documento de transação assinado pelo mediador ou conciliador

⁹³⁴ “O termo final de mediação é o instrumento que encerra o procedimento de mediação. Tem cabimento quando for celebrado acordo, ou quando não mais justificarem esforços para obtenção de consenso (artigo 20). Na hipótese de celebração de acordo, ressaltamos a importância de que ele seja redigido com as cautelas necessárias a fim de evitar novos conflitos, dessa forma, o termo deve conter informações precisas no que diz respeito ao acordo firmado, por exemplo, se o acordo consistir no pagamento de uma quantia em dinheiro o termo deve prever o valor total, a data do pagamento, parcelamento, forma/local do pagamento, eventual multa em caso de atraso, enfim, tudo o que for correspondente a controvérsia. Ressalta-se também o fato da Lei atribuir à eficácia de título executivo extrajudicial ao termo final de mediação, e, caso haja homologação judicial, será considerado título executivo judicial.” ROSSI, Alina de Toledo. Considerações Sobre os aspectos legais da mediação e da conciliação judiciais. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2018, v. 96.

credenciado ao tribunal constitui *per se* título executivo extrajudicial (CPC/2015 – Art. 784, IV).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC/2015 estabeleceu um modelo multiportas de processo civil, preconizando uma verdadeira primazia da resolução adequada dos conflitos. Isso propiciou um forte estímulo para a utilização de mediação e conciliação como ferramentas adequadas para a disposição de casos judiciais. Trata-se da sedimentação da premissa de que uma política pública para o tratamento adequado de conflitos é fundamental para o acesso à justiça no Brasil.

O procedimento comum, com efeito, foi adequado para permitir que, antes do início da fase instrutória e mesmo da apresentação da defesa do réu, seja tentada a solução consensual da controvérsia. A audiência do art. 334, então, foi colocada como um momento central e como a primeira tentativa e opção para a solução de controvérsias.

As ações coletivas e a estabilização da tutela antecipada antecedente

José Américo Zampar Júnior⁹³⁵

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 firmou como espécies do mesmo gênero – tutela provisória – a tutela cautelar e a tutela antecipada, podendo esta última ser de urgência e/ou evidência. O que as diferenciam são os objetos de proteção, pois enquanto a tutela cautelar protege para satisfazer, a tutela antecipada satisfaz para proteger. Ambas são provisórias, revogáveis, de cognição sumárias e objetivam anular os males do tempo⁹³⁶.

Organizou-se, pois, sob um microsistema próprio, as tutelas provisórias antecipada e cautelar que se encontravam separadas no Código anterior seja geograficamente⁹³⁷ – art. 294 *et seq.* do CPC/2015 –, seja pelos requisitos necessários à sua concessão⁹³⁸ – probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Ainda, foi inserido no sistema processual brasileiro a possibilidade de ser estabilizada a tutela antecipada concedida em caráter antecedente quando a parte ré deixar de apresentar recurso à decisão que concede a referida tutela, extinguindo-se, por consequência o processo com a manutenção dos efeitos deferidos. Assim, o presente trabalho buscará investigar a possibilidade de ser estabilizada a tutela antecipada antecedente concedida no bojo de ação coletiva que objetiva a defesa de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos.

⁹³⁵ Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela PUC-PR. Bacharel em Direito pela UNESP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Servidor público federal.

⁹³⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.555.

⁹³⁷ Enquanto a tutela antecipada localizava-se no art. 273 do CPC/1973, as cautelares encontravam-se em Livro próprio dentro do Código.

⁹³⁸ Se para as tutelas antecipadas o CPC/1973 exigia prova inequívoca apta a convencer o juiz da verossimilhança das alegações e o receio de dano irreparável (art. 273), para as cautelares exigia fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798).

Tempo processual e o princípio da igualdade

As tutelas provisórias no processo possuem relação direta com a igualdade processual frente à desproporção de condições e poderes eventualmente existente entre as partes e a busca do reequilíbrio desta relação.

Também a concessão da tutela antecipada tem direta correlação com o risco de irreversibilidade de seu resultado ou a impossibilidade do alcance do resultado final útil e prático ante o tempo processual.

Nesta perspectiva, a concessão ou não da tutela significa benefício a uma das partes em detrimento da outra. O órgão julgador verifica a parte que tem menos condições de suportar o risco do tempo e da irreversibilidade e em favor dela decide a concessão da antecipação requerida.

Cabe observar, que o tempo processual influi diretamente na concessão da tutela e se liga ao princípio da isonomia processual, pois a ampliação do direito de defesa, ligada a uma concepção liberal clássica, faz com que abusos realizados pelo réu no processo transfiram o ônus pelo tempo da demora processual ao autor, penalizando-o para além do inadimplemento ou ilícito que o levou a juízo.

Nesta perspectiva, a tutela antecipada serve como verdadeiro instrumento de reequilíbrio de forças ao permitir que o ônus do tempo do processo seja transferido ao réu, ou, ao menos, repartido entre as partes reequilibrando a relação estabelecida. Marinoni referindo-se à posição privilegiada do réu no procedimento comum e ao ônus do tempo conclui que:

A distribuição do tempo do processo, fundamental para a preservação do princípio da isonomia, justifica a tutela antecipatória em caso de defesa de mérito indireta infundada que requer prova diferente da documental. Nesse caso, é natural transferir o ônus do tempo do processo, dando-se ao réu, obviamente, a oportunidade de continuar atuando no processo para ver a sua defesa acolhida e, conseqüentemente, a tutela antecipatória revogada.

Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia.⁹³⁹

Nesta perspectiva, as tutelas antecipadas possuem ampla correlação com o princípio da isonomia na medida em que possibilitam o reequilíbrio de forças processuais e servem para impedir eventuais abusos de defesa pelo réu.

3. A reversibilidade da tutela provisória

Em que pese o reequilíbrio realizado pelas tutelas provisórias, é necessário observar, para sua concessão, a questão relativa à sua reversibilidade. O art. 300, §3º, do CPC/2015 prevê que a tutela de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A reversibilidade da medida é fator limitador e pressuposto básico a ser avaliado pelo juiz no momento da concessão da tutela e corresponde à aplicação do art. 5º, LIV e LV, da CFRB/1988, “pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado sem o devido processo legal e sem a garantia do contraditório”⁹⁴⁰.

Os efeitos antecipados com a medida de concessão da tutela são fáticos, pois se operam na busca de evitar uma lesão ou estabilizar uma situação que se concretizada pode tornar-se irreversível e inútil o provimento jurisdicional de mérito. Nesta medida, por exemplo, um pedido de tutela que busque permitir a demolição de um prédio histórico opera sobre os fatos, pois uma vez demolida a construção, não se pode mais reconstituir-se a situação anterior.

Sua reversibilidade, pois, é requisito essencial que se coaduna com a natureza de provisoriedade da tutela, já que se caracteriza por ser medida concedida com base em cognição sumária e deve ser assegurado ao réu o exercício do contraditório, que tonar-se-ia inútil ante a irreversibilidade da medida.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery,⁹⁴¹ diferenciando os efeitos da irreversibilidade em fáticos e jurídicos, asseveram que ocorrendo a irreversibilidade fática, por exemplo, no caso de uma liminar que objetive a demolição do prédio, esta deve ser indeferida pois

⁹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v.1. p. 428.

⁹⁴⁰ ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 174.

⁹⁴¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 19.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 871-872.

seria impossível reconstituir-se o *status quo* anterior; por outro lado, quando a irreversibilidade for jurídica e puder resolver-se em perdas e danos, nada impede que seja concedida a tutela, como nos casos de entrega da coisa litigiosa.

Todavia, esse fator limitador não pode ser tido como um entrave peremptório à concessão da tutela em situações de conflito de interesses, quando pode ocorrer “perecimento da pretensão do autor ou de dano que só com a antecipação da tutela pode ser evitado”, devendo o órgão julgador, nestes casos excepcionais, sopesar a possibilidade de concessão da medida para proteger o bem da vida de grandeza superior, incidindo um juízo de proporcionalidade⁹⁴².

Leonardo Ferres⁹⁴³, ponderando a necessidade de que seja verificada a irreversibilidade à luz dos prejuízos causados pela concessão ou não da medida pretendida, afirma que “há situações que mesmo irreversíveis, a medida deve ser deferida”. Como exemplo, tome-se uma liminar que busque a autorização para a realização de uma transfusão de sangue em um menor. Após realizado o ato, este será irreversível, mas a não realização pode ser ainda pior, pois estaria colocando em risco um bem jurídico maior, a vida, cuja perda seria de uma irreparabilidade mais severa. Assim, é necessário um juízo de ponderação na verificação do requisito da irreversibilidade, buscando-se apurar qual situação traria maior prejudicialidade caso não tutelada⁹⁴⁴.

4. A estabilização das tutelas antecipadas antecedente e o devido processo legal

Previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/1988, o devido processo legal é direito e garantia fundamental que embasa o sistema processual brasileiro e garante aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa⁹⁴⁵, significando, com isso:

(...) em sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução "devido processo legal", como se pode verificar, v.g., da enumeração que se fez

⁹⁴² ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 174. No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 15.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 2. p. 734-735.

⁹⁴³ ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 566.

⁹⁴⁴ Nesse sentido é o Enunciado 419 editado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

⁹⁴⁵ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13.ed. São Paulo: RT, 2017. p. 110.

das garantias dela oriundas, *verbis*: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *expost facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação.

Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *ius actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.⁹⁴⁶

Assim, embora o devido processo legal busque assegurar um processo justo, ele não é garantia extrema de que a parte possa demandar *ad infinitum*. Por exemplo, quando ocorreram as reformas processuais de meados da década de 2000, criou-se a possibilidade de serem editadas súmulas vinculantes que obstem o prosseguimento de recursos. Nestes casos, sendo garantido à parte o direito à produção de provas e a obtenção de uma decisão fundada no contraditório e ampla defesa, não se obstaculiza o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, pois, após a consolidação da tese, não mais se admite que a discussão a seu respeito perdure, apenas se perquire e garante a possibilidade de discussão quanto a ocorrência das circunstâncias de fato que autorizam a aplicação a tese firmada.

Integram o devido processo legal a efetividade das decisões e sua celeridade. Um processo que se delonga demasiadamente no tempo, sem que se chegue a um termo, viola a garantia constitucional do devido processo legal por meio da violação à cláusula de celeridade.

⁹⁴⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13.ed. São Paulo: RT, 2017. p. 117-118.

É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5.º, LIV, da CF), criar vias alternativas ao procedimento comum. Nada obsta, portanto, que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito)⁹⁴⁷.

Ao se estabelecer a possibilidade de ser estabilizada uma determinada demanda pelo desinteresse imediato da parte adversa de prosseguir na discussão, respeitadas as formalidades e os ritos próprios da legislação, chega-se a uma decisão que privilegia o devido processo legal, pois há que se admitir que as partes estão satisfeitas com a nova situação de fato criada.

Nada obstante, consigna-se crítica formulada por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery ao afirmarem que o rito do art. 304 (estabilização) “se justifica apenas se a tutela a ser concedida consistir no único objeto da ação principal a ser proposta”⁹⁴⁸⁻⁹⁴⁹, do contrário o processo deveria prosseguir até seu termo, pois não satisfeita de forma plena a pretensão deduzida. Não é adequado impor ao autor o ajuizamento de nova demanda para o atendimento dos demais interesses postos em discussão.

Outrossim, a inércia do réu em interpor recurso não significa, necessariamente, que este tenha reconhecido juridicamente o pedido formulado pelo autor da demanda, pois este poderá, ainda, no prazo de dois anos se insurgir contra a tutela concedida (art. 304, §§ 2º, 5º e 6º, do CPC/2015).

A estabilização da tutela ocasiona a extinção do processo referida no §1º do art. 304 do CPC/2015 sem resolução do mérito, pois não houve o julgamento da questão principal pelo juiz, sendo a decisão de estabilização tida em juízo de cognição sumária, não exauriente. Confirma a hipótese o §6º do mesmo dispositivo legal na medida em

⁹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v.2. p. 229.

⁹⁴⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 19.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 879.

⁹⁴⁹ A glosa de exemplo, pode-se verificar a interposição de uma ação de entrega da coisa certa cumulada com indenização por perdas e danos mais lucros cessantes. Na hipótese, configurada a tutela de entrega de coisa, a cumulação dos demais pedidos deveria obstar a estabilização da tutela com a extinção do processo, pois não satisfeito, em sua plenitude, o direito material posto em juízo, restando esferas de sua integridade pendentes de manifestação pelo Poder Judiciário. De outro lado, caso a ação versa-se apenas sobre a entrega da coisa, antecipada a tutela e satisfeita a pretensão sem oposição razoável da parte adversa, não haveria que se falar em prosseguimento do processo com o fim de se obter uma cognição exauriente uma vez que a jurisdição chegou a termo aceito pelas partes já em cognição sumária.

que afirma que a tutela estabilizada não fará coisa julgada, leia-se coisa julgada material, pois admite a propositura da ação pelas partes com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela concedida.

Cabe observar que o réu tem a liberdade de optar pelo melhor momento para demandar contra o autor, podendo, eventualmente, esperar dentro do prazo bienal um momento que melhor lhe convier – seja econômica⁹⁵⁰ ou faticamente⁹⁵¹ – para buscar a revisão daquele pronunciamento.

O Código de Processo Civil prevê que a tutela não se estabiliza nas hipóteses que o réu interponha recurso da decisão que a concedeu (art. 304, *caput*, do CPC/2015); esta previsão espelha, em certo grau, aquela tida no direito francês do *référé*, que impõe à parte ré a necessidade de uma “*contestação séria*”⁹⁵² para que se instaure o *différend*.

Ao ser concedida uma tutela antecipada na qual, desde logo o autor informe na inicial não ter interesse na audiência de conciliação ou mediação advém a dúvida se poderia o réu peticionar informando ter interesse na referida audiência como forma de obstar a estabilização.

O CPC/2015 buscou trazer um novo espírito geral para o processo civil nacional, com a adoção do sistema multiportas de solução de conflitos (art. 3º do CPC/2015), cooperação entre as partes (art. 6º do CPC/2015) e o dizer expresso do dever de comportamento adequado à boa-fé (art. 5º do CPC/2015).

Assim, havendo o interesse de, ao menos da parte ré na composição do litígio de forma amigável, parece-nos que é dever do órgão julgador determinar este prosseguimento sob forma de buscar evitar uma delonga processual com a instauração de recursos e outras ações tendentes ao prolongamento da demanda.

Nada obstante, do mesmo modo, deve-se alertar o réu que se sua atitude possuir intuito meramente procrastinatório, isto é, durante a realização da conciliação este não estiver do verdadeiro espírito conciliador, trazendo propostas pouco razoáveis frente a

⁹⁵⁰ Imagine-se um réu que esteja em grave situação de insolvência, não podendo, neste instante, arcar com os custos de uma demanda judicial para garantir seu direito. Recuperando-se dentro do lapso temporal adequado (até 2 anos nos termos da lei processual), pode buscar a integralidade de seu direito sem que, com isto, tenha renunciado ao mesmo.

⁹⁵¹ As situações de fato que podem levar o réu a crer na inoportunidade de prosseguir a demanda contra o autor podem ser de diversas ordens, como, por exemplo, a incerteza do direito ou do conjunto probatório que teria contra a parte adversa, quando, poderia o réu, como estratégia, aguardar um momento em que tivesse maiores ou melhores elementos de defesa para buscar a satisfação do direito que entende justo. A outro lado, suponha-se uma eventual tutela concedida contra uma grande empresa que pudesse impactar em sua imagem institucional – v.g. uma obrigação de adequação para atendimento de pessoas deficientes ou uma questão ambiental – talvez, num primeiro momento, seja-lhe oportuno acatar o âmbito da tutela e evitar desgastes publicitários da contestação da demanda, para, num momento posterior, com a opinião pública mais serena, buscar a revisão daquela decisão.

⁹⁵² PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 203, p. 99-118, jan. 2012.

demanda posta, deverá arcar com os ônus de sua atitude, inclusive com a condenação por atos contrários à dignidade da justiça em razão do abuso do direito de defesa.

Agora, supondo-se que o réu tenha agido com lealdade e que após a audiência de conciliação esta reste infrutífera, a questão que se põe é saber se o réu poderia contestar a ação de modo a que venha impedir a estabilização da tutela.

Aqui se coloca o conflito ante a dicção do Código que prevê que a tutela não se estabiliza, com a consequente extinção do processo, nos casos em que tenha sido interposto recurso, a um lado, e a economia processual de outro.

Entendendo-se o termo recurso de forma restrita,⁹⁵³ não restaria ao réu nem mesmo a possibilidade de ter requerido a realização da audiência de conciliação, quanto menos a continuidade do processo por meio de apresentação da contestação, devendo a tutela ser estabilizada e extinto o processo.⁹⁵⁴ Todavia esta posição acaba por atentar contra a celeridade⁹⁵⁵ e a efetividade processual, pois exigiria do réu a propositura de nova demanda para prosseguir na discussão que já mostrou interesse em desenvolver.

De outro lado, mais consentâneo com a celeridade e economia processuais seria, uma vez admitida a audiência de conciliação, permitir-se que o processo siga até seu termo final, entendendo-se o termo recurso como toda forma de oposição razoável do réu à estabilização da tutela.⁹⁵⁶ Assim,

como é a inércia do réu a responsável pela estabilização, mostra-se possível entender que todo ato processual praticado que demonstre insurgência contra a decisão que antecipou a tutela satisfativa (exemplos: contestação, “pedido de reconsideração”

⁹⁵³ Já decidiu a 1ª Turma do STJ que “Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado – o agravo de instrumento” (REsp 1.797.365/RS, 1ª T., j. 03.10.2019, rel. Min. Regina Helena Costa, *DJe* 22.10.2019). Em sentido diverso, entendendo pelo cabimento da contestação para impedir a estabilização: STJ, REsp 1.760.966/SP, 3ª T., j. 04.12.2018, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 07.12.2018.

⁹⁵⁴ Cf.: THEODOR JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 674-675.; CÂMARA, Alexandre Freire. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p.164-165.

⁹⁵⁵ Para Humberto Theodor Junior, a celeridade e a economia processual não seriam suficiente para justificar a possibilidade de se admitir a contestação no lugar do recurso de agravo de instrumento, pois neste instante todos os contornos da lide ainda não estariam delimitados, pois carente a complementação da petição pelo autor, levando a uma inversão e tumulto processual desnecessários. (THEODOR JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 675)

⁹⁵⁶ No sentido do que defendemos, decidiu a 3ª Turma do STJ que a contestação pode ser utilizada para impedir a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (STJ, REsp 1.760.966/SP, 3ª T., j. 04.12.2018, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 07.12.2018).

etc) tenha aptidão para evitar a estabilidade (entendo que, no mesmo prazo, se o réu contestar ou se manifestar pela realização da audiência de mediação e conciliação não haverá estabilização (...)).⁹⁵⁷⁻⁹⁵⁸

Mas, uma vez estabilizada a tutela e passado o prazo suficiente e razoável concedido às partes para que se possa rever aquela decisão, isto é, assegurado a parte o direito à revisão da decisão em respeito ao seu direito constitucional de ação, não haveria que se falar em violação ao devido processo legal por decurso do tempo, isto porque a decadência se opera contra a inanição da parte. Assim,

(...) quando a lei, visando à paz social, entende de fixar prazos para o exercício de alguns direitos potestativos (...), o decurso do prazo sem o exercício do direito implica na extinção deste, pois, a não ser assim, não haveria razão para a fixação do prazo. Tal consequência (a extinção do direito) tem uma explicação perfeitamente lógica: é que (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) nos direitos potestativos subordinados a prazo o que causa intranquilidade social não é, propriamente, a existência da ação, mas a existência do direito, tanto que há direitos desta classe ligados a prazo, embora não sejam exercitáveis por meio de ação. O que intranquiliza não é a possibilidade de ser proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, extinguir a ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranquilidade continuaria de pé. Infere-se, daí, que quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação. Esta também se

⁹⁵⁷ GODINHO, Robson Renault. Tutela provisória. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.479.

⁹⁵⁸No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; et. al (orgs.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016. p.834; BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.233; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 15.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v.2. p. 743-746.

extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito.⁹⁵⁹

Logo, o legislador, numa ponderação entre o tempo, o conflito e a segurança jurídica (igual a paz social), privilegiou esta última colocando o tempo como carrasco do conflito (ainda que potencial), sem deixar de garantir o devido processo legal (direito de ação) que se perde pela inércia própria da parte.

A eventual violação ao devido processo legal adviria, por oportuno, do lembrete feito por Marinoni, Mitidiero e Arenhart, de se sobrepor a tutela estabilizada a coisa julgada que se forme em sentido contrário:

(...) a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*).

(...) o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.⁹⁶⁰

Nesta perspectiva, a tutela estabilizada, embora não possa ser revista diretamente, admite sua revisão reflexa por uma outra ação que discuta o mesmo direito material envolvido, como meio de não ofensa ao devido processo legal.

Ainda, proposta ação que objetiva rever, reformar ou invalidar a tutela inicialmente concedida e estabilizada, em sendo concedida nova antecipação de tutela nesta ação, em sentido contrário à primeira, logo revogando-a, não se verifica a possibilidade de, caso não haja recurso, que esta nova tutela se estabilize. Admitir que a

⁹⁵⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 744, p. 725-750, out. 1997. p.738.

⁹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v.2. p. 229-230.

nova tutela pudesse se estabilizar seria admitir que o sistema processual pudesse entrar em *looping*, com a formação de círculo vicioso.

O processo é instrumento voltado à resolução de demandas e busca da pacificação social. Ao se admitir a possibilidade infinita de concessão de tutela e estabilização, uma sobre a outra, haveria uma quebra lógica do próprio sistema processual, que levaria a perda de seu propósito.

Outrossim, a ação que busca rever a tutela estabilizada tem por finalidade permitir que o processo inicialmente extinto seja levado a cabo com o julgamento final de mérito, pelo que, admitir-se uma nova estabilização seria contrária a própria lógica interna do instituto da estabilização, de sua revisão e do devido processo legal.

5. Tutelas provisórias e ações coletivas

As ações coletivas constituem-se em um microssistema com regramento próprio, constituído, basicamente, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.249/1992), as quais traçam um perfil processual próprio, utilizando-se o Código de Processo Civil como fonte subsidiária.

Nesta perspectiva, todos estes três diplomas se preocuparam em disciplinar a concessão de tutelas provisórias que objetivassem assegurar o resultado final do processo, fosse em esfera cautelar, fosse em esfera de antecipação de tutela (muitas vezes esta denominada impropriamente, também, de cautelar).

Assim, o art. 4º da Lei nº 7.347/1985 tratou da possibilidade de ajuizamento de ação cautelar com o fim de evitar dano ao patrimônio público e social, meio ambiente, consumidor dentre outros; por sua vez o art. 84 da Lei nº 8.078/1990 tratou da possibilidade de concessão de tutela específica que assegure o resultado prático, liminarmente, quando fosse relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final; por fim, o art. 16 da Lei nº 8.249/1992 prevê a possibilidade de cautelares típicas para a recuperação de bens do gestor público improbo.

Observe-se, que embora este microssistema tenha traçado os regramentos próprios para a concessão de medidas provisórias, por vezes mais amplos que aqueles previstos pelo Código de Processo Civil, que exige para as tutelas de urgência, por exemplo, que estejam presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano, enquanto que para o microssistema bastasse a relevância do fundamento da demanda e a presença

do justificado receio de ineficácia do provimento final, não inibiu a aplicação subsidiária da norma processual geral. Nesse sentido ponderou Arruda Alvim, ao comentar o assunto ainda sob a égide do CPC/1973, que

Isto não exclui, certamente, a utilização do Código de Processo Civil, postulando-se uma medida cautelar, propriamente dita, com concessão de liminar, seguida de processo principal (cujo objeto deverá ser diferente daquele da sentença a ser proferida neste processo principal), porquanto há compatibilidade entre o sistema do Código de Processo Civil e o deste Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E, ademais, se o consumidor ou seus legitimados podem o “mais” contra o fornecedor, i.e., podem vir a obter – desde que presentes os pressupostos respectivos – a tutela específica, podem contentar-se com o “menos” (...).⁹⁶¹

Nesta perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor admitiu a possibilidade de serem ajuizadas todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos a serem tutelados (art. 83 da Lei nº 8.078/1990) e a aplicação subsidiária do CPC (art. 90 da Lei nº 8.078/1990).

Hugo Nigro Mazzilli, analisando a temática da defesa dos interesses difusos em juízo, após ponderar que o art. 4º da Lei nº 7.347/1985 trata de hipótese de antecipação de tutela e não de cautelar propriamente dita, concluiu pela possibilidade da concessão destas quando presentes os requisitos dos pressupostos gerais de cautela.

(...) quando o art. 4º da LACP fala que poderá ser ajuizada “ação cautelar objetivando, inclusive, evitar o dano”, na verdade está se referindo a uma verdadeira antecipação de tutela em ação principal, e não propriamente a uma ação cautelar. Contudo, mesmo as cautelares verdadeiras e próprias podem ser ajuizadas para a defesa dos interesses transindividuais, desde que

⁹⁶¹ ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; SOUZA, James J. Marins de. *Código de defesa do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.401.

presentes os pressupostos gerais de cautela (CPC, arts. 294 e s.).⁹⁶²

Assim, verifica-se inicialmente o cabimento das medidas próprias ao microsistema processual coletivo e delas se valer, pois mais amplas que aquelas da legislação ordinária; não sendo a hipótese, passa-se à análise dos requisitos previstos no Código de Processo Civil (art. 294 *et. seq.*) na busca da medida adequada à solução do litígio posto.

6. Estabilização de tutela em ações coletivas

O processo coletivo encontra-se fundado em direitos que extrapolam o sujeito individualmente considerado, da ordem de interesses ou direitos difusos⁹⁶³, coletivos⁹⁶⁴ ou individuais homogêneos⁹⁶⁵, assim estabelecidos pelo art. 81 da Lei nº 8.078/1990, que podem ser defendidos pelos legitimados processuais⁹⁶⁶ (art. 2º da Lei nº 7.347/1985 e art. 82 da Lei nº 8.078/1990).

Sob este aspecto, Heitor Vitor Mendonça Sica nega a possibilidade de ser admitida a estabilização da tutela antecipada em sede de ações coletivas argumentando que no microsistema de processos coletivos não há a previsão de legitimação autônoma passiva, isto é, as normas que autorizam a propositura de ação coletiva pelos legitimados somente admitem sua representação ativa.

⁹⁶² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.290.

⁹⁶³ São considerados interesses ou direitos difusos aqueles cujo grupo de sujeitos titulares seja indeterminável, seu objeto seja indivisível e se origina em uma situação de fato comum, como, por exemplo, o meio ambiente.

⁹⁶⁴ São interesses ou direitos coletivos, aqueles cujo grupo de sujeitos titulares, a princípio indeterminável, seja, ao final, determinável, o objeto seja indivisível e sua origem advenha de uma relação jurídica comum, como, por exemplo, a qualidade dos serviços públicos prestados – água, luz, educação, transporte etc.

⁹⁶⁵ São interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles cujo grupo de sujeitos titulares seja determinável, seu objeto seja divisível e sua origem seja comum a todos, como, por exemplo, a queda de um avião ou o naufrágio de um navio.

⁹⁶⁶ Arruda Alvim entende que a legitimação processual nestes casos será extraordinária, isto é, aquela que ocorre quando a lei autorize que alguém pleiteie em nome próprio direito alheio – típico caso se substituição processual (ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 19.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 1123). Por sua vez, Nelson Nery Jr. defende que a hipótese trata-se de legitimação autônoma, pois “a figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual civil coletivo. (...). Por essa legitimação autônoma para a condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 19.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 154).

Não tenho qualquer dúvida em responder negativamente a essa indagação. Isso porque a técnica da estabilização pressupõe a possibilidade de que o réu do processo primitivo, contra o qual foi proferida e estabilizada a decisão antecipatória, possa aforar uma nova demanda contra o autor uma demanda pedindo a revisão da decisão. Ou seja, há uma inversão dos polos nos dois processos. Para que tal fenômeno ocorresse no âmbito da tutela dos interesses transindividuais, seria necessário admitir a ação coletiva passiva – em que os legitimados enunciados pelos arts. 5º da Lei n. 7.437/85 e 82 do CDC – se tornassem réus, o que não parece encontrar respaldo no microsistema de tutela coletiva.⁹⁶⁷

A norma sobre “substituição processual é matéria de direito estrito”⁹⁶⁸ não podendo ser ampliada por interpretação, assim

(...) em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no polo ativo, o que afasta a possibilidade daqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção.⁹⁶⁹

Deste modo, segundo a linha de pensamento defendida por Sica, para que se pudesse admitir a ação de revisão da tutela estabilizada seria necessário admitir a possibilidade de ser ajuizada ação coletiva passiva, quando um indivíduo demanda contra a coletividade por meio de um legitimado, não havendo previsão em nossa

⁹⁶⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; et. al. (coords.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.400-422.

⁹⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 439.

⁹⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 439.

legislação e carecendo de um melhor desenvolvimento dogmático⁹⁷⁰, embora conste da proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.⁹⁷¹ Ainda, o Projeto de Lei nº 4.441/2020, que disciplina o procedimento da *nova Lei de Ação Civil Pública*, prevê a aplicação da tutela provisória prevista no CPC/2015 às ações coletivas sem ressalvas⁹⁷² e estabelece, ainda, de modo expresso, a possibilidade de ação do ajuizamento de ação rescisória para desconstituição de acordo coletivo ou compromisso de ajustamento de conduta, ações voltadas à quebra da estabilidade que se formou e que, em paralelo, reforçam a possibilidade do ajuizamento da ação para desconstituir a tutela antecipada estabilizada.⁹⁷³

A primeira crítica que se faz a este pensamento quanto a descon sideração da possibilidade de estabilização vislumbrada à luz da natureza do direito material discutido, isto é, se difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Para as hipóteses de direitos difusos e coletivos poderia ser tida como procedente à crítica formulada por Heitor Sica uma vez inadmitida a possibilidade de o legitimado para a propositura da ação responder pela ação de desestabilização, pois estes direitos, de natureza transindividual indivisíveis, são defendidos por um legitimado autônomo, isto é, que detém o direito de defendê-los em sede coletiva de forma ativa, mas não passiva, não sendo, inclusive, admissível a formação da coisa julgada material quando houver o julgamento improcedente da ação proposta por insuficiência de provas nos termos dos incisos I e II do art. 103 da Lei nº 8.078/1990.

Nestas hipóteses, não sendo possível a propositura da ação de reversão da tutela estabilizada, estar-se-ia transformando-a em espécie de coisa julgada imprópria – com força superior, inclusive, à coisa julgada que se forma em um processo de cognição exauriente – em razão da impossibilidade de sua revisão.

⁹⁷⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v.4. p. 605 *et. seq.*

⁹⁷¹ Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social. (INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/>>. Acesso em 14 set. 2016).

⁹⁷² Art. 21 Além daquelas previstas no Código de Processo Civil, a tutela provisória na ação civil pública observará as seguintes regras: I – o réu, qualquer que seja a sua natureza, poderá pedir a suspensão dos efeitos da tutela provisória, observados os termos do art. 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992; II – sendo réu pessoa jurídica de direito público ou concessionário de serviço público, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do respectivo representante judicial, que deverá pronunciar-se, exclusivamente sobre o pedido de tutela provisória, em audiência de justificação especialmente designada ou, por escrito, no prazo de três dias.

⁹⁷³ Art. 35 O acordo coletivo ou compromisso de ajustamento de conduta pode ser: I - impugnado por ação rescisória, caso tenham sido homologados por decisão transitada em julgado; II - por ação autônoma de invalidação, nos termos da lei civil, com intervenção obrigatória do Ministério Público, nos demais casos. Parágrafo único. Os coletivados que não tenham participado do compromisso ou do acordo coletivo não poderão descon siderar seus termos, enquanto não desconstituídos por decisão judicial.

Todavia, em relação aos direitos individuais homogêneos, por sua natureza (divisível e determinável), verifica-se a possibilidade, ainda que em tese, de o réu na ação coletiva demandar individualmente cada um dos titulares com o intuito de rever a tutela ou obstar sua execução obtendo-se, ao final, uma decisão de mérito exauriente, pelo que não haveria óbice à sua estabilização.

Uma segunda crítica à esta posição é a desconsideração das exceções que se colocam à impossibilidade de o legitimado ativo responder passivamente por um processo, como nos embargos de terceiros em execução de ações coletivas, nos dissídios de greve perante a Justiça do Trabalho e a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória nas hipóteses em que ocorrera a formação de coisa julgada *erga omnes* em ação civil pública ou coletiva. Nesta última hipótese – ação rescisória de ação coletiva – Mazzilli pondera que

Nada impede que, dentro do prazo da lei, o réu proponha ação rescisória, visando a desconstituir a coisa julgada; a coletividade, então, será substituída processualmente no polo passivo da ação rescisória, pelo mesmo substituto processual que o acionara na ação anterior, ou pelo Ministério Público, parte *pro populo*, na falta daquele.⁹⁷⁴

Assim, pode-se observar que o próprio sistema processual brasileiro admite hipóteses em que podem ser ajuizadas ações coletivas passivas, cujo legitimado ativo para a propositura passa a ser legitimado passivo para responder à demanda.

Por fim, conforme se observa da leitura dos parágrafos do art. 304 do CPC/2015, a estabilização da tutela prevê a inversão do ônus do tempo processual entre o autor e o réu, facultando a este último demandar em face do autor a revisão da tutela inicialmente concedida e atribuindo a ele o ônus do tempo processual. A estabilização da tutela não importa em confissão ou assunção de que os fatos alegados pelo autor seriam, necessariamente, verdadeiros. Assim,

essa nova demanda *reabre*, por assim dizer, a discussão do processo extinto, aprofundando a cognição até então exercida e,

⁹⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 440.

por isso, não altera a distribuição originária do ônus da prova. Assim, caso seja o réu da ação extinta a assumir a condição de autor dessa segunda demanda, não haverá a redistribuição do ônus de prova, de forma que o réu dessa segunda ação (autor da ação extinta), continuará tendo o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito⁹⁷⁵.

O que fez o Código, na espécie, foi inverter o ônus do tempo processual, que antes atribuído ao autor, passou a pesar contra o réu pela sua inércia, transferindo-lhe o desejo de logo ver resolvido o litígio.

Como simples prosseguimento da ação antecedente, o processo oriundo da ação exauriente não implica por si só inversão do ônus da prova: a prova do fato constitutivo do direito permanece sendo do autor da ação antecedente – agora réu na ação exauriente. Ao réu da ação antecedente – agora autor da ação exauriente – tocará, em sendo o caso, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. O legislador vale-se aí da técnica da inversão da iniciativa para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (contraditório eventual).⁹⁷⁶

Assim, não se verifica óbice a que a tutela antecipada antecedente concedida em ação coletiva possa ser estabilizada pois exercitável pela parte contra quem se estabilizou a tutela o direito de ação previsto no art. 304, §2º do CPC/2015⁹⁷⁷.

⁹⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 579.

⁹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al (orgs.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016. p.834.

⁹⁷⁷ Entendendo pela possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v.4.p. 447-448; RUDINIKI NETO, Rogério. A tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização no processo coletivo. *Revista de Processo*, v. 285, p.177-201, nov. 2018. Ainda, de nossa autoria, cf.: ZAMPAR JR, José Américo. A estabilização da tutela antecipada antecedente em sede de tutelas coletivas. *Revista Forense*, v. 425, jan./jun. 2017.

7. Estabilização de tutela *in utilibus*

A coisa julgada coletiva pode sofrer um fenômeno chamado de transporte “*in utilibus*”, que objetiva a ampliação de seus limites subjetivos, permitindo que indivíduos se beneficiem do que foi decidido (art. 103, §3º, da Lei nº 8.078/1990), embora não tenham feito parte da ação. Esta norma encontra espelho no art. 506 do CPC/2015, que admite a possibilidade de a coisa julgada beneficiar terceiro que não haja integrado a ação originalmente proposta.

O transporte “*in utilibus*” da coisa julgada pressupõe que a situação de direito seja idêntica, pelo que autoriza o uso da coisa julgada coletiva no processo individual.

Assim, uma vez estabilizada a tutela antecipada concedida em sede de ação coletiva, há que se verificar se preenchidos os requisitos aptos a produção dos efeitos da tutela concedida na esfera individual se há a possibilidade de extensão da mesma “*in utilibus*”, como forma de privilegiar uma interpretação sistêmica-teleológica, uma vez que as ações coletivas buscam simplificar e reduzir a quantidade de demandas perante o judiciário, resolvendo de forma homogênea a questão para uma dada coletividade substituída.

Versando o pedido de tutela provisória antecedente sobre direitos individuais homogêneos, seria possível a liquidação dos prejuízos individuais a partir de sua estabilização, hipótese em que a eventual desconstituição da tutela concedida dependeria de ato da parte ré na ação coletiva para sua desconstituição.

Há, ainda, que se observar que a tutela antecipada estabilizada não faz coisa julgada e que esta execução sujeitar-se-á a execução provisória, pelo que dentro do período em que for possível a discussão do direito material posto em juízo, pender-lhe-á a possibilidade de revisão da execução realizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela antecipada concedida em caráter antecedente é um dos instrumentos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 com o intuito de acelerar a prestação jurisdicional, permitindo o encerramento do processo quando as partes se encontram satisfeitas com o resultado obtido naquele momento processual, não havendo interesse ou necessidade de conceder-se continuidade à relação processual.

Nesta perspectiva para além das ações individuais, é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente em sede de ações coletivas, seja para a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, havendo, ainda, a possibilidade do transporte *in utilibus* da tutela concedida.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 744, p. 725-750, out. 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 19.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; SOUZA, James J. Marins de. *Código de defesa do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

CÂMARA, Alexandre Freire. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 15.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v.4.

GODINHO, Robson Renault. Tutela provisória. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/>>. Acesso em 14 set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 5 e 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v.1 e 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; et. al (orgs.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13.ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 19.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PAIM, Gustavo Bohrer. O référé francês. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 203, p. 99-118, jan. 2012.

RUDINIKI NETO, Rogério. A tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização no processo coletivo. *Revista de Processo*, v. 285, p.177-201, nov. 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; et. al. (coords.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODOR JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZAMPAR JR, José Américo. A estabilização da tutela antecipada antecedente em sede de tutelas coletivas. *Revista Forense*, v. 425, jan./jun. 2017.

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: OBSERVAÇÕES QUANTO AOS ASPECTOS FORMAIS

José Henrique Mouta Araújo⁹⁷⁸

I. Natureza jurídica da reclamação e sua utilização no STF

No sistema processual nacional existe um amplo sistema de impugnação de decisão judicial, que pode ser subdividido em recursal e não recursal (incluindo a rescisória, reclamação, mandado de segurança, suspensão de segurança, etc)⁹⁷⁹.

No que respeita a reclamação, a indagação que inicialmente deve se enfrentada refere-se à sua natureza jurídica⁹⁸⁰.

Há, como bem aponta Humberto Theodoro Júnior, divergência na identificação da natureza jurídica da reclamação, já que alguns a qualificam como recurso, outros como ação e outros, ainda, como simples incidente processual⁹⁸¹.

Com efeito, o recurso visa impugnar decisão judicial prolatada com *error in procedendo* (vícios de atividade) ou *error in iudicando* (vícios de juízo), com o objetivo de anulá-la ou reformá-la. A característica dos recursos, portanto, está na noção de vício e necessidade de anulação ou reforma da decisão.

De outra banda, na reclamação, a rigor, não se procura discutir quaisquer das duas espécies de vícios, assim como não possui pressupostos recursais como a sucumbência ou prazo, sendo medida utilizada a fim de resguardar competência ou autoridade de uma decisão superior, inclusive no que respeita ao atendimento dos precedentes oriundos dos processos repetitivos (art. 988, II, III, IV e §5º, do CPC15). Visa, em suma, afastar o ato impugnado em decorrência da aplicação da teoria dos poderes implícitos (*implied and inherent powers theory*)⁹⁸².

Sobre o tema, vale transcrever as lições de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

⁹⁷⁸ Doutor e mestre e em direito (UFPA), estágio de pós-doutoramento (FDUL), professor titular da UNAMA (Pa), Cesupa (PA) e Fametro (AM), advogado e procurador do Estado do Pará. www.henriquemouta.com.br.

⁹⁷⁹ Como afirma Nelson Nery Júnior, “existem alguns remédios que, por absoluta falta de previsão legal, não são considerados como recursos, mas tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem as vezes destes e, por esta razão, são denominados como seus sucedâneos”. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p.75.

⁹⁸⁰ Sobre a natureza e a evolução conceitual da reclamação, ver ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 8ª Ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.057-1.059.

⁹⁸¹ *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 40ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 575.

⁹⁸² ARAGÃO, Egas Dirceu Monis de. *A correção parcial*. Curitiba : Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969, p. 40-49.

“A reclamação tem semelhanças com os recursos, pois é utilizada para questionar perante tribunal superior decisão que aplicou o direito de maneira considerada errônea. Contudo, não se confunde com os recursos, pois um dos mais importantes requisitos para recorrer é a sucumbência (perda da ação). Só recorre quem perdeu. Já no caso da reclamação constitucional, reclama quem ganhou, exigindo que se aplique decisão anterior que beneficia o recorrer. Esse argumento convence na substância, mas não formalmente, pois na reclamação protesta a parte que foi prejudicada por certa decisão, invocando decisão anterior que o favoreceu. O fato é que o efeito vinculante da decisão anterior deveria impedir a decisão discrepante e a reclamação constitucional pode ser usada contra decisão administrativa e não somente judicial, ao contrário do recurso. Por fim, os recursos têm rígidos prazos preclusivos, enquanto a reclamação não tem prazo determinado. Logo a reclamação não pode ser considerada recurso”⁹⁸³.

Aliás, quanto a inexistência de prazo preclusivo para a reclamação, importante aduzir que no STJ houve o julgamento da RCL 526/ DF – envolvendo o descumprimento de medida judicial passados mais de cinco anos. Esta é a ementa da referida decisão:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEMORA INJUSTIFICADA NA EXECUÇÃO. PEDIDO PROCEDENTE. Elegeu a Constituição Federal, entre as matérias de competência deste Colegiado, o processo e julgamento, originariamente, da reclamação, com o objetivo especial de garantir a autoridade de suas decisões. Insurgindo-se a reclamante contra a posição da autoridade apontada coatora, ao protelar e, em consequência, retardar o atendimento à decisão desta Primeira Seção, já não há mais dúvida de que cabível o meio utilizado para fazer cumprir o mandado de segurança concedido. Decorridos cinco anos, inexistente justificativa plausível para não estar ainda obedecida a

⁹⁸³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2020, p. 334-335.

determinação judicial, como se esta nada valesse, ainda mais diante da situação singular, quando a execução chegou a ser iniciada. Procedência da reclamação”⁹⁸⁴.

Contudo, se de um lado não há um prazo pré-estabelecido, de outro há a necessidade de sua apresentação antes do trânsito em julgado da decisão, consoante aponta o Enunciado 734 da Súmula da Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e também o art. 988, §5º, I, do CPC/15.

Outrossim, se de um lado a reclamação não é substitutiva de rescisória, como instrumento de controle de decisões passadas em julgado, de outro, ela não fica condicionada ao resultado do recurso (art. 988, parágrafo 6º, do CPC/15). Logo, poderá ter eficácia desconstitutiva superveniente, apesar de não ser instrumento de controle de decisão já passada em julgado.

Por outro lado, quanto ao objetivo da Reclamação, ensina Cândido Rangel Dinamarco que “as hipóteses de admissibilidade da reclamação, ditadas na Constituição Federal, mostram que, quando acolhida esta, o tribunal cuja autoridade fora de algum modo molestada pela decisão inferior condena o ato à ineficácia total, *sem reformá-lo e mesmo sem anulá-lo para que outro seja proferido*”⁹⁸⁵.

Logo, é possível afirmar que a reclamação tem natureza de ação, de competência originária dos Tribunais Superiores e Locais. Sendo ação, devem ser atendidos os requisitos previstos no art. 319 e seguintes, do CPC/15, inclusive no que respeita às provas necessárias à comprovação dos vícios apontados pelo reclamante. Em passagem do item 5.1 da Ementa da RCL 1728 (Rel. Min. Rel. Min. Luiz Fux, jul. 24.11.2015, Dje 18.4.2016), restou consignado que:

“A doutrina e a jurisprudência não se afastam da compreensão de que a reclamação é uma autêntica ação, e não um recurso ou incidente processual, et pour cause, a decisão proferida na mesma pode transitar em julgado. Precedente:

⁹⁸⁴STJ - RCL 526 / DF ; RECLAMAÇÃO 1997/0094011-0 – 1ª Seção – Rel. Min. Ministro HÉLIO MOSIMANN – Julgado em 09/09/1998. DJ 09.11.1998 p. 2 -RSTJ vol. 117 p. 105. Ainda sobre desobediência injustificada de decisão envolvendo Mandado de Segurança, ver STJ – RCL 131 (Relator Min. Demócrito Reinaldo – DJ de 28.06.93 – RTSJ, vol 50, p. 63).

⁹⁸⁵ *A reclamação no processo civil brasileiro*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais. V. 6. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 2002, p. 101.

Rcl 532 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1996, DJ 20- 09-1996)”

Ademais, segundo as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Prevista na CF, 102, I l , a reclamação tem natureza jurídica de processo incidente autônomo. São dois os objetivos da reclamação ao STF: a) para a preservação da competência da Corte; b) para garantir a autoridade de suas decisões. Quando o juiz ou o tribunal invade a competência do STF ou deixa de cumprir decisão (provisória ou definitiva) do Pretório Excelso, á cabível a reclamação para que as coisas voltem ao seu estado regular”⁹⁸⁶.

Portanto, conclui-se que a reclamação tem natureza de ação, gerando processo originário junto aos Órgãos colegiados, nos casos previstos na Constituição Federal, nos Regimentos Internos e no CPC/15. Como apontou Douglas Anderson Dal Monte:

“A reclamação apresenta-se como importante mecanismo processual apto a auxiliar na preservação das decisões dos tribunais pátrios no acesso à Justiça. Proferida decisão por órgão jurisdicional superior, os tribunais inferiores e os juízes não podem desrespeitar a decisão ou rejulgar a questão, devendo dar cumprimento ao decidido”⁹⁸⁷.

Trata-se, portanto, de importante instrumento visando garantir o cumprimento e o respeito às decisões dos Órgãos Jurisdicionais colegiados (art. 988, do CPC).

Aliás, mister é salientar que, consoante a previsão contida no Enunciado 734 da Súmula da Jurisprudência dominante do STF⁹⁸⁸, mesmo em caso de desrespeito a decisão daquele Tribunal, apenas é cabível a reclamação antes do trânsito em julgado da decisão que se alega tal vício, o que também está em consonância com o art. 988, §5º, I, do CPC. Após, fica sujeita a decisão, pelo menos em tese, à ação rescisória.

⁹⁸⁶ *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.814.

⁹⁸⁷ *Reclamação e a polêmica Resolução 3/2016 do STJ*. In Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 14. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2018, p. 115-116.

⁹⁸⁸ Referido Enunciado tem a seguinte redação: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Na prática forense houve acréscimo do número de reclamações visando discutir, nos vários órgãos colegiados, múltiplas situações envolvendo o art. 988, do CPC. No âmbito do STF, é comum sua utilização visando atender ao padrão decisório advindo de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (REREG), quando devem ser atendidos outros requisitos formais, como se passa a expor.

Não se pretende discutir o mérito da atuação da Corte ao analisar a reclamação e a manutenção de sua decisão, mas sim os requisitos essenciais para o seu manejo.

3- Momento de apresentação de Reclamação visando o atendimento à precedente obrigatório – divergência interpretativa. Observações ao entendimento do STJ

Questão formal para a apresentação da reclamação, especialmente nos casos de padrão decisório advindo de REREG, refere-se à análise do momento em que se encontra a causa originária, visando atender às diretrizes estabelecidas pelo art. 988, III, §5º, do CPC.

A restrição temporal evita que a Reclamação seja utilizada como um salto de instância visando a chegada imediata ao STJ ou STF. Importante destacar que, apesar da existência de julgados favoráveis à RCL após o julgamento do Agravo Interno interposto contra a decisão do art. 1030, §2º, do CPC, o tema ainda provoca certa divergência, especialmente após o resultado da Reclamação 36.476/STJ.

Destarte, o CPC consagra que, dependendo da fundamentação apresentada na decisão que nega seguimento ao RE ou RESp, será cabível AgInt (art. 1030, I, *a e b c/c* §2º, do CPC) ou ARE/ AREsp (art. 1030, V, §1º c.c art. 1042, do CPC).

A Corte da Cidadania tem diversos precedentes sobre este tema⁹⁸⁹⁻⁹⁹⁰. Aliás, o Conselho da Justiça Federal (CJF) editou o Enunciado 77, tentando colocar uma última pá de cal na discussão, nos casos em que a inadmissibilidade do RE e do RESp possui mais de um fundamento:

⁹⁸⁹ Inclusive na vigência do CPC/73, como a QO no Ag 1154599 / SP (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - Corte Especial – J. em 16/02/2011 – DJe 12/05/2011). RSTJ vol. 223 p. 57; Rcl 9404 / RJ (Rel. Min. Herman Benjamin – 1ª Seção – J. em 14/08/2013 – DJe 11/09/2013).

⁹⁹⁰ "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E JUROS REMUNERATÓRIOS. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC. DESCABIMENTO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRESSUPOSTO NÃO EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. 1. É incabível agravo interposto contra decisão que nega seguimento a recurso especial fundado no art. 543-C, § 7º, I, do CPC, quando o acórdão recorrido tiver decidido no mesmo sentido daquele proferido pelo STJ em recurso representativo de controvérsia. (...) 4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 500.011/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 03/11/2015). Vale também a leitura do AgInt no AREsp 1020811 / MS – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – 4ª T – J. em 16/05/2017 – DJe 22/05/2017

“Para impugnar decisão que obsta trânsito a recurso excepcional e que contenha simultaneamente fundamento relacionado à sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral (art. 1.030, I, do CPC) e fundamento relacionado à análise dos pressupostos de admissibilidade recursais (art. 1.030, V, do CPC), a parte sucumbente deve interpor, simultaneamente, agravo interno (art. 1.021 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos recursos repetitivos ou repercussão geral e agravo em recurso especial/extraordinário (art. 1.042 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos fundamentos de inadmissão por ausência dos pressupostos recursais”.

Outrossim, como já mencionado, há divergência interpretativa em relação à medida cabível, especialmente para evitar o trânsito em julgado da decisão e a eventual análise quanto ao manejo de ação rescisória (art. 966, V, do CPC), após o julgamento do AgInt que mantém a inadmissibilidade recursal fundada no art. 1.030, I, do CPC: *novo RE ou RESp, ARE ou ARESp ao Tribunal Superior ou Reclamação*⁹⁹¹, com o objetivo de *suscitar a superação /distinção?*

Sobre o tema, Darilê Marques da Matta escreve que:

“No caso de recurso especial que teve a inadmissibilidade confirmada pelo julgamento do agravo interno, caberá a interposição de novo recurso especial contra o acórdão desse agravo interno. O recorrente, por sua vez, deverá suscitar: a) a má interpretação do próprio artigo 1.030, do CPC/2015 (matéria infraconstitucional e, portanto, de competência do STJ a avaliação da sua extensão interpretativa, enquadrando-se como hipótese de cabimento pelo artigo 105, III, *a*, da CF); e, b) os motivos que indicam a possibilidade de superação do entendimento”⁹⁹².

E, em relação ao RE, conclui:

⁹⁹¹ Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha admitem o cabimento de reclamação, como se observa na seguinte passagem: “esse agravo interno cumprirá o papel de servir como veículo do direito à distinção: o recorrente poderá demonstrar que seu caso é distinto, a justificar a não aplicação dos precedentes obrigatórios referidos no inciso I do art. 1.030, do CPC. Não provido o agravo interno, ao recorrente caberá reclamação para o STF ou STJ, nos termos do inciso II, do §5º do art. 988 do CPC: o agravo interno terá exaurido as instâncias ordinárias de impugnação da decisão e, com isso, terá sido preenchido o pressuposto da reclamação para o STF ou STJ previsto nesse inciso”. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 13ª edição, JusPodivm, 2016, p. 317.

⁹⁹² *A recorribilidade da decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário fundamentada no art. 1.030, I, do CPC/2015, diante da necessidade de superação do precedente*. Revista de Processo n. 271, São Paulo : Revista dos Tribunais, setembro/2017, p. 292.

“O recurso extraordinário seria motivado com base na incumbência do STF, como intérprete último da Constituição Federal (artigo 102 da CF), de manifestar-se sobre a possibilidade de superação do entendimento firmado no âmbito de sua própria jurisdição acerca de questão constitucional. Configuraria violação ao artigo 102 da CF, negar ao STF a prerrogativa de analisar a questão, autorizando-se o cabimento do recuso em atenção à alínea *a* do inciso III do art. 102 da CF”⁹⁹³.

Também a favor de novo RE e REsp, entendem Dierle Nunes e Marina Carvalho Freitas que:

“Torna-se imperativa a aceitação de cabimento de novo RE ou REsp contra a decisão de não provimento do agravo interno, na seara da percepção do ministro Teori Zavascki em 2011, sendo tal técnica eficaz em garantir o acesso aos tribunais superiores e, conseqüentemente, garantir aos jurisdicionados o direito de suscitar argumentos para a superação dos precedentes, impedindo-se seu pernicioso engessamento.

O novo recurso especial deverá ser embasado em negativa de vigência e contrariedade ao disposto no artigo 927, parágrafos 2º a 4º (que prevê a superação), a ser pré-questionada no agravo interno interposto de modo a se evitar o engessamento do Direito, e de novo recurso extraordinário embasado na norma de seu cabimento (artigo 102, III, a)”⁹⁹⁴.

Já Nelson Nery Junior e Georges Abboud asseveram que:

“O cabimento do agravo no CPC 1042 contra a decisão colegiada do TRF ou TJ que, ao julgar o agravo interno, mantém a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal que negou seguimento ao RE/REsp (CPC 1030 I) ou julgou a questão do sobrestamento (CPC 1030 III), é conclusão que se extrai do sistema constitucional, para que se dê ao CPC 1030 §2º e CPC 1042

⁹⁹³ *A recorribilidade da decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário fundamentada no art. 1.030, I, do CPC/2015, diante da necessidade de superação do precedente.* Revista de Processo n. 271, São Paulo : Revista dos Tribunais, setembro/2017, p. 293.

⁹⁹⁴ *O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes#_ftn7 Acesso em 22.07.20 às 16:00h

conformidade constitucional, que fixa a competência do STF e do STJ para julgar o RE e o REsp, respectivamente. Isto significa que a sistemática trazida pela reforma constante da L 13256/2016 só não será inconstitucional se se der aos dispositivos aqui mencionados interpretação conforme a Constituição⁹⁹⁵.

A questão a ser enfrentada é: *se a parte pretende discutir a distinção, o erro na aplicação ou mesmo a superação do precedente utilizado pelo tribunal de origem, poderá fazer uso de qual instrumento processual, inclusive para evitar o trânsito em julgado da decisão?* O STJ tem julgados no sentido de que, após o Agravo Interno, nenhuma outra medida é cabível⁹⁹⁶.

Contudo, existem precedentes que enfrentam o cabimento de reclamação⁹⁹⁷⁻⁹⁹⁸, pelo que é razoável apresentar duas conclusões acerca deste ponto: *a) o entendimento firmado no CPC/73 de que a distinção em relação à aplicação do precedente se resolve no âmbito do tribunal local não deve prevalecer; b) há dúvida objetiva em relação à medida processual cabível após o julgamento do Agravo Interno, para evitar o trânsito em julgado do decisum: ARE/ AREsp; novo RE/REsp e/ou Reclamação.*

Neste tema, entendo que a Reclamação é admissível como instrumento de controle da aplicação dos precedentes oriundos dos recursos repetitivos e do REREG. De toda sorte, não pode ser considerado erro grosseiro o manejo de quaisquer destas medidas, tendo em vista a clara dúvida e a inexistência de uniformidade de entendimento. Portanto, atendendo à primazia de mérito e à cooperação, deve ser aproveitada a medida judicial adotada pela parte, em razão da clara dúvida interpretativa.

⁹⁹⁵ *Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016*. Revista de processo n. 257. São Paulo : Revista dos Tribunais, julho/2016, p. 233.

⁹⁹⁶ Dentre outras, ver: AgRg no AREsp 617.182/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, DJe de 12/02/2015; AgRg no AREsp - 652.000/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª T, DJe de 17/06/2015; STJ, AgRg no AREsp 535.840/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª T, DJe de 16/09/2014 e, já na vigência do CPC/15: AREsp 1170332 (Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 07/11/2017).

⁹⁹⁷ , No STF: Rcl 4.374/PE, Rcl 25.078 AgR/SP, RCL **26928 / SE e 32532/PE**.

⁹⁹⁸ Vale citar passagem da decisão do Min. Luiz Roberto Barroso (J. 23.11.18): “7- No entanto, o Código de Processo Civil de 2015, na linha das suas demais inovações relativas à evolução legislativa do sistema de precedentes, previu a possibilidade de ajuizamento da reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Todavia, para tanto, deveriam ser “esgotadas as instâncias ordinárias” (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015).8. Tem prevalecido a interpretação no sentido de que o esgotamento das instâncias ordinárias exige o correto percurso de todo o iter processual, ultimado na interposição de agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I e § 2º, do CPC/2015. Ou seja: é imprescindível que a parte tenha interposto todos os recursos cabíveis, até a última via processual que lhe é aberta. Nesse sentido, veja-se: Rcl 24.686-ED-AgR, rel. Min. TeoriZavaski. 9. No presente caso, esse requisito foi cumprido, porquanto ajuizada a reclamação de acórdão de Órgão Especial que apreciou decisão que negara trâmite a recurso extraordinário, conforme art. 1.030, I, a, do CPC/15”.

Contudo, importante é destacar que a Reclamação 36.476 foi apreciada pela Corte Especial do STJ que, em 05.02.2020 (DJe 06.03.2020), por maioria, decidiu pelo incabimento da Reclamação após o resultado do AgInt no tribunal local.

Pela leitura do Voto da Exma. Ministra Nancy Andrichi e dos demais Ministros (total de 78 fls), é fácil perceber que o assunto é polêmico com múltiplas interpretações. Vale destacar os itens 6 e 7 da Ementa:

“6. De outro turno, a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição.

7. Outrossim, a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios”.

Como se pode perceber, a Corte Especial do STJ indeferiu a petição inicial da RCL e extinguiu o processo sem resolução de mérito, por maioria e de acordo com o Voto da Exma. Ministra Relatora Nancy Andrichi.

Este entendimento não está imune a crítica. As indagações a serem ainda enfrentadas pelos intérpretes e operadores do direito são: *qual o instrumento cabível, após o AgInt interno, visando o controle da correta aplicação do precedente pelos demais Tribunais, especialmente antes da decisão transitar em julgado? Será necessário deixar transitar em julgado a decisão para o posterior ajuizamento de Ação Rescisória perante a Corte local, atendendo aos requisitos legais (art. 966, V e seus §§5º e 6º, do CPC)?*

Já o STF tem precedentes favoráveis à propositura da Reclamação, desde que atendido ao requisito temporal. É necessário, no mínimo, aguardar o resultado da interposição AgInt ou ARE (art. 1030, §§1º e 2º, do CPC).

No tema⁹⁹⁹, vale citar:

⁹⁹⁹ “RECLAMAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – ESGOTAMENTO – AUSÊNCIA. A parte final do artigo 988, § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil revela estar condicionada a admissibilidade da reclamação, visando a observância de acórdão alusivo a extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias” Rcl 28577 AgR / SP – 1ª T – Rel. Min. Marco Aurélio – J. em 02/10/2018 – DJe 16/10/2018.

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE DECISÃO DESTA SUPREMA CORTE PROFERIDA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (art. 988, § 5º, do CPC/2015). NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL QUE ORIENTA A MATÉRIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o cabimento da reclamação, quando tem por finalidade garantir a observância de entendimento proferido sob a sistemática de repercussão geral, exige o esgotamento da instância de origem, o que ocorre com o julgamento de agravo interno manejado contra decisão do Presidente ou Vice-Presidente que inadmite o recurso extraordinário. II - O presente recurso mostra-se inviável, pois no momento da propositura desta reclamação, existiam recursos pendentes de julgamento e os fundamentos apresentados neste agravo não revelam quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias por mim proferidas. III - A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria em questão. IV - Agravo a que se nega provimento” (Rcl 37951 AgR – 2ª T – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – J. em 03/03/2020 – DJe 12/03/2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CABIMENTO. NÃO CABIMENTO. 1. A tese jurídica definida por esta Suprema Corte é no sentido de que não cabe reclamação constitucional, com a finalidade de preservar autoridade de decisão tomada no âmbito de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, sem o necessário esgotamento das instâncias ordinárias. Precedentes. 2. O manejo de reclamação, ação constitucional de fundamentação vinculada, é restrito às hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, “I”, e

103-A, § 3º, da Constituição da República, de modo que é incabível a sua utilização como sucedâneo de recurso ou atalho processual. 3. Agravo interno conhecido e não provido” (Rcl 25345 AgR – 1ª Turma – Rel. Min. Rosa Weber – J. em 07/11/2017 – DJe 17/11/2017).

Interessante notar que, antes mesmo da interpretação decorrente da RCL 36.476, o STJ tinha posicionamentos favoráveis ao ajuizamento de Reclamação, desde que atendido ao requisito de exaurimento de instância. No AgRg na Rcl 32945 / RS (Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – 3ª Seção – J. em 22/02/2017 – DJe 02/03/2017) a 3ª Seção bem enfrentou o assunto, inclusive com citação de vários outros precedentes do STJ e STF, senão vejamos sua Ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (ART. 988, § 5º, II, CPC/2015): INTERPRETAÇÃO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. O manejo de Reclamações contra julgado que tenha decidido contrariamente ao entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/1973 ou 1.036 do CPC/2015) pressupõe o prévio esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). 2. Amparada em precedentes do Supremo Tribunal Federal (dentre eles: Rcl 24.259/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 22/6/2016; Rcl 24.323/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 16/6/2016; Rcl 24.215 MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe de 9/6/2016; Rcl 23.476/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 25/5/2016), a jurisprudência desta Corte vem entendendo que "a mera interposição dos recursos extraordinário e especial, por si só, não é o suficiente para a satisfação do requisito do esgotamento das instâncias ordinárias previsto no inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015" (Ag. Reg. na Reclamação 23.476/MS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 18/08/2016). 3. Para que ocorra o esgotamento das instâncias ordinárias na forma exigida pelo inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015, é necessário que o Tribunal de

segundo grau tenha se manifestado sobre o tema em sede de juízo de retratação e que o recurso especial interposto naquele feito pelo Reclamante já tenha tido a sua admissibilidade examinada no segundo grau de jurisdição. Antes disso, o manejo da Reclamação é prematuro. 4. Refoge à lógica que rege o princípio da utilidade admitir-se o manejo prematuro de ação e/ou recurso que se volte contra julgado cuja reforma ainda pode ser obtida por outros meios que não a provocação de uma instância superior. 5. Ainda que o § 6º do art. 988 do CPC/2015 afirme, expressamente, que "A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação", a manifestação prévia em sede de juízo de admissibilidade do recurso especial/extraordinário posteriormente ao juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, V, "c", do CPC/2015, ainda é atribuição do Tribunal de segundo grau e, por isso, deve ser compreendida na interpretação do comando legal que demanda o esgotamento prévio das instâncias ordinárias para o manejo da Reclamação. 6. Precedentes desta Corte: Rcl 32.171/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 10/08/2016; Rcl 32.559/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 25/11/2016; Reclamação 33.043/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, de 13/02/2017; AgInt na Rcl 32.502/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 23/11/2016, DJe 01/12/2016. 7. Dita interpretação não põe em risco o primado da rápida tramitação das causas e da economia processual, mas apenas aplica a lei que, mesmo impondo requisitos (incisos I e II do § 5º do art. 988), já constitui avanço em relação à legislação anterior. 8. Situação em que a Reclamação foi ajuizada após a manifestação do Tribunal de Justiça em sede de juízo de retratação, mas antes que fosse realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Reclamante. 9. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento”

Portanto, em que pese o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, é mister pugnar pela aplicação da Reclamação como instrumento de controle de precedentes obrigatórios, o que, aliás, vem sendo reconhecido pelo Pretório Excelso.

3- Outros requisitos formais para utilização da Reclamação visando atender padrão decisório advindo de *REGR*: suporte fático e pertinência temática

Por derradeiro, resta analisar dois outros requisitos formais para o ajuizamento de Reclamação visando garantir a observância de decisão do STF em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Neste fulgor, deve o autor demonstrar que a decisão reclamada efetivamente descumpra o pronunciamento da Corte Suprema advindo do padrão decisório advindo da tese fixada em Repercussão Geral (demonstração analítica). O STF já decidiu, sobre o assunto:

RECLAMAÇÃO – ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DE JULGAMENTO EMANADO DESTA SUPREMA CORTE (RE 542.231/SP) – INOCORRÊNCIA – PARADIGMA DE CONFRONTO QUE, TÃO SOMENTE, RECONHECEU A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA – INCOINCIDÊNCIA TEMÁTICA ENTRE AS RAZÕES DE DECIDIR INVOCADAS NOS ATOS JUDICIAIS RECLAMADOS E AQUELAS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO INVOCADA COMO PARÂMETRO DE CONTROLE – INADMISSIBILIDADE DO USO DA RECLAMAÇÃO QUANDO OS ATOS QUESTIONADOS NÃO SE AJUSTAREM, COM EXATIDÃO E PERTINÊNCIA, AOS JULGAMENTOS DESTA CORTE ALEGADAMENTE TRANSGREDIDOS – PROCESSO COLETIVO INSTAURADO PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS E DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS DE TRABALHADORES EXPOSTOS AO AMIANTO CRISOTILA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO – ACÓRDÃO EMANADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA PAULISTA QUE JULGOU IMPROCEDENTE, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – AUSÊNCIA DE COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL – POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE QUALQUER LEGITIMADO INTENTAR OUTRA AÇÃO CIVIL DE PERFIL COLETIVO, VALENDO-SE DE NOVA PROVA (LEI Nº 7.347/85, ART. 16) – RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO” (Rcl 16637 AgR – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T- J. em 05/05/2015 – DJe 09/09/2015 – grifo nosso).

Logo, em caso de falta de demonstração analítica, não será admitida a Reclamação.

Há um derradeiro requisito formal a ser destacado, que é ligado ao anterior: pertinência temática entre o objeto da reclamação e o padrão decisório oriundo da decisão do STF. Nesse sentido:

“Agravos regimentais na reclamação. MS nº 27.640/DF. Contraditório e ampla defesa perante o TCU. Repercussão geral. RMS nº 48.747/DF. Ausência de identidade de temas. Agravo regimental não provido. 1. A aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmas é requisito de admissibilidade da reclamação constitucional. 2. A pretensão veiculada na presente reclamação, dirigida contra ato jurisdicional acerca da incidência do teto constitucional nos proventos de aposentadoria de magistrado, além de estar dissociada dos limites subjetivos do MS nº 27.640/DF, não guarda pertinência temática com o direito líquido e certo que se resguardou com a concessão da ordem – exercício do contraditório e da ampla defesa perante o TCU. 3. Os efeitos do reconhecimento da sistemática da repercussão geral ocorrem em sede recursal própria à Suprema Corte, nos termos do § 3º do art. 102 da CF/88 e do § 1º do art. 543-B do CPC. 4. Agravo regimental não provido” (Recl 21940 AgR – 2ª T – Rel. Min. Dias Toffoli – J. em 15/03/2016 – DJe 18/04/2016).

Nos casos de falta de demonstração de pertinência temática, também não é admitida a reclamação.

Aliás, a restrição probatória nesta ação indica que a demonstração deve estar corretamente apresentada na peça de ingresso, como bem apontado nas Reclamações 28908 AgR e 17170 AgR, relatadas pela Exma. Ministra Rosa Weber:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA COM A ADI 2433/RN. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Inexiste estrita aderência entre o objeto do ato impugnado e o paradigma de controle invocado (ADI 2433/RN),

requisito indispensável para o cabimento da reclamação nesses casos. 2. Impossibilidade de reelaboração da moldura fática pela via eleita, o que impede a análise quanto ao devido respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (AgRg em Rcl 30504/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01.08.2019) 3. Agravo interno conhecido e não provido” (RCL 28908/AgR - 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 20.09.2019, DJe 01.10.2019).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MOLDURA FÁTICA. EFETIVA FISCALIZAÇÃO DO ENTE PÚBLICO TOMADOR DOS SERVIÇOS. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Culpa in vigilando do ente público tomador dos serviços afastada pelas instâncias ordinárias, ante a conclusão de que houve “fiscalização e acompanhamento da execução do contrato de prestação de serviços firmado com a primeira Reclamada, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/1993”. 2. Dessenas a reclamação constitucional ao reexame do acervo fático-probatório. 3. Ausente a necessária aderência entre a decisão reclamada e o objeto do paradigma invocado – ADC 16. 4. Agravo regimental conhecido e não provido” (RCL 17170/AgR – Rel. Min. Rosa Weber – 1ª Turma – J. em 15.03.2016 – DJe 29.09.2017).

Tratam-se de requisitos formais que devem ser atendidos nos casos concretos, sem prejuízo da análise do mérito de cada uma das provocações judiciais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016*. Revista de processo n. 257. São Paulo : Revista dos Tribunais, julho/2016.

ARAGÃO, Egas Dirceu Monis de. *A correição parcial*. Curitiba : Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969.

ASSIS, Araken. Manual dos recursos. 8ª Ed., São Paulo: RT, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reclamação no processo civil brasileiro*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais. V. 6. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 2002.

DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação e a polêmica Resolução 3/2016 do STJ*. In Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 14.

NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 13ª edição, JusPodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2020.

MATTA, Darilê Marques da. *A recorribilidade da decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário fundamentada no art. 1.030, I, do CPC/2015, diante da necessidade de superação do precedente*. Revista de Processo n. 271, São Paulo : Revista dos Tribunais, setembro/2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

_____ e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Dierle e FREITAS, Marina Carvalho. *O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes#_ftn7 Acesso em 22.07.20 às 16:00h

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 40ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

Prescrição intercorrente no CPC/2015

Juliana Carolina Frutuoso Bizarria¹⁰⁰⁰

INTRODUÇÃO

Com o fim de preservar a segurança das relações jurídicas e visando proteger a estabilidade social, o ordenamento jurídico estabelece prazos de prescrição e decadência que impedem a perpetuação das demandas jurídicas no tempo ante a inércia do titular do direito.

O processo tem início pela vontade da parte e se desenvolve pelo impulso oficial, mas a lei impõe diversos ônus às partes no decorrer do iter processual, sendo que, de sua inércia, pode resultar a suspensão e arquivamento do processo, podendo culminar com a decretação da prescrição intercorrente.

O Código de Processo Civil de 1973 continha previsão de suspensão da execução, porém não determinou o seu prazo máximo e tampouco definiu o marco inicial para a contagem do prazo prescricional¹⁰⁰¹.

No âmbito do processo tributário, a Lei nº 11.051 de 2004 inseriu o §4º no art. 40 da Lei nº 6.830/1980 – LEF, prevendo, de forma expressa, o instituto da prescrição intercorrente no processo de execução tributária.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), por sua vez, inova ao tratar da prescrição intercorrente no processo de execução civil, trazendo autorização expressa na legislação processual civil brasileira. A norma fixa o prazo máximo de suspensão e o termo inicial da contagem da prescrição. Além de fixar prazos, o CPC/2015 também traz outras delimitações, como a possibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz, a necessidade de prévia intimação das partes e regra de direito intertemporal, que merecem ser analisadas.

2. Prescrição

Orlando Gomes define a prescrição como "o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em

¹⁰⁰⁰ Doutoranda e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Contratual e em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela UNESP. Membro do IBDP e do CEAPRO. Advogada. jubizarria@yahoo.com.br

¹⁰⁰¹ CPC/1973 – Art. 791. Suspende-se a execução:

I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A);

II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

consequência, fica sem ação para assegurá-lo"¹⁰⁰².

Para Humberto Theodoro Júnior, “a prescrição faz extinguir o direito de uma pessoa a exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei”¹⁰⁰³. Explica o mesmo autor que “não é, pois, o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas é o direito de exigir em juízo a prestação inadimplida que fica comprometido pela prescrição”.

Em seu clássico trabalho, Agnelo Amorim Filho¹⁰⁰⁴ explica que o efeito da prescrição é evitar o estado de intranquilidade social que existe perante a possibilidade de propositura de uma ação com o fim de reclamar uma prestação destinada a um direito, pois limita o prazo para o exercício desta ação.

Em um primeiro momento, a prescrição pode causar indignação e ser vista como um instituto injusto, pois permite, por exemplo, que o credor seja privado do recebimento de seu crédito, ao eximir o devedor de pagá-lo, pelo simples decurso do tempo. No entanto, o instituto da prescrição visa garantir a segurança das relações jurídicas e a consolidação dos direitos, estabelecendo termo para que determinado direito seja exercido. “Há sem dúvida um anseio geral de segurança jurídica, que não seria alcançada se, por mais remota que fosse a causa de uma obrigação, pudesse sempre se questionar sua existência, sua solução ou seu inadimplemento”¹⁰⁰⁵.

Antônio Luiz da Câmara Leal identifica duas espécies de prescrição: a extintiva (ou liberatória) e a aquisitiva. “É assim que a prescrição extintiva ou liberatória tem por objeto as ações, estendendo-se, por isso, a sua aplicação a todos os departamentos do direito civil e comercial; tem como condições elementares, a inércia e o tempo; e é seu efeito extinguir as ações. Ao passo que a prescrição aquisitiva, ou usucapião, tem por objeto a propriedade, circunscrevendo-se ao direito das coisas, na esfera restritamente civil, sem projeção ao comercial; tem como condições elementares, a posse e o tempo,

¹⁰⁰² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 496-497.

¹⁰⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 836, p. 49-68, jun. 2005.

¹⁰⁰⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 744, p. 725-750, out. 1997.

¹⁰⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Da Prescrição e da Decadência no novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 322.

acompanhadas de justo título e boa-fé, quando ordinária, e é seu efeito a aquisição do domínio¹⁰⁰⁶.”

O Código Civil de 2002 reservou o termo “prescrição”, para a sua forma extintiva, ao declarar que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206” (art.189, CC/2002).

Ao definir a prescrição como causa extintiva da pretensão, o Código Civil atual afastou a ideia de que o instituto extinguirá o direito subjetivo público de ação, aproximando-a da pretensão, figura do direito material. Embora a prescrição possa refletir na esfera processual, é patente que seu efeito importa na extinção apenas da pretensão, sem afetar o direito de ação e tampouco o direito lesionado, que poderá ser espontaneamente atendido pelo devedor.

Desta forma, para haver prescrição, é necessário a existência dos seguintes requisitos: “a) o direito material da parte a uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio da ação ou omissão do devedor; b) a violação desse direito material por parte do obrigado, configurando o inadimplemento da prestação devida; c) o surgimento, então, da pretensão, como violação do direito subjetivo, isto é, nasce o poder de exigir a prestação pelas vias judiciais; e d) a inércia do titular da pretensão em fazê-la exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei.¹⁰⁰⁷”

A legislação prevê diversas situações que alteram a fluência do prazo prescricional e que constituem as denominadas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição. As causas impeditivas e suspensivas são disciplinadas pelos arts. 197 a 199 do Código Civil, já as causas interruptivas estão dispostas no art. 202 daquele diploma.

As causas impeditivas e suspensivas constituem formas de paralização do prazo prescricional e diferem entre si pelo fato de que, naquelas, o curso do prazo prescricional não se inicia, ao passo que nas suspensivas, o curso da prescrição é paralisado temporariamente, enquanto pendente a causa suspensiva, mas volta a correr e se computa o tempo decorrido antes dele¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 21.

¹⁰⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Da Prescrição e da Decadência no novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 318.

¹⁰⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.v. 1. p. 521.

As causas interruptivas cessam a fruição do prazo, de sorte que a contagem recomeça da data em que prescrição foi interrompida, não aproveitando o tempo anterior, como ocorre na suspensão da prescrição. Nestor Duarte acentua que “a interrupção se dá quando o titular do direito manifesta por uma das formas previstas em lei a intenção de exercê-la ou quando o devedor manifesta inequivocamente o reconhecimento daquele direito”¹⁰⁰⁹

3. Prescrição intercorrente nas legislações anteriores ao cpc/2015

A prescrição intercorrente é causa de suspensão e extinção da execução e pode ser conceituada como “aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo, por seguimento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese”¹⁰¹⁰. A prescrição intercorrente representa um “ônus permanente”¹⁰¹¹ sobre o autor, para que este diligencie a praticar os atos processuais com vistas ao regular andamento do processo. Deste modo, para se concretizar a prescrição intercorrente, não basta apenas o transcurso do lapso temporal, mas exige-se que o feito esteja paralisado por negligência do autor, e, não, pela simples demora na tramitação da ação.

O objeto da execução são os bens e direitos que se encontram no patrimônio do executado, por isso, se não forem localizados bens do devedor suficientes à liquidação de seu débito, o curso da execução poderá ser temporariamente suspenso. O CPC/1973 dispunha sobre a suspensão da execução na hipótese de o devedor não possuir bens penhoráveis, mas sem determinar o seu prazo máximo e tampouco o marco inicial para a contagem do prazo prescricional.

Face à ausência de previsão, inúmeras divergências se instauraram acerca de sua aplicabilidade, das quais duas se destacavam: o prazo máximo da suspensão do procedimento executório pela ausência de bens do executado e o termo de reinício da contagem do prazo prescricional.

A omissão do legislador de 1973 permitiu que alguns doutrinadores¹⁰¹² defendessem, por exemplo, que o processo poderia ficar suspenso por, no máximo, seis

¹⁰⁰⁹ DUARTE, Nestor. Da Prescrição e da Decadência. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 156.

¹⁰¹⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Da prescrição Intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Org.). *Prescrição no novo Código Civil: Uma análise interdisciplinar*. 4.ed. São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 148.

¹⁰¹¹ ARRUDA ALVIM, op. cit. p. 144.

¹⁰¹² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 5. p. 202.

meses, aplicando-se, o disposto no § 3º¹⁰¹³, do art. 265 daquele diploma, enquanto outros¹⁰¹⁴ entendiam ser razoável a paralização por até um ano, aplicando-se o §5º¹⁰¹⁵ do mesmo artigo.

Na segunda instância, os Tribunais decidiam das mais variadas formas, embora o Superior Tribunal de Justiça já tivesse se posicionado no sentido de que, se a lei não fixou limite temporal para a suspensão decorrente da ausência de bens penhoráveis, essa é, portanto, por tempo indeterminado¹⁰¹⁶. Para a Corte, a prescrição intercorrente também não correria se a suspensão fosse requerida pelo próprio credor.

Além de não aceitar a limitação do prazo de suspensão quando ausentes bens penhoráveis, o STJ elencava os seguintes requisitos como necessários à decretação da prescrição intercorrente no processo de execução civil: a inércia do titular; o decurso do prazo da pretensão; a ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do prazo da prescrição e a intimação prévia e pessoal do credor¹⁰¹⁷. Nesse sentido, findo o sobrestamento do processo por inexistência de bens penhoráveis do devedor, deveria o credor ser intimado para dar andamento ao feito; se este quedasse inerte e transcorresse o prazo prescricional igual ou maior que o da pretensão exequenda, estaria configurada a prescrição intercorrente.

Conforme mencionado, a Lei nº 11.051 de 2004 inseriu o §4º no art. 40 da Lei nº 6.830/1980¹⁰¹⁸ – LEF, prevendo, de forma expressa, o instituto da prescrição intercorrente no processo de execução tributária.

¹⁰¹³ Art. 265. Suspende-se o processo:

§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o no II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

¹⁰¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. IV. p. 924.

¹⁰¹⁵ § 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

¹⁰¹⁶ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. TÍTULO DE CRÉDITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE FLUÊNCIA DO PRAZO. 1. Para a demonstração do dissídio pretoriano, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, são necessários a similitude fática e o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados. 2. Na linha da jurisprudência desta Corte, estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ. *AgRg. nos EDcl. no Ag 1.130.320-DF*, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Julgado em 15/12/2009).

¹⁰¹⁷ STJ. *REsp 327.329-RJ*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14/08/2001, DJ 24/09/2001. STJ. *AgRg no REsp 1.288.131-PR*, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 13/12/2011, DJe 01/02/2012. STJ. *EDcl no Ag 1.135.876-SP*, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17/09/2009, DJe 19/10/2009.

¹⁰¹⁸ Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

Para disciplinar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 314, por meio da qual compatibilizou o entendimento do §4º do art. 40 da LEF com o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional – CTN, nos seguintes termos: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual, inicia-se o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

Transcorrido o prazo de 05 (cinco) anos, após o período de suspensão, se o processo não for movimentado, o débito fiscal não mais poderá ser exigido no processo executivo fiscal, ocorrendo a extinção da obrigação tributária¹⁰¹⁹. Portanto, no âmbito do §4º do art. 40, a prescrição intercorrente terá como pressupostos a não localização de bens penhoráveis e o transcurso do prazo previsto em lei.

Apesar de constituir tema de direito processual civil, a prescrição intercorrente atinge diretamente direito material, já que, na esfera da execução fiscal, o seu reconhecimento levará à consequente extinção do crédito tributário quanto do crédito não tributário que poderiam ser exigidos pela Fazenda Pública.

Com o advento da Lei nº 11.051/2004 surgiram discussões acerca da possibilidade de o juiz declarar a prescrição *ex officio*, sem provocação da parte interessada e/ou sem prévia intimação da Fazenda Pública, questões que se acirraram com as alterações promovidas pela Lei nº 11.280/2006. A Lei nº 11.280/2006 alterou a redação do §5º do art. 219 do CPC/1973 passando a prever que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição” e revogou o art. 194¹⁰²⁰ do CC/2002. O legislador inseriu a possibilidade do reconhecimento de ofício da prescrição para qualquer matéria, visando conferir maior celeridade e eficiência à tramitação dos processos.

Partindo de sua aplicação na execução civil, parte da doutrina¹⁰²¹ entendia que a reforma promovida não autorizaria a implantação automática da regra de que o juiz deveria decretar a prescrição sem provocação da parte interessada, isso porque o instituto da prescrição é de direito material e está na esfera do poder dispositivo das

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

¹⁰¹⁹ JESUS, Isabela Bonfá de et al. *Manual de direito e processo tributário*. 3.ed. São Paulo: RT, 2016. p. 393.

¹⁰²⁰ No Código Civil de 2002 a decretação da prescrição de ofício só era permitida se beneficiasse absolutamente incapaz, de acordo com o disposto no art. 194: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz”.

¹⁰²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do CPC*. São Paulo: ABDR, 2006. p. 59.

partes¹⁰²². Outra corrente doutrinária, entendia que “os efeitos trazidos pela reforma operam-se puramente no plano processual, ao propiciar que o Magistrado possa suscitar de ofício a prescrição em todos os casos”¹⁰²³.

A partir das alterações promovidas pela Lei nº 11.280/2006, também se iniciaram os debates para se saber se a prescrição se tornou um instituto de ordem pública. A jurisprudência do STJ inclinou-se no sentido de entender que a prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser decretada de imediato, ainda que não debatida nas instâncias ordinárias, conforme se pode constatar no julgamento do REsp 855.525 - RS¹⁰²⁴.

4. Disposições do CPC/2015 e as decisões do STJ

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou expressamente a prescrição intercorrente no processo civil, fixando o prazo máximo de suspensão e o termo inicial

¹⁰²² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 15.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 767.

¹⁰²³ MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006. p. 248

¹⁰²⁴ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FEITO PARALISADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.280/2006). DIREITO SUPERVENIENTE E INTERTEMPORAL.

[...] 2. Vinha entendendo, com base em inúmeros precedentes desta Corte, pelo reconhecimento da possibilidade da decretação da prescrição intercorrente, mesmo que de ofício, visto que:

- O art. 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos em que admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN.

- Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Assim, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes.

- Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do artigo 40 da Lei nº 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de lei complementar.

3. Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição.

4. Correlatamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.”

5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

6. Id est, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal

prescricional, declarar, ipso facto, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.

7. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há de ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. *In casu*, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual. (STJ. REsp 855.525-RS, Rel. Min. José Delgado, j. 21/11/2006, DJ 18/12/2006).

da contagem da prescrição. Os parágrafos do art. 921 determinam que, na ausência de bens penhoráveis, o processo de execução poderá ser suspenso por até 1 (um) ano e, após esse período, começará a correr a prescrição intercorrente.

O CPC/2015 adota hipótese já utilizada pela Lei de Execuções Fiscais para a contagem da prescrição intercorrente, qual seja, a de que há um prazo para a suspensão do processo, e, após encerrado, começa a fluir a prescrição, não havendo necessidade de se perquirir acerca da desídia do credor¹⁰²⁵. O CPC/2015 define que a suspensão do processo também suspende o prazo prescricional, pondo fim à dúvida de se saber se a suspensão se perpetuaria indefinidamente, mesmo que não fossem encontrados bens penhoráveis do devedor e não obstante a inércia do credor. Caracterizada a prescrição intercorrente, a execução será extinta, nos termos do inciso V do art. 924.

Contudo ainda restam algumas questões a serem analisadas, quais sejam, a necessidade de intimação prévia das partes, a possibilidade de diligências pelo credor e a aplicação da nova regra aos processos em curso (art. 1.056).

O CPC/2015 traz a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição, a fim de concretizar a celeridade processual, a duração razoável do processo e a segurança jurídica, porém, antes disso, o juiz deverá observar o disposto no §5º do art. 921, ou seja, ouvir as partes, em respeito ao contraditório e ao devido processo legal. A providência está em consonância com a ideologia adotada pelo Código, que veda a denominada decisão surpresa e incentiva o contraditório efetivo (art. 10).

Não obstante, quando intimado a se manifestar acerca da prescrição, não caberá ao exequente requerer a realização de diligências com vistas à expropriação, já que se manteve inerte por tempo suficiente para caracterizar a prescrição. A justificativa para a intimação é propiciar ao exequente a oportunidade de demonstrar a existência de situação que impeça a materialização da prescrição intercorrente. O STJ adotou esse posicionamento, conforme se pode ver nos excertos a seguir:

Incide a prescrição intercorrente, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, o qual deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à

¹⁰²⁵ Nesse sentido o Enunciado 195 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 921, § 4º, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o seu § 1º.”

incidência da prescrição. Conquanto seja imprescindível a intimação da parte, propiciando o exercício efetivo do contraditório quanto a eventuais causas obstativas da prescrição, o prazo prescricional não fica sujeito à prévia intimação¹⁰²⁶.

Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material. Possibilidade, em tese, de se declarar de ofício a prescrição intercorrente no caso concreto, pois a pretensão de direito material prescreve em três anos. Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito. Necessidade apenas de intimação do exequente, concedendo-lhe oportunidade de demonstrar causas interruptivas ou suspensivas da prescrição. "O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição" (REsp 1.589.753/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 31/05/2016). Entendimento em sintonia com o disposto no novo Código de Processo Civil (art. 921, §§ 4º e 5º, CPC/2015)¹⁰²⁷.

No âmbito da execução fiscal, o STJ já havia consolidado entendimento no sentido da desnecessidade de prévia intimação da Fazenda Pública quando da suspensão e do arquivamento do processo, nas hipóteses em que houve solicitação pela própria Fazenda¹⁰²⁸; bem como antes da decretação da prescrição intercorrente, quando a Fazenda foi intimada da suspensão da execução, mas não do arquivamento e o prazo transcorre automaticamente, a partir de um ano da decisão de suspensão, a teor da Súmula 314 do STJ¹⁰²⁹. No mesmo sentido é o Parecer nº 202/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional¹⁰³⁰.

Fora das duas hipóteses aventadas, também era controversa a questão da necessidade da oitiva prévia da Fazenda Pública antes do juiz decretar a prescrição intercorrente, tanto que ao julgar o REsp 1.340.553-RS, o ministro relator reconheceu o caráter repetitivo da matéria e afetou o recurso para julgamento sob o rito dos recursos representativos da controvérsia (art. 543-C do CPC/1973).

No julgamento o STJ fixou cinco teses, em síntese: o prazo prescricional de um ano, previsto no art. 40, §1º e 2º da LEF, começa a ser contado do momento em que a

¹⁰²⁶ STJ. *EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.422.606-SP*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13/09/2016, DJe 23/09/2016.

¹⁰²⁷ STJ. *REsp 1.593.786-SC*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22/09/2016, DJe 30/09/2016.

¹⁰²⁸ STJ. *REsp 983.155-SC*, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/08/2008, DJe 01/09/2008. STJ. *REsp 1.658.316-RS*, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/04/2017, DJe 24/04/2017.

¹⁰²⁹ STJ. *AgRg no REsp 1.081.993-PE*, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18/12/2008, DJe 16/02/2009. STJ. *AgRg no Ag 1.274.492-PE*, Rel. Min. Luiz Fux j. 03/08/2010, DJe: 17/08/2010.

¹⁰³⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. PARECER/PGFN/CRJ/Nº 202/2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/atos-declaratorios-arquivos/2011/parecer%20202-2011.pdf>> Acesso em: 15 set. 2020.

Fazenda Pública toma ciência da impossibilidade de localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, devendo o juiz declarar ter ocorrido a suspensão da execução; para a contagem do prazo de prescrição, não tem relevância o fato de a Fazenda peticionar solicitando a suspensão do feito para diligências, sendo imprescindível a menção expressa à ocorrência de situação prevista no art. 40 da LEF; a mera petição da Fazenda solicitando a penhora não interrompe o prazo prescricional, sendo necessária a efetiva penhora e a citação, ainda que por edital; a Fazenda acerca deverá alegar nulidade pela falta de intimação em sua primeira oportunidade, demonstrando o prejuízo sofrido – exceto no caso de falta de intimação que constitui o termo inicial, hipótese em que o prejuízo é presumido –, alegando, por exemplo, a ocorrência de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição; ao reconhecer a prescrição intercorrente, o magistrado deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa¹⁰³¹.

No que se refere às diligências que podem ser requeridas pelo exequente, o CPC/2015 não deixou claro qual movimentação processual é capaz de afastar a incidência da prescrição intercorrente. O § 4º do art. 921 dispõe apenas que “decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente”.

Seria suficiente, por exemplo, a simples solicitação de pesquisa de bens em nome do executado ou deverá haver prova da efetiva existência de bens? Parece que a simples solicitação de pesquisa de bens não basta para impedir o reconhecimento da prescrição, devendo o credor, efetivamente, demonstrar ao juiz que não se manteve inerte.

A questão demandará a análise acurada do juiz em cada caso concreto para concluir se a diligência requerida tem a finalidade de expropriar bens do executado ou se se mostra inócua e claramente protelatória, sopesando-se o próprio comportamento do exequente, ou seja, se atua de maneira desidiosa ou diligente na busca da satisfação de seu crédito.

Entretanto, a principal problemática não reside apenas nas delimitações trazidas pela Lei nº 13.105/2015, e, sim, no disposto no seu art. 1.056¹⁰³², que prevê a aplicação

¹⁰³¹ STJ. *REsp 1.340.553-RS*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12/09/2018, DJe 16/10/2018.

¹⁰³² Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.

do instituto também aos processos que já estão em curso, estabelecendo como início da contagem do prazo da prescrição a data de vigência do CPC/2015.

Restou consagrado na jurisprudência que a prescrição da execução tem o mesmo prazo fixado para a ação de conhecimento, ou seja, de acordo com o prazo prescricional do direito material vindicado (Súmula 150 do STF). Entretanto, por não existir determinação legal específica, sempre houve discussões acerca de quando ocorre o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente.

Por reconhecer a ausência de previsão no CPC/1973, o legislador de 2015, a fim de evitar a sumária extinção do direito pleiteado em razão de inovação legislativa, estabeleceu o marco inicial da contagem do prazo prescricional intercorrente, de forma a evitar interpretações distorcidas sobre as regras de transição que acompanharão o instituto, impedindo, inclusive, a irretroatividade da norma.

Ronaldo Cramer não concorda que o prazo da prescrição seja interrompido e depois reiniciado, entendendo que essa forma de aplicação do art. 1.056 prestigia a desídia do exequente, devendo “ser interpretado para incidir apenas sobre as execuções em curso que não tenham tido prazo de prescrição intercorrente iniciado”¹⁰³³

Na jurisprudência, verifica-se que o STJ proferiu decisão no REsp 1.522.092-MS que não respeitou o termo inicial da contagem do prazo prescricional de acordo com o art. 1.056 do CPC/2015 e entendeu desnecessária a prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito, como se pode ver a seguir:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE POR MAIS DE TREZE ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. SÚMULA 150/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. "Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação" (Súmula 150/STF). 3. "Suspende-se a execução: [...] quando o devedor não possuir bens penhoráveis" (art. 791, inciso III, do CPC). 4. Ocorrência de prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. 5. Hipótese em que a execução permaneceu suspensa por treze anos sem que o exequente tenha adotado qualquer providência para a localização de bens penhoráveis. 6. Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito. 7. Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material. 8. Ocorrência de prescrição intercorrente no caso concreto. 9. Entendimento em sintonia com o novo Código de Processo Civil. 10. Revisão da jurisprudência desta Turma.

¹⁰³³ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al* (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016. p. 2.491.

11. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ no que tange à alegação de excesso no arbitramento dos honorários advocatícios. 12. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.¹⁰³⁴

Discorda-se do entendimento esposado inicialmente pelo STJ no sentido de que para a ocorrência da prescrição intercorrente desnecessária a inércia do credor, após sua intimação, posto que providência necessária ao exercício do contraditório efetivo e requisito previsto no §5º do art. 921 para que o juiz, só então, possa decretar a prescrição. Além disso, se o disposto no art. 924, V fosse interpretado como o foi pelo STJ no julgado citado, todos os processos de execução – por título judicial – que se encontram suspensos pela ausência de bens por prazo superior a 3 anos¹⁰³⁵ seriam aniquilados, o que não se mostra razoável.

Não obstante, em julgados posteriores, a Corte, preocupada com a expectativa de comportamento do jurisdicionado e a previsibilidade de conduta conforme a interpretação da lei consolidada pelos tribunais, passou a adotar a teoria do isolamento dos atos processuais, expressamente descrita no art. 2º do Código de Processo Penal¹⁰³⁶. De acordo com essa teoria, a lei nova irá alcançar os atos processuais que forem praticados a partir de sua vigência, respeitando assim, as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. ATO PROCESSUAL ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO PARA INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. [...] 3. O Novo Código de Processo Civil previu regramento específico com relação à prescrição intercorrente, estabelecendo que haverá a suspensão da execução "quando o executado não possuir bens penhoráveis" (art. 921, III), sendo que, passado um ano desta, haverá o início (automático) do prazo prescricional, independentemente de intimação, podendo o magistrado decretar de ofício a prescrição, desde que, antes, ouça as partes envolvidas. A sua ocorrência incorrerá na extinção da execução (art. 924, V). 4. O novel estatuto trouxe, ainda, no "livro complementar" (arts. 1.045-1.072), disposições finais e transitórias a reger questões de direito intertemporal, com o fito de preservar, em determinadas situações, a disciplina normativa já existente, prevendo, com relação à prescrição intercorrente, regra transitória própria: "considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V [prescrição intercorrente], inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código" (art. 1.056). 5. A modificação de entendimento com relação à prescrição

¹⁰³⁴ STJ. *REsp 1.522.092-MS*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06/10/2015, DJe 13/10/2015.

¹⁰³⁵ Súmula 150 do STF: Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação. No caso de título judicial, três anos quanto à pretensão à reparação de dano, a teor do art. 206, § 3º, V, do CC/2002 ou no caso de execução fundada em título extrajudicial, dependerá da espécie do título (por exemplo, três anos, em relação ao sacado e seus avalistas, no caso da duplicata, a teor do art. 18, I, da Lei 5.474/1968). Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18.ed. São Paulo: RT, 2016. p. 713.

¹⁰³⁶ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

intercorrente acabaria por, além de surpreender a parte, trazer-lhe evidente prejuízo, por transgredir a regra transitória do NCPC e as situações já consolidadas, fragilizando a segurança jurídica, tendo em vista que o exequente, com respaldo na jurisprudência pacífica do STJ, estaria ciente da necessidade de sua intimação pessoal, para fins de início do prazo prescricional. 6. Assim, seja em razão da segurança jurídica, seja pelo fato de o novo estatuto processual estabelecer dispositivo específico regendo a matéria, é que, em interpretação lógico-sistemática, tem-se que o atual regramento sobre prescrição intercorrente deve incidir apenas para as execuções ajuizadas após a entrada em vigor do CPC/2015 e, nos feitos em curso, a partir da suspensão da execução, com base no art. 921. 7. Na hipótese, como o deferimento da suspensão da execução ocorreu sob a égide do CPC/1973 (ago/1998), há incidência do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não tem curso o prazo de prescrição intercorrente enquanto a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, III), exigindo-se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito. 8. Recurso especial provido.¹⁰³⁷

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. 1. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO ABRANGÊNCIA. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. 2. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE. NECESSIDADE. 3. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS, NEGLIGÊNCIA E FALTA DE INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE/AGRAVADO E INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA DOS AGRAVANTES. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Em atenção à Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, não tem aplicação ao caso examinado a dinâmica processual estabelecida pelo novo Código de Processo Civil, na medida em que, sobrevindo lei processual nova, os atos ainda pendentes dos processos em curso sujeitar-se-ão aos seus comandos, respeitada, porém, a eficácia daqueles já praticados de acordo com a legislação revogada. [...].¹⁰³⁸

A doutrina também ponderou que a nova regra sobre prescrição intercorrente deveria incidir apenas para as execuções propostas após a entrada em vigor do CPC/2015 e, nos processos em curso, a partir da suspensão da execução, com base no art. 921:

Embora a "prescrição intercorrente" já fosse admitida em jurisprudência antes do código novo, o regime instituído pelo art. 921, §§ 1º a 5º, CPC, é novo. Por isso, não se pode aplicar esse regime de "prescrição" a processos anteriores. Assim, só com a entrada em vigor do código de 2015 é que se pode começar a contar o prazo de prescrição intercorrente descrito pelos parágrafos do art. 921, CPC, e desde que ultrapassado o prazo de um ano sem localização de bens penhoráveis (art. 921, §§ 1 e 4º, CPC)¹⁰³⁹.

O CPC/2015, dessa forma, acaba por trazer para as regras gerais de processo civil disciplina nos moldes da LEF, em que na falta de localização de bens a execução é suspensa por determinado período, ainda sem fluência do prazo prescricional, passando esse a correr, todavia, ao término daquele lapso; e, por instituir novo fato restritivo de direito, é inevitável, em termos de direito intertemporal, que a contagem do lapso temporal correspondente somente possa se dar com a vigência da lei modificativa, mesmo para execuções anteriormente suspensas por tal fundamento¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁷ STJ. *REsp 1.620.919 – PR*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/11/2016, DJe 14/12/2016.

¹⁰³⁸ STJ. *AgInt no AREsp 1.055.547 – SP*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/06/2017, DJe 02/08/2017.

¹⁰³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 995.

¹⁰⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 1414.

No Incidente de Assunção de Competência nº 1, instaurado por ocasião do julgamento do REsp 1.604.412-SC, o STJ fixou quatro teses, sedimentando o entendimento acerca da incidência da prescrição intercorrente nas causas regidas pelo CPC/1973 e da necessidade de prévia intimação do credor. Na primeira situação a Corte firmou entendimento de que incidirá a prescrição intercorrente quando o exequente permanecer inerte por prazo superior ao da prescrição do direito material e que o termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicando-se analogicamente o art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). O art. 1.056 do CPC/2015 incide apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da nova lei processual, uma vez que é vedada a aplicação retroativa da norma processual. Com relação à segunda situação, restou consignada a imprescindibilidade da intimação do credor para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição, de forma a se assegurar o exercício do contraditório¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴¹ STJ. REsp 1.604.412-SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/06/2018, DJe 22/08/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prescrição constitui instituto do direito material e consiste na perda da pretensão (art. 189 do CC/2002) e não do direito ou mesmo da ação, conceitos frequentes na doutrina quando da vigência do Código Civil de 1916. No âmbito do direito processual, o instituto da prescrição intercorrente é meio de extinção do processo de execução.

No Código de Processo Civil de 1973 não havia regramento específico sobre a prescrição intercorrente nas execuções civis, sendo certo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência questionavam acerca do prazo máximo e do marco inicial para a contagem do prazo prescricional, quando suspenso o processo de execução.

A Lei nº 11.051 de 2004 inseriu o §4º no art. 40 da Lei nº 6.830/1980 – LEF, prevendo, de forma expressa, o instituto da prescrição intercorrente no processo de execução tributária. Em alguns casos, os Tribunais aplicavam, analogicamente, essas disposições da LEF aos processos de execução civil, construindo jurisprudência onde o CPC/1973 era omissivo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a questão passou a ser disciplinada expressamente. O Código adotou hipótese de suspensão da execução pelo prazo de um ano quando não encontrados bens do devedor (art. 921, §1º), repetindo a sistemática prevista no art. 40 da LEF. Não obstante, para se decretar a prescrição intercorrente, o juiz deverá observar o procedimento disposto no §4º do art. 921, dando oportunidade para que as partes se manifestem, em observância ao princípio do contraditório e à vedação da decisão surpresa.

O CPC/2015 também disciplinou regra de transição ao dispor, no art. 1056, que o termo inicial do prazo de prescrição intercorrente será a data do início de vigência do diploma processual, o que interfere na contagem do prazo prescricional para os casos de execuções em curso e inaugurou novos debates sobre a questão.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar e decidir, com acerto, algumas das questões polêmicas trazidas pela aplicação nova legislação, prestigiando a estabilidade da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Da prescrição Intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Org.). *Prescrição no novo Código Civil: Uma análise interdisciplinar*. 4.ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 15.ed. São Paulo: RT, 2012.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al* (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 744, p. 725-750, out. 1997.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18.ed. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PARECER/PGFN/CRJ/Nº202/2011*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/atos-declaratorios-arquivos/2011/parecer%20202-2011.pdf>> Acesso em: 15 set. 2020.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da prescrição e da decadência: Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. IV.

DUARTE, Nestor. Da Prescrição e da Decadência. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.v. 1.

JESUS, Isabela Bonfá de *et al*. *Manual de direito e processo tributário*. 3.ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do CPC*. São Paulo: ABDR, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 836, p. 49-68, jun. 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Da Prescrição e da Decadência no novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

A UTILIZAÇÃO PRÉVIA DAS ODR'S EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 COMO REQUISITO DO INTERESSE DE AGIR¹⁰⁴²

Lidiana Costa de Sousa Trovão¹⁰⁴³ - Rogerio Mollica¹⁰⁴⁴

Introdução

A pesquisa desenvolvida analisa o instituto da Online Dispute Resolution - ODR como ferramenta alternativa e extrajudicial para autocomposição de controvérsias, a ser utilizada previamente ao ajuizamento de ação judicial. A problemática está na controvérsia de ser ou não legítima a obrigatoriedade de buscar um meio alternativo antes de ajuizar ação e de que modo representaria uma forma de obstar o acesso à justiça. Utilizou-se o método dedutivo, pesquisa bibliográfica e legislação nacional. A partir da análise dos entendimentos à luz da legislação vigente, pretende-se verificar qual situação de fato é consolidada ante à essa exigência.

PALAVRAS-CHAVE: Condições da ação. Interesse de agir. Pandemia Covid-19. Online dispute resolution. Relações de consumo.

PREVIOUS USE OF ODR's IN COVID-19 PANDEMIC TIMES AS REQUIREMENT OF INTEREST TO ACT

ABSTRACT

The research developed analyzes the Online Dispute Resolution - ODR institute as an alternative and extrajudicial tool for self-settlement of disputes, to be used prior to filing a lawsuit. The problem is in the controversy as to whether or not it is legitimate to have to seek an alternative means before filing an action and how it would represent a way of obstructing access to justice. The deductive method, bibliographic research and national legislation were used. From the analysis of the understandings in the light of the current legislation, it is intended to verify which situation is in fact consolidated before this requirement.

¹⁰⁴² Artigo publicado na Revista Cidadania e Acesso à Justiça, Encontro Virtual, v. 6, n. 2, p. 72-91, jul/dez. 2020.

¹⁰⁴³ Doutoranda (aluna especial) e Mestre em Direito no PPGD/UNIMAR. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil. Professora. Advogada.

¹⁰⁴⁴ Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Fundador e Ex-Presidente do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

KEYWORDS: Action conditions. Interest in acting. Covid-19 Pandemic. Online dispute resolution. Consumer relations.

INTRODUÇÃO

Os conflitos resultantes da realização de negócios jurídicos, antes e durante o período de isolamento imprevisível ocasionado pela pandemia da COVID-19 revelaram que o ordenamento jurídico brasileiro prescinde de mais portas para solução autocomposta de resolução de conflitos. Não obstante a existência de alguns canais menos complexos, e feitos em meio ao emprego de outros canais que não os *online*, também constituem soluções que auxiliem a reverberar as fronteiras judiciais.

É nesse cenário que foram acirradas as discussões acerca do emprego das *Online Dispute Resolutions (ODRs)* como meio autocomposto de solução de conflitos, tendo como principal chamariz a oportunidade de utilização de canais diversos. Com custos reduzidos e de forma rápida, as ODRs prometem a oportunidade de que as partes possam solucionar os conflitos ocasionados pelo desfazimento, paralisação ou retardamento dos negócios realizados, que se concentram nas relações de consumo, embora não se resumam a ela.

A pesquisa propõe a discussão iniciando-se com um tópico que se dedica à análise do sistema multiportas em que estão inseridas as ODRs, no qual se aponta a possibilidade de aplicação num cenário amplo e especificamente, nesses tempos, de isolamento social. Acolhe o entendimento de que o sistema multiportas é direcionado à escolha da melhor forma possível para solução do conflito a ser enfrentado, não havendo uma única opção engessada.

Em seguida, procura apontar os requisitos para configuração do consentimento inequívoco nas relações de consumo, que, por analogia, pode ser aplicado às demais demandas que não tenham especificamente esse caráter. Decorrente desse assentimento, a oposição de cláusula de resolução *online* de disputas, em contrato específico, à luz da cláusula compromissória da arbitragem, as partes poderão valer-se dessa previsão para optarem pelas ODRs, em substituição.

No tópico que encerra o estudo, a análise se desloca para a concepção dada ao interesse de agir, cuja configuração tem sido exigida mediante a comprovação, pela parte, que tenha procurado resolver a situação por meio de método extrajudicial e

alternativo de resolução de conflitos. Assim, a condição de procedibilidade estaria atrelada a esta condicionante, gerando uma série de discussões e questionamentos.

Outrossim, a pesquisa está atrelada à observância dos preceitos constitucionais e legais, assim como em atenção à doutrina e jurisprudência, sendo esta última de modo breve, porém, elucidativa. Por meio do método dedutivo, procurar-se-á descurar os principais posicionamentos acerca do tema, com o objetivo de compreender melhor as ODRs, instituto que tem sido apontado como adequado à resolução das controvérsias diante do cenário atual de pandemia do COVID-19.

2. SISTEMA MULTIPORTAS E AS ODRS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

O sistema multiportas pressupõe a possibilidade que as partes possam escolher dentre diversas opções a que se adeque melhor aos seus anseios, e a que lhe pareça mais efetiva para a satisfação de seu pleito. Assim, dentre essas várias possibilidades, a controvérsia instalada terá mais condições de ser avaliada, de acordo com critérios processuais e da natureza da demanda, inclinando-se para uma ou outra.

A cultura da judicialização, que se tem procurado combater, está assentada na necessidade de que, assim como é dinâmica a sociedade, os conflitos gerados pelas relações humanas tenham essa mesma fluidez, sem, contudo, deixar que as pessoas sofram lesões irreparáveis. Fernanda Tartuce explica que “a substituição gradual da mentalidade contenciosa por olhares que contemplam meios extrajudiciais passa, decididamente, pela vivência de experiências proveitosas.”¹⁰⁴⁵. O que quer dizer a autora é que é preciso experimentar as oportunidades para que, no futuro, se saiba o que realmente se adequa à realidade brasileira.

Assim, informam Pereira e Schinemann:

Conceitualmente, é possível definir meios eletrônicos de solução de conflitos como mecanismos operados por intermédio de plataformas nas quais, a partir de ferramentas automatizadas e em rede, é concedido espaço para que indivíduos em litígio, ou

¹⁰⁴⁵ Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Brasília, v. 14, n. 82, jan./fev. 2018, p. 09.

em risco de estabelecer litígio, possam negociar e, sendo o caso, consensualmente chegar a acordo que ponha fim à disputa¹⁰⁴⁶.

No âmbito interno, meios alternativos ou adequados de solução de controvérsias já são utilizados juridicamente, e as ODRs nada mais são que uma possibilidade complementar às que já estão disponíveis no ordenamento jurídico-processual. O plus dado a esse tipo de mecanismo de autocomposição está na utilização da tecnologia, da virtualidade, da possibilidade que seja realizada de maneira completamente remota, reduzindo tempo e gastos com estrutura física, por exemplo.

Assim, na compreensão das Online Dispute Resolutions (ODRs) como uma das formas de autocomposição, insta mencionar os regramentos já existentes, como a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil, cuja viabilidade jurídica foi ofertada pela Resolução n. 125/2010. Esses são os principais textos legais que trazem a previsão da mediação digital como uma das formas de autocomposição de controvérsias.

A imposição do cenário atual em relação à impossibilidade de realização de atos presenciais, mormente à já iniciada digitalização dos atos processuais deu ensejo maior à implementação das ODRs no cenário processual brasileiro. Desse modo, é possível que as partes possam resolver seus conflitos, sem que haja a necessidade de saírem de casa.

Muitos foram os desfazimentos de negócios jurídicos, especialmente aqueles que estão na seara das relações de consumo, seja pela impossibilidade temporária ou permanente do seu cumprimento. Quando ocorre a lesão ao bem da vida, a tutela judicial, alçada pela ampliação do acesso à justiça, tem sido a mais utilizada.

Nesse cenário, ante as opções para busca da solução adequada de controvérsias, a judicialização se mostra onerosa, morosa e muitas vezes ineficaz quando se trata de demandas que precisam ser solucionadas imediatamente. Não fossem as opções relacionadas à desjudicialização, atender a todos os conflitos decorrentes dessa situação de anomalia econômica e sanitária pela pandemia da Covid-19, não seria possível atendê-los nem ao menos razoavelmente.

A imbricação entre Online Dispute Resolution e a lógica do sistema multiportas, de acordo com Ronaldo Vasconcelos e César Augusto Martins Carnaúba “[...] é inevitável, uma vez que a evolução nas tecnologias de comunicação implica diretamente

¹⁰⁴⁶ **On-line dispute resolution no processo civil brasileiro**: o caso das plataformas de indenização contra companhias aéreas. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 03.

o aumento nas alternativas de resolver as disputas, pelas mais variadas formas.”¹⁰⁴⁷. O processo judicial eletrônico e as vídeo conferências já estão amplamente comentadas e utilizadas, e estão no contexto da utilização das novas tecnologias, entretanto, não conduzem necessariamente à uma desjudicialização.

Veja-se que as Online Dispute Resolutions (ODRs), como um desdobramento das ADRs, possibilitam que haja um auxílio e ampliação do uso da tecnologia da informação e da comunicação (information and communications technology – ICT). Giácomo Paro pondera que:

[...] os métodos de ODRs podem até ter começado como métodos de ADR executados ou administrados on-line, mas o fato é que a tecnologia forneceu aos sujeitos envolvidos “novos poderes”, pois possibilitou a criação de novos ambientes, inexistentes no mundo físico, a partir dos crescentes tipos de comunicação on-line que foram se fazendo disponíveis (inclusive para a esfera parajudicial, conforme o caso)¹⁰⁴⁸

As ODRs não exigem canal específico, e essa característica amplia as possibilidades de sua utilização, num momento em que é necessário superar as dificuldades e utilizar as tecnologias disponíveis. Desse modo, é possível que a internet de um modo geral, acessada por dispositivos móveis ou fixos, por meio de aplicativos amplamente populares de troca de mensagens, como o *whatsapp*, ou redes sociais como o *twitter* auxiliem na aceitação diante de todos os públicos.

Consoante assevera Ricardo Dalmaso Marques “[...] os métodos de ODRs podem até ter começado como métodos de ADR executados ou administrados on-line, mas o fato é que a tecnologia forneceu aos sujeitos envolvidos “novos poderes” [...]”¹⁰⁴⁹, que faz com que se possa reconhecer a incidência da tecnologia da “quarta parte”. Essa nova perspectiva, que consiste na superação das figuras do mediador, árbitro ou conciliador, faz com que surja a possibilidade de avançar no processo de resolução de disputas, sem

¹⁰⁴⁷ **Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution**: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 06.

¹⁰⁴⁸ PARO, Giácomo. et al. On-line Dispute Resolution (ODR) e o interesse processual. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020.

¹⁰⁴⁹ A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias – RDTEC**. São Paulo, v. 5, n. 4, out./dez. 2019, p. 02.

a pressão de que um terceiro pessoalmente se posicione sobre a contenda. O Autor prossegue explicando na mesma página que:

Foi no conceito da tecnologia como “quarta parte” (já que o conciliador, mediador, árbitro, ou assessor das partes, quando existentes, seriam a “terceira”) que se notou os maiores ganhos: no papel da tecnologia de gestão do procedimento e de estabelecimento da agenda, efetivamente guiando os litigantes a uma solução consensual, quando possível. A escolha dos meios de comunicação de forma estratégica, dessa feita, trouxe a possibilidade de se desenhar novos ambientes (e aqui vem a relação com o DSD novamente) que melhor se adaptem às circunstâncias do conflito e melhor auxiliem a dinâmica entre as partes com vistas, principalmente, a uma composição, algo que surgiu primordialmente do e-commerce.

As atividades econômicas que se lançaram na vanguarda para promover suas negociações através da internet, como os diversos tipos de comércios eletrônicos *online*, tiveram que buscar mecanismos para resolver os diversos conflitos que surgem naturalmente e decorrem das transações. Desse modo, canais de resolução de conflitos com uso da tecnologia e feitos completamente em meio virtual são um exemplo de iniciação das ODRs no Brasil, ainda que existam contextos em que a figura do mediador ainda esteja presente.

A opção pelas ODRs não obsta a judicialização dos conflitos, ainda que, em alguns casos e no entendimento de alguns juízos, haja a imprescindibilidade de buscar alguma solução extrajudicial como *conditio sine qua non* para que se configure o interesse de agir, conforme será tratado logo mais. Entretanto, aduzem Arbix e Maia:

Sem essencialmente alterar a prestação jurisdicional, os serviços de ADR ou a interação entre partes que visam à autocomposição, a ODR pode, nestas bases, viabilizar a conclusão de disputas, encurtar distâncias, reduzir os custos e aumentar a celeridade dos desfechos almejados pelas partes (ou a elas impostos). Exemplificam esta possibilidade a arbitragem e

a mediação realizadas por videoconferência, telefone ou e-mail, sem audiências presenciais¹⁰⁵⁰.

O real interesse que as ODRs possibilitem a autocomposição dos conflitos, além da perspectiva de que se alcance melhor eficácia do procedimento em si, a busca pela redução dos custos e do tempo oportuniza às partes que se mantenham em isolamento social e evitem aglomerações. Sendo assim, para os autores supra citados a parte “[...] pode fazer isso simplesmente ao transpor, para a internet e a telefonia móvel, os conflitos cuja resolução antes dependia de encontros presenciais entre as partes e eventuais agentes neutros, como conciliadores, mediadores, árbitros e juízes.”¹⁰⁵¹

Algumas características diferenciam dos meios autocompostos das ODRs, como “[...] o baixo custo, tanto para o usuário quanto para o mantenedor da plataforma; a feição amigável ao usuário, em contrariedade à usual concepção hostil que a população no geral possui quanto às instalações de órgãos públicos; a rapidez e comodidade no atendimento; [...]”¹⁰⁵², dentre outros.

Nesse momento em que todos os setores da sociedade têm que se adaptar a um novo normal, em que muitos cenários foram transformados e outros, foram extintos, a aplicação das variantes de multiportas e de autocomposição podem significar alternativas reais de consolidação e ampliação de novos espaços. Na composição desse entendimento, veja-se:

A escolha dos meios de comunicação de forma estratégica, dessa feita, trouxe a possibilidade de se desenhar novos ambientes (e aqui vem a relação com o DSD novamente) que melhor se adaptem às circunstâncias do conflito e melhor auxiliem a dinâmica entre as partes com vistas principalmente a uma composição, algo que surgiu primordialmente do e-commerce¹⁰⁵³.

¹⁰⁵⁰ Uma introdução à resolução on-line de disputas. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias - RDTEC**. São Paulo, v. 3, n. 01, abr./jun. 2019, p. 03.

¹⁰⁵¹ Uma introdução à resolução on-line de disputas. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias - RDTEC**. São Paulo, v. 3, n. 01, abr./jun. 2019, p. 03.

¹⁰⁵² Segundo Pereira e Schinemann in **On-line dispute resolution no processo civil brasileiro: o caso das plataformas de indenização contra companhias aéreas**. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 03.

¹⁰⁵³ PARO, Giacomo. et al. On-line Dispute Resolution (ODR) e o interesse processual. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020.

Desse modo, considerando o cenário de congestionamento processual que ainda está instalado sobre o Judiciário brasileiro, e ante à possibilidade de que esse quadro venha a ser irremediavelmente agravado pelas demandas decorrentes da pandemia do Covid-19, salutar a concepção e aceitação de condições outras que promovam a desjudicialização desses contextos.

No tópico que segue a abordagem se desloca para a aferição dos requisitos para configuração do consentimento inequívoco nas relações de consumo, principal abreviatura de utilização das ODRs na atualidade, não obstante a possibilidade de que seja usada em outros conflitos. Entretanto, em tempos de conflitos de desfazimentos contratuais ocasionados pelo isolamento social obrigatório, são os consumidores os maiores afetados.

3. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO CONSENTIMENTO INEQUÍVOCO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O consentimento inequívoco está dentro do espectro do negócio jurídico, como uma das condicionantes para que esse precípua conhecimento inequívoco acerca dos elementos que compõem a transação. Trata-se, desse modo, de um dos vícios de consentimento, aquele que invalida o negócio, e tudo aquilo que dele deriva, inclusive em relação à ADR, que exige o consentimento das partes, a confidencialidade e à prevenção dos conflitos entre as partes.

Nas relações de consumo, geralmente permeados por contextos de compra e venda, é preciso reconhecer, à luz dos ensinamentos de Fávio Tartuce que “não há defeito ou vício intrínseco à coisa. O que ocorre é vício no consentimento, consentimento defeituoso, pois o declarante acreditava que eram realmente de prata.”¹⁰⁵⁴. Nesse sentido, a título de exemplificação, “se soubesse que os candelabros não eram de prata, o comprador sequer os teria comprado [...]. O defeito, como vício de consentimento, é subjetivo, há uma falsa ideia da realidade. Em última análise, o comprador não queria comprar”, de acordo com o complemento ofertado por Flávio Tartuce.

Todo esse cenário de consentimento permeia a informação, que deve estar clara, específica e inequívoca, sendo abordada no art. 30 CDC. A redação do citado artigo atrela a informação à publicidade, ou seja, a forma como o produto é demonstrado ao consumidor, e essa forma como ela se dá obriga o fornecedor que a fizer veicular ou

¹⁰⁵⁴ **Direito Civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 303.

dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. (BRASIL, 1990). Esse dispositivo incluiu todo tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo assim, sirva para induzir o consentimento/decisão do consumidor.

À luz do cenário de realização de negócios jurídicos feitos virtualmente, geralmente de natureza consumerista, implica como elemento essencial a obtenção inequívoca do consentimento para que se afaste qualquer invalidade. Se realizados por meio das plataformas de comércio eletrônico, é necessário, diante disso, que se garanta e ainda que comprove essa situação, de forma expressa e informada àquele que estiver concordando.

Nessa perspectiva, consoante pondera Fernando Sérgio Tenório de Amorim:

A rede mundial de computadores transformou a forma como os indivíduos celebram negócios jurídicos, desconstituindo as fronteiras físicas e desterritorializando os contratos. Nada seria mais adequado para resolver os litígios oriundos dessas relações do que utilizar os mesmos recursos que as tecnologias de informação põem à disposição dos usuários da Internet¹⁰⁵⁵.

A regulamentação de parte desse tipo de consentimento veio através da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, que prevê que haja concordância em relação à cláusula de eleição de método *online* de resolução de disputas, configurando assim uma garantia entre as partes para autocomposição de eventual contenda. Esse consentimento previsto na LGPD está definido como sendo “[...] manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; [...]”. (BRASIL, 2018).

É possível que, assim como pode haver a escolha de arbitragem *online*, do mesmo modo as partes possam optar pela ODR, desde que o façam mediante demonstração de consentimento, que só é possível diante do preenchimento dos requisitos inerentes à celebração de qualquer negócio jurídico, tal como preconiza o art. 104 do Código Civil. Do mesmo modo, compreendem o consentimento inequívoco qualquer defeito que

¹⁰⁵⁵ A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, p. 516.

recaia sobre ele, como aqueles relativos ao negócio jurídico, tal como evidenciam os arts. 138 a 165 do diploma civil. (BRASIL, 2002)

Mas é importante que se diga que, em relação às ODRs, para que suas decisões tenham força vinculante, deve haver o reconhecimento delas pelos tribunais nacionais, e haver alguns requisitos que configurarão a validade delas. Assim, o consentimento das partes, o devido processo legal mínimo e as garantias de transparência constituem elementos indispensáveis à constituição das decisões, sendo fundamentais para qualquer forma de ODR, consoante asseveram Arbix e Maia:

[...] que as tecnologias empregadas respeitem a dignidade da pessoa humana, abstendo-se de perpetuar preconceitos ou de fomentar vieses cognitivos problemáticos; que impeçam o uso iníquo da resolução de controvérsias, por exemplo, com uma alocação inadequada dos custos ou com prejuízos a terceiros alheios aos acordos e às decisões gestados; e que garantam procedimentos justos, na medida do possível mitigando assimetrias informacionais¹⁰⁵⁶.

O consentimento inequívoco, portanto, é *conditio sine qua non* para que ocorra a eleição da possibilidade de utilização das ODRs para resolução de conflitos, não apenas consumeristas, não apenas *online*, mas ante a alternativa viável de resolução de conflito de forma remota, célere e menos onerosa.

Assim, a compreensão para que seja eleita essa possibilidade tange a colocação de cláusula de resolução de disputa em contrato específico, e constitui uma forma de proteção a ambas as partes e sobre a qual se tratará a seguir.

4. CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO ONLINE DE DISPUTAS EM CONTRATO ESPECÍFICO

Os negócios jurídicos realizados em meio virtual constituem contratos executados de forma tácita cuja concordância se dá através da realização de ações virtuais e de consentimento presumido, porém, inequívoco. Para que seja possível a resolução *online* de disputas em contrato específico, é indispensável, como visto no tópico anterior, que

¹⁰⁵⁶ Uma introdução à resolução on-line de disputas. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias - RDTEC*. São Paulo, v. 3, n. 01, p. 1-13, abr./jun. 2019, p.04.

as partes estejam além de cientes, sob o espeque da ausência de dúvidas acerca dessa possibilidade.

Tradicionalmente, os contratos possuem em sua estrutura cláusula de eleição de foro para resolução de eventuais conflitos, de modo que praticamente remetem à judicialização. Entretanto, a discussão se amplia quando essa eleição impede o acesso do hipossuficiente ao Judiciário, na esteira do entendimento a seguir:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATO DE ADESÃO. SOCIEDADE COMPOSTA DE DOIS ADVOGADOS. HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA FRENTE A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RECORRENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento no sentido de ser válida a cláusula de eleição de foro, que pode ser afastada quando reputada ilícita em razão de especial dificuldade de acesso à justiça ou no caso de hipossuficiência da parte" (AgInt no AREsp 1.178.201/SP, Rel. Ministro Luis Fellipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe de 02/05/2018). 2. No caso, da análise das informações trazidas pelo Juízo a quo e pelo Tribunal, é possível concluir a hipossuficiência da sociedade de advogados frente à instituição bancária, no contrato de adesão firmado entre as partes. Desse modo, é correto o afastamento da cláusula de eleição de foro. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no REsp: 1583735 SP 2016/0021745-7. Rel. Min. Raul Araújo. Data Julgamento: 02/04/2019. T4 – Quarta Turma. Data da Publicação: DJe 15/04/2019).

No âmbito das cláusulas de eleição de meios alternativos de autocomposição, a mais tradicional é a cláusula compromissória, na qual as partes elegem a arbitragem para resolução de controvérsia contratual, e pode ser feita também de modo virtual, e seguirá as normas da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Em sendo a arbitragem uma forma de autocomposição de conflitos, é possível que as partes, por meio da cláusula

compromissória, convençionem no sentido de comprometerem-se a submeter à arbitragem os litígios oriundos do negócio jurídico avençado.

Assim, em termos legais, o artigo 4º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) estabelece que “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”. Referida cláusula, de acordo com o §1º do citado artigo, prevê ainda que “[...] deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (BRASIL, 1996).

Existem algumas preocupações que devem ter as partes quando optarem pela inserção da cláusula compromissória, conforme dimensiona Selma Lemes:

As partes ao preverem a instância arbitral podem redigir a cláusula compromissória como desejarem, mas devem estabelecer algumas condições mínimas de operacionalização, tais como se a arbitragem será institucional e neste caso será observado o regulamento da instituição nomeada (art. 4, parág. 5º) 1 e, se for “ad hoc”, a forma de indicação de árbitros, e maneira de iniciar a arbitragem, bem como outras disposições facultativas ou suplementares, tais como o local da arbitragem, idioma e lei aplicável (normalmente presente em contratos internacionais), prazo para a prolação da sentença arbitral, etc¹⁰⁵⁷.

A aplicação de cláusula contratual exclusiva que elege as ODRs como meio alternativo de solução de conflitos segue a mesma lógica, tendo em vista que se deve atenção à demanda geral vertida na regulamentação contratual civil, e desce às minúcias em relação aos meios alternativos. Nesse sentido, ante à ausência de previsão legal que aponte a diretriz em relação às ODRs, e dada a proximidade dos cenários e da natureza jurídica em relação à arbitragem, essa figura é utilizada como paradigma de análise à possibilidade.

¹⁰⁵⁷ Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. 2012. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf

Para se adequar a realidade, alguns desenhos foram traçados pela doutrina no sentido de auxiliar as partes na utilização da ferramenta multiportas, considerando o que apontam Arbix e Maia:

Para a elaboração de tais desenhos, é imprescindível o conhecimento de técnicas de mapeamento de conflitos e de construção de arranjos procedimentais, ou seja, é fundamental que a mobilização de diferentes métodos de resolução de controvérsias seja feita de forma planejada, com diagnóstico prévio dos problemas a serem endereçados e objetivos precisos a respeito deles – em geral, formulados como respostas adequadas a tais problemas¹⁰⁵⁸.

Para consecução desse desenho, a elaboração de uma cláusula simples, a ser adotada pela empresa na formalização do negócio jurídico proposto, levada a conhecimento da parte, que deve depositar seu consentimento, ou seja, sua aderência inequívoca à utilização da ODR para resolução de eventual conflito decorrente dessa relação.

Da doutrina alienígena se colhe possíveis diretrizes para o desenvolvimento e a avaliação de sistemas de resolução de disputas, nos quais alguns fatores devem ser considerados para sua elaboração. Assim, preconizam Arbix e Maia que, no modelo proposto por Stephanie Smith e Janet Martinez, leva-se em consideração “[...] quais os tipos de conflitos em jogo e quais serão resolvidos pelo sistema; qual é o intuito central e as metas a serem atingidas; quais métodos serão adotados para prevenir, administrar e resolver conflitos [...]”, dentre outros fatores.

No tópico que segue, uma das condições da ação será analisada especialmente, tendo em vista que ela tem sido considerada como imprescindível para que a ação seja processada no Judiciário. Existe uma discussão acerca dessa exigência, que permeia diversas condições, como se verá a seguir.

¹⁰⁵⁸ Uma introdução à resolução on-line de disputas. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias - RDTEC*. São Paulo, v. 3, n. 01, abr./jun. 2019, p. 06.

5. INTERESSE DE AGIR E A EXIGÊNCIA DA PROCURA POR COMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA O RECEBIMENTO E PROCESSAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL

Configura-se o interesse de agir processual quando a parte demonstra que necessita obter, através do processo, a proteção do objeto da lide, e dele se pressupõe a lesão desse interesse. Marinoni, Mitidiero e Arenhart pontificam que o interesse de agir “decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo.”¹⁰⁵⁹.

Do mesmo modo que se averigua o interesse de agir como uma das condições da ação, ou seja, uma das formas de avaliar se todo o percurso a ser seguido e conduzido judicialmente terá sentido, pois, assim como os demais requisitos de procedibilidade, a interdependência entre eles é salutar. Daniel Henrique Sprotte Lima explica que “a prática parte do pressuposto (implícito no despacho) de que o uso de métodos alternativos ao meio tradicional de decisão adjudicada, especialmente os autocompositivos, pode ocasionar mais celeridade, efetividade e eficácia.”¹⁰⁶⁰.

Apontado para o recorte teórico deste trabalho, assim como a perspectiva celular deste tópico, o interesse de agir tem sido discutido como uma das relevantes condições da ação, porém, condicionado à tentativa extrajudicial de autocomposição para que seja configurado. Entretanto, é salutar que esse não seja o objetivo final dos métodos alternativos de solução de conflitos, que assim como a ODR, se valha da tecnologia.

A prevenção dos conflitos judiciais, antes que esse interesse surja, é um dos alvos principais para utilização das ODRs, que busca promover uma conciliação extrajudicial, antes mesmo que ela se torne uma demanda judicializada. Nesse sentido, o posicionamento da doutrina é no sentido de que o interesse processual é o elemento que auxiliará na comprovação de que existem os requisitos mínimos para consecução da ação, sob pena de ser extinta sem resolução do mérito.

No Código de Processo Civil em vigor, o art. 17 (BRASIL, 2002) prevê que se demonstre o interesse e a legitimidade, que em sendo reconhecida, não significa que o autor tenha razão, apenas que aquele pedido merece ser apreciado. Apesar de ser uma imposição elucidativa e que afasta a judicialização desnecessária, quando se põe ao lado

¹⁰⁵⁹ **Novo curso de processo civil [livro eletrônico]**: teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

¹⁰⁶⁰ LIMA, Daniel Henrique Sprotte. **Da cultura do litígio à do consenso**: o uso de Online Dispute Resolution na Comarca de Araquari (SC). Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito. Florianópolis: UFSC, 2019, p. 63.

de outros elementos, pode significar uma condicionante do acesso à justiça, ou mesmo um empecilho desnecessário.

Cabe mencionar o postulado de Daniel Henrique Sprotte Lima em relação à limitação do acesso à justiça, “[...] a prática objetiva que – diante de um cenário de crescente judicialização de todo e qualquer conflito de interesse – seja comprovado que a pretensão é resistida, ou seja, haja comprovação do interesse de agir.”¹⁰⁶¹. A obrigatoriedade de que se esgotem as vias extrajudiciais para consecução de um processo judicial, é exigido da parte a fim de que, “[...] ao procurar o Poder Judiciário para buscar a tutela jurisdicional, esteja configurada a efetiva impossibilidade de a parte obter, por si própria, a situação almejada”¹⁰⁶².

Cabe destacar que a imposição de demonstração de busca por prévia tentativa de resolução via métodos extrajudiciais não constitui requisito para aferir a regularidade da petição inicial, como é sabido, embora haja a necessidade de comprovação da pretensão resistida ou interesse de agir é requisito processual. Esta comprovação, por seu turno, não se limita à busca pelas ODRs, ou qualquer outro tipo de autocomposição, mas pode ser demonstrado por meios mais simples, como negociações por telefone, como assevera Daniel Henrique Sprotte Lima:

[...] todos os meios legais podem ser utilizados para a comprovação prévia do interesse de agir, como áudios de atendimento em *call centers* dos fornecedores, troca de correspondências eletrônicas entre as partes, termos de reclamações realizadas nos Procons, gravações de áudios de conversas telefônicas, dentre outras infinitudes de formas¹⁰⁶³.

Nesse ponto, cabe uma reflexão interessante. O Conselho Nacional de Justiça, a partir da Resolução n. 125/2010, ampliou os incentivos à busca por meios consensuais de solução de conflitos, objetivando assim, que fossem alargadas as possibilidades de

¹⁰⁶¹ **Da cultura do litígio à do consenso:** o uso de Online Dispute Resolution na Comarca de Araquari (SC). Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito. Florianópolis: UFSC, 2019, p. 154.

¹⁰⁶² Fernanda Tartuce, Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*. Brasília, v. 14, n. 82, jan./fev. 2018, p. 13.

¹⁰⁶³ **Da cultura do litígio à do consenso:** o uso de Online Dispute Resolution na Comarca de Araquari (SC). Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito. Florianópolis: UFSC, 2019, p. 158.

que o cidadão pudesse pôr fim a uma contenda, seja ela por meio do Judiciário ou não. Trata-se, nesse sentido, de um contexto muito mais aproximado da efetivação dos direitos fundamentais, que seguiu com a dinâmica promovida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Há, portanto, um novo modelo de acesso à justiça, no qual as pessoas podem buscar resolução para seus conflitos sem necessariamente ter que ajuizá-lo. Nesse sentido, Bianca Fernandes Figueiredo explica que “[...] isso ocorre porque o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do jurisdicionado com a resolução de conflito - obtenção do bem da vida pretendido - do que com o mero acesso ao Poder Judiciário.”¹⁰⁶⁴.

Superada do eventual acesso condicionado à Justiça, a questão analisada se desloca para o que a jurisprudência tem dito acerca da extinção dos processos sem resolução do mérito, a exemplo do que vem sendo visto nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a saber:

Ação indenizatória - Atraso de voo - Suspensão do processo para que a autora promova a tentativa de conciliação, por meio do portal do consumidor, sob pena de extinção do processo por falta de interesse de agir Impossibilidade Não se pode condicionar o acesso à justiça à necessidade de prévia utilização ou exaurimento da via administrativa, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais, principalmente, ao da inafastabilidade da jurisdição Recurso provido. (TJ/SP. AI/SP n. 2051721-59.2020.8.26.0000. Rel. Souza Lopes. 17ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/06/2020. Data da publicação: 23/06/2020.)

Essa linha jurisprudencial de acordo com entendimentos recentes, deve ser levada em consideração, a fim de se afastar o acionamento desnecessário do Judiciário. Diante desse entendimento é que se pode conceber em que medida os meios consensuais atingem seu objetivo, pois, estando à disposição das partes, é legítimo ao magistrado

¹⁰⁶⁴ Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito. **Revista CNJ**. Brasília, 4, n. 1, p. 17-36, jan/jul 2020, p. 21.

exigir que os demandantes procurem anteriormente os meios alternativos/adequados de solução de conflitos.

Entretanto, em tempos de pandemia, assim como o julgado acima citado, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem condicionado as partes à procura pela plataforma consumidor.gov, como meio autocomposto de solução de controvérsia, determinado a suspensão do processo, e não o extinguindo de plano, conforme se vê no julgado colacionado abaixo:

Agravo de instrumento - Ação revisional de contrato bancário. Decisão que suspende o feito, pelo prazo de 30 dias, determinando à autora o registro de reclamação na ferramenta "consumidor.gov", comprovando a providência Agravo recebido aplicando-se entendimento consolidado no REsp 1696396/MT - Impossibilidade de suspensão do feito por causa estranha àquelas constantes do rol do artigo 313 do CPC - Embora louváveis tentativas de solução consensual da lide, ao autor não cabe imposição de providências que extrapolem o âmbito processual Consumidor que não é obrigado a esgotar meios administrativos para a propositura de ação judicial, considerando que o acesso ao Judiciário é inafastável e absoluto Recurso provido, confirmando-se liminar nele concedida. (TJ/SP. AI/SP n. 2040989-19.2020.8.26.0000. Rel. Claudia Grieco Tabosa Pessoa. 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 11/05/2020. Data de publicação: 11/05/2020.)

Há quem entenda, num contexto geral, que o “interesse de agir, condição da ação representada, em síntese, pelo binômio necessidade/utilidade da tutela jurisdicional e cuja interpretação, excessivamente ampla, é de ser revista.”¹⁰⁶⁵. Gisele Lemke sustenta ainda que:

É essencial que o Poder Judiciário não se deixe impressionar com esse fato ou com o argumento da “economia processual”,

¹⁰⁶⁵ LEMKE, Gisele. O congestionamento do Poder Judiciário: um breve estudo sob o ponto de vista da demanda dos serviços judiciais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 58, fev. 2014.

segundo o qual sempre que o autor venha a juízo é o caso de apreciar o mérito de seu pedido, para evitar que ele tenha de fazer o prévio requerimento administrativo e eventualmente voltar ao Poder Judiciário, no caso de o seu pedido vir a ser indeferido, posteriormente, pelo ente estatal. Esse tipo de raciocínio, que certamente serve muito bem para resolver o caso concreto, cria um problema para o sistema judicial, pois as partes, muitas vezes, preferem se dirigir diretamente ao Poder Judiciário, principalmente se puderem gozar do benefício da assistência judiciária gratuita, ao invés de dirigir o seu pedido previamente à Administração, o que acaba por transformar o Poder Judiciário quase que em uma repartição administrativa em algumas áreas, com graves consequências em relação ao incremento do número de processos em tramitação.

É interessante o entendimento da autora, pois a inviabilidade de buscar o Judiciário se dá quando se fecha uma das “portas” para esse acesso. Há pessoas que preferem, dentre as portas disponíveis, a do Judiciário, e impedir que seja feita essa escolha, é obstar o acesso à justiça e tangencia a seara das liberdades tão consagrada no texto constitucional.

A consideração acerca dos demais pontos que compõem a questão implicam a uma opção a utilização dos métodos de solução de controvérsias, não havendo nenhuma questão de antecedência lógica quando colocada à apreciação do Judiciário. Desse modo, há “apenas uma preferência quanto à utilização de um método de solução de controvérsias ou de outro e, muitas vezes, se o método não for adjudicatório, sequer se verificará uma demanda.”¹⁰⁶⁶

Em complemento, aduzem Susana Costa e João Eberhardt:

Ainda que se parta da correta concepção de que meios consensuais de resolução de conflito podem propiciar acesso à justiça mais amplo, quando adequados às particularidades da

¹⁰⁶⁶ LIMA, Daniel Henrique Sprotte. **Da cultura do litígio à do consenso**: o uso de Online Dispute Resolution na Comarca de Araquari (SC). Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito. Florianópolis: UFSC, 2019, p.111.

causa, dela não decorre, necessariamente, a conclusão de que é necessária a comprovação da “pretensão resistida” pelo réu, para se reconhecer o interesse de agir que autoriza a propositura da demanda judicial pelo autor¹⁰⁶⁷.

Como se vê, existem diversos pontos que devem ser levados em consideração ao analisar o interesse de agir numa demanda em que o autor não leva a conhecimento do magistrado a prévia utilização de um meio alternativo de solução de controvérsia. Ao mesmo tempo em que o interesse de agir é condição de procedibilidade, ela não importa no conhecimento do mérito da ação, e nesse sentido, parece prematura a extinção do processo sem resolução do mérito ao se analisar apenas um dos pontos existentes.

Além disso, consoante mencionado acima, as ODRs podem ter pontos de divergência na escolha pelo aludido método, consoante aponta a pesquisa de Vinícius de Souza Navarenho:

Com relação aos dezesseis respondentes que marcaram que a ODR não pode substituir a presença de um mediador humano, sete mencionaram que acreditam que será difícil a tecnologia substituir totalmente da presença humana, devido à complexidade de certos processos, e pela força existente na oralidade e no contato pessoal. Mencionou-se também a possibilidade das pessoas de agirem de forma diferente na presença de uma sala digital, dificultando assim a relação de transparência entre as pessoas nesta situação¹⁰⁶⁸.

Nessas condições, as *Online Dispute Resolutions*, ou simplesmente ODRs, possuem um alcance limitado ao serem consideradas únicos meios de resolução de conflitos e com determinação em si, destoando o conceito multiportas. Cabe mencionar que esse contexto reducionista, ou de imposição de busca por esse canal para que a partir de então se chegue ao Judiciário, não condiz com os objetivos consensuais e

¹⁰⁶⁷ **Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de online dispute resolution:** um estudo da plataforma consumidor.gov. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

¹⁰⁶⁸ **Aplicação da inteligência artificial no âmbito jurídico.** Brasília: UnB, 2019, p. 35.

processuais primitivos, pois deste modo, estarão sendo usadas duas portas para tentativa de resolução de um único conflito.

No âmbito brasileiro, apesar de ser em parte compreensível o posicionamento embasado na falta de interesse de agir, sua prevalência não tem sido verificada nos tribunais pátrios. Fernanda Tartuce observa:

“O prestígio à autocomposição decididamente prevaleceu nas recentes mudanças legislativas: a realização de uma sessão consensual inicial está prevista tanto no Código de Processo Civil de 2015 como na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) – mas o legislador não chegou ao ponto de condicionar o ingresso no Poder Judiciário à demonstração de prévia tentativa consensual.”¹⁰⁶⁹

Desse modo, não pode o magistrado impor, ao seu alvedrio, que os requisitos essenciais apostos em ambas as leis para o recebimento da ação e consequente citação do réu esteja condicionado à essa situação anterior. Ante a esse cenário, Fernanda Tartuce pontifica que “a previsão indica que a tentativa de autocomposição não foi eleita pelo sistema como um elemento essencial do ‘interesse de agir’, mas sim que seu fomento se dará a partir do estabelecimento da sessão consensual como uma etapa prioritária do processo.”¹⁰⁷⁰

Além disso, o próprio CPC aponta condicionantes à realização da tentativa de autocomposição, ao mencionar que se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse ou mesmo se os direitos em discussão não admitirem autocomposição, a audiência não será realizada. Do mesmo modo, a previsão de que a ausência do autor à audiência de conciliação não acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito.

Assim, o principal argumento para que seja exigida a tentativa de autocomposição anterior ao ajuizamento da ação está assentada no fato de que as partes devem evitar a judicialização, bem como afastar as demandas desnecessárias, primando sempre pela celeridade e não onerosidade. No caso específico das ODRs, em tempos de pandemia, os interessados devem optar pelos canais que proporcionem o isolamento social.

¹⁰⁶⁹ Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Brasília, v. 14, n. 82, jan./fev. 2018, p. 13.

¹⁰⁷⁰ Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Brasília, v. 14, n. 82, jan./fev. 2018, p. 14.

De outro lado, igualmente fortes, os argumentos contrários à dura extinção do processo sem resolução do mérito com base no fundamento apontado, significaria obstar o acesso à justiça, reduzindo as opções multiportas, bem como, restringindo os direitos fundamentais no campo das liberdades individuais. Além disso, a ausência de previsão legal, mormente à ausência de regulamentação do procedimento das ODRs, aplaina os argumentos e devolve ao intérprete a exegese da melhor alternativa para cada caso.

Sem dúvida, o congestionamento do Judiciário impescinde de métodos alternativos, e o ajuizamento de demandas desnecessárias devem ser rechaçadas diante de um poder já aniquilado pelo gargalo de anos. Como a maioria dos institutos comportam temperamentos, e esse exercício, de fato, não é dos mais fáceis, a procura pelo equilíbrio permanecerá.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito se tem discutido acerca da desjudicialização das demandas e o albergue dos meios autocompostos de solução de conflitos como uma das alternativas multiportas postas ao socorro de que se sentir lesado. Sobretudo com o advento do Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, tem se configurado o obstinado intento de afastar as demandas da apreciação do Judiciário, exatamente pela ausência da eficácia da prestação jurisdicional.

Não obstante, as próprias partes têm se inclinado no sentido de buscar melhores condições de procedibilidade de seus conflitos, mormente à resistência de parte da população em conceber novas formas de solução de controvérsias, talvez arraigados pela cultura da judicialização. Ainda assim, a carência de meios autocompostos é sensível de tal modo que as discussões se intensificam diante de crises como as que está sendo enfrentada, de isolamento social cuja obrigatoriedade sanitária de que só se tenha contato pessoal quando estritamente necessário.

Nesse sentido, a pesquisa revelou que as Online Dispute Resolutions - ODRs trazem uma proposta de acesso fácil e remoto, gratuito (ao menos inicialmente) e de resolução rápida, sem a necessidade de atuação de um árbitro, mediador ou qualquer figura semelhante. Ainda que se posicione à luz dos contextos utilizados fora do país, a possibilidade de sua utilização foi verificada principalmente em face de negócios jurídicos feitos em meio virtual.

Contudo, a exploração feita em relação à exigência de que a parte busque previamente a resolução da contenda como requisito de configuração do interesse de agir tem recebido diversas críticas, dentre elas, a que a associa a uma possível obstrução ao acesso à justiça. Dela, decorrem outros apontamentos contrários, mas o que se destaca, de fato, é que ao indivíduo se estaria restringindo a liberdade de escolha assentada no contexto das múltiplas portas.

Mas o que de fato ficou evidenciado é que nenhum dos meios será totalmente anatômico a todas as situações. É preciso levar em consideração, principalmente nesses tempos de pandemia do COVID-19, que as pessoas possam ter o socorro de que necessitam e que a façam por meio seguro, dentro dos parâmetros sanitários impostos. Além disso, que esse meio reúna as características mínimas para alcançar esse objetivo, que é o caso das ODRs.

Não se verificou nos elementos constitutivos das ODRs nenhum elemento que seja contrário ao ordenamento jurídico, nem que seja contrário à ordem pública, ou que enseje prejuízo irreparável às partes. Desse modo, não há óbice à sua aplicação, e é um modo que se mostra adequado à autocomposição de demandas durante a pandemia, ainda que parte do seu público opte pela judicialização, ou mesmo que não seja hipossuficiente aos meios digitais.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397/pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Uma introdução à resolução on-line de disputas. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias - RDTEC**. São Paulo, v. 3, n. 01, p. 1-13, abr./jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei 9307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: [L9307 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [L13709 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 23 set. 2020.

COSTA, Susana Henrique da; FRANCISCO, João Eberhardt. **Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de online dispute resolution**: um estudo da plataforma consumidor.gov. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235813054/v1/page/III>. Acesso em: 15 set. 2020.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de

consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito. **Revista CNJ**. Brasília, 4, n. 1, p. 17-36, jan/jul 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/98>. Acesso em: 24 set. 2020.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. 2012. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

LEMKE, Gisele. O congestionamento do Poder Judiciário: um breve estudo sob o ponto de vista da demanda dos serviços judiciais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gisele_Lemke.html> Acesso em: 24 set. 2020.

LIMA, Daniel Henrique Sprotte. **Da cultura do litígio à do consenso: o uso de Online Dispute Resolution na Comarca de Araquari (SC)**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito. Florianópolis: UFSC, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias – RDTEC**. São Paulo, v. 5, n. 4, p. 1-27, out./dez. 2019.

NAVARENHO, Vinicius de Souza. **Aplicação da inteligência artificial no âmbito jurídico**. Brasília: UnB, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23110>. Acesso em: 24 set. 2020.

PARO, Giacomio. *et al.* On-line Dispute Resolution (ODR) e o interesse processual. In:

LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235813054/v1/page/III>. Acesso em: 22 set. 2020.

PEREIRA, Luís Fernando Casagrande; SCHINEMANN, Caio César Bueno. **On-line dispute resolution no processo civil brasileiro**: o caso das plataformas de indenização contra companhias aéreas. In: LUCON et al. Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235813054/v1/page/III>. Acesso em: 22 set. 2020.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp: 1583735 SP 2016/0021745-7. Rel. Min. Raul Araújo. Data Julgamento: 02/04/2019. T4 – Quarta Turma. Data da Publicação: DJe 15/04/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859551603/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1583735-sp-2016-0021745-7?ref=serp>. Acesso em: 24 set. 2020.

TJ/SP. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. AI/SP n. 2051721-59.2020.8.26.0000. Rel. Souza Lopes. 17ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/06/2020. Data da publicação: 23/06/2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13678914&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_30394533ba6040bd8cf1c13e840914fd&g-recaptcha-response=03AGdBq27Qc4Z6p6zhHcYcLKJHg1sOEZ8aAbgaxcLZ-Qver0V-BP3y5Yy6eP1JjxfkPycm1cXmbXCQhQaJsaEec1_wljgg--2JPcq2mlFK7rqgabxf-BJp3-Py5C7eWSNB_3_DJqBiGKiiT7tDbCQuW8N-SsCAOGguhvfAMUF-wCCyp0qNjAeh-3qQPfvamtSFmeqeNPgaBGV_8amCmu9H8_HGP7y4eSH9hhBm3SndYBuENLAsK4Z290U7t4DVc3nLGIWIwE2m65mI8skdJCTdBS-8rqtF0eOMEu3XRowgrwRO-Gbj8KuRZEX5Zu_3o3FeiaMeHxsZP8NAPtUdRFuD3IRU-JSTQ7iZc3lo6JAh7f2hWcKcslWxNo6zXXiwiEfQCHzboJWaUGRUVcL2uOHyiRPOlVrdh8vd71ctgcd0J1sVo0M8qcJud07Na50wR0Qyp-ogblI37gtQiKHI8nCx6lO-

[hMlgJwBdERMeh2VHiABCmh7oGo0n_gRFxqxJlOIEBxjKxYFxn1M](https://www.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13544854&cdForo=0). Acesso em: 25 set. 2020.

TJ/SP. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. AI/SP n. 2040989-19.2020.8.26.0000. Rel. Claudia Grieco Tabosa Pessoa. 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 11/05/2020. Data de publicação: 11/05/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13544854&cdForo=0>. Acesso em: 25 set. 2020.

TARTUCE, Fernanda. Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Brasília, v. 14, n. 82, p. 5-21, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-magister-de-direito-civil-e-processual-civil/2018-v-14-n-82-jan-fev>. Acesso em: 17 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. **Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution**: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente. In: LUCON et al. **Direito, Processo e Tecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235813054/v1/page/III>. Acesso em: 22 set. 2020.

A NECESSÁRIA REVISÃO DA SÚMULA 519 DO STJ

Luciano Vianna Araújo¹⁰⁷¹

INTRODUÇÃO

Defende-se, aqui, a necessidade de revisão do enunciado 519 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, em virtude do Código de Processo Civil de 2015, especialmente da norma do art. 827, parágrafo 2º.

Para tanto, examina-se a fixação dos honorários de sucumbência em sede de execução, seja do título executivo judicial, seja do título executivo extrajudicial, conforme determina o Código de Processo Civil de 2015.

Em seguida, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre os honorários de sucumbência na execução, assim como os fundamentos dos precedentes que levaram à súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, conclui-se que a manutenção do entendimento consolidado na súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça gera um incompatível tratamento a respeito da verba honorária nas defesas (impugnação e embargos à execução) nas execuções dos títulos executivos judicial e extrajudicial.

2. AS NORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEDE DE EXECUÇÃO

ARAKEN DE ASSIS¹⁰⁷² leciona que “o cabimento dos honorários na demanda executória, seja qual for a classe do título exibido pelo credor, ou do procedimento de execução, decorre do fato de que ela se baseia no descumprimento imputável de uma obrigação”. Conforme o art. 389¹⁰⁷³ do Código Civil, por força do inadimplemento, o devedor responde por perdas e danos, correção monetária, juros e honorários de advogado.

Cabe ao art. 85 e seguintes do CPC dispor, de forma geral, sobre os honorários advocatícios, estabelecendo o *caput* do art. 85 que compete ao vencido pagar ao advogado do vencedor honorários. Por sua vez, o parágrafo 1º do art. 85 do CPC

¹⁰⁷¹ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/Rio nos cursos de graduação e de pós-graduação *lato sensu* (processo civil; direito de família e sucessão; arbitragem). Advogado. viannaraujo@nfvacd.adv.br

¹⁰⁷² *Manual da Execução*, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, páginas 487 e 488.

¹⁰⁷³ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

assevera que, no cumprimento de sentença, provisório¹⁰⁷⁴ ou definitivo, e na execução, resistida ou não, cabem os honorários de sucumbência:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

O parágrafo 13 do art. 85 do CPC esclarece que as verbas de sucumbência, fixadas em embargos à execução (rejeitados ou julgados improcedentes) e em fase de cumprimento de sentença, devem ser acrescidas no valor do débito principal, tornando-se desnecessária a execução em separado dos honorários ali arbitrados:

Art.85.

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

Especificamente no que concerne à fase inicial do procedimento executivo do título judicial, o art. 523 do CPC prescreve que, se não for pago o débito no prazo de 15 (quinze) dias, ele será acrescido de honorários advocatícios de 10% (dez por cento):

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

¹⁰⁷⁴ No regime do CPC/1973, posterior à Lei nº 11.232/2005, o Superior Tribunal de Justiça fixou tese, em julgamento de recurso especial repetitivo, no sentido do descabimento dos honorários em cumprimento provisório da sentença (Corte Especial, REsp 1.291.736, relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 20.11.2013). À evidência, a norma do CPC/2015 afastou tal tese, conforme Araken de Assis (Manual da Execução, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, páginas 487 e 488).

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

Observe-se que, ao versar sobre a impugnação ao cumprimento de sentença, o art. 525 do CPC não dispõe nada sobre honorários advocatícios.

No que concerne à execução fundada no título executivo extrajudicial, o art. 827 do CPC determina que, ao deferir a petição inicial, o juiz fixe os honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento):

Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

§ 2º O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final¹⁰⁷⁵ do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.

Para o título executivo extrajudicial, o integral pagamento no prazo de 3 (três) dias enseja a extinção do processo de execução e o pagamento de metade da verba honorária (5%). No título executivo judicial, o pagamento *dito*¹⁰⁷⁶ voluntário no prazo de 15 (quinze) dias afasta tanto a multa de 10% (dez por cento) quanto os honorários de 10% (dez por cento), previstos no art. 523, parágrafo 1º, do CPC, para a hipótese de não pagamento.

¹⁰⁷⁵ Embora não seja objeto deste escrito, vale dizer que, a meu ver, quando o art. 827, parágrafo 2º, do CPC prescreve que os honorários podem ser majorados “ao final do procedimento executivo”, me parece que tal aumento, se cabível, deve ocorrer na fase de satisfação (pagamento), e não propriamente quando da prolação da sentença de extinção do processo, sob pena de se ter de iniciar novo procedimento executivo para receber o saldo remanescente dos honorários advocatícios, decorrente da sua majoração.

¹⁰⁷⁶ Parece-me que pagamento voluntário dá-se quando, no vencimento da obrigação, o devedor a cumpre, antes mesmo da propositura da demanda judicial.

MARCELO ABELHA RODRIGUES¹⁰⁷⁷ critica a solução legal, porque discorda do tratamento diferenciado para o título executivo judicial e para o título executivo extrajudicial. A meu ver, neste caso, faz sentido o tratamento diferenciado porque, no caso do título judicial, já existe definição do inadimplemento da obrigação de pagar e, assim, o não cumprimento da decisão judicial configura um descumprimento também da própria decisão judicial¹⁰⁷⁸, além disso já foi fixada verba honorária na fase cognitiva, inclusive honorários de sucumbência recursais. Por seu turno, no título executivo extrajudicial, tem-se apenas as alegações constantes da petição inicial, corroboradas pelo título executivo extrajudicial. No título judicial, o descumprimento constitui mais uma sanção pelo inadimplemento, o que enseja o pagamento tanto da multa quanto dos honorários, enquanto, no título extrajudicial, a redução do valor dos honorários configura um estímulo ao cumprimento da obrigação e, tem-se que concordar, o percentual de 5% (cinco por cento) para preparar a petição inicial não é irrazoável.

Conforme o parágrafo 2º do art. 827 do CPC, os honorários advocatícios poderão ser majorados até 20% (vinte por cento), caso os embargos à execução sejam rejeitados, bem como, na hipótese de não oposição deles, os honorários advocatícios podem ser, da mesma forma, majorados, a depender do trabalho realizado pelo advogado do credor.

Não existe norma semelhante para o cumprimento de sentença (título judicial), no qual, conforme o art. 523, parágrafo 1º, o juiz fixa honorários de 10% (dez por cento), caso não haja o pagamento voluntário.

Por outro lado, note-se que, ao tratar dos embargos à execução, os art. 914 a 920 do CPC não preveem nada sobre a verba honorária.

Em nenhuma daquelas normas sobre o cumprimento de sentença e o *processo de execução* (art. 85, parágrafos 1º e 13, art. 523, parágrafo 1º, e art. 827, *caput* e parágrafos 1º e 2º), assim como nas normas sobre a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525) e os embargos à execução (art. 914 a 920), o Código de Processo Civil possui regra sobre a fixação de verba honorária a favor do advogado do executado, para a hipótese da impugnação ou dos embargos à execução serem acolhidos.

¹⁰⁷⁷ Manual de execução civil, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, páginas 300 e 301.

¹⁰⁷⁸ Vale lembrar que, além do Poder Judiciário brasileiro, o título executivo judicial pode ser formado na arbitragem (art. 515, VII, do CPC) e no Poder Judiciário estrangeiro (art. 515, VIII e IX, do CPC)

Diga-se, por fim, que, em algumas oportunidades, o Código de Processo Civil ressalta que a obrigação do executado inclui os honorários de advogado, por exemplo, na remição da execução (art. 826¹⁰⁷⁹), na penhora de bens do executado (art. 831¹⁰⁸⁰) e na satisfação do crédito (art. 907¹⁰⁸¹).

3. E SE A DEFESA DO EXECUTADO FOR ACOLHIDA?

A partir das normas do Código de Processo Civil, não resta nenhuma dúvida de que cabem honorários advocatícios quando do início do cumprimento de sentença (título judicial – art. 523, parágrafo 1) e do início da demanda executiva (art. 827, *caput*), em ambos os casos no percentual de 10% (dez por cento), ou seja, a favor do advogado do exequente.

Entretanto, quando se trata da defesa do executado, não há qualquer disposição acerca dos honorários advocatícios quando for impugnação ao cumprimento de sentença (título executivo judicial) e, em se tratando de embargos à execução (título executivo extrajudicial), só há disposição expressa para os casos de rejeição ou de improcedência, isto é, a favor do advogado do exequente (art. 85, parágrafo 13, e art. 827, parágrafo 2º).

Não se nega o fato de que, pelo entendimento majoritário¹⁰⁸² de que os embargos à execução constituem uma demanda (art. 914, parágrafo 1º, e art. 920, III), fixa-se verba honorária, na hipótese de sua procedência.

Adite-se que, no Código de Processo Civil de 2015 (art. 803, parágrafo único), positivou-se, expressamente, a figura da *exceção de pré-executividade*, concebida, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, por Pontes de Miranda¹⁰⁸³. O seu acolhimento pode, da mesma maneira, ensejar a extinção do processo de execução.

Noutras termos, não há previsão normativa a propósito dos honorários de sucumbência para a hipótese da defesa (impugnação, embargos à execução e exceção de pré-executividade) do executado ser acolhida, seja no título judicial, seja no título extrajudicial.

¹⁰⁷⁹ Art. 826. Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios.

¹⁰⁸⁰ Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

¹⁰⁸¹ Art. 907. Pago ao exequente o principal, os juros, as custas e os honorários, a importância que sobrar será restituída ao executado.

¹⁰⁸² Entendem tratar-se os embargos à execução mero exercício do direito de defesa, não possuindo a natureza de ação judicial: Haroldo Pabst (*Natureza jurídica dos embargos de devedor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986) e Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 3, 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, páginas 624 a 628). Eu escrevi um artigo no mesmo sentido - natureza de defesa apenas (Revista de Direito Renovar v. 44 e 45, páginas 69 a 90, ano 2009).

¹⁰⁸³ *Dez anos de pareceres*, vol. 4, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, páginas 125 a 139 (parecer nº 95).

4. OS TEMAS FIXADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No exercício da sua função de intérprete da lei federal, o Superior Tribunal de Justiça fixa questões que, submetidas àquela Corte, são definidas, firmando teses e, até mesmo, enunciados de súmula.

No que interessa aos honorários de sucumbência em sede de execução, leia-se abaixo as questões submetidas a julgamento e, conforme o caso, as respectivas teses firmadas:

TEMA 408

Questão: “Discussão acerca do cabimento de honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, bem como na sua impugnação, de acordo com a sistemática processual introduzida pela Lei nº 11.232/05”

Tese firmada: Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

Súmula 519: Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios.

TEMA 409

Questão: “Discussão acerca do cabimento de honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, bem como na sua impugnação, de acordo com a sistemática processual introduzida pela Lei nº 11.232/05”

Tese firmada: Em caso de sucesso da impugnação, com extinção do feito mediante sentença (art. 475-M, § 3º), revela-se que quem deu causa ao procedimento de cumprimento de sentença foi o exequente, devendo ele arcar com as verbas advocatícias.

TEMA 410

Questão: “Discussão acerca do cabimento de honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, bem como na sua impugnação, de acordo com a sistemática processual introduzida pela Lei nº 11.232/05”

Tese firmada: O acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução¹⁰⁸⁴.

Os temas 408, 409 e 410 foram decididos no julgamento do REsp Repetitivo 1.134.186, de que foi relator o Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 01/08/2011, pela Corte Especial.

TEMA 421

Questão: “EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS”

Tese firmada: É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade.

O tema 421 foi decidido no julgamento do REsp Repetitivo 1.185.036, de que foi relator o Ministro Herman Benjamin, julgado em 08/09/2010, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, em caso de rejeição da exceção de pré-executividade, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que não cabe a fixação de verba honorária de sucumbência por se tratar de mero incidente (REsp 694.794).

¹⁰⁸⁴ Com acerto, tal tese modifica entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “em sendo os embargos à execução julgados parcialmente procedentes para reduzir o valor devido, mas com a subsistência da execução da dívida reduzida, *deve ser fixada verba honorária única em favor do credor*, que deverá incidir sobre o valor remanescente da execução” (STJ, Segunda Seção, EREsp 598.730).

TEMA 961

Questão: “Discute-se a possibilidade de fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta”.

Tese firmada: ainda não julgado.

O tema 961 ainda não foi julgado. A origem são os Recursos Especiais Repetitivos 1.358.837, 1.764.349 e 1.764.405. Parece-me que, quando se dá a exclusão do sócio da execução fiscal, cabem, sim, honorários de sucumbência para o seu advogado, mesmo que não extinta a execução pelo seu prosseguimento contra a sociedade e/ou os outros sócios. Nesta hipótese, há um litisconsorte passivo na execução fiscal e, por conseguinte, em relação ao litisconsorte (sócio) excluído, extingue-se o processo de execução, sendo, por isso, pertinente a condenação ao pagamento da verba honorária. Trata-se de verdadeira cumulação subjetiva de execuções¹⁰⁸⁵.

5. A SÚMULA 519 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após o julgamento do Tema 408, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 26 de fevereiro de 2015, o enunciado 519 da súmula de jurisprudência dominante, nos seguintes termos:

SÚMULA 519

Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios.

Conforme o *site*¹⁰⁸⁶ do Superior Tribunal de Justiça, a súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça possui os seguintes precedentes:

AgRg no REsp 1.479.303 Decisão: 02/10/2014

¹⁰⁸⁵ A respeito, leia-se Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 51ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018, página 310).

¹⁰⁸⁶ Acesso em 12 de outubro de 2020.

REsp 1.361.191 Decisão: 19/03/2014

EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 191.859 Decisão: 19/03/2013

EDcl no AREsp 170.707 Decisão: 11/09/2012

REsp 1.269.351 Decisão: 08/05/2012

REsp 1.134.186 Decisão:01/08/2011

O precedente mais antigo é justamente o REsp 1.134.186, julgado no regime dos recursos especiais repetitivos, pela Corte Especial, quando da definição do Tema 408.

No REsp 1.134.186, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que “não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença”, conforme sua ementa.

No REsp 1.134.186, restou consignado que “a celeuma nasce com a implementação da chamada terceira etapa da reforma processual civil, iniciada com a Lei nº 8.952/94, interpolada pela Lei nº 10.444/02 e, finalmente, chegando-se à Lei nº 11.232/05, a qual assume postura sincrética em relação às tutelas de conhecimento e executiva”.

Isso porque, ao longo das Reformas Processuais do CPC/1973¹⁰⁸⁷, implementou-se paulatinamente o denominado *processo sincrético*, no qual a atividade cognitiva e a atividade executiva desenvolvem-se num único processo. A Lei nº 8.952/94 introduziu o *processo sincrético* para as obrigações de fazer e de não fazer. Posteriormente, a Lei nº 10.444/02 instituiu o *processo sincrético* para as obrigações de entrega de coisa. Por fim, a Lei nº 11.232/05 positivou, definitivamente, o sistema do *processo sincrético*, quando determinou que, também para a obrigação de pagar quantia certa, tem-se um único processo, no qual se exerce tanto a atividade cognitiva quanto a atividade executiva. O antecedente doutrinário do *processo sincrético* é a Tese de Doutorado do Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁰⁸⁸, defendida em 1987, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na qual ele demonstrou “o artificialismo da exigência legal de duas ações distintas para proporcionar ao titular do direito violado a tutela jurisdicional: uma ação para proferir provimento condenatório e uma outra para fazê-lo cumprir”.

¹⁰⁸⁷ A respeito das Reformas Processuais do CPC/1973, leia-se Cândido Rangel Dinamarco (*A reforma do Código de Processo Civil*), São Paulo: Malheiros, 1995, e *A reforma da reforma*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002)

¹⁰⁸⁸ A versão comercial da Tese de Doutorado do Professor Humberto Theodoro Júnior foi publicada (*O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*, 3ª edição, Belo Horizonte: Mandamentos, 2007)

No REsp 1.134.186, asseverou-se que se aplicava o então art. 20, parágrafo 4º, do CPC/1973, vigente à época, porque, independentemente de se instaurar nova relação processual (*processo*), trata-se de execução.

Afirmou-se, ainda, que a Lei nº 11.232/05 não versou sobre honorários advocatícios para essa nova etapa. Previu apenas a multa (art. 475-J do CPC/1973). Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já possuía precedente no sentido do pagamento tanto da multa (de 10%) quanto de honorários advocatícios (de 10%), caso não seja realizado o pagamento voluntário da dívida, após o requerimento do credor (REsp 978.545).

Importante registrar que, citando a lição de ARAKEN DE ASSIS, o REsp 1.134.186 ressaltou a possibilidade de revisão do valor dos honorários, fixados inicialmente, levando em conta o trabalho desempenhado pelo advogado na etapa executiva:

“É de se ressaltar que o momento processual adequado para o arbitramento dos honorários pelo juízo, em fase de cumprimento de sentença, é o mesmo da execução dos títulos extrajudiciais, ou da antiga execução de título judicial. É dizer, podem ser fixados tão logo seja despachada a inicial – caso o magistrado possua elementos para o arbitramento, **sem prejuízo, contudo, de eventual revisão ao final, tendo em vista a complexidade superveniente da causa, a qualidade e o zelo do trabalho desenvolvido pelo causídico, dentre outros aspectos**”.

Então, o REsp 1.134.186 passou a tratar da impugnação ao cumprimento de sentença propriamente dita ou, melhor, do cabimento ou não de honorários na impugnação.

Nesse sentido, o REsp 1.134.186 entendeu que, para a solução da questão, fazia necessário investigar a natureza jurídica da impugnação ao cumprimento de sentença, “para só então saber se a decisão que a rejeita ou acolhe rende ensejo a honorários de advogado”. Extrai-se, portanto, o primeiro fundamento para a definição sobre a fixação de honorários em cumprimento de sentença, qual seja: a sua natureza jurídica, segundo o REsp 1.134.186.

Após elencar a divergência doutrinária sobre o tema, o REsp 1.134.186 apontou que “a impugnação ao cumprimento de sentença é mero incidente processual”.

Em sequência, o REsp 1.134.186 definiu que, tratando-se de incidente processual, o *princípio da causalidade* define a responsabilidade pelo pagamento dos honorários de advogado. Logo, o segundo argumento para a definição sobre o cabimento de honorários em cumprimento de sentença é a “*evitabilidade do litígio*”.

Nessa linha de raciocínio, o REsp 1.134.186 conclui que “aviando o executado a sua impugnação, restando vencido a final, não se vislumbra nisso causa de instalação de nenhum outro procedimento novo, além daquele já aperfeiçoado com o pedido de cumprimento de sentença”.

Adiante, tendo em vista o sistema do CPC/1973, o REsp 1.134.186 expõe que, “exceto em execução, somente a sentença arbitra honorários advocatícios” (art. 20, *caput*). Em incidentes processuais são devidas apenas despesas, conforme o REsp 1.134.186.

Nesse contexto, o REsp 1.134.186 decidiu que se deveria aplicar a mesma regra da exceção de pré-executividade para o cumprimento de sentença, isto é, são devidos honorários apenas no caso do seu acolhimento, não sendo devidos na hipótese de sua rejeição (EREsp 1.048.043; REsp 694.794; REsp 446.062; Edcl no REsp 1.084581).

Os demais precedentes (AgRg no REsp 1.479.303; REsp 1.361.191; EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 191.859; EDcl no AREsp 170.707; REsp 1.269.351) citados no *site* do Superior Tribunal de Justiça restringiram-se a citar o acórdão proferido no REsp 1.134.186, em regime de recurso especial repetitivo, em virtude do que não possuem argumentos novos a ensejar sua transcrição neste escrito.

6. A REVISÃO DA SÚMULA 519 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DO CPC/15

Neste capítulo, no qual se pretende demonstrar a necessidade de revisão da súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça, deve-se, primeiro, elencar os fundamentos do REsp 1.134.186 quando definiu, no regime do Código de Processo Civil de 1973, que não caberiam honorários advocatícios, na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença:

O primeiro fundamento é o da natureza jurídica da impugnação ao cumprimento de sentença, de incidente processual;

O segundo argumento é o princípio da causalidade, isto é, da *evitabilidade do litígio*;

O terceiro fundamento é o de que, rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença, nenhum noutro procedimento novo teria sido iniciado pelo executado, além do próprio cumprimento de sentença;

O quarto argumento é o de que, “exceto em execução, somente a sentença arbitra honorários advocatícios” (art. 20, *caput*, do CPC/1973). Em incidentes processuais são devidas apenas despesas;

Quanto ao primeiro fundamento, o Código de Processo Civil de 2015 previu, expressamente, a condenação ao pagamento da verba honorária, por força de recurso (art. 85, parágrafo 11), levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. De um lado, recurso não possui natureza *sequer* de incidente processual e, mesmo assim, o novo Código de Processo Civil prescreve a fixação da verba honorária. Como ensina BARBOSA MOREIRA¹⁰⁸⁹, o poder de recorrer constitui “simple aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”. Da mesma forma, FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁰⁹⁰ leciona que “os recursos possuem uma característica essencial. Não dão origem à formação de nova relação processual, inserindo-se na própria relação jurídica onde foi proferida a decisão de que se recorre”. A razão de ser desses honorários é “o trabalho adicional realizado”. Indiscutivelmente, por conta da impugnação ao cumprimento de sentença, cujos fundamentos podem ser os mais variados (art. 525, parágrafo 1º, do CPC), realiza-se um trabalho adicional num incidente processual instaurado pelo executado, com a finalidade de se defender.

Em relação ao segundo argumento (o princípio da causalidade deve ser levado em conta), parece-me que ele corrobora a fixação da verba de sucumbência no caso de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, pois tal incidente processual, provocado pelo executado, não foi acolhido (princípio da sucumbência), atestando, mais uma vez, que o executado deve ao exequente, obrigação esta anterior ao início da etapa cognitiva do *processo sincrético* e, mesmo instado a pagar (art. 523, *caput*, do CPC), o executado não o fez, tendo, inclusive, oferecido uma indevida impugnação (princípio da

¹⁰⁸⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 236.

¹⁰⁹⁰ *Teoria geral dos recursos cíveis*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, página 38.

causalidade). A sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença deve, sim, levar à condenação do vencido nesse incidente, instaurado pelo executado, reconhecidamente devedor.

No que concerne ao terceiro fundamento, no sentido de que, rejeitada a impugnação, nenhum noutro procedimento novo teria sido iniciado pelo executado, além do próprio cumprimento de sentença. Tal assertiva merece, a meu ver, reparo. Ora, o procedimento executivo (conjunto de atos coordenados) destina-se à satisfação do crédito exequendo, sendo formado por atos executivos (penhora, avaliação, expropriação e pagamento). A impugnação ao cumprimento de sentença gera, sim, um procedimento de natureza cognitiva, no qual, após as alegações do executado (art. 525, parágrafo 1º, do CPC), o exequente deve se manifestar (direito ao contraditório) e, conforme o caso, até mesmo outras provas (direito à ampla defesa e à produção de provas) além da documental, são produzidas, ensejando um pronunciamento judicial, de natureza declaratória, afirmando que o executado (na hipótese de rejeição, aqui tratada) não tem razão. Contra tal decisão, que rejeita a impugnação ao cumprimento de sentença, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do CPC) e, a meu ver, inclusive honorários recursais (art. 85, parágrafo 11).

Por fim, a propósito do quarto fundamento, segundo o qual, exceto na execução, somente a sentença fixa honorários, tal argumento falece diante da previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015 do julgamento antecipado parcial sem ou com resolução de mérito¹⁰⁹¹ (art. 354, parágrafo único, e art. 356 do CPC), no qual se pode, sim, fixar verba honorária, a depender do julgamento realizado (cumulação simples pedido e um dos pedidos é julgado improcedente, por exemplo).

Mas, não é só. A súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça não se compadece com o sistema processual instaurado pelo Código de Processo Civil de 2015, diante do que dispõe o art. 827, parágrafo 2º, do CPC/15:

Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

¹⁰⁹¹ A respeito, leia-se o meu “Julgamento antecipado parcial sem ou com resolução do mérito no CPC/15”, in Revista de Processo nº 286, páginas 237 a 273, 2018. Do ponto de vista histórico, leia-se o meu Sentenças Parciais?, Coleção Direito e Processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo: Saraiva, 2011.

§ 2º O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.

De fato, não há previsão expressa de que, seja pela rejeição da impugnação, seja pelo ulterior trabalho do advogado, a verba honorária deva ser, no cumprimento de sentença, majorada, à semelhança do que se dá com os embargos à execução (art. 827, parágrafo 2º, do CPC).

No entanto, com base nos artigos 513 e 771 do CPC, que preveem a aplicação direta, subsidiária e/ou supletiva do disposto no Livro II da Parte Especial do CPC ao cumprimento de sentença, deve-se aplicar a mesma regra:

Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

Ao comentar o art. 513 do CPC, CASSIO SCARPINELLA BUENO¹⁰⁹², após ressaltar que as normas dos artigos 513 a 538 versam sobre o início da etapa de cumprimento de sentença, leciona que as normas sobre o denominado *processo de execução* complementam as da execução do título executivo judicial:

“Há, destarte, verdadeira *complementação* de normas aqui disciplinadas pelas que estão ali, como revela também o *caput* do art.

¹⁰⁹² Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luís Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca, São Paulo: Saraiva, 2018, página 90.

771, que, alocado, no início da disciplina codificada do ‘processo de execução’, faz a mesma determinação na perspectiva inversa, de lá para cá”.

Por sua vez, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI¹⁰⁹³ esclarece que, por não serem repetidas certas normas no cumprimento de sentença, as normas previstas no *processo de execução* incidem de forma direta e não subsidiária:

“Na verdade, para evitar repetição no mesmo diploma legal, tais normas têm incidência direta e não propriamente subsidiária”.

Por fim, TEORI ZAVASCKI¹⁰⁹⁴, preocupado com o correto preenchimento das lacunas do *processo de execução* pelas normas do *processo de conhecimento* (art. 771, parágrafo único, do CPC), sustenta que não se pode “perder de vista o processo de execução como sistema, isto é, como uma totalidade ordenada”.

Ora, se não deve haver antinomias nem incompatibilidades entre as normas jurídicas que tratam do *processo de conhecimento* e do *processo de execução*, com mais razão não pode existir antinomias nem incompatibilidades entre as normas que versam sobre o cumprimento de sentença (execução do título judicial) e o *processo de execução* (execução do título extrajudicial), que formam o sistema executivo do Código de Processo Civil de 2015.

Não é por outro motivo que TERESA ARRUDA ALVIM, MARIA LUCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO¹⁰⁹⁵ ensinam, ao comentar o art. 771 do CPC, que “sempre que a força executiva se voltar contra o patrimônio de alguém, as disposições deste Livro deverão ser aplicadas, tratando-se de título executivo extrajudicial ou judicial”.

¹⁰⁹³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, página 254.

¹⁰⁹⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XII, diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, páginas 37 a 39.

¹⁰⁹⁵ *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.116.

Nas palavras de MARCELO ABELHA RODRIGUES¹⁰⁹⁶, o Código de Processo Civil de 2015 “manteve a regra de mão dupla entre as regras do cumprimento de sentença com o processo de execução”.

Nesse sentido, por que majorar a verba honorária no *processo de execução*, caso sejam rejeitados os embargos à execução ou, na hipótese de não oposição deles, diante do trabalho ulterior realizado pelo advogado, mas não aplicar tal regra ao cumprimento de sentença, para majorar a verba honorária, caso seja rejeitada a impugnação ou, na hipótese de não oferecimento dela, diante do trabalho ulterior realizado pelo advogado?

Nos dois casos (impugnação e embargos à execução), o executado opõe-se à execução. Há restrição da matéria de defesa na impugnação por conta da prévia cognição e, possivelmente, da coisa julgada material (eficácia preclusiva – art. 508 do CPC). Nos embargos à execução, o executado pode oferecer qualquer matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa em *processo de conhecimento*, porque, tratando-se de título executivo extrajudicial, não houve qualquer cognição ainda. A distinção do objeto de defesa, no título judicial e no título extrajudicial, não justifica tratamento diverso.

Da mesma forma, eventual diferença da natureza jurídica do meio de defesa (incidente processual/impugnação e exercício do direito de ação/embargos à execução), não justifica, a meu ver, o tratamento diferenciado.

A mesma situação fática aconselha a mesma solução jurídica.

Portanto, aplicando-se os artigos 513, 771 e 827, parágrafo 2º, do CPC, deve-se, na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença ou, não sendo ela apresentada, por causa do ulterior trabalho do advogado, majorar a verba honorária, inicialmente fixada em 10% (dez por cento), com base no art. 523, parágrafo 1º, do CPC, mantido o limite de 20% (vinte por cento).

ARAKEN DE ASSIS¹⁰⁹⁷, CARLOS AUGUSTO DE ASSIS¹⁰⁹⁸, CASSIO SCARPINELLA BUENO¹⁰⁹⁹, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES¹¹⁰⁰, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA¹¹⁰¹ e MARCELO ABELHA RODRIGUES¹¹⁰²

¹⁰⁹⁶ “O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva”, parte 2 – continuação, *in* Revista de Processo nº 245, página 151.

¹⁰⁹⁷ *Manual da Execução*, 18ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, página 785.

¹⁰⁹⁸ *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª edição, coordenadores Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: Revista dos Tribunais, página 2.132,

¹⁰⁹⁹ *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 3, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019, páginas 617 e 618.

¹¹⁰⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XVII, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luís Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca, São Paulo: Saraiva, 2018, páginas 67 e 68.

¹¹⁰¹ *Execução*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, páginas 546

¹¹⁰² “O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva”, parte 2 – continuação, *in* Revista de Processo nº 245, páginas 192 e 193.

defendem, da mesma forma, que sejam revistos os honorários do advogado, no cumprimento de sentença, com base no art. 827, parágrafo 2º, do CPC. Em sentido contrário, restringindo a aplicação da norma à execução do título executivo extrajudicial apenas, leia-se PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON¹¹⁰³, com base no princípio da causalidade, e SÉRGIO SHIMURA¹¹⁰⁴, que se reporta especificamente ao julgamento do Recurso Especial 1.134.186.

Relembre-se que, no próprio acórdão do REsp 1.134.186, fez-se expressa menção à possibilidade de revisão da verba honorária inicial (10%), citando-se, inclusive, ARAKEN DE ASSIS. Nada diferente do que se propõe aqui e que, pelos motivos acima expostos, impõem a revisão do enunciado 519 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

¹¹⁰³ “Honorários advocatícios no novo Código de Processo Civil e o Superior Tribunal de Justiça”, in Honorários advocatícios, coordenadores Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Henrique Volpe Camargo, coordenador geral Fredie Didier Jr., 3ª edição, Salvador: Juspodium, 2019, página 308.

¹¹⁰⁴ Comentários ao Código de Processo Civil. Perspectivas da Magistratura, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, página 831.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por essas razões, seja porque os fundamentos que levaram à edição do enunciado 519 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça não se compadecem com o sistema do Código de Processo Civil de 2015, seja porque existe norma expressa (art. 827, parágrafo 2º, do CPC/15) determinando a majoração da verba honorária, na hipótese de rejeição dos embargos à execução ou, não sendo eles oferecidos, por força do ulterior trabalho do advogado, a qual se aplica à impugnação ao cumprimento de sentença, deve-se rever a súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça.

NOVA LEITURA DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – AS PECULIARIDADES DA CITAÇÃO, A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E UMA NOVA LINGUAGEM JURÍDICA EM PROL DA SOLUÇÃO DAS DEMANDAS

Luís Henrique Bortolai¹¹⁰⁵

INTRODUÇÃO

A presente abordagem busca trazer uma discussão, acerca de inovações e mudanças que o diploma processual trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com mudanças práticas e de mentalidade nos profissionais que atuam nesta área, seja jurídica ou mesmo em relação às partes envolvidas em litígios, especificamente nas ações de família.

Objetiva-se, especialmente, analisar se houve grande mudança na sistemática, quando da não necessidade de apresentação de contrafé quando da citação das ações de família, bem como das audiências de mediação, introdutórias no procedimento, modificando, e muito, a realidade nacional, vez que as partes terão papel mais ativo na tomada das decisões, retirando um pouco o foco dos advogados que auxiliam as partes, passando estas a terem voz ativa na discussão e tomadas dos rumos desta fase inicial do processo. Por isso que da relevância da linguagem como ponto crucial para um melhor aproveitamento desta nova realidade, tornando os diálogos introdutórios mais saudáveis e propícios à resolução dos conflitos ali dispostos.

Inicia-se, esta análise, a partir de um código, que traz, com certeza, muitas modificações na realidade brasileira, pois cria uma modalidade específica de ação, as “ações de família”, com peculiaridades e núcias próprias, que merecem atenção e cuidado em sua leitura, especialmente por tratar de temas tão delicados, as interações familiares. Somado a isso, busca-se uma análise doutrinária, de tópicos específicos que iram facilitar na interpretação desta nova seara.

¹¹⁰⁵ Doutor e Mestre em Acesso à Justiça pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito). Especialista em Direito Tributário e Bacharel em Direito pela PUC – Campinas (Pontifícia Universidade Católica de Campinas). Pósgraduado em Gestão do Ensino Superior e Educação pela Centro Universitário UniMetrocamp. Professor de Direito e Coordenador do Núcleo de Prática e Atividades Complementares do Centro Universitário UniMetrocamp – YDUQS. Assessor da Procuradoria da República em Campinas/SP. Contato: luis.bortolai@gmail.com

DA NOVA REALIDADE APRESENTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Importantíssima mudança foi apresentada no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), ao tratar da não mais necessidade de apresentação da contrafé, quando da citação de uma pessoa em ação relacionada ao direito de família. O artigo 695 do aludido diploma, especificamente no capítulo X, intitulado “Das ações de família”, é claro ao dispor que:

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 conterá 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.

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 perecimento do direito.

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

Portanto, uma nova sistemática foi apresentada, de modo a “desarmar” as partes, especialmente o réu, face ao não contato com as razões apresentadas na inicial, estando muito mais disposta para o diálogo numa audiência de mediação. Ocorre que pontos positivos e negativos são apresentados nesta nova vertente.

Estão incluídas, nesse capítulo, as ações de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, conforme preceitua o artigo 693 do aludido código.¹¹⁰⁶ As ações que versem sobre o direito alimentício, serão regidas por legislação própria, quando houver interesse de crianças e adolescentes.

Desta forma, a visão beligerante que se está habituado, na qual a figura dos advogados se torna primordial, revela-se alterada, numa verdadeira mudança de paradigma, na qual as partes realmente estão ali com voz ativa e capazes de opinarem, assumindo um verdadeiro papel de protagonista nesta situação.

Revela-se nítida a relevância dada pelos colaboradores e pelo legislador, às ações de família, típicas das varas de família e sucessão, nas localidades na qual existe esta especialização do juízo. A função não jurisdicional das ações em que a família esta envolvido é algo presente no quotidiano forense, face a necessidade de atuação de outros profissionais, como pedagogos, assistentes sociais, psicólogos, dentre outros, que auxiliam no bom andamento processual, bem como nos cuidados e atenção que as pessoas ali envolvidas devem possuir.¹¹⁰⁷ O próprio diploma possui trecho específico ao tratar do assunto.¹¹⁰⁸

A inclusão da mediação, de uma vez por todas, no diploma processual brasileiro, revela a importância que tal meio de solução de conflito assume no atual cenário nacional, especialmente face à necessidade de uma resposta mais adequada às necessidades das partes, somada à ineficiência do Poder Judiciário, que, infelizmente, não consegue apresentar uma resposta adequada às necessidades e anseios que a população atual deposita no Estado.¹¹⁰⁹

Compreende-se que o cerne do acesso à justiça não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas sim que possam realizar a justiça no contexto em que se inserem, com a salvaguarda da igualdade efetiva entre os envolvidos.¹¹¹⁰ Adolfo Braga Neto afirma que “Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande

1106 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105/15. Brasília: Senado, 2015. “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.”

1107 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. In: Revista eletrônica de direito processual civil - REDP. Rio de Janeiro, v. V. janeiro-junho 2010, pp. 81/82. Disponível em: http://www.redp.com.br/edicao_05.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

1108 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105/15. Brasília: Senado, 2015. Artigo 168, §3º do Novo Código de Processo Civil: “Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.”

1109 GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 05.

1110 PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *E a justiça aqui tão perto? – as transformações no acesso ao direito e à justiça*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>. Acesso em: 14 out. 2020.

parte, à crise da Justiça.”¹¹¹¹ Ou seja, a necessidade de se analisar os problemas com outros olhos, capazes de realizarem uma leitura distinta da situação ali apresentada.

Marina Hernandez Crespo assim já manifestou:

A associação de um processo de construção de consenso à fase inicial de um processo legislativo pode servir não apenas para prevenir qualquer descontentamento resultante de uma legislação impopular, mas também para reforçar a própria legislação, inserindo os interesses, a criatividade e as preocupações dos cidadãos nos processos.¹¹¹²

Ou seja, a importância que as partes possuirão na demanda, de modo a obter uma resposta mais satisfatória ao caso concreto. Somado a isso, Inmaculada García Presas, em estudo realizado na Europa, com abordagem paralela entre os ordenamentos espanhóis, português e brasileiro, afirma que:

Refere-se muitas vezes para o papel das partes em fazer acordos, a velocidade com que nós mesmos somos alcançado em quão barato é a mediação familiar e tudo isso, é certamente muito importante, mas ainda parece-nos o fato de que os direitos dos dependentes e crianças podem ser avaliados de forma mais estreita, sentindo as partes mais comprometidos com as soluções que você começa, dado o destaque que teve, em cada caso, das decisões adoptadas base compartilhada.¹¹¹³ (Tradução livre)

¹¹¹¹ BRAGA NETO, Adolfo. *Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02.

¹¹¹² CRESPO, Mariana Hernandez. *Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão*. In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 45

¹¹¹³ “Se alude muchas veces al protagonismo de las partes en la toma de acuerdos, a la celeridad con la que nos mismos se alcanzan, a lo barato que resulta la mediación familiar y, todo ello, es ciertamente muy importante, pero más todavía nos lo parece el hecho de que los derechos de los dependientes y menores pueden ser valorados de una forma más próxima, sintiéndose las partes más comprometidas con las soluciones a las que se llega, dado el protagonismo que se ha tenido, en cada caso, en las decisiones adoptadas de forma compartida.” (PRESAS, Inmaculada García. *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Lisboa: Juruá, 2010, p. 15.)

Somado a isso, a utilização de uma linguagem acessível se torna fundamental, como verdadeiro meio de transmissão das mensagens ali desejadas, por meio de uma forma menos rígida, que realmente possibilite este diálogo entre as partes, de modo a conseguir cumprir com a sua finalidade, de realmente prestar um serviço eficaz e próximo do interesse das pessoas.

Portanto, necessário analisar cada uma destas propostas feitas, que aos poucos vem sendo colocadas em prática, sob uma óptica diferenciada, tentando, ainda que minimamente, se aprofundar nestas perspectivas, aliada à importância da linguagem na comunicação processual.

DA NÃO APRESENTAÇÃO DA CONTRAFÉ NAS AÇÕES FAMILIARES

Ponto inovador no Código de Processo Civil de 2015 trata especialmente de uma mudança no ordenamento jurídico brasileiro. Desde sempre, a pessoa ao tomar conhecimento de uma demanda processual, recebia uma cópia da petição inicial (contrafé), contendo eventuais avisos de audiência (como no procedimento sumário – em fase de extinção do ordenamento jurídico brasileiro, vez que não está contemplado no código de 2015), ora com a necessidade de apresentação de todos os documentos, como na lei do mandado de segurança (artigo 6º da Lei n. 12.016/09), que exige a apresentação da documentação que instrui o exordial, em cada contrafé utilizada na citação dos requeridos.

A não apresentação, seja pelo oficial de justiça, seja pelo funcionário dos Correios, que entregará a carta de citação, para comparecimento em uma audiência de mediação e conciliação, da cópia da petição inicial, se mostra uma via eleita para a solução de diversos problemas, especialmente face ao desespero que muitas pessoas chegam a ficar, quando do recebimento de um comunicado de uma demanda perante o Poder Judiciário, ainda mais envolvida com temas familiares, normalmente mais complicados e sensíveis de serem lidados.

Pode ser que alguns pensem que tal sistemática fere o princípio da igualdade¹¹¹⁴, por fazer com que o requerido chegue à mediação sem sequer ter conhecimento prévio do que está se passando. A sistemática de citação sem entrega de

1114 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2014. “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

contrafé poderia violar princípios básicos da mediação como a isonomia das partes e de seu poder decisório, a decisão informada, a autonomia da vontade, a autodeterminação das partes no que tange ao conteúdo do acordo ou não acordo e a potencialização do acesso à justiça, condenando esta nova proposta ao fracasso. Além disso, infringiria os direitos fundamentais à informação e à publicidade, dispostos no texto constitucional. Ocorre que isso não é verdade.

Esta nova apresentação, se aproxima com o atual cenário do procedimento sumário, porém com algumas ressalvas, vez que neste a pessoa recebe uma cópia da petição inicial, bem como já tem de apresentar defesa, caso o acordo não seja formalizado em audiência. Já na nova sistemática processual, dentro de um procedimento específico e peculiar do direito de família, a pessoa não receberá nenhuma contrafé, bem como não terá de apresentar nenhuma forma de defesa na audiência, vez que este momento está focado apenas na tentativa, tão almejada pelo novo diploma, de se alcançar o acordo entre as partes. Caso alguma das espécies de defesa, como a contestação, por exemplo, deseje ser apresentada, será aberto um prazo, após o esgotamento das vias conciliatórias. Portanto:

Existem três elementos essenciais para a melhoria da sombra da lei: leis internas sustentáveis, em cuja criação os cidadãos estejam envolvidos durante um processo preliminar de consultas; um mecanismo de implementação que seja funcional, participativo e eficiente; e regras culturais que dêem suporte às leis internas sustentáveis.¹¹¹⁵

Desta forma, relevante que esta nova sistemática seja refletida, tanto nos seus pontos positivos como nos seus pontos negativos, assim como toda mudança que é apresentada no direito brasileiro, de modo a efetivar tal dispositivo no plano prático, da melhor maneira possível.

Além do que, o requerido não terá noção das razões iniciais da ação, em regra, tomando contato com isso apenas no dia da audiência. Em tese isso é um prejuízo para este, pois a pessoa chegará a esta audiência sem ter noção alguma do que está

¹¹¹⁵ CRESPO, Mariana Hernandez. *Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão*. In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 72.

acontecendo na demanda. Ocorre que para a realização de um possível acordo tal ponto é positivo, vez que evita que a pessoa chegue com pré-conceitos para este momento, o que pode facilitar a ocorrência de uma conciliação. Além do que, o prazo para apresentação de eventual defesa só se iniciará com a finalização das propostas conciliatórias já tentadas, o que não parece trazer um prejuízo tão grande.

Somado a isso, não está proibido ao requerido o contato prévio com o processo. O parágrafo primeiro do artigo 695 deixa claro que este pode tomar contato com o processo a qualquer tempo, de modo a se inteirar acerca de toda a demanda¹¹¹⁶. Ou seja, não se revela um prejuízo irreparável por parte do requerido, que ao contratar um profissional para lhe representar, ou ter um defensor público designado para o seu caso, é claro que esses profissionais terão acesso aos autos e compartilharão esse conhecimento com o seu cliente.

Uma apresentação que busca superar a apresentação feita anteriormente, de que eventualmente as partes podem estar em patamares distintos, antes da medição, é apresentada por Rodrigo Freitas Júnior. Segundo este:

[...] se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta. Bem ao contrário do que afirmam esses céticos, é precisamente a intervenção direta do mediador no equilíbrio entre os protagonistas do conflito, por intermédio de técnicas a que se convencionou denominar de “empoderamento”, que permite o tratamento menos desigual na confecção comum de uma pauta reconhecida pelos sujeitos enquanto substancialmente justa e equilibrada. Por outro lado, a dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla defesa” e da “igualdade formal” dos contendores, em

1116 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105/15. Brasília: Senado, 2015. “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 conterá 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.”

lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas.¹¹¹⁷

Preferível postergar a materialização de alguns princípios relevantes do processo civil brasileiro, especialmente os da ampla defesa e do contraditório, num momento futuro, de modo a conseguir tornar o procedimento ao mesmo tempo diferenciado e apto a possibilitar uma melhor compreensão por parte dos seus verdadeiros interessados, as partes. Mesma situação ocorre no caso da tutela de urgência. Coloca-se um direito em outro patamar, protegendo-o em relação à situação em que se encontram, devido às peculiaridades que o caso concreto apresenta. Para Inmaculada García Presas, o:

[...] Brasil envolve uma realidade complexa em mediação familiar é abordada, neste caso, após o que a Constituição e o direito da família envolvido. A partir deste quadro jurídico são valorizados aqui como o início da mediação como a formação de mediadores.¹¹¹⁸ (Tradução livre)

Esta leitura feita por uma estrangeira, revela a importância que as ações de família possuem, quando bem trabalhadas com os processos de mediação, revelando um caminho muito propício, na solução de controvérsias, especialmente face às mudanças e necessidades que a população apresenta nos dias de hoje.

DA MEDIAÇÃO NA SEARA FAMILIAR

Outro ponto fundamental que deve ser notado se refere à inclusão de técnicas diferenciadas, na solução dos conflitos apresentados pelas partes. A mudança de mentalidade, partindo de não mais uma imposição por um terceiro não interessado de fato (o juiz), pois em questões de direito é vedado ao magistrado não sentenciar diante do caso concreto¹¹¹⁹, mas em que as partes, a partir de debates e diálogos, na qual

1117 DE FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. *Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação*. In: CASELLA, Paulo de Borba; DE SOUZA, Luciane Moessa (coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 191/192.

1118 “Brasil conlleva una compleja realidad en materia de mediación familiar que se aborda, en este caso, raíz de lo que su Constitución y el derecho de familia implican. A partir de ese marco jurídico se valoran aquí tanto los inicios de la mediación como la formación de los mediadores.” (PRESAS, Inmaculada García. *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Lisboa: Juruá, 2010, p. 16.)

1119 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105/15. Brasília: Senado, 2015. Art. 140 “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

estas, maiores interessados, tentam chegar a um denominador comum, apto a surtir efeitos na realidade, concreta e efetivamente.

Importante conceito acerca da mediação é apresentado por Ana Carolina Ghislene e Fabiana Marion Spengler ao afirmarem que:

[...] a mediação, que tem por objetivo a comunicação, vem ajudar os conflitantes a participarem da construção da decisão tomada, bem como responsabilizarem-se a ponto de participarem, *a posteriori*, mais ativamente.¹¹²⁰

Não se está retirando a demanda do Poder Judiciário. Ao contrário. Busca-se uma aproximação entre esta atuação estatal, que deve tutelar os interesses daqueles que porventura estejam sofrendo algum tipo de violação de direito, seja imediato ou num futuro não muito distante, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXI da Constituição Federal de 1988¹¹²¹, com um meio apto a trazer respostas mais eficazes, frente à realidade que a sociedade tem apresentado.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho apresenta de forma interessante a importância de uma utilização racional da mediação, uma vez que:

[...] de nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente.¹¹²²

Uma decisão bem fundamentada e aceita pelas partes facilita não só a compreensão por parte de seus principais interessados, como promove a sua aplicação por parte de todos. Diante disso, relevantíssimo que as partes possam realmente

1120 GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação enquanto política pública de restauração da cidadania*. In: DA COSTA, Marli Marlene Moraes; RODRIGUES, Huga Thamir (orgs.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011, pp. 47/56.

1121 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31

1122 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. In: *Revista eletrônica de direito processual civil - REDP*. v. V. janeiro-junho 2010, Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.redp.com.br/edicao_05.htm. Acesso em: 14 out. 2020, p. 81.

compreender o que ali está sendo estabelecido, de modo a tornar mais concreto o direito, para todos os seus envolvidos. Por isso que da importância que tem se dado à participação mais ativa das partes nas audiências.

Dá a relevância do papel do mediador, como fundamental a sua participação e a sua vocação para solucionar os conflitos é indispensável para o próprio futuro das soluções de conflitos. A própria redação do Código de Processo Civil é clara ao dispor, em seu artigo 165, §3º que:

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 mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.¹¹²³

Por isso que da importância de desvincular, ainda que minimamente, da figura do juiz tal incumbência mediadora, devido a toda a sua formação e sua prática, que se diferencia em muitos pontos do mero ato de dizer o direito, vez que a análise é muito mais complexa. Necessário toda uma atenção e um cuidado na abordagem que se é feita, diferenciando completamente da abordagem meramente jurídica. Vai muito mais além.

A própria mudança nas vestimentas, na forma mais casual de linguagem, bem como no ambiente mais pacífico, sem grandes protocolos, tornando o trabalho a ser desenvolvido mais eficiente e apto a trazer resultados mais esperados. Fabiana Marion Spengler assim resume muito bem o assunto:

A ritualidade diferenciada entre a mediação e o processo se dá principalmente em duas linhas: a primeira diz respeito ao fato de que o processo sempre trabalha com a lógica de ganhador/perdedor. Num segundo momento, a ritualidade do processo tem por objetivo (além de dizer quem ganha e quem perde a demanda) investigar a verdade real dos fatos, enquanto

¹¹²³ DE QUEIROZ, Pedro Gomes. *O procedimento especial das ações de família e a mediação no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24102149_o_procedimento_especial_das_acoes_de_familia_e_a_mediacao_no_projeto_do_novo_codigo_de_processo_civil.aspx. Acesso em: 14 out. 2020.

que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador.¹¹²⁴

Pedro Gomes de Queiroz assim apresenta pontual manifestação, especialmente quando se trata de assuntos em que o direito pessoal é envolvido diretamente:

Importa salientar que a mediação não é um meio de acelerar a prestação jurisdicional por meio da redução do número de processos, como vem sendo propalado por alguns tribunais do país, mas sim uma via mais adequada para a solução de determinados tipos de controvérsias, notadamente aquelas oriundas de relações interpessoais continuadas e onde predominam as causas psicológicas.¹¹²⁵

O ato de ingressar com ação, nada mais é do que uma provocação para iniciar a discussão que será feito na mediação, de modo a tentar compatibilizar da melhor maneira possível os problemas apresentados. Rapidez nas respostas e redução de custos¹¹²⁶ são dois fatores que certamente tornam a via consensual bem mais atraente. Assim já se posicionou Maria Hernandez Crespo: “A construção de consenso é um método que poderá permitir que um grupo chegue a um acordo quase unânime e consiga uma implementação satisfatória desse acordo.”¹¹²⁷

A família do século XXI evolui, e o texto constitucional de 1988 precisou ser revisto, como assevera Ana Beatriz Paraná Mariano em seu artigo sobre o tema: “As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares”, da seguinte forma:

1124 SPENGLER, Fabiana Marion. *O tempo do processo e o tempo da mediação*. In: Revista eletrônica de direito processual civil - REDP. Rio de Janeiro, v. VIII. julho - dezembro 2011, p. 321. Disponível em: http://www.redp.com.br/edicao_08.htm. Acesso em 14 out. 2020.

1125 DE QUEIROZ, Pedro Gomes. *O procedimento especial das ações de família e a mediação no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina/24102149_o_procedimento_especial_dasacoes_de_familia_e_a_mediacao_no_projeto_do_novo_codigo_de_processo_civil.aspx. Acesso em: 14 out. 2020.

1126 MARTÍN, Nuria Belloso. *El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013, p. 136.

1127 CRESPO, Mariana Hernandez. *Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão*. In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 45

O sistema jurídico estabeleceu regramentos segundo a realidade social e esta alcançou diretamente o núcleo familiar, regulamentando a possibilidade de novas concepções de família, instaurando a igualdade entre homem e mulher, ampliando o conceito de família e protegendo todos os seus integrantes.¹¹²⁸

Somente a partir da Constituição Federal de 1988, que se estendeu também a proteção pelo casamento, a possibilidade da união estável entre homens e mulheres, consagrando a igualdade entre filhos, sendo estes concebidos ou não do casamento ou mesmo por adoção e mais recentemente, de casais homossexuais.¹¹²⁹ Inclusive, o tema tem voltado à tona, com novas concepções de família, estendendo ainda mais o conceito, de modo a abarcar novas realidades e situações. Para o autor Paulo Luiz Netto Lôbo, nas perspectivas da família contemporânea:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.¹¹³⁰

Como se percebe, as finalidades são audaciosas, nada havendo de fácil na tarefa do mediador; para bem cumprir sua missão, prevalecendo a importância da adoção de técnicas apropriadas na condução dos meios consensuais¹¹³¹, de forma a conseguir uma resposta diferenciada ao caso.

1128 MARIANO, Ana Beatriz Paraná. *As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar da sustentação destas novas entidades familiares*. <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.

1129 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 30/31

1130 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.15.

1131 TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1, São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.

Constituem diretrizes essenciais na mediação a participação das partes, a colaboração criativa entre elas e o resultado “ganha-ganha”.¹¹³²

Estudos atinentes ao assunto são feitos, especialmente ao tratar do assunto da mediação, como meio de resolução de problemas. Segundo Luciane Moessa de Sousa, três podem ser as abordagens e metodologias a serem utilizadas:

No modelo de mediação voltado para solução do problema mediato que deu origem ao conflito, a camada subjacente é a dos reais interesses, sendo que a mudança de foco das partes das posições para os interesses é, inclusive, o primeiro elemento-chave para a solução do conflito.

No modelo de mediação transformativa, ideal para os conflitos originados em relacionamentos, a camada subjacente é justamente o padrão de relacionamento entre as partes, notadamente no que se refere ao exercício do poder pessoal e à percepção de reconhecimento dos interesses e sentimentos de cada parte pela outra.

No modelo de mediação narrativa, a camada subjacente, pode-se dizer, é o poder das partes de reinterpretar os fatos e remodelar as próprias percepções e reações a eles. ¹¹³³

E esta experiência não é inédita. Em outros ordenamentos, esta mudança de paradigma é algo já aplicável, capaz de possibilitar esta análise diferenciada, trazendo uma nova situação a ser solucionada, partindo de outros pressupostos.

É importante registrar que, nos países onde já se utiliza a mediação em questões ambientais (v.g., EUA, Canadá e diversos países da União Europeia), debateu-se sobre a adequação deste método surgido e tradicionalmente utilizado na resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis (notadamente conflitos

¹¹³² KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela. *Mapping mediation: The risks of riskin's grid*. v. 71. Harvard Negotiation Law Review, 1998, p. 14.

¹¹³³ DE SOUSA, Luciane Moessa. *Mediação de conflitos e o novo código de processo civil*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 214.

de natureza patrimonial e na área de família) a esta classe de conflitos caracterizada, de uma parte, por uma complexidade muito maior, inclusive do ponto de vista subjetivo (por serem muitos os interessados), e, de outra parte, por versar sobre direitos, por essência, indisponíveis.¹¹³⁴

Para Luciane Moessa de Souza, conforme trecho abaixo destacado, ao expor, de maneira sucinta, a importância que a mediação¹¹³⁵ deve ter face às mudanças que a sociedade vive hoje:

A visão que proponho vai de encontro a uma opinião que é comum no Brasil (especialmente na seara pública), onde a prática da mediação ainda ensaia seus primeiros passos e sequer temos legislação a respeito, de que não é possível a mediação de conflitos que envolvem direitos indisponíveis – e que é contrariada pela própria prática brasileira e também por toda a doutrina construída no âmbito da mediação de conflitos na área de família. Os direitos de exercício afetivo da filiação, da maternidade e da paternidade envolvidos nos conflitos relativos à guarda de filhos menores, por exemplo, são claramente indisponíveis e a mediação vem sendo amplamente utilizada, notadamente em programas de mediação dentro do próprio Judiciário.¹¹³⁶

1134 DE SOUSA, Luciane Moessa. *Mediação de conflitos e o novo código de processo civil*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 217.

¹¹³⁵ As três principais espécies de solução de conflitos são: a arbitragem, na qual a demanda é entregue a um terceiro, especializado no assunto, que busca de uma maneira rápida, apresentar uma solução ao problema disposto, quando trata de questões disponíveis, normalmente entre empresas; a conciliação, na qual as próprias partes chegam a uma resposta, por intermédio de um conciliador, que influencia de maneira direta nesta resposta, algo já presente no nosso ordenamento; e a mediação, na qual o mediador não impõe qualquer obrigação, apenas estimulando um diálogo entre as partes, para que estes busquem uma melhor resposta para ambos. Especialmente estas duas últimas hipóteses são apresentadas, expressamente no novo diploma processual, buscando exatamente um trabalho de maior conscientização das pessoas, para que elas mesmas cheguem a uma resposta, o que normalmente é muito mais satisfatório do que entregar tal encargo a um terceiro. A busca pela autocomposição, tem sido vista, como uma forma muito mais aceita pelas partes e bem vista por todos os envolvidos.

1136 DE SOUSA, Luciane Moessa. *Mediação de conflitos e o novo código de processo civil*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 220.

Em países como a Espanha, por exemplo, a mediação tem sido vastamente utilizada na solução de controvérsias, ainda que diante de direitos indisponíveis. Abaixo trecho de um artigo que reflete este novo ponto, que merece especial atenção, especialmente frente às necessidades que a sociedade do novo século tem apresentado.

Porque até julho de 2012, a Espanha não contava com uma lei nacional sobre a mediação, foram as Comunidades Autônomas que mais desenvolveu o tema até agora. A maioria das comunidades têm feito pela Lei Mediação Familiar (daí o instituto de mediação foi estabelecida, mas limitado a disputas familiares).¹¹³⁷ (Tradução livre)

Em estudo específico sobre a utilização da mediação no âmbito judicial, na área do direito de família foi por Inmaculada García Presas pode se afirmar que:

Pode-se dizer que, em geral, por meio da mediação familiar foi recentemente alargado o seu âmbito, dadas as características inovadoras que estava adquirindo a família e também para a evolução da mentalidade em reconhecimento do valor e funções da instituição.¹¹³⁸ (Tradução livre)

Kazuo Watanabe afirma também:

Em suma, para que os meios alternativos de solução de conflitos, em especial dos meios consensuais — mediação e conciliação —, sejam corretamente utilizados e constituam efetivamente um modo de assegurar aos jurisdicionados um

1137 Dado que hasta el mes de julio de 2012 en España no se contaba con una Ley de ámbito nacional sobre mediación, han sido las Comunidades Autónomas las que más han desarrollado el tema hasta el momento. La mayor parte de las Comunidades lo ha hecho mediante Leyes de Mediación Familiar (por tanto, se establecía el instituto de mediación pero circunscrito a los conflictos familiares) (MARTÍN, Nuria Belloso. *El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la unión europea como instrumento de acceso a la justicia* In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acceso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p.150.)

1138 Se puede decir que, en general, en concepto de mediación familiar fue ampliado en los últimos tiempos su campo de acción, habida cuenta de las características novedosas que fue adquiriendo la familia y también de la propia evolución de la mentalidad en el reconocimiento del valor y funciones de la institución (PRESAS, Inmaculada García. *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Lisboa: Juruá, 2010, p. 43.)

verdadeiro e adequado acesso à justiça e à ordem jurídica justa, é necessário estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que dê um mínimo de organicidade e controle à sua prática, com fixação de critérios e condições para o seu exercício, estabelecimento de carga horária e métodos para a capacitação e treinamento dos mediadores/conciliadores, e controle por órgão competente, em nível nacional, da atividade de mediação e conciliação, mesmo que seja indireta.¹¹³⁹

Outro exemplo que pode inovar e trazer boas influências ao direito nacional é o aplicado na Cataluña (Espanha), como apontado por Inmaculada García Presa:

Neste nível regional na Catalunha não só concedeu o fato de que ele tem a primeira Lei sobre Mediação Familiar (2001), mas conseguiu combinar um modelo de ação a implementação do Centro de Mediação Familiar da Catalunha, com amplos poderes, e com a colaboração de várias associações profissionais para que eles também reconhecem funções específicas.¹¹⁴⁰ (Tradução livre)

Assim, o mundo todo tem realizado experiências muito proveitosas acerca da utilização da mediação como forma distinta e muito importante para a solução de diversos conflitos, das mais variadas áreas, de modo a conseguir efetivar uma tutela importante, frente às mudanças de concepção que o direito tem se apresentado.

1139 WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos* In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, pp. 93/94.

1140 En este ámbito autonómico a Cataluña no sólo ha de reconocérsele el hecho de que cuenta con la primera Ley de Mediación Familiar (2001), sino también que ha sabido conjugar en un modelo de acción la puesta en marcha del Centro de Mediación Familiar de Cataluña, con amplias competencias, y la colaboración de distintos Colegios Profesionales a los que se les reconocen igualmente funciones específicas. (PRESAS, Inmaculada García. *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Lisboa: Juruá, 2010, p. 17)

DA LINGUAGEM JURÍDICA E SUAS BARREIRAS

Como bem lembra Helena Abdo, na comunicação a escolha de palavras que formam uma determinada linguagem tem fundamental importância¹¹⁴¹.

Obviamente a simplificação da linguagem jurídica configura instrumento fundamental para o acesso à justiça.¹¹⁴² Ao ponto, merece destaque a crítica de José Carlos Barbosa Moreira quanto a excessos cometidos por alguns operadores do direito, já que o preciosismo agrava o sentimento de distância em relação à Justiça que já marca normalmente o leigo por não conseguir se identificar com qualquer “dos atores de um espetáculo cujo sentido lhe escapa”¹¹⁴³.

Logo na citação para que as partes compareçam à sessão de mediação costuma-se evitar o uso da linguagem jurídica tradicional: são utilizados termos facilmente compreensíveis para que a parte saiba rapidamente o que se propõe, de modo que termos impositivos como que porventura venha a dificultar o diálogo, sejam superados.¹¹⁴⁴

Estando os interessados prontos para o início do procedimento, o papel do mediador será fundamental para suprir falhas de comunicação e gerar um bom aproveitamento do diálogo estabelecido entre os envolvidos.¹¹⁴⁵

Como a mediação busca a retomada do diálogo eficiente, não faz sentido que uma parte tenha maiores oportunidades de se comunicar do que outra. Na mediação, as partes têm igual chance de se manifestar, já que todas estão ali para buscar conjuntamente meios de superar a situação controvertida.

Para Helena Mandelbaum, a linguagem gera possibilidades:

[...] estas residem nas interpretações que fazemos do que acontece e, conseqüentemente, são geradas nas conversações

1141 ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

1142 GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. *A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça*. In: *Publicatio Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*. v. 20, n. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa: UEPG, p. 174, 2012.

1143 “O abuso de palavras e expressões não portuguesas, ainda que corretas, denota um exibicionismo que só contribui para fortalecer a má reputação do linguajar judiciário. Para o estranho ao meio, a impressão quase inevitável é a de que lhe estão querendo sonegar o acesso à compreensão do que se passa - e não espanta que ele suspeite de querer-se ocultar por trás disso alguma inconfessável cavilação. O mesmo se dirá, aliás, do preciosismo que se compraz em exumar modos arcaicos de dizer, em esquadrihar dicionários à cata de vocábulos raros, em retorcer as frases num labirinto de circunlóquios.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acesso em 14 out. 2020).

1144 JUNIOR, Ricardo Pereira. *Os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania*. In: DE TOLEDO, Armando Sérgio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 36.

1145 MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. In: WALD, Arnaldo. (coord.). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 03, setembro – dezembro 2004, p. 146.

com os outros e conosco mesmos. Com a criação de possibilidades, construímos um futuro diferente, que é o resultado do que acontece ou não acontece no presente.¹¹⁴⁶

Acertadamente é a linguagem jurídica a comunicação entre os operadores do direito, porém somente a estes o direito pertence? Não se fala em abolir termos técnicos, até porque tais termos são relevantes e em si trazem significados pontuais, muitas vezes sem sinônimos equivalentes, mas fala-se em diminuir os arcaísmos, ou seja, substituir palavras em desuso por outras mais inteligíveis sem perda de significado.

Nesse sentido, afirma Márcio Chaer: “[...] toda profissão e atividade tem seu jargão. Isso é inevitável. O que é nocivo é o uso de palavras ou expressões rebuscadas quando há outras que dizem a mesma coisa”.¹¹⁴⁷ Também a favor da simplificação da linguagem jurídica, André Nicolitt opina:

A linguagem rebuscada e inacessível viola os princípios constitucionais do acesso à justiça e da publicidade. É um exercício de poder, uma violência simbólica para mostrar erudição e autoridade. Numa cultura jurídica menos autoritária, teremos uma linguagem mais acessível. O uso de termos incompreensíveis ao cidadão comum não é uma prática apenas de magistrados, pois muitos advogados também fazem isso. Sem bons argumentos, tentam impressionar com jargões e frases de efeito. Mas tudo não passa de uma cortina de fumaça: muito barulho por nada.¹¹⁴⁸

A crítica que se faz aqui não é à utilização da linguagem técnica, mas ao “juridiquês”, expressão empregada para caracterizar os abusos e excessos na linguagem jurídica sem necessidade. Novamente Paulo César de Carvalho acerta ao dizer:

1146 MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: DE TOLEDO, Armando Sérgio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 53/54.

1147 BRASIL. *Estratégia na Advocacia* – site relacionado a assuntos atuais jurídicos. Disponível em: <https://www.estrategianaadvocacia.com.br/artigos2.asp?id=156#.UnG-bBhTtdg>. Acesso em: 14 out. 2020.

1148BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/guerra-contra-o-2018juridiques2019-pode-levar-a-mudancas-em-projetos-de-lei>. Acesso em: 14 out. 2020.

O que os críticos do “juridiquês” condenam não é isso (a linguagem técnica): entre outras questões, repudiam o emprego de termos arcaicos ou em desuso, a ornamentação excessiva dos enunciados, a linguagem rebuscada, pomposa. Em nosso entendimento, não há razão para se chamar o “viúvo” de “cônjuge supérstite”, nem a “esposa” de “cônjuge virago”, nem o tribunal superior (STF, STJ, TST) de “excelso pretório”. Só mesmo muita afetação justificaria o uso de “cártula chéquica” em lugar de “folha de cheque”. Mesmo com toda a pompa, uma cadeia não fica melhor se designada por “ergástulo público”. Será que o juiz de primeira instância sabe que ele é um “alvazir”?¹¹⁴⁹

O que se deve buscar é o equilíbrio entre a linguagem técnica e o “juridiquês”, uma vez que o Direito tem como premissa buscar a justiça e a proteção ao hipossuficiente (que muitas vezes não sabe que o é por não entender o significado desta palavra). Sobre isso, muito bem diz Ari Lima:

É fato que toda atividade profissional possui uma linguagem própria do setor, desenvolvida para auxiliar a comunicação entre os pares. Médicos, engenheiros, empresários e policiais têm em sua comunicação particular palavras, expressões e jargões desconhecidos dos leigos, mas que são importantes no contexto interno de cada área, para melhor expressar as ideias. Na advocacia não poderia ser diferente. Por isso, palavras como doutrina, jurisprudência, contencioso, liminar e até expressões em latim como *habeas corpus*, *ad hoc e modus operandi* são necessárias no contexto dos processos judiciais. No entanto, além dessas palavras e expressões já consagradas ao longo do tempo, muitos advogados “recheiam” seus textos com termos que vão além da necessidade de comunicar uma ideia específica, gerando peças jurídicas que são verdadeiros desafios para os que

1149 BRASIL. O Brasil e o Direito – site sobre assuntos jurídicos. Disponível em: <http://obrasileodireito.blogspot.com.br/>. Acesso em: 14 out. 2020.

precisam entender o exato teor dos argumentos, escritos ou orais, apresentados.¹¹⁵⁰

Após tudo o que foi apresentado neste trabalho, a reflexão sobre as vantagens e desvantagens da simplificação da linguagem jurídica faz-se necessária, uma vez que esta pode causar impactos substanciais ao universo jurídico, especialmente face às necessidades de mudanças que o sistema brasileiro apresenta, especialmente ao se inaugurar um novo diploma. Diz Roland Barthes:

[...] o poder está presente nos mais finos mecanismos do intercâmbio social: não somente no Estado, nas classes, nos grupos, mas ainda nas modas, nas opiniões correntes, nos espetáculos, nos jogos, nos esportes, nas informações, nas relações familiares e privadas, e até mesmo nos impulsos libertadores que tentam contestá-lo [...]. Plural no espaço social, o poder é, simetricamente, perpétuo no tempo histórico: expulso, extenuado aqui, ele reaparece ali; nunca perece; façam a revolução para destruí-lo, ele vai imediatamente reviver, regerminar no novo estado de coisas. [...] A razão dessa resistência e dessa ubiquidade é que o poder é o parasita de um organismo transsocial, ligado à história inteira do homem, e não somente à sua história política, histórica. Esse objeto em que se inscreve o poder, desde toda a eternidade humana, é a linguagem - ou, para ser mais preciso, sua expressão obrigatória: a língua.¹¹⁵¹

Relevante ponto é apresentado por Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira, ao afirmarem que a mudança de paradigmas, dos conceitos já existentes, para uma nova forma de pensamento, abre espaço para uma hermenêutica

¹¹⁵⁰LIMA, Ari. *Abaixo o jurídiquês*. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/artigo181709-1.asp>. Acesso em: 14 out. 2020.

¹¹⁵¹BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1979, p. 11.

produtiva, que possibilita uma melhor produção e compreensão das mensagens ali apresentada.¹¹⁵²

Indispensável fugir das pré-disposições existentes, de que o direito é um ramo complexo e limitado, para um seleto grupo de membros. Importante que as pessoas possam compreender os seus direitos básicos, bem como ter conhecimento de onde pode procurar atendimento jurídico, quando seus direitos estão sendo violados.

Ao mesmo tempo, porém, são estes profissionais que limitam o acesso ao direito aos que dele precisam, pois, o direito é construído dia-a-dia, os quais abarrotam o Poder Judiciário com infinitas peças, sem, pelo menos, explicarem aos não conhecedores da área jurídica, o que lhes aguarda e o porquê de tamanha demora para receberem o que pediram ao advogado.

O tema aqui estudado não é novo. Em 1999, o Conselho de Comunicação Social, do Gabinete de Imprensa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul publicou o artigo “Entendo a linguagem jurídica”¹¹⁵³, com a finalidade de que leigos e jornalistas que frequentavam as salas do foro compreendessem a linguagem jurídica. Iniciativa muito interessante e que deve ser ressaltada, de modo a trazer mudanças na atual sistemática.

Já com relação à luta contra o “juridiquês”, muitas ações foram propostas, como a campanha para simplificação da linguagem jurídica desenvolvida pela AMB¹¹⁵⁴ (Associação dos Magistrados Brasileiros), em 2005, além do Projeto de Lei Complementar n. 7.448/06¹¹⁵⁵, apresentado pela ex-deputada federal Maria do Rosário, barrado no Senado Federal em 2010. Sobre o projeto de lei acima referenciado, pretendia este que as sentenças fossem elaboradas com linguagem mais clara, simples e objetiva, a fim de que as partes de um processo pudessem entender as decisões do juiz. Embora tivesse sido aprovado em 2010 pela Câmara dos Deputados, não teve prosseguimento devido à aprovação do projeto do Código de Processo Civil, o qual ainda mantém a linguagem.¹¹⁵⁶

1152 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini e DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 422.

1153 BRASIL. Matéria publicada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/vocabulario_juridico/entendendo_a_linguagem_juridical/. Acesso em: 13 ago. 2014.

1154 BRASIL. Matéria publicada no site da Associação dos Magistrados do Brasil. Disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques. Acesso em: 14 out. 2020.

1155 DE CARVALHO, Luiz Gonzaga Brandão. *A democracia da palavra no Judiciário – Juiz e justiça*. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/site/modules/noticias/Noticia.mtw?id=2760>. Acesso em: 14 out. 2020.

1156 BRASIL. Portal do Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/guerra-contra-o-2018juridiques2019-pode-levar-a-mudancas-em-projetos-de-lei>. Acesso em: 14 out. 2020.

Portanto, a busca por uma acessibilidade maior, do que vem sendo decidido pelo mundo jurídico, é algo imprescindível face ao atual cenário brasileiro, especialmente ao aproximar a todos, indistintamente das noções básicas do direito, especialmente em razão da necessidade que muitos têm, de obter uma resposta jurisdicional, e nem sempre conseguem ter acesso a isso, por não terem uma noção, ainda que mínima, do assunto ou local onde possa obter uma resposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, tudo que foi apresentado, nesta pequena abordagem, busca apenas ventilar um debate, que será fundamental para o próprio amadurecimento e crescimento desta nova etapa do direito brasileiro, com a apresentação de um diploma processual, que busca inovar em diversos pontos.

A inserção, agora de forma clara, da mediação no cenário processual brasileiro, pela Lei n. 13.140/15, se mostra relevantíssimo para o próprio desenvolvimento de novas formas de se pensar a solução dos problemas, especialmente quando se trata das ações envolvendo o direito de família.

Relevante destacar e louvar os juristas que apresentaram o projeto do Código de Processo Civil, bem como os legisladores que mantiveram um capítulo exclusivo acerca das ações de família, relevando a importância que tal assunto assume, especialmente nos dias de hoje em que as mudanças de certos conceitos têm se mostrado muito vividos, especialmente face às recentes mudanças de paradigmas da sociedade pós-moderna.

Por isso que do espanto inicial acerca da não obrigação de entrega da contrafé, nas ações envolvendo o direito de família. Tal disposição tem seu ponto positivo (de tentar facilitar a realização de um acordo entre as partes), e negativo (ao não dar conhecimento ao requerido acerca dos fatos e dos direitos alegados na inicial, num verdadeiro efeito surpresa). Ocorre que é importante esta mudança, de modo a tentar trazer uma outra realidade ao direito brasileiro, capaz de apresentar novas propostas, que visem uma outra análise do direito, a partir de novos pontos de vista.

Daí a relevância que a mediação tem, ao trazer uma nova análise do direito, a partir de uma óptica distinta das que se está habituado, o que pode ser extremamente valioso, desde que bem trabalhado, de uma forma séria, que possa fazer com que o direito se aproxime ainda mais do cotidiano das pessoas, materializando assim o preceito do acesso à justiça, tão almejado pelo novo código, que busca uma mudança no atual cenário nacional, aliada à utilização de palavras de fácil compreensão por todos os envolvidos dos diálogos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini e DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1979.

BRAGA NETO, Adolfo. *Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2014.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105/15. Brasília: Senado, 2015.

_____. *Estratégia na Advocacia – site relacionado a assuntos atuais jurídicos*. Disponível em: <https://www.estrategianaadvocacia.com.br/artigos2.asp?id=156#.UnG-bBhTtdg>. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *Matéria publicada no site da Associação dos Magistrados do Brasil*. Disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *Matéria publicada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/vocabulario_juridico/entendendo_a_linguagem_juridica/. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. O Brasil e o Direito – site sobre assuntos jurídicos. Disponível em: <http://obrasileodireito.blogspot.com.br/>. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Portal do Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/guerra-contra-o-2018juridiques2019-pode-levar-a-mudancas-em-projetos-de-lei>. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/guerra-contra-o-2018juridiques2019-pode-levar-a-mudancas-em-projetos-de-lei>. Acesso em: 14 out. 2020.

CRESPO, Mariana Hernandez. *Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão*. In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

DE CARVALHO, Luiz Gonzaga Brandão. *A democracia da palavra no Judiciário – Juiz e justiça*. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/site/modules/noticias/Noticia.mtw?id=2760>. Acesso em: 14 out. 2020.

DE FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. *Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação*. In: CASELLA, Paulo de Borba; DE SOUZA, Luciane Moessa (coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. In: *Revista eletrônica de direito processual civil - REDP*. Rio de Janeiro, v. V. janeiro-junho 2010. Disponível em: http://www.redp.com.br/edicao_05.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

DE QUEIROZ, Pedro Gomes. *O procedimento especial das ações de família e a mediação no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24102149_o_procedimento_especial_das_acoes_de_familia_e_a_mediacao_no_projeto_do_novo_codigo_de_processo_civil.aspx. Acesso em: 14 out. 2020.

DE SOUSA, Luciane Moessa. *Mediação de conflitos e o novo código de processo civil*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação enquanto política pública de restauração da cidadania*. In: DA COSTA, Marli Marlene Moraes; RODRIGUES, Huga Thamir (orgs.). Direito e políticas públicas. Curitiba: Multideia, 2011.

GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. *A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça*. In: *Publicatio Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*. v. 20, n. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa: UEPG, 2012.

JUNIOR, Ricardo Pereira. *Os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania*. In: DE TOLEDO, Armando Sérgio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). Estudos avançados de mediação e arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela. *Mapping mediation: The risks of riskin's grid*. v. 71. Harvard Negotiation Law Review, 1998.

LIMA, Ari. *Abaixo o jurídiquês*. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/artigo181709-1.asp>. Acesso em: 14 out. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: DE TOLEDO, Armando Sérgio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná. *As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar da sustentação destas novas entidades familiares*. <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>
Acesso em: 14 out. 2020.

MARTÍN, Nuria Belloso. *El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. In: WALD, Arnaldo. (coord.). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 03, setembro – dezembro 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acesso em: 14 out. 2020.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *E a justiça aqui tão perto? – as transformações no acesso ao direito e à justiça*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>. Acesso em: 14 out. 2020.

PRESAS, Inmaculada García. *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Lisboa: Juruá, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O tempo do processo e o tempo da mediação*. In: Revista eletrônica de direito processual civil - REDP. Rio de Janeiro. v. VIII. julho - dezembro 2011. Disponível em http://www.redp.com.br/edicao_08.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA. Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1, São Paulo: Atlas, 2013.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos* In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

Honorários advocatícios sucumbenciais, Súmula 519 do STJ e Fazenda Pública

Luís Renato P. A. F. Avezum¹¹⁵⁷

Introdução:

O presente estudo tem por objetivo analisar a regra insculpida na Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça, bem como a forma como vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário nas demandas em que a Fazenda Pública figura como parte.

Trata-se de matéria de grande relevância não apenas teórico-doutrinária, mas, principalmente, prática, uma vez que, ao se fazer interpretação literal da redação da referida Súmula, chegar-se-á a conclusão que não condiz com a *ratio decidendi* que lhe deu origem.

A jurisprudência, a nosso sentir, ainda não se debruçou totalmente na análise da aplicação da Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça nas execuções em que a Fazenda Pública litiga como parte (executada), incorrendo, muitas vezes, na aplicação da referida regra sumular sem maiores cuidados, o que enseja, sem a menor dúvida, incoerência sistêmica com o Código de Processo Civil.

Evidente, portanto, a relevância da matéria ora abordada.

II – Cumprimento de Sentença em face da Fazenda Pública:

O Código de Processo Civil de 2015, dentre suas inovações, trouxe o sincretismo processual também para as demandas em que a Fazenda Pública figura como parte, principalmente para a fase de cumprimento de sentença por quantia.

Com efeito, a legislação processual civil, quanto ao sincretismo processual¹¹⁵⁸, está em constante atualização, mas, até o Código de Processo Civil de 2015, as

¹¹⁵⁷ Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito. Membro do CEAPRO - Centro de Estudos Avançados de Processo e do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Professor de Direito Previdenciário na Escola Paulista de Direito. Advogado Sócio da Advocacia Sandoval Filho. Contatos: luisrenato@sandovalfilho.com.br;

¹¹⁵⁸ “No CPC de 2015, contudo, não há mais espaço para entender a aplicação rígida daquele princípio [da autonomia]. Pelo contrário, importa colocar em relevo ser cada vez mais frequente que as atividades jurisdicionais voltadas ao *reconhecimento* do direito desenvolvam-se *sucessivamente* e, muitas vezes, *concomitantemente*, às atividades direcionadas à *concretização* do direito. Não é equivocado, por isto mesmo, dar destaque a um princípio oposto ao da autonomia, que norteia a tutela jurisdicional executiva, o “princípio do sincretismo”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3º Volume. 9ª Edição. Editora Saraivajur. 2020. Página 99).

execuções por quantia em face do Poder Público exigiam um processo a parte, conforme previsto no artigo 730, do CPC/1973¹¹⁵⁹.

Neste sentido:

“Assim, é correto entender que os arts. 534 e 535 limita-se a disciplinar o *procedimento* a ser observado em decorrência do art. 100 da CF para que a Fazenda Pública *pague* o que deve em virtude de decisão judicial. E, nesse ângulo de análise, o art. 534, procedimentalizando a sistemática de pagamento derivada da Constituição, aprimora (e muito) os (absolutamente insuficientes) arts. 730, 731 e 741 do CPC de 1973, eliminando, a um só tempo, dúvidas sobre a aplicabilidade da Lei n. 11.232/2005 às execuções movidas em face da Fazenda Pública e harmonizando essa especial forma de prestação da tutela jurisdicional executiva às novidades propostas desde o Anteprojeto e acolhidas na versão final do CPC de 2015.

Isso porque não há como deixar de reconhecer que, a despeito das profundas reformas pelas quais o CPC de 1973 atravessou nos anos 2000, a “execução contra a Fazenda Pública” acabou sendo olvidada, verdadeiramente deixada de lado. Os arts. 730, 731 e 741 do CPC de 1973, com efeito, acabaram por se mostrar, na perspectiva infraconstitucional, absolutamente insatisfatórios e totalmente anacrônicos com relação às técnicas que, especialmente com aquele diploma legislativo, foram incorporadas ao Código anterior, máxime se levada em conta a dualidade de regimes de prestação de tutela jurisdicional executiva, quando fundada em título *judicial* e quando prestada em título executivo *extrajudicial*, derivada, como fecho do ciclo de evolução do direito processual civil brasileiro, por aquele

¹¹⁵⁹ “Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 8.213, de 1991) (Vide Lei nº 9.469, de 1997) (Vide Lei nº 9.494, de 1997)”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm.

diploma legal, na linha o que se sustentavam as edições anteriores deste *Curso*.”¹¹⁶⁰

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a prever também uma fase de cumprimento de sentença por quantia em face da Fazenda Pública, sem a necessidade de instauração de outro processo (o de execução) e de nova citação da Fazenda Pública “para opor embargos”.

Agora, pela regra prevista no artigo 535, do Código de Processo Civil, a Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, em querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução. Trata-se da execução *in simultaneo procesu*, nas palavras de Araken de Assis¹¹⁶¹.

Não pairam dúvidas de que o procedimento de cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública está mais simplificado.

Ao lado dessa novidade, surgem questionamentos acerca da aplicabilidade da regra concernente à fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença por quantia em face da Fazenda Pública ou apenas ao se julgar a impugnação ao cumprimento de sentença ou em ambas as situações. Este será o objetivo crucial do presente artigo.

III – Honorários na fase de cumprimento de sentença por quantia:

Nas demandas entre particulares, em fase de cumprimento de sentença por quantia certa, prevê o artigo 523, do Código de Processo Civil, que o executado será intimado para pagar o débito no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. Porém, não sendo realizado o pagamento do débito, este será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

“Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do

¹¹⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3º Volume. 9ª Edição. Editora Saraivajur. 2020. Página 494/495.

¹¹⁶¹ ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. Volume II, Tomo I. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.”¹¹⁶²

Caso não haja o pagamento voluntário, de fato, iniciar-se-ão os atos executivos e expropriatórios dos bens do devedor, momento em que serão devidos honorários ao advogado, em virtude da sua atuação na fase de cumprimento de sentença.

Neste sentido, a par da regra expressa no Código de Processo Civil, verifica-se que a fixação dos honorários advocatícios, além de ter por objetivo remunerar o advogado pelo trabalho desenvolvido, fundamenta-se no princípio da causalidade¹¹⁶³.

Com efeito, não é razoável aceitar-se que aquele que teve seu direito lesado e fora obrigado a socorrer-se ao Poder Judiciário tenha ainda mais prejuízo com o pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios.

Cândido Rangel Dinamarco, neste sentido, afirma que “a vitória processual de quem tem razão deixaria de ser integral quando tivesse de suportar gastos para vencer”¹¹⁶⁴, estando na mesma situação aquele que não tinha nenhuma obrigação, mas é acionado judicialmente, inexistindo motivo justo, portanto, para que este tenha que desembolsar valores a arcar com o custo do processo.

O executado/devedor, ao não adimplir a obrigação no prazo legal, dá causa à instauração da fase executiva propriamente dita, devendo arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais referentes à esta fase processual.

Por outro lado, o executado/devedor pode quitar o débito no prazo de 15 (quinze) dias, conforme previsto no artigo 523, do Código de Processo Civil, ou, ainda, pode, “antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo”, conforme prevê o artigo 526, do Código de Processo Civil. A

¹¹⁶² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 24/11/2020.

¹¹⁶³ <https://emporiiodireito.com.br/leitura/principio-da-causalidade-x-principio-da-sucumbencia-a-necessaria-distincao-para-a-necessaria-complementacao-1>. Acesso em 24/11/2020.

¹¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Volume II, 6. ed. [S.I.]: Malheiros, 2009. p. 650.

depende da postura do exequente/credor, não haverá condenação do executado ao pagamento de honorários sucumbenciais na fase executiva¹¹⁶⁵.

Entretanto, as regras previstas nos artigos acima mencionados, como cediço, aplicam-se unicamente às demandas entre particulares.

Daí, surge-se o primeiro questionamento: são devidos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública?

A resposta é afirmativa, sendo necessário, contudo, fazermos alguns esclarecimentos.

Quando se fala em Fazenda Pública deve-se entender como a Administração Pública em juízo¹¹⁶⁶, e, por representar o erário público, são previstas algumas prerrogativas, dentre as quais a forma de pagamento de seus débitos, que ocorre de forma diferenciada.

Com efeito, os valores devidos pela Fazenda Pública são pagos mediante Precatório¹¹⁶⁷ ou Requisitório de Pequeno Valor¹¹⁶⁸. A depender do caso concreto, se Precatório ou Requisitório de Pequeno Valor, haverá, sim, fixação de honorários logo na fase inicial do cumprimento de sentença.

Esta diferenciação, a nosso sentir, não tem sido observada concretamente pelos Tribunais, levando-se a aplicação errônea e indiscriminada da Súmula 519 do STJ, situação esta que merece atenção.

Isto porque, a regra prevista no artigo 85, §§ 1º e 7º do Código de Processo Civil, bem como no artigo 1º-D, da Lei Federal nº 9.494/97, não deixam margem para dúvidas quando afirmam que, em fase de cumprimento de sentença por quantia em face da Fazenda Pública, deverão ser fixados honorários advocatícios na hipótese em que o pagamento não se faça por precatório, mas, sim, por RPV (Requisitório de Pequeno Valor).

¹¹⁶⁵ Se efetuado o pagamento integral por parte do devedor (artigo 523, *caput*, do CPC) ou se o credor não se opuser ao valor depositado pelo devedor (artigo 526, § 3º, do CPC), não haverá qualquer condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais referentes à fase executiva.

¹¹⁶⁶ “A *Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. [S.I]: Malheiros, 2011, p. 780).

¹¹⁶⁷ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.” http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24/11/2020.

¹¹⁶⁸ Nos termos do artigo 100, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, os Entes Federados poderão definir o que são “obrigações como de pequeno valor”, levando em consideração a capacidade econômica, tendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.”

[...]

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública **que enseje expedição de precatório**, desde que não tenha sido impugnada.”¹¹⁶⁹

“Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.”¹¹⁷⁰

Significa dizer que, nos cumprimentos de sentença em que se requer crédito via RPV, independentemente de haver ou não impugnação, devem ser fixados os honorários advocatícios.

Tanto o artigo 85, §7º, do Código de Processo Civil, quanto o artigo 1º-D, da Lei Federal nº 9.494/97, vedam a fixação de novos honorários advocatícios nas execuções não impugnadas. Entretanto, esta regra aplica-se apenas às hipóteses em que a Fazenda Pública estiver submetida ao regime de Precatório.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 420.816/PR, declarou incidentalmente a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que, como afirmado, incluía o artigo 1º-D à Lei Federal nº 9.494/97, bem como conferiu-lhe interpretação conforme de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, mas, excluiu a aplicação do artigo 1º-D, da Lei Federal nº 9.494/97 às execuções definidas em lei como de pequeno valor (Art. 100, § 3º, da Constituição Federal).

“**Ementa** I. Recurso extraordinário: alínea "b": devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004).

¹¹⁶⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 24/11/2020.

¹¹⁷⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm. Acesso em 24/11/2020.

II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505).

III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa.

IV. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º).¹¹⁷¹

Neste sentido também é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS PELA METADE EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NÃO IMPUGNADO. ART. 90, § 4º, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA. ART. 85, § 7º, DO CPC/2015. NORMA INCOMPATÍVEL COM A SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS EM EXECUÇÃO SUJEITA À EXPEDIÇÃO DE RPV. RECURSO NÃO PROVIDO.

¹¹⁷¹ STF, Plenário, Recurso Extraordinário 420.816-4/PR, Ministro Relator Carlos Velloso, Ministro Relator para o acórdão Sepúlveda Pertence, Julgamento em 29/09/2004.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a previsão do § 4º do art. 90 do CPC/2015 se aplica aos cumprimentos de sentença não impugnados, total ou parcialmente, pela Fazenda Pública.
2. Da análise sistemática do diploma legal, verifica-se não haver espaço para a incidência da norma em comento no cumprimento de sentença, pois a aplicação de dispositivos legais relativos ao procedimento comum nos procedimentos especiais e no processo de execução é expressamente subsidiária, nos termos do parágrafo único do art. 318 do Código de Ritos.
3. Com relação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, há previsão específica de isenção de honorários em caso de ausência de impugnação, qual seja, o § 7º do art. 85 do CPC/2015. Portanto, o próprio Código de Processo Civil rege a hipótese de ausência de impugnação, não havendo que se cogitar a aplicação de outra disposição normativa de forma subsidiária.
4. Por outro lado, deve-se ressaltar que a previsão legal é incompatível com o procedimento de execução ao qual está sujeita a Fazenda Pública, por não haver possibilidade de adimplemento simultâneo da dívida reconhecida, ante a necessidade de expedição de Precatório ou Requisição de Pequeno Valor.
5. Não assiste razão à parte recorrente em pretender obter o mesmo benefício dos particulares. Primeiro, porque os entes públicos já possuem prerrogativas constitucionais e legais que os colocam em situação favorável em relação aos particulares. Segundo, porque o art. 90, § 4º, do CPC/2015 não se aplica ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, tendo em vista a existência de norma específica que isenta o executado do pagamento de honorários, em caso de pagamento voluntário do débito no prazo legal de 15 (quinze) dias (art. 523, caput e § 1º, do CPC/2015).
6. Esta Corte firmou jurisprudência de que são devidos honorários em execuções contra a Fazenda Pública relativas a

quantias sujeitas ao regime de Requisições de Pequeno Valor (RPV), ainda que não haja impugnação. Precedentes.

7. Recurso especial a que se nega provimento.”¹¹⁷²

“PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 85, § 1º, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. PAGAMENTO POR RPV. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

1. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que são devidos honorários advocatícios nas execuções contra a Fazenda Pública, ainda que não embargadas, quando o crédito está sujeito ao regime da Requisição de Pequeno Valor - RPV.

2. Agravo Interno não provido.”¹¹⁷³

“(…)

Em se tratando de execução por quantia certa de título judicial contra a Fazenda Pública, a regra geral é a de que somente são devidos honorários advocatícios se houver embargos. É o que decorre do art. 1º-D da Lei 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

2. A regra, todavia, é aplicável apenas às hipóteses em que a Fazenda Pública está submetida a regime de precatório, o que impede o cumprimento espontâneo da prestação devida por força da sentença. Excetuam-se da regra, portanto, as execuções de pequeno valor, de que trata o art. 100, § 3º, da Constituição, não sujeitas a precatório, em relação às quais a Fazenda fica sujeita a honorários nos termos do art. 20, § 4º do CPC. Interpretação conforme à Constituição do art. 1º-D da Lei

¹¹⁷² STJ, REsp 1664736/RS; Ministro Relator Og Fernandes, Julgamento em 17/11/2020.

¹¹⁷³ STJ, AgInt no AREsp 1461383/PR; Ministro Relator Herman Benjamin, Julgamento em 19/09/2019.

9.494/97, conferida pelo STF (RE 420816, relator para acórdão Min. Sepúlveda Pertence).

(...).”¹¹⁷⁴

Logo, tratando-se de crédito a ser requisitado via RPV, sempre serão devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, independentemente do oferecimento ou não de impugnação pela Fazenda Pública.

Por outro lado, em se tratando de crédito a ser requisitado Precatório, a situação é diversa, não havendo fixação de honorários advocatícios só pelo início da fase de cumprimento de sentença, exatamente pelo fato de ser vedado o adimplemento voluntário do débito por parte da Fazenda Pública¹¹⁷⁵. Neste caso, somente serão devidos honorários se houver impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do artigo 85, § 7º, do CPC.

Ocorre, contudo, que a regra insculpida na Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça é rígida, prevendo que, em sendo rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios. Mas, apesar da sua redação, existe uma lógica jurídica que deve ser observada.

Neste sentido, conforme exposto na introdução do presente estudo, ao se fazer interpretação literal da redação da referida Súmula, chegar-se-á a conclusão que não condiz com a *ratio decidendi* que lhe deu origem, o que ora se passa a expor.

IV – Súmula 519, do STJ:

A Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁷⁶ prevê que, em sendo rejeitada a impugnação à execução, não são devidos honorários sucumbenciais.

Analisando-se o precedente¹¹⁷⁷ que deu origem à Súmula ora em comento, colhe-se do voto do Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, que “mostra-se consentânea com o princípio [da causalidade] a fixação de honorários no cumprimento da sentença, porquanto a **inércia** do vencido deu causa à instalação de um novo procedimento executório, muito embora nos mesmos autos. Porém, aviando o executado a sua

¹¹⁷⁴ STJ; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 648.477/RS; Ministro Relator Teori Zavascki; Julgamento: 18/08/2005.

¹¹⁷⁵ Em razão de previsão constitucional, quando se tratar de precatório, não pode haver adimplemento voluntário, uma vez que o pagamento se faz, obrigatoriamente, pela ordem cronológica de apresentação dos precatórios, regra esta que não se aplica quando se trata de RPV, conforme prevê o § 3º, do artigo 100, da Constituição Federal.

¹¹⁷⁶ “Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios”.

¹¹⁷⁷ REsp 1134186 RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2011, DJE 21/10/2011.

impugnação, restando vencido a final, não se vislumbra nisso causa de instalação de nenhum outro procedimento novo, além daquele já aperfeiçoado com o pedido de cumprimento de sentença”.

Significa dizer que, a fixação de honorários em favor do exequente/credor deve ocorrer apenas no início da fase de cumprimento de sentença, de modo que o objetivo da referida Súmula é evitar o *bis in idem*, ou seja, uma dupla fixação de honorários, uma ao se iniciar a fase de cumprimento de sentença, outra ao se rejeitar a impugnação à execução.

Ora, se já foram fixados honorários advocatícios logo no início da fase de cumprimento de sentença, caso seja apresentada impugnação e esta seja rejeitada, não haverá nova fixação de honorários em favor do exequente/credor.

Esta, no nosso entendimento, é a *ratio decidendi* do julgamento supramencionado que deu origem à Súmula 519, ou seja, evitar-se dupla fixação de honorários em fase de cumprimento de sentença.

Em alguns julgados, essa diferenciação tem sido observada pelo Poder Judiciário:

“(…)

Nesses termos, caberá a sua fixação nas hipóteses do § 1º do art. 85, salvo quando o cumprimento se der contra a Fazenda Pública para expedição de precatório e não tenha sido impugnada, oportunidade na qual incide o disposto no § 7º do art. 85.

Assim, tomando como base o disposto na legislação de regência, a partir do momento que transcorre o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, torna-se necessário o requerimento para a execução forçada, oportunidade na qual ocorre a imposição de novos honorários para remuneração do advogado constituído.

Nessa ordem, consoante entendimento pacífico no âmbito do STJ, "são devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada" (Súmula 517, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 02/03/2015).

Conforme os procedimentos estabelecidos, ao ser informado do descumprimento da decisão judicial, o juízo intimará o réu para que cumpra a decisão no prazo de 15 dias.

Decorrido este prazo sem que a obrigação seja cumprida, inicia-se, automaticamente, novo prazo de 15 dias, esse contabilizado em dobro nas hipóteses de existência de mais de um executado, cada qual representado por advogados distintos e de escritórios de advocacia distintos. (art. 525, § 3º), para que o executado apresente impugnação ao cumprimento de sentença.

(...).”¹¹⁷⁸

Quando se trata, portanto, de cumprimento de sentença em face do devedor particular (leia-se, em não sendo Fazenda Pública), a aplicação da Súmula 519 do STJ não gera maiores dúvidas.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença por quantia, em não ocorrendo o pagamento voluntário, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. Caso seja apresentada impugnação ao cumprimento de sentença e esta seja rejeitada, não serão devidos novos honorários, pois estes já foram fixados logo no início da fase de cumprimento de sentença.

Entretanto, a aplicação da Súmula 519 do STJ em cumprimentos de sentença por quantia em face da Fazenda Pública ganha outros contornos, os quais não têm sido observados totalmente pelos Tribunais.

Com efeito, conforme já exposto acima¹¹⁷⁹, em se tratando de crédito a ser requisitado via RPV, é cabível a fixação de honorários no início da fase de cumprimento de sentença, sendo este (cumprimento de sentença) impugnado ou não. Por outro lado, tratando-se de crédito a ser requisitado via Precatório, somente serão devidos honorários caso haja impugnação.

Diante disso, como se pode aplicar a Súmula 519 do STJ sem se fazer a devida distinção? Trata-se de crédito a ser requisitado via RPV ou Precatório? Houve impugnação ou não?

Estas questões devem ser perquiridas pelo Magistrado para se dar a correta aplicação da norma jurídica, sob pena de se fazer tábula rasa da *ratio decidendi* do

¹¹⁷⁸ STJ, Recurso Especial Nº 1.859.220/MS, Ministro Relator Marco Buzzi, Julgamento em 02/06/2020.

¹¹⁷⁹ Item III do presente artigo.

juízo que deu origem à Súmula 519 e, como consequência, deixar-se de fixar honorários em prol do advogado do exequente/credor, que, como cediço, em demandas em face da Fazenda Pública atua por anos até o efetivo pagamento do crédito¹¹⁸⁰.

Neste ponto, o presente estudo tem por objetivo trazer uma proposta para a interpretação a ser dada à Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça, para as demandas em que a Fazenda Pública figure como executada, principalmente diante das normas processuais referentes aos honorários advocatícios introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Não se trata de proposição quanto a inaplicabilidade ou revogação tácita da referida Súmula, mas de proposição para sua devida interpretação e correta aplicação.

Pois bem. Considerando-se que:

- 1) Em se tratando de crédito a ser requisitado via RPV, aplica-se a regra de fixação de honorários no cumprimento de sentença com base no artigo 85, §1º, do CPC, devendo haver fixação dos honorários advocatícios no início do cumprimento de sentença;
- 2) Em se tratando de crédito a ser requisitado via Precatório, aplica-se a regra de fixação de honorários no cumprimento de sentença com base no artigo 85, §7º, do CPC, devendo haver fixação dos honorários advocatícios apenas e tão somente ao se julgar a impugnação ao cumprimento de sentença, seja esta acolhida ou rejeitada;

Conclui-se que a correta aplicação da Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça, nas demandas em que a Fazenda Pública figure como parte, deve levar em consideração a forma de requisição do crédito, se RPV ou se Precatório, bem como levar em consideração se, em sendo RPV, foram fixados os honorários logo no início do cumprimento de sentença.

Caso seja RPV e tenham sido fixados honorários na fase de cumprimento de sentença, em sendo apresentada impugnação pela Fazenda Pública que venha ser rejeitada, não serão devidos novos honorários ao advogado do exequente/credor.

¹¹⁸⁰ A título de exemplificação, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo está efetuando o pagamento dos precatórios de ordem cronológica de 2004, ou seja, 16 anos de moratória.

Caso seja RPV e não tenham sido fixados honorários na fase de cumprimento de sentença, em sendo apresentada impugnação pela Fazenda Pública que venha ser rejeitada, serão devidos novos honorários ao advogado do exequente/credor.

Caso seja precatório, em sendo apresentada impugnação pela Fazenda Pública que venha ser rejeitada, serão devidos novos honorários ao advogado do exequente/credor.

Esta é, a nosso sentir, a interpretação que se deve dar à Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça para as demandas em que a Fazenda Pública figure como executada/devedora, sob pena de se negar vigência às regras previstas nos §§ 1º e 7º, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos, portanto, que é plenamente possível aplicar-se a regra insculpida na Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça nas demandas em que a Fazenda Pública figure como executada. Porém, para não se incorrer em negativa de vigência ao artigo 85, §§ 1º e 7º, do Código de Processo Civil, mister se faz levar em consideração a *ratio decidendi* do julgamento que deu origem à referida súmula.

Entendemos que a lógica jurídica da Súmula 519 do STJ é de evitar o *bis in idem*, isto é, a dupla fixação de honorários, uma ao se iniciar a fase de cumprimento de sentença, outra ao se rejeitar a impugnação à execução.

Por isso, em se tratando de RPV, deve o Magistrado, ao julgar e rejeitar a impugnação ao cumprimento de sentença, verificar se houve prévia fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais quando do início da fase de cumprimento de sentença (em se tratando de RPV). Caso tenham sido fixados, não haverá nova fixação. Caso não tenham sido fixados, deverão ser fixados ao se rejeitar a impugnação.

Por sua vez, em se tratando de Precatório, por não ser possível a fixação prévia de honorários advocatícios sucumbenciais na fase de cumprimento de sentença, caso seja apresentada impugnação e esta venha a ser rejeitada, deverão ser fixados honorários em favor do advogado do credor/exequente, não se incorrendo em dupla fixação de honorários, que é o objetivo precípuo da Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça.

Esperamos, com o presente estudo, trazer à tona a necessidade de se interpretar corretamente a Súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração sempre a lógica jurídica existente e principalmente a *ratio decidendi* do julgamento que lhe deu origem.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. Processo Civil Brasileiro. Volume II, Tomo I. Editora Revista dos Tribunais. 2015

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869. Brasília: Congresso Nacional, 11 de janeiro de 1973. Disponível em www.planalto.gov.br.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105. Brasília: Congresso Nacional, 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 420.816-4/PR – Distrito Federal. Relator: Ministro Relator Carlos Velloso, Ministro Relator para o acórdão Sepúlveda Pertence, Julgamento em 29/09/2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1664736/RS – Distrito Federal. Relator: Ministro Og Fernandes, Julgamento em 17/11/2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1461383/PR – Distrito Federal. Relator: Ministro Herman Benjamin, Julgamento em 19/09/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 648.477/RS – Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki; Julgamento: 18/08/2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1134186 RS – Distrito Federal. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Julgamento em 01/08/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.859.220/MS – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Buzzi, Julgamento em 02/06/2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 3º Volume. 9ª Edição. Editora Saraivajur. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Volume II, 6. ed. [S.I]: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37. ed. [S.I]: Malheiros, 2011.

“Princípio da Causalidade X Princípio da Sucumbência: a necessária distinção para a necessária complementação” – <https://emporiiodireito.com.br/leitura/principio-da-causalidade-x-principio-da-sucumbencia-a-necessaria-distincao-para-a-necessaria-complementacao-1>.

O refinamento da ratio decidendi do precedente judicial no tempo: o caso da impenhorabilidade do bem de família do fiador a partir dos posicionamentos do STJ e do STF.

Victor Vasconcelos Miranda¹¹⁸¹ - Lygia Helena Fonseca Bortoluci¹¹⁸²

INTRODUÇÃO

O estudo que se propõe parte da análise de um julgamento paradigmático do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação urbana residencial e o processo de construção deste *precedente judicial* vinculante.

Após esta análise, passa-se ao estudo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (“STF”) sobre o assunto, considerando inclusive à peculiaridade fática relativa à *destinação* da locação urbana para fins de definição da (*im*)penhorabilidade do bem de família do fiador. Afinal, será que as *razões de decidir são idênticas*? Como é que a *norma do precedente evolui* diante de contextos fáticos similares, mas materialmente distintos?

ANÁLISE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STJ E DO STF ACERCA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

O acórdão paradigmático do STJ está registrado sob o n. 1.363.368-MS e foi afetado sob o Regime dos Recursos Especiais Repetitivos, Tema n. 708, pelo qual se decidiu pela *legitimidade da penhora sobre o imóvel do fiador que foi apontado no contrato de locação como garantidor da obrigação locatícia, conquanto seja o imóvel bem de família do fiador*.

É importante trazer um breve panorama do caso para fins da análise da *ratio decidendi* do precedente e o processo de acomodação da norma do precedente. O processo que foi afetado para julgamento pelo STJ sob o regime dos recursos repetitivos, em sua origem, dizia respeito a uma ação de cobrança de aluguéis e

¹¹⁸¹ Doutorando em Direito. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela PUC/SP. Especialista em contratos típicos e atípicos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Direito Imobiliário Estruturado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Professor do curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da COGAE/PUC/SP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (IBRADIM) e da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP. Advogado. E-mail: victor.miranda@pacaembu.com

¹¹⁸² Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogada. E-mail: lygia.bortoluci@nelmadvogados.com.

encargos locatícios promovida no do Mato Grosso do Sul, pela qual o locador pretendia a rescisão do contrato de locação com a determinação do despejo dos réus e pagamento dos alugueis e encargos vencidos, bem como os aluguéis vincendos até a data da desocupação do imóvel.

Após o trânsito em julgado do processo de conhecimento, o locador, recorrente no STJ, iniciou a fase de cumprimento de sentença, procedendo com a penhora de imóveis do executado e fiador, que apresentou exceção de pré-executividade, alegando que o imóvel não poderia ser penhorado porquanto se tratar de bem de família.

O juiz de primeiro grau declarou a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, fundamentando sua decisão à luz do entendimento jurisprudencial do STF e do STJ sobre o tema.

Inconformado com a determinação da penhora, o fiador interpôs agravo de instrumento para o TJMS, argumentando, em síntese: (i) impenhorabilidade do bem, porque consubstanciado em seu único imóvel; (ii) a utilização do imóvel para moradia de sua família. Ademais, aduziu que haveria (iii) infringência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, destacou que (iv) não haveria vinculação do TJMS ao julgamento constante da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 612.360/SP, proveniente do RE n. 407.588/AC, que foi utilizado pelo magistrado de primeira instância para declarar a penhorabilidade do imóvel do fiador.

O relator do Agravo de Instrumento no TJMS conheceu do recurso de agravo e deu-lhe parcial provimento, para conceder o efeito suspensivo e declarar que a penhorabilidade do bem de família do fiador gerou manifesto conflito ao direito à moradia, consagrado pela CF/88¹¹⁸³.

Diante desta situação, o recorrente – *locador* – manejou recurso especial, alegando divergência jurisprudencial com os acórdãos do STJ e do STF. O Recurso foi recebido pelo STJ e afetado sob o regime dos recursos especiais repetitivos, para enfrentamento da *questão jurídica* relacionada à *legitimidade da penhora incidente*

¹¹⁸³ Vejamos as razões que utilizou o Des. Relator para condução de seu voto: “I. O Estado-juiz não pode ser conivente com a tentativa de despojar o fiador e sua família do refúgio de sua residência para, mediante expropriação forçada, converter o bem de família em pecúnia, a fim de satisfazer o crédito do locador frente ao afiançado. II. Tal proceder, antes de demonstrar o completo esvaziamento do princípio da solidariedade e a absoluta indiferença com a dignidade do garantidor e sua família, reflete sobreposição de um direito disponível – crédito – sobre um direito fundamental – moradia.”

sobre o bem de família conferido pelo fiador para garantir o contrato de locação, nos termos do art. 3º, VII da Lei n. 8.009/90.

Pois bem. A relatoria do caso ficou sob a presidência do Min. Luís Felipe Salomão, que determinou a afetação do caso e a remessa à 2ª Seção do STJ, nos termos do então vigente art. 543-C do CPC/1973. Neste contexto, a fim de criar um ambiente decisional plural e democrático, facultou a intervenção da ABADI – Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo aos demais interessados.

Interveio como *amicus curiae*, no caso, a ABADI sustentando a legalidade da penhora do imóvel de família do fiador, em função dos graves efeitos que se teria ao mercado imobiliário das locações caso fosse afastada a excussão da garantia do fiador, que voluntariamente ascendeu a esta posição de garante, assim como a importância de observância dos precedentes firmados no STF e também nos diversos julgados do STJ sobre a matéria.

O SECOVI-RJ também solicitou intervenção no feito na qualidade de *amicus curiae* para o fim de defender sua posição institucional consubstanciada na importância de se manter a responsabilidade pela garantia de um contrato de locação com o patrimônio do fiador, em atenção ao *pacta sunt servanda*, a autonomia privada, bem como em razão das consequências *mercadológicas* que adviriam com a declaração de impenhorabilidade do imóvel, tal como constante do acórdão recorrido.

O SECOVI-RJ trouxe em sua manifestação os dados do IBGE sobre os domicílios residências do RJ que estão alugados e garantidos por meio de fiança, com uma interessante análise econômica do que poderia representar ao mercado esta virada de entendimento pelo STJ, caso fosse declarada a impenhorabilidade do imóvel do fiador.

A Associação Gaúcha de Advogados do Direito Imobiliário Empresarial – AGADIE – requereu sua inclusão como *amicus curiae*, trazendo com elementos objetivos dos precedentes do STF e mesmo dos diversos julgados fixados pelo STJ para o fim de que fosse observada a jurisprudência estável que se construía nos Tribunais Superiores. Ademais, sustentou a AGADIE que a declaração de ineficácia da garantia fidejussória do fiador – mediante o livramento do bem de família daquele – se materializaria em ruptura da segurança do mercado de locação, com a burocratização do

processo de locação e engessamento do próprio acesso à moradia, como elemento de fundo social, o qual deveria ser sopesado no processos decisório pelo STJ. Por fim, destacaram que não se apresentaria razoável que o fiador firmasse o contrato ciente desta exceção legal e, depois, diante da inadimplência do locatário, surpreendesse o locador usando como argumento de defesa que se trataria de seu único imóvel e que deveria ser protegido, pois isto significaria dizer que a garantia, em verdade, nada garante.

A Associação das Administradora de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo (“AABIC”), igualmente, interveio no processo no STJ, solicitando que fosse admitida sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*. Em sua narrativa, destacou a força vinculante das decisões judiciais do STF, exaradas no regime de Repercussão Geral, mormente porque declarada a constitucionalidade e ratificada pelo STF, quanto à penhora do bem de família do fiador, nos termos do RE. 612.360, Rel. Ellen Gracie, Julgado em 13/08/2010, em ratificação ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 407.688, Rel. Cezar Peluso, Julgado em 08/02/2006.

O Ministério Público Federal, como fiscal da ordem, sustentou pelo provimento do Recurso para que fosse possível o afastamento da garantia do bem de família, com a consequente determinação de penhora do imóvel do fiador em contrato de locação.

É oportuno considerar que Min. Luís Felipe Salomão não autorizou a intervenção na qualidade de *amicus curiae* da AABIC, AGADIE e mesmo do SECOVI-RJ, argumentando que as informações constantes nos autos eram suficientes; entretanto, determinou que as manifestações ficassem colacionadas aos autos para que fosse possível *influir na formação do julgamento*.

Em que pese a *aparente* contradição da posição adotada pelo Min. Luís Felipe Salomão – que manteve as manifestações daqueles que requereram a intervenção como *amici curiae*, mas não reconheceu a qualidade da intervenção como *amicus curiae* – deve registrar que as informações provenientes da intervenção das associações foram utilizadas também como elementos determinantes à conclusão que se adotou no julgamento do caso.

Observa-se que a postura adotada pelo Min. Luís Felipe Salomão, conquanto tenha mantido nos autos as manifestações dos *intervenientes*, não nos parece adequada, já que o *procedimento* dos repetitivos dirige-se justamente à formação de um

contraditório participativo, com a ampliação do debate por meio da intervenção dos *amicus curiae* para formação de um padrão decisório vinculante.

É que o *amicus curiae* consiste importante figura nesta relação jurídico-processual que incrementa e qualifica o processo de construção de uma resposta jurisdicional universalizável. Assim, deveria ter sido permitido o ingresso dos intervenientes no feito na qualidade de *amicus curiae* como mecanismo de garantia da própria democratização do processo e o reconhecimento de um processo criativo e aberto, especialmente quando se está trabalhando sobre a lógica de um sistema de precedentes judiciais. De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, o que enseja a intervenção do *amicus curiae* é justamente:

a circunstância de ser ele, desde o plano material, legítimo portador de um ‘interesse institucional’, assim entendido aquele que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por seguimentos sociais mais ou menos bem definidos¹¹⁸⁴.

Cassio Scarpinella Bueno enfatiza ser o mencionado “*interesse institucional*” critério indispensável que deve justificar a admissibilidade dessa espécie de intervenção de terceiros, o que se atendia no caso concreto:

O chamado “interesse institucional” autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão *fora* do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar. Neste sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de *legitimação* da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 503.

¹¹⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160-167.

A importância da dilatação do contraditório participativo e a necessidade de se fazer presente o *amicus curiae* nos âmbitos dos Tribunais Superiores a fim de trazer à discussão as diversas perspectivas acerca da matéria controvertida é manifesta.

Por isso, ganha importância a paridade e a pluralidade de perspectivas que são postas para o colegiado formar o quadro decisório com o maior volume de informações possível, a fim de que seja construída uma *correta* decisão que será espelhável nos casos futuros.

A qualidade e a completude do debate, bem como a pluralidade e a representação qualificada de sujeitos processuais intervenientes, são essenciais na *formação do padrão decisório excelente*. Por isso, é fundamental a intervenção dos *amici curiae*¹¹⁸⁶.

Veja-se que o “*argumentos, dados ou elementos que contribuirão para a prolação de uma melhor decisão, permitindo ao juízo examinar adequadamente todas as nuances da questão, ponderando vários pontos de vista*”¹¹⁸⁷, o que efetivamente se verificou com as manifestações apresentadas que trouxeram importantes elementos jurídicos, econômicos e sociais para a análise da questão jurídica envolvendo a penhorabilidade ou não do bem de família do fiador nas relações locatícias.

É digno de nota destacar que o *amicus curiae* tem sua intervenção justificada na medida em que amplia o contraditório participativo no tribunal fornecendo informações ou esclarecimentos quanto à questão posta em juízo que transcende aos interesses dos particulares, com o intuito de influenciar a convicção dos julgadores mediante o aprimoramento do debate dialógico.

Os precedentes judiciais têm como objetivo, como visto, projetar segurança jurídica aos jurisdicionados, para que possam calcular suas condutas e as consequências destas. Em função disso é que se exige que o processo de construção da norma jurídica – *ratio decidendi* – nos tribunais seja qualificado na sua formação, o que envolve, necessariamente, a dilatação do contraditório e o redimensionamento das responsabilidades e faculdades das partes e terceiros que intervenham na relação

¹¹⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2; procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 515.

¹¹⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Assistência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In: AURELLI, Arlete Inês, et al (coords.) *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: Estudos em homenagem a Thereza Alvim*, São Paulo: RT, 2014. p. 4

processual dirigida à construção de padrões decisórios dotados de uma credibilidade diferenciada.

E isso se dá porque a intervenção qualifica o procedimento uma maior completude argumentativa, bem como pela representação adequada dos interesses que podem ser atingidos, na construção de respostas jurisdicionais universalizáveis¹¹⁸⁸. Por isso, pareceu-nos desacertada a postura adotada pelo Min. Luís Felipe Salomão, que indeferiu a intervenção dos *amici curiae* no Recurso Especial processado sob o regime dos repetitivos.

Pois bem. O STJ avançou no julgamento do Repetitivo para o fim de consolidar a jurisprudência que já vinha se firmando no STF e mesmo no próprio STJ, a fim de que fosse mantida a *exceção à impenhorabilidade legal do imóvel dado em garantia pelo fiador no contrato de locação*.

O acórdão do STJ tratou da questão sob o crivo da constitucionalidade declarada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário em Repercussão Geral n. 612.360, Min. Rel. Ellen Gracie, Julgado em 13/08/2010, em ratificação ao julgamento do Recurso Extraordinário 407.688, Min. Rel. Cezar Peluso, Julgado em 08/02/2006, bem como, em consonância, com a firme jurisprudência do STJ quanto à possibilidade de penhora do imóvel do fiador no âmbito do contrato de locação que houvera funcionalizado a garantia fidejussória em favor do locador.

Assim, consolidou-se no âmbito do STJ que, conquanto subsista a regra da impenhorabilidade do bem de família, em função do que prevê o art. 1º da Lei n. 8.009/90, existem algumas exceções; dentre estas, a de que a execução vertida em face do fiador em contrato de locação imóvel urbano para fins residenciais, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90.

Aliás, deve-se registrar que o STF declarou a constitucionalidade desta exceção à regra, em razão do sopesamento de direitos de igual envergadura constitucional, mormente diante da Emenda Constitucional n. 26/2000, que inseriu o direito fundamental à moradia no texto constitucional.

¹¹⁸⁸ Em sentido semelhante, destacando uma ampliação do debate por meio do *amicus curiae* e audiências públicas na tutela dos direitos daqueles que não estão presentes na relação processual, Cf.: “(...) o importante, portanto, para que se garanta a legitimidade constitucional da eficácia vinculantes dos padrões decisórios não é que todas as pessoas participem do processo, *mas que todos os tipos de interesse que podem ser atingidos pelo padrão decisório a ser formado estejam no processo*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 236).

Oportuno destacar que foi a partir deste julgamento que, mais adiante, o STJ editou em outubro de 2015, a súmula n. 549, *in verbis*: “*é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação*”. Assim, a controvérsia que subsistia sobre a penhorabilidade ou não imóvel do fiador em contrato de *locação urbana residencial*, parece-nos haver sido resolvida no âmbito dos tribunais superiores.

Entretanto, a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador parece ganhar novos contornos quando se trata de contrato de *locação urbana comercial*.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 605.709/SP¹¹⁸⁹, cuja relatoria foi do Min. Dias Tofolli, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, levantou novamente o debate acerca da constitucionalidade do dispositivo da Lei n. 8.009/90 e decidiu, por maioria dos votos, *afastar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador quando se tratar de locação comercial*. Em decisão, portanto, contrária ao anterior posicionamento firme do próprio STF.

Veja-se, pois, que este posicionamento do STF vai ao encontro quanto restou fixado no RE 612.360, Min. Rel. Ellen Gracie, *oportunidade em que se reconheceu a possibilidade de constrição do bem de família do fiador*.

No julgamento do RE n. 605.709/SP, os ministros sopesaram os direitos em aparente rota de colisão: o *direito de crédito do locador de imóvel empresarial* e o *direito à moradia do fiador*, para o fim de impedir a constrição do bem de família do fiador, neste caso específico de locação urbana para fins comerciais.

Neste Recurso Extraordinário, que teve a repercussão judicial reconhecida, o Subprocurador-Geral da República, Odim Brandão Ferreira, opinou pelo provimento do recurso extraordinário, sustentando que direito à moradia é resguardado constitucionalmente, devendo, pois, o judiciário defender sua manutenção.

Em que pese os argumentos trazidos pelo parecer ministerial, o Min. Dias Tofolli afirmou que nem o art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, nem mesmo os precedentes que embasaram a decisão recorrida fazem qualquer *distinção acerca da natureza do contrato de fiança*, daí porque *não haveria amparo jurídico* apto a alterar o posicionamento já consolidado da Suprema Corte.

¹¹⁸⁹ Recurso Extraordinário 605.709, de Rel. Min. Dias Tofolli, Julgado em 12/06/2018.

Assim, o Min. Rel. Dias Toffoli proferiu voto no sentido de reconhecer a legalidade da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação comercial, reafirmando o quanto entendido no RE 612.360/SP, afetado sob o regime dos Recursos Especiais Repetitivos, em 2006. Para o Min. Dias Toffoli não haveria distinção material entre os casos capaz de justificar tratamento diferenciado pelo poder judiciário.

Os recorrentes, então, interpuseram agravo regimental para que o recurso fosse julgado pelo Colegiado. Nesse sentido, houve pedido de vista pelo Min. Roberto Barroso, sob o argumento de que só haveria respaldo jurídico para defesa da possibilidade da penhora de bem imóvel de família do fiador caso se tratasse de locação destinada à moradia, *fato este que, diferentemente do acórdão paradigma, não se verifica no caso concreto*. Portanto, se consubstanciaria numa distinção fática potencialmente capaz de alterar a conclusão jurídica que foi alcançada pelo STF no passado.

O Min. Roberto Barroso retomou a discussão acerca do juízo de ponderação entre os direitos envolvidos na discussão sobre a (im)possibilidade de penhora do fiador de imóvel comercial. Enquanto na locação de imóvel residencial houve confronto entre o direito de moradia do locatário *versus* direito de moradia do fiador, aqui há confronto entre o direito de moradia do fiador *versus* o direito à livre iniciativa do locatário, ambos constitucionais. Segundo o Min. Roberto Barroso:

O valor constitucional contraposto, Vossa Excelência tem razão, não é o direito de moradia. Porém, a lógica de baratear o custo da fiança, na locação residencial, também se aplica, ao baratear o custo da locação, na locação comercial, porque não temos de pensar no grande empresário. Há pequenos empreendedores que também precisam de fiador para a locação, aliás, esses são os que mais precisam. Portanto, em última análise, a gente penalizaria o pequeno empresário em favor de um fiador que assumiu espontaneamente uma obrigação. Por essas razões, eu me convenci de que também deveria se aplicar à locação comercial a mesma lógica, embora eu seja capaz de intuir o sentimento de Vossa Excelência, de que direito de moradia não tem o mesmo status de livre iniciativa, conquanto ambos sejam valores constitucionais.

No entanto, o Min. Roberto Barroso parece ter superado as reflexões que o fizeram pedir vistas do processo, mormente porque apresentou voto acompanhando o

relator Min. Dias Tofolli, sustentando que a *fundamentação jurídica* do precedente também é cabível para os contratos de locação comercial, visto que, *muito embora não compreende direito à moradia do locatário*, abrange seu direito à livre iniciativa, ambos resguardados por normas de ordem constitucional. Assim, a distinção fática relativa à destinação da locação (residencial ou comercial) não seria suficiente para afastamento da *rule* do caso paradigma.

Em *sentido contrário* se posicionou a Min. Rosa Weber, que *abriu divergência* ao afirmar que o bem de família do fiador não pode ser sacrificado em prol da satisfação de um crédito do locador do *imóvel comercial* ou mesmo para estimular a livre iniciativa.

A ministra defendeu que sujeitar à constrição ou alienação forçada do único bem imóvel do fiador gera uma situação de extrema disparidade e desproporcionalidade de tratamento dispensada ao locatário e ao fiador. Afirmou que permitir a penhora, nessa hipótese, seria ofender frontalmente *a dignidade da pessoa humana, a proteção à família* (arts. 1º, III, e 226, *caput*, da CF) e o *princípio da isonomia*.

Neste diapasão, concluiu que o *núcleo decisório* que orientou o julgamento do paradigma julgado pelo STJ no Regime dos Recursos Especiais Repetitivos e mesmo pelo próprio STF, não permitem que se chegue às mesmas conclusões quando se trata de imóvel comercial, assim como reiterou que os argumentos favoráveis à liberdade contratual e a autonomia do fiador não podem infringir *“os limites estabelecidos em normas de ordem pública, de natureza cogente, voltadas à promoção de outros valores constitucionalmente protegidos”*¹¹⁹⁰.

Em seu voto, destacou que embora haja coincidência – *aparente* – entre os fatos discutidos nos casos para atrair a aplicação do precedente judicial firmado pelo STF no passado e recentemente no STJ, no julgamento do repetitivo em 2014, a *ratio decidendi* outrora construída não deve ser aplicada no caso concreto porque se tratam

¹¹⁹⁰ Nesse sentido: *“A imposição de limites à penhora de certos bens constitui conquista civilizatória, endereçada a assegurar o mínimo existencial. Admitir penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, em nome da promoção da livre iniciativa, redundaria, no limite, em solapar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas.”* (voto da Min. Rosa Weber no Recurso Extraordinário 605.709, de Rel. Min. Dias Tofolli, Julgado em 12/06/2018).

de situações fático-jurídicas distintas¹¹⁹¹, que desautorizam a importação da *norma do precedente* para o caso em julgamento, que versa sobre locação comercial.

A ministra considerou que se trata de uma *distinção material relevante*¹¹⁹² o fato de que o *tipo* de locação que se está tratando no caso em julgamento versa sobre imóvel destinado para fins comerciais e não residencial, tal como consta do acórdão paradigma.

Uma vez que a locação é destinada para fins residenciais e a locação do caso em julgamento é comercial, não haveria o preenchimento do suporte fático da *norma do precedente* do caso paradigma capaz de justificar a sua incidência no caso concreto.

Portanto, reputou a Min. Rosa Weber que se estava diante de um fato materialmente relevante à identificação da *ratio decidendi* do precedente a *destinação* da locação urbana para fins de aplicação ou afastamento do precedente.

É que não obstante se tratem ambos os contratos de locação urbana, o fato de serem destinados a propósitos diferentes afasta a aplicação das *razões de decidir* outrora sedimentada pelo STF e ratificadas pelo STJ. É uma distinção bastante que impede a automatização do raciocínio legal de aplicação do precedente invocado pelo Min. Dias Toffoli.

Isso porque, no contexto ora avaliado, são protagonistas da controvérsia judicial o *direito à livre iniciativa*, prestigiado no art. 1º, *caput*, da CF e o *princípio geral da atividade econômica*, previsto no art. 170, parágrafo-único, da CF¹¹⁹³. Sobre o direito à livre iniciativa econômica privada, acerca do assunto José Afonso da Silva:

¹¹⁹¹ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40. No. 2. (Dec.,1930) p. 169

¹¹⁹² Sobre *material facts* e a importância destes para correta aplicação da *ratio decidendi*: SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009, p.55

¹¹⁹³ “20. No caso de locação de imóveis comerciais, portanto, a possibilidade de eventual penhora do bem imóvel dos fiadores, ao conferir uma garantia mais robusta ao locador, serve como meio de viabilizar concretamente o exercício da livre iniciativa do locatário. 21. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador – que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito – impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis.” (voto do Min. Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 605.709, de Rel. Min. Dias Toffoli, Julgado em 12/06/2018).

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. [...] É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário¹¹⁹⁴.

Outrossim, doutro lado, tem-se o direito à moradia. Logo, tratando-se locações voltadas a objetivos *materialmente distintos*, mormente porque vertidos ora à proteção da livre iniciativa; ora, voltados à proteção do direito à moradia, necessário que se faça um juízo de *distinguishing* entre os casos – *paradigma e caso em julgamento* – para externalizar soluções jurídicas diferentes, já que não se está diante de uma situação materialmente idêntica, o que afasta a aplicação da *norma do precedente*¹¹⁹⁵.

Com efeito, a veiculação da *distinção* no caso concreto não representou, por si, uma rejeição à norma do precedente anteriormente firmado. Pelo julgamento realizado não existe o reconhecimento de *erro na norma do precedente* invocado, mas tão-somente que a regra do precedente é inaplicável ao caso em julgamento¹¹⁹⁶. A autoridade do precedente é resguardada, mantendo-se íntegra, para àqueles casos em que esteja diante de contrato de locação residencial.

Sob o mesmo ponto de vista, acompanhou a divergência inaugurada pela Min. Rosa Weber, o Min. Marco Aurélio, sustentando a impossibilidade de aniquilação de um direito fundamental (*moradia*) em benefício da livre iniciativa. Também votou com a divergência o Min. Luiz Fux, no sentido da impenhorabilidade do bem de família do fiador quando se tratar se contratos de locação para fins comerciais, sendo este fato materialmente distinto daquele outro julgamento que se debruçou o STF, razão pela qual as *razões de decidir* não se aplicariam no caso em julgamento.

¹¹⁹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 767-768.

¹¹⁹⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford law review*. v. 39. 1987. p. 594.

¹¹⁹⁶ “In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law” (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of precedent*. London: Cambridge University Press. 2008, p.114).

A NORMA DO PRECEDENTE E O REFINAMENTO DA RATIO DECIDENDI À LUZ DO JULGAMENTOS DO STJ E STF.

No sistema de precedentes judiciais, em que pese haver a incidência do modelo subsuntivo – enquanto aplicação da *norma jurídica (precedente) sobre seu suporte fático* – não se opera com precedentes por meio de *automatização*¹¹⁹⁷. Isto é, a operacionalização de precedentes judiciais não é uma atividade mecânica de preenchimento da *fattispecie*. Isto se dá porque a norma do precedente contém um suporte fático para sua incidência mais elástico e flexível do que as regras positivadas.

É que a *ratio decidendi* é decorrente de um contínuo processo de reconstrução e ressignificação¹¹⁹⁸. Não é possível tarifar de antemão todas as significações comportadas pelo *texto* do precedente. É que texto e norma não se confundem e esta é produto da interpretação dos elementos textuais e extratextuais nucleares do caso precedente.

Ressalte-se que os fatos considerados relevantes na norma jurídica – *ratio decidendi* – após o recorte do precedente não são mais tidos como simples fatos do caso julgado, mas se *consubstanciam em hipótese fática que é universalizada* com a *ratio decidendi*.

Em outras palavras: a *ratio decidendi* incorpora, de certa maneira, os fatos do caso paradigma em seu núcleo normativo, consubstanciando sua hipótese fática para os próximos julgamentos. Entretanto, isto não quer significar que os *tribunais* e mesmo o CPC/2015 não tenham optado por um *certo* dirigismo na identificação e delimitação da *ratio decidendi* do precedente¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ RE, Edward. D., "stare decisis". *Revista dos Tribunais* | vol. 702/1994 | p. 7 - 13 | Abr / 1994 DTR/2011/5363 p. 3.

¹¹⁹⁸ Cf. trabalhando sobre a lógica do dinamismo do sistema de precedentes: "(...) a relação é dinâmica, de construção do direito e não estática de quem toma os precedentes como um dado do passado a que se repete sem mais" (THEODORO, Jr. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo* | vol. 189/2010 | p. 9 - 52 | Nov / 2010. p.13)

¹¹⁹⁹ Nesse sentido: "(...) If the court does not say *why* the material facts are material, we are left with a statement of facts that can be interpreted at numerous levels of abstraction, and so we are left with no firm notion of what the court held and no way of reliably applying the precedent decision in the future. Only by stating its holding does the court allow subsequent courts actually to rely on (and obey) its holding, for without the statement, the holding could be almost anything at all. But with such a statement, and with our understanding of the central role that such a statement plays in marking the court's holding, the idea of a holding, just like the idea of a *ratio decidendi*, becomes much less mysterious". (SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009, p.55).

Desta maneira, verifica-se a partir dos julgamentos analisados do STJ e do STF que embora os acórdãos aqui analisados abordem, em princípio, uma questão jurídica semelhante, qual seja: *a possibilidade de se penhorar o imóvel de família do fiador nos contratos de locação urbana*; existem peculiaridades fático-jurídicas circunscritas a estes contratos de locação que justificam o tratamento diferenciado pelo judiciário, mormente em atenção à *ratio decidendi* do precedente – dado em contexto de locação urbana residencial – àquela que se está sob julgamento, locação comercial.

Por isso, considerando a distinção materialmente relevante quanto às circunstâncias fáticas e econômicas do contrato de locação, inviável a aplicação automática daquela *ratio decidendi*, que passa por um processo de *refinamento* e adequação a este tipo de situação contratual, em que se concluiu pela impossibilidade de penhora do imóvel do fiador no âmbito de contratos de locação comercial.

Esses dois julgamentos do STJ e do STF apresentam-se como bons exemplos do refinamento da *norma do precedente* com o *tempo*, como um importante mecanismo de aprimoramento e delimitação da *ratio decidendi*, já que a lógica dos precedentes não é a estanqueidade do direito e sua imutabilidade, mas sim a busca pelo equilíbrio entre estabilidade e adaptabilidade, em especial, diante de circunstâncias fático-jurídicas diferentes¹²⁰⁰⁻¹²⁰¹.

O que efetivamente o STF fez no julgamento do RE 605.709/SP foi o reconhecimento da *distinção material* existente em cotejo com o julgamento do STJ no Tema 708 e mesmo com o julgamento feito pelo STF no RE com repercussão geral n. 612.360 em 2010 e RE 407.688 de 2006, adequando a compreensão da *ratio decidendi* para reconhecer a sua inaplicabilidade no caso em julgamento.

Este processo é natural e desejável, desde que feito de forma estruturada pelo tribunal julgador, na exata medida em que o *significado* do precedente não está pronto e acabado quando de sua construção, mas em constante processo de aprimoramento¹²⁰².

¹²⁰⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140

¹²⁰¹ COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo* | vol. 92/1998 | p. 71 - 86 | Out - Dez / 1998 DTR\1998\460 p. 11

¹²⁰² ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California law review*, Los Angeles, vol. 63, nov. 1989. p. 21-24.

Isto quer significar, então, que *ratio decidendi* não estará limitada apenas ao que foi construído no caso precedente, na medida em que existe um contínuo processo de ganho hermenêutico e normativo da *ratio decidendi* nos casos posteriores, tal como no caso concreto em que se identifica uma hipótese materialmente distinta capaz afastar a aplicação da *norma do precedente*¹²⁰³, externalizando que não integra o suporte fático daquela hipótese normativa os contratos de locação comercial, para fins de afastamento da regra da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

É que o julgamento posterior agrega conteúdo à *ratio decidendi* anteriormente formada. Não há a simples interpretação da *norma precedente* antiga, mas o efetivo refinamento da *ratio decidendi*, que ganha novo corpo em virtude do julgamento de um novo caso, como este do STF, alterando seu campo de incidência e a própria hipótese normativa¹²⁰⁴.

Essa questão pode ser verificada diante do que o STF considerou – posteriormente – como fato materialmente relevante para atribuir um tratamento jurídico diverso daquele anteriormente sedimentado a questão de se estar diante de um contrato de locação comercial, em que os valores jurídicos envolvidos são diferentes, pelo que se justifica o afastamento da norma do precedente do STJ que refletia o entendimento do próprio STF firmado em 2006.

Neste particular, aliás, deve-se observar que o STF recentemente tem – reiteradas vezes – se posicionado pela impenhorabilidade do imóvel do fiador no âmbito dos contratos de locação comerciais. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.296.835/SP, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, fora ratificada a impenhorabilidade do imóvel do fiador que não deve ser sacrificado em benefício da livre iniciativa¹²⁰⁵.

¹²⁰³ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 18ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. P. 1501.

¹²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 180.

¹²⁰⁵ STF, Recurso Extraordinário n. 1.296.835/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe. 29.01.2021. Nesse mesmo sentido, a 2ª Turma do STF parece seguir este mesmo posicionamento: RE n. 1.277.481-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 23.11.2020; RE n. 1.276.295, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 6.8.2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise e do recorte feito dos julgamentos do STJ e do STF quanto à impenhorabilidade do imóvel do fiador, pôde-se compreender que, ainda que sob o regime de repetitivos e mesmo de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, o julgamento do caso precedente não exaure as significações potenciais da norma do precedente. A distinção pelo julgador posterior funciona como um *reductor de incerteza* quanto ao campo de atuação da *ratio decidendi*, já que há o refinamento do precedente após a sua formação, como um movimento natural do controle de aplicabilidade dos precedentes.

A compreensão da *norma do precedente* passa pelo processo de amadurecimento da *ratio decidendi*, que sofre acomodações ao longo do tempo. Essas acomodações dão-se em processos de aproximação e distanciamento do precedente judicial vinculante à luz dos novos casos que são submetidos à análise pelo judiciário e, geralmente, operam-se por meio da distinção que é uma ferramenta essencial à correta utilização de um sistema de precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 18ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California law review*, Los Angeles, vol. 63, nov. 1989.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2; procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo* | vol. 92/1998 | p. 71 - 86 | Out - Dez / 1998 DTR\1998\460.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Assistência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In: AURELLI, Arlete Inês, et al (coords.) *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: Estudos em homenagem a Thereza Alvim*, São Paulo: RT, 2014.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of precedent*. London: Cambridge University Press. 2008.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40. No. 2. (Dec.,1930).

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RE, Edward. D., "stare decisis". *Revista dos Tribunais* | vol. 702/1994 | p. 7 - 13 | Abr / 1994 DTR\2011\5363.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford law review*. v. 39. 1987.

_____. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press. 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO, Jr. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo* | vol. 189/2010 | p. 9 - 52 | Nov / 2010.

Variação do recurso no julgamento dos embargos de declaração¹²⁰⁶

Olavo de Oliveira Neto¹²⁰⁷ - Mariana Melo de Carvalho Pavoni¹²⁰⁸ - Pedro Pierobon Costa do Prado¹²⁰⁹

1. Panorama geral dos embargos de declaração no CPC/2015

Os embargos de declaração estão disciplinados pelos arts. 1.022 a 1.026 do CPC/2015, com nítida feição de recurso, seja porque a lei os prevê expressamente como tal (art. 994, IV),¹²¹⁰ seja porque a doutrina predominante lhes atribui à natureza jurídica de recurso.¹²¹¹ Destinam-se “ao esclarecimento ou a integração de decisão recorrida, tornando-a mais clara, mais coesa e mais completa. Também se prestam, de acordo com o inciso III do art. 1.022, a corrigir erros materiais”.¹²¹²

Quanto ao seu objeto, qualquer decisão judicial comporta embargos declaratórios (art. 1.022, *caput*).¹²¹³ Até mesmo um despacho, que não ostenta conteúdo decisório, permite sua utilização, como se dá quando o juiz designa audiência, mas se esquece de indicar o horário em que ela será realizada.¹²¹⁴ Essa ampla recorribilidade apenas encontra resistência na regra do art. 1.026, § 4º, segundo a qual, admitidos dois embargos para impugnar a mesma decisão, sendo considerados protelatórios, impede-se

¹²⁰⁶ Artigo originalmente publicado na seguinte obra: OLIVEIRA NETO, Olavo; PAVONI, Mariana Melo de Carvalho; PRADO, Pedro Pierobon Costa do. *Variação do recurso no julgamento dos embargos de declaração*. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2018, v. 14. p. 277-294.

¹²⁰⁷ **Livre-Docente, Doutor e Mestre pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Mestrado e de Graduação da PUC/SP, do COGAE, da Escola Paulista da Magistratura e de inúmeros cursos de especialização. Professor efetivo da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Ex-professor do programa de doutorado, mestrado, especialização e graduação da ITE-Bauru. Membro do IBDP e do CEAPRO. Vencedor do Prêmio “Professor Nota 10” de 1998. Ex-Procurador do Estado e ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.** Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado e consultor jurídico.

¹²⁰⁸ Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do IBDP. Assistente em regime de “estágio-docente” na PUC-SP. Advogada.

¹²⁰⁹ Doutorando, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do CEAPRO e do IBDP. Membro da Comissão de Estudos em Processo Constitucional do IASP. Assistente em regime de “estágio-docente” na PUC-SP. Advogado.

¹²¹⁰ Essa opção segue a fórmula adotada pelo Regulamento 737/1850 (arts. 639 a 642), no que foi seguida pelo CPC/1939 (arts. 808, V e 862) e pelo CPC/1973 (arts. 496, IV e 535 a 539).

¹²¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 361. Em sentido contrário: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. p. 168.

¹²¹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 735.

¹²¹³ “[...] é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição, a omissão a contradição ou a omissão existente no pronunciamento. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de conhecimento (comum ou especial), de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de irrecurável, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. p. 549).

¹²¹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 599.

uma nova interposição do mesmo recurso pela terceira vez, como mecanismo para coibir o abuso de direito no curso do processo. Nesse caso os novos embargos não operam efeito obstativo, razão pela qual a sua interposição não impede o trânsito em julgado da decisão indevidamente atacada.

Como consequência inerente desse objeto, os embargos declaratórios se voltam à obtenção de um pronunciamento judicial claro, completo, coerente e explícito.¹²¹⁵ Afinal, a tutela jurisdicional prestada de uma maneira defeituosa, com conteúdo contraditório, obscuro ou omissivo, fere o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988 e, conseqüentemente, o direito fundamental de acesso pleno e efetivo à ordem jurídica justa.¹²¹⁶ Por isso, como não se visa reformar ou invalidar a decisão, mas completá-la ou torná-la clara, juntamente com os terceiros interessados qualquer das partes tem interesse para manejá-los, seja o vencedor, seja o vencido.

Trata-se, por seu turno, de um recurso de fundamentação vinculado, ou seja, que somente poderá ser manejado em caso de subsunção às hipóteses de mérito previamente previstas pela lei. Conforme lecionava Paula Baptista, ainda sob a égide do Regulamento 737/1850, eles “só terão logar quando houver na sentença alguma obscuridade, ambigüidade ou contradição, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que devia haver condenação”.¹²¹⁷ Enfim, o seu cabimento está atrelado à alegação de uma das hipóteses restritas previstas em lei, cabendo ao embargante indicar, pelo menos, um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015: a obscuridade, a contradição, a omissão ou o erro material, que assim devem ser compreendidos:

a) obscuridade: consiste na falta de clareza que dificulta a verdadeira inteligência ou a exata interpretação do pronunciamento judicial. O vício a ser corrigido pelos embargos

¹²¹⁵ Os “embargos de declaração têm raízes constitucionais. Prestam-se a garantir o direito que tem o jurisdicionado a ver seus conflitos (*lato sensu*) apreciados pelo Poder Judiciário. As tendências contemporaneamente predominantes só permitiriam entender que este direito estaria satisfeito sendo efetivamente garantida ao jurisdicionado a prestação jurisdicional feita por meio de decisões claras, completas e coerentes *interna corporis*” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 16).

¹²¹⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1444-1445; AURELLI, Arlete Inês. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2011. v. 12. p. 19.

¹²¹⁷ BAPTISTA, Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910. p. 442.

não é exclusivo do dispositivo: pode constar na fundamentação, no dispositivo ou em ambos;¹²¹⁸

b) contradição: é a incoerência que advém da presença de proposições conflitantes entre si, “um autêntico choque entre pensamentos contrapostos e inconciliáveis”¹²¹⁹ na fundamentação, no dispositivo ou entre a fundamentação e o dispositivo;¹²²⁰

c) omissão: ocorre quando o julgador não se pronuncia sobre relevante ponto ou questão suscitado pelas partes (art. 489, § 1º), ou sobre matéria da qual deveria se pronunciar de ofício (art. 141). Há omissão quando o magistrado deixa de apreciar matéria sobre a qual deveria se manifestar, pois a correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda impõe não só o veto a excessos, como também a exigência de inteireza na oferta da tutela jurisdicional – servem os embargos, em resumo, para a correção de decisões *infra petita*; e¹²²¹

d) erro material: é o defeito do pronunciamento judicial, não sujeito à preclusão, que pode ser apontado por qualquer dos personagens do processo e corrigido pelo magistrado de ofício, ou mediante a oposição dos embargos de declaração. Consiste no equívoco ou lapso não intencional perceptível por qualquer homem médio, à primeira vista, sem grades investigações. Há, por assim dizer, uma dissonância flagrante entre a vontade do julgador e a sua exteriorização, isto é, a declaração não corresponde à real intenção do declarante.¹²²²

¹²¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552-553.

¹²¹⁹ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107.

¹²²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 155.

¹²²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 1067-1070.

¹²²² FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 111.

Nos embargos declaratórios, assim como ocorre com outros recursos de fundamentação vinculada, mostra-se tênue a diferença entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, já que em ambas as situações a cognição incide sobre a existência ou não dos mesmos defeitos cuja correção se busca através da interposição do recurso.¹²²³ A distinção entre ambos reside na maneira pela qual o julgador conhece o defeito apontado. No juízo de admissibilidade, assim como se dá no caso do exame das condições da ação, a cognição incide apenas sobre as afirmações de fato e de direito constantes do recurso. Se as alegações do autor, independente da sua veracidade, caracterizam uma obscuridade, uma contradição, uma omissão ou um erro material, então o recurso é cabível. Em um segundo momento, denominado juízo de mérito, “analisa-se o tema de fundo do recurso, ou seja, se efetivamente houve obscuridade, contradição ou omissão. Se tal ocorrer, será dado provimento ao recurso (julgamento de mérito)”;¹²²⁴ ou seja, no juízo de mérito o magistrado deve verificar se esses defeitos efetivamente existem ou não, acolhendo ou negando o pedido formulado.

2. Efeitos integrativo e modificativo dos embargos declaratórios

A função dos embargos é integrar a decisão omissa, esclarecer contradições ou obscuridades ou sanar erros materiais, sem que isso, em tese, importe em mudança significativa da decisão integrada, esclarecida ou corrigida, a qual se mantém na sua essência. Esse recurso não visa e “não tem eficácia de provocar alterações substanciais no *decisum*. Eliminam-se contradições, suprem-se lacunas de motivação, mas o *decisum* permanece o mesmo. O vencido deve continuar vencido e o vencedor, vencedor”.¹²²⁵

Daí resulta a sempre presente feição integrativa dos aclaratórios, de complementação ou aperfeiçoamento do *decisum*, tornando-se dele uma parte integrante. A decisão proferida nos embargos não goza de autonomia e não substitui a decisão embargada, Pelo contrário, integra-a e com ela forma um só todo decisório.¹²²⁶ Desse modo, não se admite que se recorra separadamente da decisão embargada e da

¹²²³ Por vezes, um juízo de não admissibilidade é tratado como “um juízo de não provimento de recurso, proferido como resultado de cognição exauriente (certeza) quanto à inexistência do fundamento invocado na decisão. O juízo de inadmissibilidade é um juízo definitivo, de certeza quanto à inviabilidade do provimento do recurso, muitas vezes por razões de mérito; já o juízo de admissibilidade envolve sempre um juízo de viabilidade – possibilidade, não em tese, mas diante do caso – de que aquele recurso se dê provimento” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 56-57).

¹²²⁴ LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 191.

¹²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179.

¹²²⁶ MIRANDA, Vicente. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 85.

decisão dos embargos declaratórios, ainda quando, excepcionalmente, se chegue a alguma modificação de o que fora anteriormente decidido.¹²²⁷ Além disso, os embargos passam a ostentar uma feição infringente, isto é, modificativa da essência do julgado, como efeito reflexo da sanção de algum vício indicado pelo embargante.¹²²⁸

A manutenção incólume da conclusão advinda de pronunciamento judicial incompleto ou contraditório, quando esses vícios fundamentam decisões juridicamente equivocadas, viola o art. 5º, XXXV, da CF/1988 e, acima de tudo, o Modelo constitucional do processo civil.¹²²⁹ No mais, a atribuição de efeitos infringentes, longe de ser a regra geral do sistema, encontra amparo legal no art. 494, II, do CPC/2015, o qual autoriza o juiz a alterar a sentença, depois da sua publicação, pelo julgamento dos embargos de declaração.

Porém, a infringência do julgado não deve ser o seu pedido principal, mas apenas uma consequência do provimento do recurso, sob pena de caracterizá-lo como mero pedido de reconsideração.¹²³⁰ Deve-se justificar a modificação da decisão como uma consequência lógica e necessária da correção de um erro material evidente, do suprimento de uma omissão ou ainda da extirpação de dada contradição.¹²³¹

Ao lado da onipresente função integrativa, os embargos podem variar, quanto ao seu resultado, conforme o caráter que ostentem: *a)* são explicativos, quando em nada modificam o sentido da decisão proferida; *b)* infringentes ou modificativos, quando alteram o sentido da decisão embargada. E assim, é possível que os embargos sejam providos – com a sanção do vício alegado (efeito integrativo) –, sem que haja alteração substancial do conteúdo da decisão embargada.¹²³²

¹²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 1083.

¹²²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1350-1351.

¹²²⁹ Sobre a concepção do Modelo constitucional do processo civil: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patricia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Verbatim, 2015. v. 1. p. 71-74; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45 e ss.

¹²³⁰ “Nesses casos, o que o embargante busca é abertamente a substituição de um *decisum* por outro, com inversão da sucumbência – ou seja, ele busca uma nova decisão que faça do vencido o vencedor e do vencedor um vencido. Não é mais afastar contradições, nem mesmo apreciar o não apreciado. É reapreciar o já apreciado, decidindo de novo o já decidido, com a esperança do embargante por uma decisão favorável, que substitua a desfavorável” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-182). Há julgados nesse sentido: STJ, 2ª Turma, EDcl-AgRg- AREsp 628.770/PR, rel. Ministro Og Fernandes, j. 21.09.2017, p. 27.09.2017.

¹²³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de processo civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015. p. 2.122-2.123.

¹²³² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patricia Elias Cozzolino de.

Essa diferenciação entre efeitos integrativos e infringentes é que permite cogitar o ressurgimento do princípio da variação no CPC/2015, em especial na hipótese que, sob a égide do CPC revogado, havia se tornado comum na prática forense, consistente na interposição de recurso contra decisão monocrática de relator, sob a roupagem de embargos declaratórios, quando, na realidade, o embargante postulava reforma ou invalidação mediante a concessão de efeitos infringentes aos embargos, de maneira reflexa ou direta. Agora, admissível agravo interno de qualquer decisão monocrática, caso o recorrente veicule a sua pretensão através de embargos de declaração, por força do disposto no art. 1.024, § 3º, o recurso pode ser recebido como agravo interno, situação que merece ser analisada para que seja definido se pertence à seara da fungibilidade ou se constitui variação do recurso.

3. Variação e fungibilidade

Uma das alterações mais relevantes promovidas pelo CPC/1973 foi à profunda reforma pela qual passou o sistema recursal, então muito complexo e dúbio, a começar pela definição dos pronunciamentos judiciais em razão de sua finalidade, promovida pelo art. 162 e explicada na Exposição de Motivos do Código (capítulo V, n. 26-34).¹²³³ Com isso, buscava-se uma maior precisão quanto à natureza do pronunciamento judicial e, por consequência, uma redução quase que completa da margem de dúvida quanto à espécie de recurso cabível em uma determinada situação concreta.

Isso se deu porque, na vigência do CPC/1939, os pronunciamentos judiciais eram categorizados pelo seu conteúdo, critério também definidor da sua recorribilidade, o que gerava incontáveis incertezas de ordem prática.¹²³⁴ Para tentar minimizar as consequências negativas desse modelo o Código adotava expressamente os princípios da fungibilidade (art. 810)¹²³⁵ e da variabilidade (art. 809),¹²³⁶ de modo a não prejudicar

Curso de direito processual civil: tutela executiva e tutela recursal. São Paulo: Verbatim, 2017. v. 3. p. 795-796.

¹²³³ “Na exposição de Motivos ao CPC/73, existe expressa menção ao princípio da fungibilidade, adotado pelo código revogado, e, ainda, ao fato de o novo diploma haver simplificado sobretudo o sistema recursal (itens 31 a 33). Dessa maneira, deflui daquela exposição a ilação de que o novo código [CPC/73] não teria necessitado repetir a regra do CPC/39, já que pareceria não haver dúvida quanto ao cabimento e adequação dos recursos” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. Ed. São Paulo: RT, 2014. p. 149).

¹²³⁴ FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 158-159.

¹²³⁵ CPC de 1939. Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou de erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

¹²³⁶ CPC de 1939. Art. 809. A parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso.

a parte pela dificuldade em identificar qual meio impugnativo era o adequado para atacar o pronunciamento contra o qual se insurgia o recorrente.¹²³⁷

Distintos em sua essência, os fenômenos da variação e da fungibilidade guardavam relação direta com o princípio da unirecorribilidade (princípio da singularidade ou da unicidade), segundo o qual “cada decisão jurisdicional desafia seu contraste por um e só por um recurso”,¹²³⁸ sendo vedada “a interposição concomitante de mais de um recurso para o atingimento de uma mesma finalidade”,¹²³⁹ embora o impedimento ao exercício cumulativo dos recursos, desde o CPC/1939, não se constituísse uma regra absoluta, excepcionado que era no caso “de recurso de revista e de recurso extraordinário; e isto porque assim dispõe o art. 808, § 2º, do Cód. de Processo Civil”.¹²⁴⁰ Atualmente, a unicidade recursal cede na interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário (art. 1.031), bem como na de embargos declaratórios e de qualquer outro recurso (art. 1.024, § 4º).

Pelo imperativo da adequação recursal, a impugnação das decisões judiciais deve ocorrer pelo recurso apropriado, ou seja, aquele indicado pela lei, adequado, cabível à espécie de decisão a se atacar. Em princípio, não se admitirá recurso inadequado ou incabível. O princípio da fungibilidade (art. 810 do CPC/1939) rompeu com esse formalismo excessivo ao admitir “o conhecimento de recurso inadequado, se o engano na interposição não se macular de má-fé ou erro grosseiro”, ou seja, desde que não tenha “havido má-fé ou erro grosseiro na interposição de um recurso por outro, será êle admitido, conhecido e decidido como se fôsse o recurso adequado. Condição, entretanto, de sua admissibilidade é que tenha sido interposto no prazo do recurso cabível”.¹²⁴¹

Assim restou voz corrente que a fungibilidade incide no caso de dúvida objetiva sobre qual é o recurso adequado, prestigiando-se o conteúdo em detrimento da forma.

¹²³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 148-149.

¹²³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 707.

¹²³⁹ Idem.

¹²⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 4. p. 60-61.

¹²⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1965. v. 3. p. 97. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. p. 170. “[...] a parte sem má-fé ou erro grosseiro interpõe um recurso cabível, [e] o juiz *ad quem* converte-o no recurso apropriado, mandando processá-lo devidamente (art. 810)”.

Em outros termos, desde que presentes os requisitos exigidos, quando interposto o recurso não adequado para impugnar determinada modalidade de pronunciamento judicial, deve o tribunal conhecê-lo da mesma forma como faria se fosse ele o recurso cabível na espécie. Troca-se o errado pelo certo: “o Tribunal poderá, então, conhecer do recurso, como se tivesse sido interposto o cabível no caso, sem necessitar converter o julgamento em diligência, para o recorrente corrigir o êrro de interposição”.¹²⁴²

Já o princípio da variação encontra suas origens no direito brasileiro, no Regulamento 737/1850 (art. 734).¹²⁴³

Embora todo recurso tenha a sua própria oportunidade e encontre fundamento em razões que a própria lei indica, o legislador autorizou a substituição (variação) de um pelo outro, no prazo legal, mediante a oportuna desistência de um deles, sob pena de se induzir à ineficácia de ambos.¹²⁴⁴ São válidos os ensinamentos de De Plácido e Silva sobre o tema:

O recurso é remédio, assim, que tem o seu tempo. E atende, precìpuaente, à prescrição legal. Nem antes, nem depois. No justo momento. Daí não ser lícito a qualquer requerer ou indicar recurso, sem que a terapêutica jurídica o mostre como eficaz. Nem o pedir em excesso, quando somente lhe cabe utilizar, de cada vez, e uma exclusivamente, o que a própria lei aconselha. É o princípio consagrado no art. 809, que sintetiza a teoria em voga, embora, ali, se permita variar de recurso, desde que dentro do prazo que a lei o faculta. Não serão, nesse caso, dois recursos ao mesmo tempo. Mas, a desistência de um, e o uso de outro, que o substitui, desde que oportuna ainda a sua interposição. Assim a lei admite a substituição, que

¹²⁴² SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de Processo Civil interpretado*: arts. 782 a 881. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. 9. p. 187.

¹²⁴³ Regulamento 737/1850. Art. 734. Não é lícito às partes usar ao mesmo tempo de dous recursos contra a mesma decisão; mas poderão variar de recurso dentro do termo legal.

¹²⁴⁴ PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência* (arts. 745 a 843, § 2º). Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 33. p. 2332; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1965. v. 3. p. 96.

se faz razoável e se processa no prazo, em que a sua utilização não se mostre intempestiva. Era preceito consignado anteriormente (reg. 737, art. 734). Por êsse modo, o prazo legal, dentro do qual o recurso possa ser variado ou substituído, deve ser entendido como aquê dentro do qual, por determinação legal, se possa utilizar do recurso, que se deseja intentar, em substituição ao que, primeiramente, se interpôs. Sendo assim, se o prazo do novo recurso já se mostra esgotado, a variação ou substituição do recurso se torna inoportuna e não pode ser admitida.¹²⁴⁵

Em suma, a variabilidade recursal, como faculdade processual, acarretava a obrigatória renúncia – expressa ou tácita – do recurso anteriormente utilizado, em atenção ao princípio da unirrecorribilidade.¹²⁴⁶ Permitia-se à parte que havia interposto um determinado recurso substituí-lo por outro, isso por iniciativa própria e desde que ainda não estivesse vencido o prazo legal do novo recurso.¹²⁴⁷ Situação bastante diversa em sua essência, portanto, daquela que se dava e que ainda se dá por conta da fungibilidade recursal, em que resta autorizado o recebimento de um recurso como se fosse outro quando não detectado erro grosseiro ou má-fé, em homenagem à instrumentalidade das formas.¹²⁴⁸

4. Variação dos embargos declaratórios em agravo interno no CPC/2015

A atuação monocrática do relator se ampara nos princípios da celeridade e da economia processual. Já o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição¹²⁴⁹ e o

¹²⁴⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 782 a 917). 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 5. p. 84.

¹²⁴⁶ Idem.

¹²⁴⁷ AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*: arts. 808 a 1052. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 4. p. 13. Ao procurar coordenar os arts. 809 e 810, Jorge Americano encontrou a seguinte possibilidade de contradição prática entre eles: “o recorrente serve-se de um recurso para o qual tem o prazo de 10 dias; ao fim de seis dias, verificando ter errado, quer variar de recurso, mas o art. 809 lho impede, porque o segundo recurso deveria ter sido interposto no prazo de cinco dias. Assim, ele que já descobriu seu erro e não pode concertá-lo porque passou o prazo, silencia, a ver se consegue pleitear para si a boa fé, em que já não está, e a desculpabilidade do erro, segundo o art. 819.”

¹²⁴⁸ CRUZ, João Claudino de Oliveira. *Dos recursos no Código de Processo Civil*: lei; doutrina; jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 20.

¹²⁴⁹ Sobre a compreensão do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional vinculado ao Modelo constitucional do processo civil, que autoriza o reexame da decisão por órgão jurisdicional de mesma instância: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*: tutela executiva e tutela recursal. São Paulo: Verbatim, 2017. v. 3. p. 651-654.

princípio da colegialidade fundamentam a interposição do agravo interno em face de decisões monocráticas proferidas nos tribunais (art. 1.021), ou ainda, em se tratando de decisão do presidente ou vice-presidente de tribunal, nas hipóteses do art. 1.030, *caput*, I e III, e § 2º, na redação dada pela Lei 13.256/2016.

Ao estudo interessa a primeira situação, qual seja, o agravo interno interposto contra decisão monocrática do relator que não conheceu do recurso, ou que lhe deu ou negou provimento, ou, ainda, que tenha julgado requerimento de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela, ou resolvido alguma outra questão, *v.g.*, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 932). Nessa seara, consolidou-se a prática de se conhecer dos embargos de declaração como agravo interno por força da pretensão infringente que deles emergia, em nome de alegada incidência dos princípios da fungibilidade e da economia processual.¹²⁵⁰

Essa técnica era exercida em detrimento do próprio embargante, visto que não lhe era ofertado o pleno exercício do contraditório, entendido como a possibilidade de influir eficazmente na formação do convencimento judicial. Aproveitava-se um recurso por outro, sem a possibilidade de o recorrente arrazoá-lo adequadamente à nova situação jurídica, o que praticamente sepultava as chances do seu provimento.¹²⁵¹

Além de o embargante não ter se preparado convenientemente para ver julgado recurso que ainda não interpôs, são inconfundíveis os embargos declaratórios e o agravo interno: *a)* os primeiros são recurso de fundamentação vinculada, enquanto o segundo é recurso de fundamentação livre, ou seja, a matéria arguida nos embargos é enfocada e discutida de maneira muito mais restrita do que aquela a ser apresentada nas razões do agravo interno, o qual admite veicular matérias de fato e/ou de direito aptas a reformar e/ou anular a decisão agravada; *b)* enquanto os primeiros objetivam o esclarecimento, a integração ou a correção de um erro material, o segundo se presta a obter a reforma ou a invalidação da decisão monocrática impugnada no colegiado, caso não haja retratação do relator.¹²⁵²

¹²⁵⁰ STJ, 1ª Turma, EDcl-EDcl-AREsp 65.522/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 22.05.2012, p. 28.05.2012; STJ, 3ª Turma, EDcl-Edcl-Ag 774.467/PR, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 06.04.2010.

¹²⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 1060; ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2016. p. 1639.

¹²⁵² Enfoque crítico a respeito desta “fungibilidade” aplicada pelos tribunais: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa

Com a nova codificação, se a pretensão recursal – correção do defeito apontado nas razões dos embargos declaratórios, a partir da qual seja factível a concessão de efeitos infringentes ao recurso – puder ser apreciada mais adequadamente pela interposição do agravo interno, o relator conhecerá dos embargos declaratórios como agravo interno, mediante a prévia intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as suas razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º (art. 1.024, § 3º).

Então, deve o recorrente expor, especificadamente, as razões com as quais impugna a decisão monocrática atacada, vedando-se a mera reprodução das razões do recurso rejeitado monocraticamente, em observância ao princípio da dialeticidade. Em não sendo reconsiderada a decisão agravada após a manifestação da parte contrária, proíbe-se que o relator se limite a reproduzir os fundamentos da decisão recorrida para julgar improcedente o agravo interno (art. 1.021, §§ 2º e 3º).

Na mesma linha da sistemática trazida pelos arts. 1.032 e 1.033 – procedimento recíproco de conversão de recurso especial em recurso extraordinário –, a decisão do relator que determina a complementação das razões dos embargos não comporta recurso.¹²⁵³

Entretanto, embora autorizada parcela da doutrina entenda que essas conversões decorrem da aplicação do princípio da fungibilidade entre embargos declaratórios e o agravo interno,¹²⁵⁴ e ainda que uma primeira leitura do art. 1.024, § 3º, do CPC, também possa dar ensejo à conclusão de que se está diante do fenômeno da fungibilidade, parece ter havido a repriminção do mecanismo da variação do recurso, mas com algumas

Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015. p. 2121.

¹²⁵³ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 516.

¹²⁵⁴ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Dos embargos de declaração: arts. 1.022 a 1.026. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1188. “Sendo embargada a decisão do relator ou outra decisão unipessoal proferida no tribunal, a competência para julgamento do recurso será do próprio órgão prolator da decisão embargada, que decidirá o recurso também monocraticamente. [...] Consagra o dispositivo legal ora comentado regra expressa autorizadora da aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Poderão os embargos ser conhecidos como agravo interno, caso o órgão julgador entenda ser esse o recurso correto, mas nessa hipótese deverá atribuir ao recorrente o prazo de 5 dias para complementar suas razões recursais, adequando-as às razões de um agravo interno.” No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. Do agravo interno: art. 1.021. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p. 472.

alterações. Senão vejamos:

a) não há dúvida objetiva acerca do recurso interposto. A técnica empregada pelo Código atende à necessidade de ser analisado o pedido de efeitos infringentes dos embargos declaratórios em hipóteses nas quais não há dúvida objetiva sobre o recurso cabível. Com efeito, para que os embargos de declaração sejam conhecidos como agravo interno, basta o entendimento do relator nesse sentido.

O requisito da dúvida objetiva emana de um cenário de incerteza quanto ao recurso adequado, desde que objetivamente demonstrável por divergência doutrinária ou jurisprudencial, isto é, não deve ser fruto da mera insegurança ou do despreparo pessoal do recorrente, mas ser arraigado perante a comunidade jurídica.¹²⁵⁵ No julgamento da questão infringente suscitada nos embargos declaratórios, quando substituídos pelo agravo interno, é incorreto dizer que houve erro escusável da parte, mas um melhor atendimento à conveniência do próprio órgão julgador.

De fato, o defeito apontado nos embargos declaratórios poderá ser conhecido e resolvido em outro recurso – o agravo interno – de maneira mais abrangente, motivo pelo qual a lei autoriza o recebimento dos aclaratórios como agravo interno mesmo quando os primeiros sejam cabíveis para sua eliminação. Por isso, o embargante deverá ser intimado para complementar as suas razões recursais, ajustando-as às exigidas para o agravo interno (art. 1.024, § 3º, *in fine*), transformando tudo em um único recurso.¹²⁵⁶ Pontes de Miranda, após asseverar que, à luz da variabilidade “a interposição não liga o recorrente ao recurso, nem lhe impede outras interposições”,¹²⁵⁷ preleciona que a sua aplicação se concilia “com o fato da pluralidade de recursos. Seria sem sentido, se, em vez do princípio da uni-recorribilidade, existisse o da unicidade de recursos. E êsse não existe no direito brasileiro”.¹²⁵⁸

O Código atual nada mais fez do que aplicar a variação em hipóteses específicas,

¹²⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 475.

¹²⁵⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: tutela executiva e tutela recursal*. São Paulo: Verbatim, 2017. v. 3. p. 806.

¹²⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 808-881. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 5. p. 38.

¹²⁵⁸ *Ibidem*, p. 39.

em substituição à regra geral do art. 809 do CPC/1939 – transformou em regra específica o antigo princípio contido em uma regra geral. Ao fazê-lo, não causa espanto ser do relator a iniciativa para a substituição recursal, já que o princípio da cooperação lhe impõe o dever de aproveitamento do processo sempre que isso for possível, mediante a superação das nulidades ou a correção das irregularidades.

Mas se o juízo pode detectar a necessidade de substituição dos embargos pelo agravo interno e com isso dar ao recorrente a oportunidade de corrigir a forma e complementar as suas razões, então qual seria a razão que justificaria impedir a parte de fazê-lo por iniciativa própria? A preclusão consumativa?

Não teria sentido, em face do princípio da colaboração, permitir que o juiz colaborasse para a boa condução do processo e negar que o recorrente também pudesse fazê-lo. Se agora existe norma que autoriza ao magistrado determinar a “correção” do recurso interposto, então na hipótese não se pode falar na ocorrência de preclusão consumativa. Caso contrário a decisão do magistrado passaria por cima dessa preclusão já consumada e, por consequência, atingiria o próprio direito da parte contrária, que faria jus a pura e simples negativa de seguimento do recurso com fulcro na ausência do pressuposto objetivo da adequação.

b) não há indiferença entre as espécies recursais, porquanto se determina o ajustamento das razões e do pedido recursal ao agravo interno.

O princípio fungibilidade (ou do maior favor) “se prende à teoria da indiferença do recurso, ou teoria do ‘tanto vale’ (*Sowohl-als-auch-Theorie*)”.¹²⁵⁹ Se o julgamento do agravo interno está condicionado à alteração das razões e do pedido, é forçoso concluir que eles não são meios recursais indiferentes e, conseqüentemente, não há fungibilidade propriamente dita.

c) o Código inegavelmente altera o órgão responsável pelo julgamento do recurso, ideia que não se coaduna com o princípio da fungibilidade recursal. Oportuno registrar, sobre esse aspecto específico, a controvérsia existente sobre a incidência do art. 810 do

¹²⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

CPC/1939, quando endereçado recurso à tribunal incompetente.¹²⁶⁰ É competente para julgar os aclaratórios o mesmo órgão que prolatou a decisão embargada.¹²⁶¹ Opostos contra decisão singular do relator ou outra decisão unipessoal proferida no tribunal, o prolator da decisão embargada decidi-los-á monocraticamente (art. 1.024, § 2º) – o órgão singular que proferiu a decisão impugnada detém competência para apreciá-los.¹²⁶² De outra banda, no agravo interno é do colegiado a competência recursal, insuscetível de lhe ser retirada (art. 1.021, *caput*).¹²⁶³

Essa modificação da competência é outro empecilho para que se reconheça a fungibilidade recursal, como resulta do confronto entre os arts. 1.024, § 2º e 1.021, *caput*, do diploma processual.

d) a ausência de menção expressa à variação não é óbice ao seu reconhecimento na atual sistemática processual.

Realmente, não se nega a aplicação da fungibilidade por conta da ausência de sua indicação explícita na lei. Nesse sentido, o Enunciado 104 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “o princípio da *fungibilidade* recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”. Os princípios, por serem normas de ordem geral conformadoras do próprio sistema jurídico, dispensam previsão expressa em textos normativos, para que tenham sua validade e eficácia reconhecida.¹²⁶⁴

No tocante à variabilidade, a sua incidência provém do próprio sistema de conversão de recursos instituído pelo novo Código e a falta de referência expressa no texto não impede que o intérprete identifique a existência do fenômeno processual.

e) ao interpretar a unirrecorribilidade e a variação à luz do art. 809 do CPC/1939, José Frederico Marques pontua que a lei “só proíbe a interposição simultânea de dois ou mais recursos. Não veda, porém, a variação de recursos, pois autoriza expressamente que o sucumbente mude de recurso, se dentro do prazo legal”.¹²⁶⁵

¹²⁶⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 166.

¹²⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...* cit., p. 560.

¹²⁶² ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Primeiros comentários...* cit., p. 1639.

¹²⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...* cit., p. 687.

¹²⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 148.

¹²⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 4. p.

No atual sistema o pressuposto formal da tempestividade é observado, pois o recorrente, intimado a complementar as suas razões recursais para impugnar especificadamente os fundamentos da decisão impugnada, terá o prazo de cinco dias para fazê-lo (arts. 1.021, § 1º, 1.024, § 3º, parte final).

Em virtude disso, a preclusão temporal não impede o reconhecimento da variabilidade. Como sabido, a preclusão consiste na perda ou extinção do direito de realizar um ato processual, a fim de possibilitar o andamento ordenado e coerente do processo.¹²⁶⁶ Na hipótese ora estudada, é a própria lei, mediante atuação do relator, que autoriza a conversão de um recurso em outro distinto, no prazo de cinco dias. Assim sendo, a parte recorrente assume uma nova posição ativa no processo dentro dos limites assinalados pela lei processual para o seu exercício,¹²⁶⁷ noção essa que afasta por completo a incidência da preclusão.

61-62.

¹²⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 302.

¹²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 235-237.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 1.024, § 3º, do CPC/2015, veio a corrigir indevido costume pretoriano de converter, para imediato julgamento, os embargos declaratórios em agravo interno. As espécies recursais são inconfundíveis: os primeiros se voltam a indicar vícios formais previamente determinados em lei (art. 1.022), assumindo feição infringente de modo reflexo e excepcional; o segundo se presta a infirmar os fundamentos da decisão monocrática prolatada no tribunal, com pedido de reforma ou invalidação total ou parcial (art. 1.021, § 2º).

Conquanto as noções de fungibilidade e variabilidade sejam próximas, são em essência diferentes. Nessa técnica de conversão trazida pelo novo Código, houve uma repristinação do mecanismo da variação do recurso, embora por iniciativa de ofício do magistrado (*ope judicis*) e não por iniciativa da parte. O princípio setorial insculpido no art. 809 do CPC/1939 transformou-se, no atual Código, em regra a ser aplicada entre modalidades recursais específicas.

Cogitar-se a incidência do princípio da fungibilidade, na hipótese aqui estudada, não se justifica satisfatoriamente em virtude de: *a*) ausência de dúvida objetiva acerca do recurso interposto; sequer há erro da parte, seja ele grosseiro ou escusável; *b*) diferença entre as espécies recursais, que são inconfundíveis; e, *c*) alteração da competência.

Por outro lado, há elementos para se constatar o ressurgimento do fenômeno da variabilidade recursal, pois: *a*) a ausência de menção expressa à variação não é óbice ao seu reconhecimento, tal qual sucede com a fungibilidade; *b*) não se cogita de intempestividade, visto que deve ser obedecido o quinquídio do art. 1.024, § 3º, do CPC/2015; *c*) como a variação do recurso se dá por determinação do relator, impede-se a incidência da preclusão, já que a nova posição jurídica ativa no processo está dentro dos limites assinalados pela lei processual.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil: arts. 808 a 1.052*. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 4.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Do agravo interno: art. 1.021. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

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

AURELLI, Arlete Inês. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2011. v. 12.

BAPTISTA, Paula. *Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o comercial*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil interpretado: art. 782 a 881*. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. 9.

CRUZ, João Claudino de Oliveira. *Dos recursos no Código de Processo Civil: lei; doutrina; jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 782 a 917)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Dos embargos de declaração: arts. 1.022 a 1.026*.

In: ARRUDA ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 4.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Vicente. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Verbatim, 2015. v. 1.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: tutela executiva e tutela recursal*. São Paulo: Verbatim, 2017. v. 3.

PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência* (arts. 745 a 843, § 2º). Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 33.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 808-881. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 5.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Edição Saraiva. 1966. v. 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1965. v. 3.

SEABRA FAGUNDES, M. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.

Aspectos Processuais da Lei Geral de Proteção de Dados: Impressões Iniciais

Paula Abi-Chahine Yunes Perim¹²⁶⁸ - Matheus Noronha Sturari¹²⁶⁹

Introdução

Mesmo após o início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei n. 13.709/2018, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.853/2019), ainda restam zonas cinzentas e incertezas a respeito de como se dará sua efetiva aplicação.

Já existem diversos questionamentos relacionados à aplicação da Lei no dia a dia e muito material tem sido produzido neste sentido. Por mais que a Lei ainda não esteja em vigor, é possível prever como os sujeitos da Lei deverão se comportar com base nas normas e diretrizes internacionais¹²⁷⁰ e nos diplomas legais atualmente já existentes, como o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) e a Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Em contrapartida, ainda são raras as discussões de cunho processual envolvendo os possíveis litígios advindos das relações submetidas à LGPD, aqui denominados de “contencioso de dados”. Dada a amplitude da esfera de incidência da LGPD, é intuitivo que o assunto em discussão se relaciona com muitas áreas do Direito. Como não poderia deixar de ser, as repercussões da LGPD sob o aspecto processual também são variadas e dificilmente poderiam ser esgotadas em apenas um artigo.

¹²⁶⁸ Graduada pela PUC-SP. Doutoranda em Direito Processual Civil pela USP. Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do CBAR. Membro da Comissão Especial de Arbitragem e Mediação da OAB-SP. Sócia de CMT - Carvalho, Machado e Timm Advogados. E-mail: pchahine@cmtlaw.com.br

¹²⁶⁹ Graduado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Especialização em Direito dos Contratos pela Escola Paulista de Direito – EPD. Especialização em Law & Economics pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Detentor da certificação internacional Certified Information Privacy Manager (CIPM) pela International Association of Privacy Professionals (IAPP). Advogado do CMT - Carvalho, Machado e Timm Advogados. E-mail: msturari@cmtlaw.com.br

¹²⁷⁰ Destacam-se algumas das normas internacionais mais relevantes: Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation - GDPR* (União Europeia); *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (OCDE); Ato de Proteção de Informações Pessoais (Japão); e Ato Federal de Proteção de Dados (Alemanhã).

Importante salientar que, dentro do chamado “contencioso de dados”, pode-se imaginar não apenas aspectos relacionados à esfera cível, mas também constitucional, administrativa e, ainda, de natureza trabalhista, entretanto, é a tentativa deste artigo identificar alguns pontos de contato entre a LGPD e o Código de Processo Civil (CPC) e/ou CDC, com foco nas questões de cunho probatório, a fim de sistematizar e antecipar possíveis questões processuais que deverão surgir tão logo os detentores dos dados pessoais (ou seus substitutos processuais, no caso das ações coletivas) se vejam na possibilidade de aplicar o novo regramento do regime geral de proteção de dados pessoais brasileiro.

A evolução da sociedade tecnológica

Embora o objetivo deste artigo não seja tratar dos aspectos da transformação tecnológica e, por sua vez, social, ocorrida ao longo das últimas décadas, é preciso contextualizar o cenário norteador em que se encontra inserida a LGPD, a fim de melhor direcionar os temas que serão tratados a seguir.

No passado, obras de relevo se ocuparam em estudar e traçar o percurso do avanço tecnológico na sociedade e a forma como este avanço impactaria a vida das pessoas, positiva e negativamente. Alguns trataram o assunto como “ondas”¹²⁷¹, descrevendo uma linha evolucionária que se iniciava pela *Primeira Onda* (agrícola), passando à *Segunda Onda* (industrial), até chegar ao que se denomina de *Terceira Onda*, denominada por Manuel Castells como “Era da Informação”¹²⁷², por Daniel Bell¹²⁷³ de “Sociedade Pós-Industrial”, e por outros de “Sociedade da Informação”¹²⁷⁴.

¹²⁷¹TOFFLER, Alvin. *The Third Wave*. New York. Willian Morrow and Company. Também abordou o tema, utilizando-se da metáfora das “ondas”, David Lyon, quando, fundamentado por Toffler, em seu *The Information Society*, afirmou: “The first wave is agricultural, the second industrial, and the third, information society.” (LYON, David. *The Information Society*. 1. ed. New York: Polity Press, 1988. p. 2.)

¹²⁷²CASTELLS, M. A. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹²⁷³BELL, Daniel. *The Coming of Post-Industrial Society*. 1. ed. New York: Basic Books, 1976.

¹²⁷⁴FILHO, Adalberto Simão, *Sociedade da Informação e Seu Lineamento Jurídico*. In: PAESANI, Liliana Minardi. (org.). *O Direito Na Sociedade da Informação*. São Paulo: Editora Atlas, 2007

Fato é que mencionados estudiosos, à época (década de 1980), não tinham a visão da dimensão que a tecnologia alcançaria nos dias de hoje¹²⁷⁵. Em que pese serem relevantes as abordagens de autores como os citados acima, é cediço que a transformação mencionada em seus textos, ainda que devidamente potencializada, não reflete a real transformação vivenciada atualmente, e isso porque a análise se dava ainda com base em uma capacidade computacional, tecnológica e escala dimensional muito menores do que verificou existir nos dias de hoje.

Abordagens mais atuais foram surgindo e já consideram os aspectos recentes relacionados aos avanços tecnológicos e mudanças sociais na comunicação e na forma de se valer dos serviços e produtos¹²⁷⁶. Além, claro, das mudanças relacionadas à capacidade de produção, eficiência, otimização e demais aspectos ligados à transformação tecnológica, os avanços na tecnologia impactaram profundamente a forma de relação humana na sociedade, a maneira de se comunicar e, por óbvio, as relações econômicas.

As mudanças na sociedade em razão das transformações tecnológicas também foram tratadas por Klaus Schwab, quando asseverou:

“Ciente das várias definições e argumentos acadêmicos utilizados para descrever as três primeiras revoluções industriais, acredito que hoje estamos em uma quarta revolução industrial. Ela teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital.”¹²⁷⁷

¹²⁷⁵ TOFFLER, Alvin. *The Third Wave*. 1. ed. New York: Willian Morray and Company, 1980. p. 25.

¹²⁷⁶ Neste sentido, Jeremy Rifkin, em sua obra *Sociedade Com Custo Marginal Zero*, constata: “O capitalismo está dando à luz uma descendência. Chama-se economia de compartilhamento. Esse é o primeiro novo sistema econômico a entrar no palco mundial desde o advento do capitalismo e do socialismo no início do século 19, tornando-se um evento histórico notável. A economia do compartilhamento já está mudando o modo como organizamos nossa vida econômica, oferecendo a possibilidade de reduzir drasticamente a divisão de renda, democratizar a economia global e criar uma sociedade mais ecologicamente sustentável.”

¹²⁷⁷ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018. p. 2. Para Schwab, a *Quarta Revolução* não deve ser abordada como mero capítulo do desenvolvimento tecnológico, mas sim como algo muito mais amplo, que deve ser analisado considerando-se sua influência na sociedade. É o que afirma em seu *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*: “Mas a Quarta Revolução Industrial é muito mais do que a descrição de uma mudança de base tecnológica. Mais importante que isso, ela é uma oportunidade de estruturar uma série de conversas públicas que podem ajudar todos nós – desde líderes do setor de tecnologia até autoridades políticas e cidadãos de todos os grupos de renda, nacionalidades e origens – a entender e orientar a forma como essas tecnologias poderosas emergentes e convergentes influenciam o mundo que nos rodeia.”

Considerando um cenário mais atualizado de mudanças na tecnologia e na sociedade, é salutar mencionar a abordagem realizada por Eduardo Magrani quando trata de um conceito que denomina como “hiperconectividade”:

“A combinação entre objetos inteligentes e *big data* poderá alterar significativamente a maneira como vivemos. Pesquisas estimam que, em 2020, a quantidade de objetos interconectados passará dos 25 bilhões, podendo chegar a 50 bilhões de dispositivos inteligentes. As projeções para o impacto desse cenário de hiperconexão na economia são impressionantes. A estimativa de impacto econômico global corresponde a mais de US\$ 11 trilhões em 2025.”¹²⁷⁸

Acerca do que se refere à *internet das coisas* e seus impactos na sociedade, Philip N. Howard afirma¹²⁷⁹:

“The internet of things could be the most effective mass surveillance infrastructure we’ve ever built. It is also a final chance to purposely integrate new devices into institutional arrangements we might all like. Active civic engagement with the rollout of the internet of things is the last best chance for an open society.”

Sobre a preocupação trazida por Howard, vale destacar o paradoxo, há muito, suscitado por C. S. Lewis, em *The Abolition of Man*:

“Each new power won by man is the power over man as well. Each advance leaves him weaker as well as stronger. In every victory, beside being the general who triumphs, he is also the prisoner who follows the triumphal car.”¹²⁸⁰

¹²⁷⁸MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2018. p. 24.

Acerca do que se refere a *Internet das Coisas* e seus impactos na sociedade, traz Philip N. Howard, por meio da obra *Pax Technical* “The internet of things could be the most effective mass surveillance infrastructure we’ve ever built. It is also a final chance to purposely integrate new devices into institutional arrangements we might all like. Active civic engagement with the rollout of the internet of things is the last best chance for an open society.”

¹²⁷⁹HOWARD, Philip N. *Pax Technica: How The Internet of Things May Set Us Free or Lock Us Up*. 1 ed. London: Yale University. 2015. p. 11.

¹²⁸⁰LEWIS, C. S. *The Abolition of Man*. 1943. Ed. Harper Collins. New York.

E é com base neste paradoxo de Lewis que se podem iniciar as discussões relacionadas aos problemas oriundos deste avanço tecnológico e que precisarão de tutela, carecendo de maior atenção em razão dos impactos que podem causar.

Aspectos gerais da privacidade e proteção de dados e o advento da LGPD

A popularização do acesso à internet nas últimas décadas tem causado profundo impacto na reestruturação da sociedade civil, sobretudo da tecnologia *mobile*, na qual milhões de transações de dados são realizadas instantaneamente pela rede mundial de computadores.

Esse fenômeno foi responsável, ainda, pela criação de plataformas de interação entre pessoas que, se por um lado têm amplamente favorecido maior dinamismo nas comunicações e compartilhamento de informações nos mais diversos níveis e das mais multifacetárias naturezas, por outro lado também ensejou a maciça virtualização destas mesmas relações, o que finalmente importou na criação de um novo padrão de conduta interativa entre as partes nesta seara, as quais passaram a ser disciplinadas pelos termos de usuário e políticas de privacidade criadas pelas plataformas das redes sociais¹²⁸¹.

Pois bem, com todo este contexto de alteração na forma de comunicação e de relação na sociedade, a influência da tecnologia na vida humana tem se mostrado cada vez maior e, em conjunto com benefícios, preocupações também são identificadas. Além das alterações sociais, vê-se uma clara tendência mercadológica à utilização do enorme fluxo informacional gerado pela nova sociedade em seu favor. A princípio, a utilização da tecnologia disponível e o aproveitamento do fluxo informacional em favor dos entes de mercado, por si só, não são um fator problemático, entretanto, algumas preocupações surgem conforme o tema é aprofundado e algumas questões passam a carecer de tratamento, como se verificará no decorrer deste artigo.

As transformações vertiginosas trazidas pelas evoluções tecnológicas estão refletidas em todos os segmentos da sociedade contemporânea, de um modo nunca

¹²⁸¹ JÚNIOR, Hilton Nélio Borges de Souza. BORGES, Luísa Ranieri Santana. PESTANA, Thiago Vale. A TUTELA DA PRIVACIDADE CIVIL E PROTEÇÃO DOS DADOS VIRTUAIS DECORRENTE DA LEI 13.709/2018.

observado anteriormente, não sendo diferente no ambiente econômico. Cada vez mais, os dados pessoais têm valor estratégico para as organizações. Dados obtidos de consumidores podem ser aproveitados em inúmeras aplicações, como o direcionamento de propagandas e anúncios específicos para determinado perfil de pessoa, a depender das páginas que são visitadas na internet. Pode-se identificar a preferência ideológica ou mesmo sexual de pessoas por meio da análise dos gastos com cartão de crédito¹²⁸².

Neste sentido, pondera Bruno Bioni:

“Com a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto à segmentação dos bens de consumo (marketing) e a sua promoção (publicidade), os dados pessoais dos cidadãos converteram-se em um fato vital para a engrenagem da economia da informação.”¹²⁸³

A problemática nisso tudo é a utilização indevida desses dados pessoais, muitas vezes coletados sem o conhecimento por parte de seus titulares ou mesmo sem que haja lei ou regulação respaldando tal coleta, ou, ainda, sem que lhes tenha sido informada a finalidade de seu uso de forma clara e transparente. Os casos, no Brasil e no mundo, já são inúmeros. Imagine, então, quando estes dados – que o titular sequer sabia que alguém os possuía – são transferidos a terceiros, numa espécie de *cookie pool*¹²⁸⁴, ou objeto de incidentes de segurança envolvendo tratamento não autorizado ou não intencional.

As preocupações acima endereçadas não são novas e o tema da privacidade já foi abordado por variados autores há muitos anos. Assim como não é o objetivo do trabalho uma abordagem aprofundada às mudanças históricas oriundas do avanço tecnológico, também não é a intenção deste artigo exaurir todo o avanço histórico das tratativas

¹²⁸² Ao se falar em proteção de dados, a maior parte da população entende isso de forma consideravelmente simplificada. Enxergam como exposição apenas os casos relacionados às redes sociais, tais como, vazamento de fotos íntimas, conversas pessoais, entre outros. No entanto, a disciplina do tratamento dos dados vai muito além, valendo lembrar que, mesmo que de forma imperceptível, tudo o que se faz na internet é coletado e enviado para os bancos de dados dos serviços utilizados pelos usuários de *smartphones*, *tablets* e computadores. “A vida está sendo monitorada ‘escancaradamente’ nos seus mais íntimos aspectos.” (MATOS, Tiago Farina. Comércio de dados pessoais, privacidade e internet, Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 7, 18/jul, 2005, p. 20).

¹²⁸³ BIONI, Bruno. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. São Paulo: Editora Forense, 2018. p. 12 e 13.

¹²⁸⁴ Prática de compartilhamento de base de dados que pode vir a ferir direitos de privacidade dos titulares de dados.

referentes à privacidade e proteção de dados pessoais. Sem prejuízo, é importante entender que o tema é, há bastante tempo, objeto de estudo e preocupação¹²⁸⁵.

É considerado um marco do tema o estudo publicado por Warren e Brandeis¹²⁸⁶ nos Estados Unidos, ainda em 1890, denominado *The Right of Privacy*, cuja preocupação, à época, era quanto à adequação das normas existentes à tutela necessária da privacidade. De acordo com referidos autores:

“It is our purpose to consider whether the existing law affords a principle which can properly be invoked to protect the privacy of the individual; and, if it does, what the nature and extent of such protection is.”

Woodrow Hartzog, se preocupa em endereçar tratativas à privacidade e relata sua preocupação em relação à correta identificação dos possíveis danos que podem ser causados em razão da negligência quanto ao tema. Ademais, constata que, a despeito da possibilidade de tratativa por meio da remediação, entende que a concepção de prevenção, por vezes, pode ser a melhor opção (trazendo conceito caro à privacidade e à proteção de dados denominado de *privacy by design*). É o que diz¹²⁸⁷:

“Harm is rightfully a central concern in privacy law. We just need to take a broader view of the harm we want to protect against and consider different approaches to mitigating it. Traditional harm thresholds that focus on physical damage, mental anguish, and pecuniary loss fail to capture many of the reasons humans value privacy in the first place. Yet harm remains a key gatekeeper for private action. One way to balance these concerns would be to increase scrutiny of the instrumentalities of

¹²⁸⁵ “People have cared about privacy since antiquity. The Code of Hammurabi protected the home against intrusion, as did ancient Roman law. (SOLOVE, Daniel J. *Nothing to Hide*. New Heaven: Yale University Press. 2011. p.4.)

¹²⁸⁶ WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. *The Right of Privacy*. Louisiana: Quid Pro Law Books. 2010. p. 9. Nos Estados Unidos, as preocupações relacionadas à privacidade e proteção de dados foram evoluindo ao longo do tempo.

Em *The Digital Person*, por exemplo, Solove constata: “The data digital dossiers increasingly flows from the private sector to the government, particularly for law enforcement use. Law enforcement agencies have long sought personal information about individuals from various companies and financial institutions to investigate fraud, white-collar crime, drug trafficking, computer crime, child pornography, and other types of criminal activity.”

¹²⁸⁷ HARTZOG, Woddrow. *Privacy’s Blueprint*. Harvard University Press. United States. 2018. p.72

privacy harm and focus on ex ante strategies designed to minimize or mitigate the harm before it happens. Enter design.”¹²⁸⁸

Na Europa não foi diferente, havendo variadas discussões sobre o tema. Podem-se destacar as gerações de leis e diretrizes relacionadas à proteção de dados pessoais e privacidade, valendo mencionar desde a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que abordou o tema em seu artigo 8º¹²⁸⁹, passando pelas denominadas leis de primeira geração de proteção de dados, como a lei do Estado de Hesse (1970), a lei de dados sueca (1973), o Estatuto de Proteção de Dados Alemão de 1974 e a Lei Federal de Proteção de Dados alemã de 1977¹²⁹⁰.

No Brasil, o avançar da legislação, desde a Constituição Federal, o CDC, o Marco Civil da Internet e demais legislações relacionadas ao tema, conduziu até a Lei n. 13.709/2018, sancionada no dia 14 de agosto de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, que veio para implementar verdadeira revolução na proteção dos dados pessoais no Brasil.

Referida Lei inaugura um regime geral de proteção de dados pessoais no Brasil, o qual vem complementar o marco regulatório brasileiro da Sociedade da Informação ao compor, juntamente com a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e a própria Constituição Federal, conjunto normativo que moderniza o tratamento da informação no Brasil. Seu objetivo é proporcionar garantias aos direitos do cidadão, ao mesmo tempo em que fornece as bases para o desenvolvimento da economia da informação, baseada nos vetores da confiança, segurança e valor¹²⁹¹.

¹²⁸⁸ Em tradução livre: O dano é, de forma correta, considerado uma preocupação central em leis de privacidade. Acontece que precisamos ter uma visão mais ampla dos danos dos quais buscamos nos proteger e considerar diferentes abordagens para mitigá-los. Os limiares tradicionais de danos que se concentram em danos físicos, angústia mental e perda pecuniária não conseguem capturar muitas das razões pelas quais os seres humanos valorizam a privacidade em primeiro lugar. No entanto, o dano continua sendo o principal guardião da ação privada. Uma maneira de equilibrar essas preocupações seria aumentar o escrutínio dos instrumentos de danos à privacidade e concentrar-se em estratégias ex ante, projetadas para minimizar ou mitigar os danos antes que eles aconteçam. Entra, então, o design.

¹²⁸⁹ USTARAN, Eduardo (org). European Data Protection Law and Practice. Portsmouth: International Association of Privacy Professionals (IAPP). 2018. p. 5.

¹²⁹⁰ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 29-30.

¹²⁹¹ A ideia de privacidade a partir da proteção de dados pessoais surge no momento em que são criados os bancos de dados virtuais, os quais foram instituídos, a princípio, como forma de reunir informações para a utilização em “dados

Ao refletir sobre as principais influências que moldaram a LGPD, é possível verificar que ela se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados, amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679). São influências europeias também a edição de regras distintas de responsabilidade para o operador e controlador e a novidade da portabilidade dos dados, claramente inspirada no Regulamento Europeu. Do direito americano, apesar da equivalente previsão europeia (artigos 33 e 34 do Regulamento Europeu), pode-se citar, por exemplo, a regra da notificação em caso de incidentes de segurança (art. 48, LGPD), expressa nas leis estaduais dos EUA de *data breach*¹²⁹².

A influência da legislação brasileira também é clara nas normas da LGPD. Advindo da Lei que dispõe sobre Marco Civil da Internet, tem-se o art. 2º, que enumera os fundamentos da proteção de dados no Brasil. Da Lei do Cadastro Positivo, observa-se a regra relativa à revisão das decisões automatizadas (art. 5º, VI, da Lei n. 12.414/2011), conceito desenvolvido anteriormente pela Diretiva Europeia 46/95, mas que foi introduzido na Lei do Cadastro Positivo como um direito à revisão. Do CDC, tem-se o art. 64 da LGPD, relativo ao diálogo das fontes, inspirado no art. 7º do CDC, bem como algumas regras de responsabilidade, em especial a inversão do ônus da prova, as excludentes de responsabilidade, a possibilidade de danos coletivos, assim como o conceito de tratamento impróprio de dados (art. 42, §§ 2º e 3º, 43 e 44, da Lei 13.709/2018).

Como se verifica, são múltiplas as influências da LGPD. Mesmo amparada no modelo europeu de proteção de dados, a LGPD dialoga com a legislação e cultura jurídica brasileiras, tendo as suas normas obtido influência de inúmeras leis do nosso ordenamento.

estatísticos, tais como o crescimento populacional, densidade demográfica e atividades econômicas, entre outras.” (LEONARDI, Marcel. A tutela da privacidade na internet, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69).

¹²⁹² Laura Schertel Mendes / Danilo Doneda MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados, p. 1-2.

Nesse sentido, a Lei brasileira é também a expressão da convergência internacional em torno de princípios básicos de proteção de dados no mundo, conceito esse que ficou conhecido a partir da tese de Colin Bennett¹²⁹³. O autor cunhou de convergência esse fenômeno internacional informalmente coordenado pelo qual as legislações nacionais foram se aproximando em termos de conteúdo e forma, para além das particularidades nacionais. Bennet define a convergência como a possibilidade de se identificar, na dinâmica da evolução normativa, um padrão em relação aos princípios de proteção de dados¹²⁹⁴.

A tutela dos interesses e dos direitos dos titulares de dados

A necessidade de adequado tratamento de dados pessoais (que inclui, sem limitação, coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, armazenamento, eliminação e quaisquer operações com dados pessoais) trouxe novo tipo de amparo ao titular de dados pessoais, visando “*proteger os direitos fundamentais da liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural*”.

De fato, a Lei faz do titular de dados pessoais um protagonista das decisões sobre o uso dos seus dados pessoais e, neste sentido, também lhe confere a possibilidade de questionar o tratamento conferido a tais dados, podendo, até mesmo, revogar a autorização antes conferida ao controlador para tratamento de seus dados.

É inegável que as disposições da LGPD trazem mais segurança jurídica para o mercado, hoje amplamente baseado no processamento de dados para a personalização de produtos, serviços e *marketing*¹²⁹⁵. De outro lado, escancara as portas do Judiciário para um novo tipo de litígio: o contencioso de dados envolvendo consumidores, empregados, parceiros e demais pessoas físicas, considerados lesados pelo tratamento

¹²⁹³ BENNET, Colin. Regulation Privacy: data protection and public policy in Europe and the United States. Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 95 a 115.

¹²⁹⁴ Bennet: nota de rodapé 37 – Laura Mendes.

¹²⁹⁵ A defesa do consumidor e a proteção de dados pessoais visam proteger o cidadão de um desequilíbrio de poderes que possa afetar a tomada de uma decisão livre, autônoma e informada. Enquanto a defesa do consumidor busca reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor de bens e consumo, a proteção de dados diz respeito ao reequilíbrio entre controlador dos dados pessoais e o titular, que muitas vezes desconhece como se dá o tratamento de dados, suas finalidades ou os seus possíveis riscos. (<https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-lei-protecao-dados>)

indevido de seus dados pessoais. Isso já afeta e afetará, com cada vez mais força, empresas de todos os ramos de atividade.

Vislumbra-se, então, um novo nicho para novas demandas indenizatórias a serem ajuizadas pelos titulares, que poderão se utilizar do argumento da falta de informação e/ou base legal para questionar situações da vida, como a dificuldade de acesso a crédito, emprego ou serviços, ou, no limite, o incidente envolvendo seus dados pessoais (*data breach*).

Tomando por parâmetro pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos da América, conduzida por pesquisadores da *New York University Schooll of Law*¹²⁹⁶, que se propuseram a analisar o cenário judicial das ações envolvendo *data breach* (definida, pela pesquisa, amplamente, como a divulgação não autorizada de dados pessoais por determinada organização¹²⁹⁷), a existência de um regime jurídico versando sobre proteção de dados pessoais incentiva a busca pela reparação dos direitos ali violados, já que existem mecanismos jurídicos aptos para a tutela desses direitos.

Situações como incidentes de segurança mostraram-se as causas mais comuns de litígio de dados nas cortes norte-americanas. Neste contexto, apareceram situações envolvendo os seguintes dados pessoais: números do seguro social; informações financeiras e/ou bancárias, números de cartão de crédito e informações / dados médicos¹²⁹⁸.

A maior parte das ações são propostas por entidades de classe, em sua maioria, de caráter privado (*private class actions*). Os réus, por sua vez, costumam ser empresas de grande porte, como bancos, planos de saúde e seguradoras, varejistas (*retailers*), etc.

¹²⁹⁶ A pesquisa levou em consideração documentos obtidos nos sistemas de justiça norte-americanos, envolvendo mais de 230 ações discutindo divulgação não autorizada de dados pessoais, entre os anos de 2000 a 2010.

¹²⁹⁷ “For de purpose of this research, a data breach is defined broadly as the unauthorized disclosure of personal information by an organization.” (Romanosky, Sasha and Hoffman, David A. and Acquisti, Alessandro, Empirical Analysis of Data Breach Litigation (April 6, 2013). Forthcoming in the Journal of Empirical Legal Studies; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2012-30, p. 5)

¹²⁹⁸ Romanosky, Sasha and Hoffman, David A. and Acquisti, Alessandro, Empirical Analysis of Data Breach Litigation (April 6, 2013). Forthcoming in the Journal of Empirical Legal Studies; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2012-30, p. 7.

Ainda, a análise do conjunto de dados pesquisados levou à conclusão de que a maioria dos processos é finalizado por meio de acordo ou as ações são julgadas improcedentes por ausência de demonstração de efetivo prejuízo (*actual harm*).

Atualmente, têm sido corriqueiras as notícias sobre incidentes de segurança e aplicações de duras penalidades às empresas nacionais e estrangeiras. Para além de famosos *cases* internacionais¹²⁹⁹, no Brasil, em que pese a lei ainda não tenha entrado em vigor, o Ministério Público do Distrito Federal já ajuizou, por exemplo, como publicamente noticiado, Ação Civil Pública contra o Banco Inter, em razão do incidente envolvendo cerca de 19 mil correntistas. Naqueles autos, o MPDFT entendeu que a instituição financeira não teria tomado os cuidados necessários para garantir a segurança dos dados pessoais de seus correntistas, além de ter negado o ocorrido e se recusado a prestar informações. O caso se encerrou por meio de acordo, em que a instituição financeira se comprometeu a arcar com a quantia de R\$ 1,5 milhão a título de danos morais, a ser destinada a órgãos públicos que combatem crimes cibernéticos e instituições de caridade.

Até pouco tempo, no Brasil, a fiscalização dos incidentes de segurança foi realizada pelo Comitê de Proteção dos Dados Pessoais do Ministério Público do Distrito Federal, em razão da lacuna no que se referia à Autoridade de Proteção de Dados Pessoais (ANPD). Referida Comissão possuía, dentre suas atribuições, promover a

¹²⁹⁹ A empresa Altaba, formada pela venda da Yahoo à Verizon, foi condenada, nos Estados Unidos, à multa de U\$ 35.000.000,00, em razão da Yahoo não ter comunicado o vazamento de dados de, ao menos, 500 milhões de usuários ainda em 2014. Além disso, o referido vazamento gerará indenização estimada em 50 milhões de dólares para cerca de 200 milhões de pessoas, vítimas do vazamento. A comunicação somente ocorreu em 2016.

A UBER, por sua vez, em outubro de 2016, teve dados vazados de 57 milhões de usuários e motoristas em todo o mundo. A empresa demorou um ano para comunicar a respeito do incidente e esta postura já lhe custou um acordo com o governo dos Estados Unidos em U\$ 500.000.000,00 e R\$ 4,5 milhões a autoridades de proteção de dados da Holanda e Reino Unido.

No Brasil, a UBER é investigada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) a respeito do mesmo vazamento.

O Google, recentemente, recebeu multa de 50 milhões de euros por violação a dados pessoais de Autoridade de proteção de dados francesa, com base no GDPR. A Autoridade entendeu que o Google não divulga em seu site com clareza e transparência como as informações dos usuários são utilizadas, por exemplo, informações sobre o processamento de dados não estavam próximas das informações sobre armazenamento de dados pessoais, exigindo que o titular buscasse exaustivamente por tais considerações. Além disso, algumas caixas de texto para coleta de consentimento expresso do usuário já vinham preenchidas, de modo a macular esta base legal para tratamento de dados pessoais. (ANDRADE, Vitor Morais de; HENRIQUE, Lygia Maria M. Molina. Vazamento de dados, uma preocupação da Lei Geral de Proteção de Dados, disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298452,101048-Vazamento+de+dados+uma+preocupacao+da+Lei+Geral+de+Protecao+de+Dados>, acesso em 30/09/19.

defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos titulares dos dados pessoais, mesmo na vacância da LGPD.

Inclusive, acerca do tema, vele ressaltar o processo movido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) em face da Vivo (Telefônica do Brasil S/A). O caso em questão trata-se de ação civil pública¹³⁰⁰ por meio da qual o MPDFT requereu a condenação da Vivo para que a empresa (i) suspendesse a comercialização do produto *Mídia Geolocalizada* da plataforma Vivo Ads, que utiliza dados qualificados de seus clientes (como perfil, localização, lugares frequentados e etc.) para fins de publicidade, bem como para que (ii) fosse obrigada a entregar um “Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais”, conforme previsto no art. 55-J, XIII¹³⁰¹, da LGPD.

Em decisão precursora envolvendo o tema da proteção de dados pessoais, o magistrado decidiu que a Vivo não poderia ser compelida a entregar o referido relatório, pois os parâmetros para sua elaboração ainda se encontram pendentes de regulamentação pelo órgão competente (ANPD), motivo pelo qual tal exigência estaria por ferir o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da Constituição Federal. Ademais, julgou improcedente o pedido de suspensão do uso do serviço de publicidade por entender que não restou comprovado que os dados obtidos, por meio do consentimento dos clientes, seriam compartilhados com terceiros, ou que sua obtenção seria capaz de violar a intimidade e à vida privada dos clientes. A fim de fundamentar este entendimento, o juiz pontuou que a LGPD estava em seu período de *vacatio legis* para que as empresas a ela se adequem, não sendo possível exigir que a Vivo cumprisse com obrigação prevista em lei cuja vigência ainda não se iniciara. No entanto, no parágrafo seguinte da sentença, o julgador vale-se do art. 7º da LGPD para justificar

¹³⁰⁰ ACP n.º 0721735-15.2019.8.09.0001 – TJDF. Acredita-se que este seja um dos primeiros precedentes de novas demandas judiciais e demais formas de composição de conflitos na esfera coletiva que virão sobre o tema.

¹³⁰¹ “Art. 55-J. Compete à ANPD:

(...)

XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;”

que, tendo o consentimento do titular dos dados – como no caso em tela – o tratamento de dados poderia ser realizado¹³⁰².

Já se verifica, a partir do exemplo acima e dos demais que se seguiram ao longo do ano de 2020, que a uma grande tendência, daqui pra frente, é que haja uma movimentação das empresas em implementar programas de proteção de dados, revisar suas políticas internas, sistemas de TI, minutas de contratos, limitação de acesso a informações sensíveis, etc., em uma verdadeira revolução no que se refere à governança de privacidade e dos seus dados pessoais. Mas, independentemente do trabalho preventivo que deve ser desenvolvido, as organizações deverão estar preparadas para enfrentar os processos judiciais decorrentes dos incidentes de segurança ou tratamento indevido dos dados¹³⁰³.

Para isso, questões como regras de competência, regime da tutela de urgência e evidência, intervenção de terceiros, produção de prova e possível inversão do ônus probatório, tutela coletiva de direitos envolvendo dados pessoais, dentre inúmeros outros pontos, deverão ser analisados com cautela, posto que a lei processual deverá dialogar com a LGPD e demais normativas ali citadas.

De acordo com o art. 22 da LGPD, a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, não só de forma individual, mas também coletivamente. Ainda, o art. 42, *caput*, faz menção ao fato de que a violação à legislação de proteção de dados pessoais pode acarretar danos morais e materiais, inclusive coletivos. Por fim, o §3º do mesmo artigo estabelece que as ações de

¹³⁰² Como se pôde perceber, muito embora o magistrado tenha entendido que os pleitos do MPDFT não mereciam procedência em razão de a LGPD ainda não estar em vigor, valeu-se da mesma lei para fundamentar a possibilidade de tratamento de dados pela empresa se esta teve o consentimento de seus clientes para tal. Neste contexto, nota-se a valorização desta nova lei e como a jurisprudência tende a utilizá-la até que de fato entre em vigor.

¹³⁰³ Observando-se o panorama atual, as consequências advindas às empresas atingidas por um vazamento ou má-utilização de dados pessoais acabam comumente recaindo no aspecto financeiro, seja através do pagamento de indenizações aos lesados ou mesmo pela perda de futuros negócios e clientes. Há quem considere, entretanto, que mesmo essa publicidade negativa gerada por um eventual vazamento pode ter um efeito reverso e passar a atrair novos clientes, simplesmente em razão da ampla divulgação da empresa, como apontam no episódio de vazamento de dados pessoais dos usuários do site de encontros extraconjugais Ashley Madison. (<https://www.ab2l.org.br/aspectos-juridicos-da-seguranca-digital-empresarial-contr-o-vazamento-de-dados/> - acesso em 20/11/19)

reparação de danos coletivos decorrentes da violação à proteção de dados pessoais podem ser exercidas coletivamente em juízo¹³⁰⁴.

O que se verifica é que, além da possibilidade de milhares de titulares de dados, de forma individual, questionarem na Justiça o tratamento inadequado de seus dados, também será admitida a tutela coletiva de dados pessoais pela aplicação conjunta da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), arts. 81 a 104 do CDC, e, agora, expressamente pela LGPD.

Não se pode olvidar, contudo, que não são apenas os titulares de dados que detêm a prerrogativa exclusiva de valer-se do Poder Judiciário para questionar a forma como os seus dados serão tratados e as consequências daí advindas. O controlador e o operador dos dados pessoais também deverão utilizar-se do Processo Civil para levar ao Judiciário discussões quanto às sanções e penalidades que lhes forem aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“Autoridade Nacional”) ou mesmo para valerem-se das competentes ações de regresso, em razão da solidariedade prevista pela Lei.

Como se sabe, a LGPD prevê a necessidade de as empresas ajustarem seus bancos de dados às bases legais de tratamento (artigos 7º e 11, LGPD), relevando preocupação, igualmente, com a segurança e integridade da informação em relação ao tratamento dos dados, exigindo do controlador, em caso de incidente de segurança ou incidente com potencial de risco ou dano aos titulares de dados, comunique a Autoridade Nacional a respeito (art. 48, LGPD).

A não observância dos preceitos primários destacadas acima, de acordo com o art. 52 da LGPD, pode gerar as seguintes sanções para os agentes de segurança de dados: advertência, multa de 2% até R\$ 50 milhões por infração, multa diária, publicização da infração, bloqueio de dados e eliminação.

¹³⁰⁴ Vide ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 13, volume 20, número 2, maio a agosto 2019, p. 1-19. Segundo o autor, proteção de dados pessoais na esfera coletiva pode dar origem a direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

Certamente, as organizações que forem penalizadas em razão da ausência de regras corporativas sobre segurança da informação, manutenção da integridade dos dados e procedimento padrão para casos de incidentes, deverão valer-se do Poder Judiciário para questionar a correção da aplicação da penalidade e/ou a sua gradação, ensejando novas demandas judiciais para requerer a declaração de nulidade da aplicação da sanção, sua inexigibilidade e suspensão (também em caráter liminar). Neste tocante, o polo ativo das ações será composto pelas organizações (públicas ou privadas), figurando no polo passivo a ANPG, órgão inicialmente vinculado à administração pública direta (estrutura da Presidência).

O regime probatório na LGPD

O regime probatório da LGPD traz uma série de responsabilidades aos agentes de tratamento no que diz respeito ao cumprimento e comprovação das variadas obrigações previstas na Lei. Inicialmente, cabe destacar o princípio da responsabilização e prestação de contas, previsto no art. 6º, X, daquele diploma:

“Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”

Destaque-se que a obrigação imputada aos agentes de tratamento se dá não apenas à necessidade de adoção de medidas capazes de garantir o cumprimento à legislação, mas também na capacidade do agente de comprovar que tais medidas possuem eficácia.

É sabido, conforme previsto pela Lei, que é imputado ao controlador – *“pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”* – o ônus de provar que o consentimento foi obtido conforme as exigências da lei e que o titular do dado foi devidamente informado quanto à finalidade do tratamento de seus dados (além de outras exigências legais).

No mesmo sentido, quando o controlador se valer do consentimento previsto no art. 7º, I, terá ainda o dever de provar, nos casos de compartilhamento, transmissão ou distribuição de dados, que o titular dos dados expressamente consentiu com estas práticas, a teor do art. 7º, §5º, LGPD.

O legislador, na LGPD, foi claro ao prever, na seção III (“Da Responsabilidade e do Ressarcimento do Dano”), art. 42, §2º, a possibilidade de o juiz, no processo civil, “*inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.*”

A inversão do ônus da prova, a depender da situação *in concreto*, não se trata de novidade legislativa introduzida pela LGPD, uma vez que regras deste jaez já são “lugar comum” em processos judiciais envolvendo questões consumeristas (art. 6º, VIII, CDC¹³⁰⁵). A própria lei que disciplina a utilização da internet no Brasil (Marco Civil – Lei n. 12.965/2014) contém esta previsão, mas, como explica Igor Bimkowski Rossoni¹³⁰⁶, por meio da técnica legislativa da remissão externa.

Contudo, vê-se que a Lei valeu-se, acertadamente, da palavra “poderá”, o que significa dizer que o simples fato de existir uma ação discutindo direitos relacionados à proteção de dados pessoais não deverá levar à aplicação automática do art. 42, §2º, LGPD. Isso porque, *prima facie*, a regra processual aplicável ao regime probatório no Processo Civil continua a ser a do art. 373, I e II, do CPC.

Assim, a regra da inversão do ônus da prova só será aplicada pelo juiz se devidamente preenchidos aos requisitos legais (*ope iudice*); do contrário, valerá a regra geral de distribuição estática do ônus da prova, tanto em seu aspecto subjetivo, como

¹³⁰⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹³⁰⁶ROSSONI, Igor Bimkowski. Breves notas sobre o ônus da prova na Lei do Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. No prelo.

norma de organização e orientação da atividade probatória das partes, como em seu aspecto objetivo enquanto regra de julgamento¹³⁰⁷.

Nos parece impossível afastar a incidência da regra da inversão do ônus probatório ao contencioso de dados envolvendo o tratamento irregular ou inadequado dos dados de consumidores, seja porque o CDC prevê de forma expressa essa inversão, de forma a facilitar a busca pelos direitos dos consumidores em juízo, seja porque a própria LGPD faz menção à possibilidade de utilização do diploma consumerista em tal hipótese. E há de se convir que são as corporações que terão melhores condições (se comparadas ao consumidor) de demonstrar que as regras da LGPD para tratamento de dados foram regularmente cumpridas.

Outrossim, destaque-se a possibilidade de utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC) para demandas envolvendo direitos assegurados pela LGPD, podendo ocorrer de o juiz, ao analisar o caso concreto, verificar que não estão preenchidos os requisitos para a incidência do art. 42, § 1º, da LGPD, mas que estão satisfatoriamente comprovadas as condições para a dinamização do ônus probatório com base no art. 373, § 3º, do CPC.¹³⁰⁸

Sendo assim, é primordial que as empresas estejam atentas à cada fase do tratamento de dados pessoais e ao ciclo de vida do dado pessoal na organização, mantendo registros de todas as atividades de tratamento de dados pessoais que realizarem (art. 37 da LGPD).

Outra obrigação probatória que pode recair sobre o agente de tratamento refere-se à necessidade de controle (e sua documentação) em relação aos dados pessoais que se encontram em domínio público e que, posteriormente, não mais se mostram à livre disposição na rede de computadores. Por exemplo, cite-se consumidor que, por conta própria, divulga seus dados na internet e um *site* de compras decide usar esses dados para pesquisa de mercado e formação de perfil de clientela. Enquanto públicos, os dados em tese podem ser tratados sem a necessidade de consentimento específico pelo seu

¹³⁰⁷ ROSSONI, Igor Bimkowski. Breves notas sobre o ônus da prova na Lei do Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. No prelo.

¹³⁰⁸ Idem. Neste caso, entendendo que o art. 373, § 1º, CPC se trata de regra especial geral, podendo ser aplicada igualmente.

titular (o que não elimina a necessidade de agentes de tratamento de dados pessoais informarem adequadamente o titular/consumidor a respeito do que está sendo feito); contudo, a partir do momento em que estes dados não mais estão livremente compartilhados, será indispensável a obtenção do consentimento ou de outra hipótese legal que autorize o tratamento do dado pessoal, como execução de contrato do qual o titular faz parte, cumprimento de obrigação legal ou regulatória, legítimo interesse dentre outras listadas no art. 7º da LGPD.

Um bom conjunto documental não afastará a possibilidade (ou mesmo necessidade) de uma perícia nos sistemas internos do controlador/operador, mas a boa instrução da causa logo no seu início poderá demonstrar, desde cedo, pela desnecessidade de uma fase pericial longa e custosa.

Outro ponto que merece destaque e que certamente será objeto de questionamento por parte dos consumidores é no sentido de obter informações a respeito do tratamento de seus dados, que, de acordo com a lei, devem ser disponibilizadas de forma clara e facilitada (art. 9º). Para o titular dos dados é essencial ter conhecimento da *“finalidade específica do tratamento; forma e duração do tratamento, observados o segredo comercial e industrial, identificação do controlador; informações de contato do controlador”*.

Independentemente do motivo que ensejar o pedido acima, certo é que a sua não apresentação dentro de prazo razoável e de forma satisfatória poderá levar o consumidor a tutelar seu direito de obter tais informações em juízo, por meio das medidas legais cabíveis, tal como a ação produção antecipada de provas (que, como o advento do CPC/15, também pode ser manejada com o objetivo de determinar que a parte ré exhiba documentos e informações que se encontrem em sua posse). Longe de desejar o que se falará nas linhas seguintes, mas, a depender de como se dará a interação das empresas e dos titulares de dados neste sentido, pode-se ter, em breve, uma nova onda de ações para exibição de documentos e informações (normalmente deferidas, sob pena de aplicação de multas), assim como se vivencia até hoje entre consumidores e instituições financeiras que continuam a negar ou a ignorar pedidos de exibição de documentos formulados por seus correntistas.

5.1. Produção de provas: as medidas de segurança e a comunicação de incidentes

5.1.1. Medidas de segurança

A relação entre proteção de dados pessoais e segurança da informação é vicinal, sendo muitas são as questões levantadas com relação a incidentes de segurança no âmbito da sociedade atual, nacional e internacional.

A LGPD não destoa de outras legislações quando prevê, no caso de haver um efetivo incidente envolvendo dados pessoais, que as empresas devem estar preparadas para documentarem (já antevendo eventual litígio envolvendo o assunto) a natureza do incidente ocorrido, os dados pessoais envolvidos, a extensão do dano, as medidas de segurança adotadas, entre outros itens. Além disso, casos de incidente de segurança envolvendo possível dano relevante devem ser comunicados, em prazo razoável, à ANPD e titulares, demonstrando a boa-fé e diligência na mitigação de possíveis prejuízos.

A responsabilidade prevista na LGPD, relacionada à segurança da informação e à comunicação de eventual incidente de segurança envolvendo dados pessoais, merece atenção, em especial no que se refere ao caráter probatório do cumprimento do dever por parte do agente de tratamento.

De início, cabe reiterar a exigência trazida pelo princípio da responsabilização e prestação de contas, por meio do qual o agente de tratamento é obrigado a adotar medidas para o cumprimento da legislação¹³⁰⁹ e, ainda, garantir a comprovação de que as medidas adotadas são suficientemente aptas ao cumprimento objetivado.

Note-se que, no art. 46, a obrigação do agente de tratamento é a de adoção de medidas técnicas e organizacionais “*aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito*”, ou seja, tem-se, em interpretação primária, que é obrigação do agente de tratamento garantir que as medidas adotadas serão impeditivas aos acessos não autorizados e situações ilícitas ou acidentais ali mencionadas.

¹³⁰⁹ Art. 6º, VII e VIII e art. 46, LGPD.

Ocorre que, diferentemente da legislação europeia, a lei brasileira não pautou seu art. 46 na mesma *ratio* que o Regulamento europeu em seu art. 32. Explica-se. Ao passo que a legislação brasileira exige do agente de tratamento a adoção de medidas “*aptas a proteger os dados pessoais*”, o Regulamento europeu exige dos agentes de tratamento a adoção de medidas técnicas e organizacionais capazes de garantir um nível apropriado de segurança com base nos riscos, isto é, a base da análise de adequação das medidas adotadas pelos agentes de tratamento não é pautada por sua capacidade de proteger os dados pessoais, mas sim em seu nível apropriado ao risco identificado.

Desta forma, o ônus probatório do agente de tratamento na Europa se dá de forma a verificar qual procedimento de identificação e se gerenciamento do risco foi adotado pela organização, bem como quais medidas foram tomadas com base na análise desse risco ¹³¹⁰.

A Lei brasileira, por sua vez, não traz parâmetro para a avaliação da adequação das medidas adotadas pelos agentes de tratamento, tendo, inclusive, dispositivo indicando que tais parâmetros poderão ser estabelecidos pela Autoridade Nacional posteriormente. É a redação do §1º do art. 46:

“§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.”

1310 A título exemplificativo, o *Recital 76* aborda os aspectos mínimos a serem considerados em uma análise de riscos envolvendo o tratamento de dados pessoais no que diz respeito à segurança da informação. Para o Regulamento, uma análise de riscos deveria envolver a probabilidade de ocorrência e severidade do risco com relação a impactos nos direitos e liberdades individuais. Os critérios de severidade e probabilidade deveriam ser criados levando em consideração: (i) natureza do tratamento de dados avaliado; (ii) o escopo do tratamento de dados avaliado; (iii) o contexto do tratamento de dados avaliado; e (iv) a finalidade do tratamento de dados avaliado.

Portanto, considerando hipótese em que fosse questionado o cumprimento legal por parte do agente de tratamento, no que diz respeito às obrigações referentes à segurança da informação, haveria dificuldade, por parte da autoridade competente na averiguação, mas principalmente por parte do agente de tratamento, quanto à comprovação da demonstração da eficácia das medidas adotadas ao tratamento de dados pessoais.

Esta é uma problemática que vem sendo enfrentada mesmo antes do advento da LGPD, pois já há julgados que entendem que, para que o agente de tratamento não seja responsabilizado por eventuais incidentes de segurança, este deve comprovar a eficácia das medidas adotadas em relação à segurança dos dados de seus clientes, como se verifica do posicionamento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Fato do serviço - Realização de transferências fraudulentas em conta-corrente via "internet" - Cliente que sequer se cadastrou para efetuar transações monetárias via ""Internet" - Possibilidade de invasão do "site" por "hackers" - Relação de consumo configurada - Eficácia dos serviços não comprovada - Teoria do risco do negócio adotada (Código Civil, art. 927, P.U e Código de Defesa do Consumidor, art. 14), ausentes as excludentes (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro) - Indenizatória procedente - Recurso provido. (...) - Dever de indenizar configurado - Observância das circunstâncias da causa e do caráter punitivo e preventivo da reparação - Indenizatória procedente - Recurso provido.

(...)

Cumpria ao réu, portanto, demonstrar que o autor teria legitimamente se cadastrado para efetuar transferências; que essas transferências se deram para pessoas de seu convívio; que seu "site" é seguro e não há possibilidade de obtenção de dados de seus clientes por parte de meliantes. Ou, caso a obtenção de dados

não se tenha dado no ambiente virtual, deveria provar que seu sistema é seguro (caixas eletrônicos em geral).”¹³¹¹

Tendo em vista o fato de ser de difícil (para se não dizer impossível) a comprovação de adoção de medidas que garantam, em absoluto, a segurança dos dados pessoais, partindo da premissa de que o tratamento ocorrerá, parece razoável a interpretação no sentido de que a análise da adequação das medidas adotadas deve ser feita com base levando-se em consideração a adequação com base no risco identificado pelo agente de tratamento¹³¹², a fim de evitar que seja atribuída ao agente de tratamento a produção de prova diabólica, o que afrontaria o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal.

Pois se a própria LGPD permite a interpretação de que as medidas servirão como mitigadoras de riscos, não há razoabilidade em exigir-se a comprovação de medidas que, de maneira absoluta, estariam “*aptas a proteger*”. Sendo assim, justifica-se a indicação de que, razoavelmente, a interpretação referente à análise probatória das medidas previstas pelo art. 46 deverá ser realizada com base na verificação do risco e na proporcionalidade das medidas tomadas face aos riscos identificados, permitindo a existência de um parâmetro objetivo e passível de comprovação.

Desta forma, é aconselhável a agentes de tratamento que possuam meios e procedimentos adequados e eficientes de análise e gerenciamento de riscos à privacidade, bem como condizentes com as melhores práticas atuais.

Analizadas as responsabilidades referentes às medidas de segurança adotadas aos dados pessoais e abordada a questão da dificuldade probatória dada a atual previsão da Lei, cabe analisar o que prevê a LGPD com relação à comunicação de incidentes de segurança, ainda sob o aspecto do regime probatório.

¹³¹¹ TJSP; Apelação Cível 0019741-18.2009.8.26.0032; Relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2010; Data de Registro: 13/09/2010.

¹³¹² Em que pese a redação do art. 46, outros dispositivos da LGPD podem levar à interpretação nesse sentido, como, por exemplo, os arts. 38, parágrafo único, e 44, II.

5.1.2. Comunicação de incidentes de segurança

No âmbito do regulamento europeu, a obrigação de comunicação de incidentes de segurança encontra-se prevista nos artigos 33 e 34 do Regulamento Geral. Cabe destacar que, para a legislação europeia, a comunicação é dividida em 2 (duas) hipóteses: comunicação realizada apenas para a Autoridade e comunicação realizada para Autoridade e os titulares de dados.

A divisão da comunicação se dá em razão da distinção feita pelos artigos 33 e 34. A previsão é que, a não ser em casos em que seja possível comprovar que não há risco a direitos e liberdades individuais dos titulares, o controlador deverá notificar à Autoridade a ocorrência de incidente de segurança em, no máximo, 72 horas, quando possível. Em caso de comunicação posterior às 72 horas de prazo, deverá o controlador justificar o motivo da realização posterior da comunicação.

Já o artigo 34 do Regulamento prevê que, caso seja constatado um alto risco aos direitos e liberdades individuais dos titulares de dados, o controlador deverá comunicar, sem atraso, os titulares de dados também.

Assim, nota-se que um procedimento de comunicação de incidente de segurança na Europa exigiria, a princípio, pelo menos os seguintes passos: (i) ciência do incidente de segurança; (ii) confirmação do envolvimento de dados pessoais no incidente; (iii) averiguação da existência de risco a direitos e liberdades individuais dos titulares; (iv) comunicação à autoridade em caso de identificação de risco; e (v) concomitantemente, se possível, comunicação aos titulares em caso de identificação de alto risco.

Já na Lei brasileira não existe diferenciação entre alto risco ou apenas risco, há apenas a determinação de que a obrigatoriedade de comunicação decorre da identificação de “*risco relevante*”, nos termos do quanto previsto no art. 48, LGPD¹³¹³.

Destaque-se que a comunicação, caso necessária, deverá ser realizada à Autoridade e aos titulares, sem a distinção prevista na Europa. Sendo assim, caberia ao

¹³¹³ Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

controlador brasileiro adotar o seguinte procedimento referente à comunicação de incidentes: (i) ciência de incidente de segurança; (ii) confirmação do envolvimento de dados pessoais no incidente; (iii) averiguação da existência de risco relevante a direitos e liberdades individuais dos titulares; e (iv) comunicação à autoridade e a titulares em caso de identificação de risco relevante.

Outro ponto importante que diferencia a Lei brasileira da europeia é o prazo para comunicação. O Regulamento europeu prevê a necessidade de comunicação em, no máximo, 72 horas, entretanto, salienta, o “quando viável”. Em hipótese na qual comunicação seja realizada após este prazo, exige-se a justificativa por parte do controlador.

Por sua vez, a LGPD prevê, no §1º do art. 48, a seguinte condição para comunicação de incidentes de segurança:

“§ 1º A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela autoridade nacional, e deverá mencionar, no mínimo:

I - a descrição da natureza dos dados pessoais afetados;

II - as informações sobre os titulares envolvidos;

III - a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial;

IV - os riscos relacionados ao incidente;

V - os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e

VI - as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.”

Tendo em vista o acima previsto, alguns questionamentos são necessários no que diz respeito ao regime probatório de cumprimento do que prevê a Lei por parte do agente de tratamento.

De forma preliminar, nota-se que não há critério objetivo previsto pela Lei sobre o que seria considerado um “*prazo razoável*”, deixando subjetiva a interpretação do que seria considerado adequado como prazo referente à comunicação do incidente.

Entretanto, observando o que dispõe o inciso V do §1º, pode-se interpretar que a comunicação deveria se dar de forma imediata ao conhecimento do controlador, uma vez que, caso não seja assim realizada, deverá vir acompanhada dos “*motivos da demora*”.

Assim, questiona-se como poderia o controlador comprovar o cumprimento à obrigação de comunicar dentro do prazo estabelecido por Lei com a redação posta da forma como está? Deveria o controlador tomar como premissa a comunicação imediata em qualquer hipótese? Como poderia o controlador comprovar cumprimento de todos os outros requisitos envolvendo a comunicação previstos no §1º do art. 48, se adotasse como prática a comunicação imediata em todas as hipóteses? Caso não adotasse esta prática, seria necessária a justificativa de não comunicação imediata em toda comunicação?

Adiante, um segundo ponto de atenção seria referente à qual seria a interpretação necessária ao art. 48, no que se refere como “*risco ou dano relevante*”. Neste caso, patente é a necessidade de esclarecimento por parte da Autoridade Nacional do que seria considerado como “*risco ou dano relevante*”, a fim de que se possa direcionar o procedimento do controlador quanto à análise da necessidade de comunicação.

Sendo assim, sob o aspecto do regime probatório referente à comunicação de incidentes de segurança, o agente de tratamento precisará se preocupar com uma série de fatores. Inicialmente, o controlador precisará lidar com a comprovação do momento em que tomou conhecimento do incidente, uma vez que será neste momento que passará a contar seu prazo para comunicação.

Em seguida, será necessário, em caso de não realização de comunicação, provar que não identificou risco ou dano relevante aos titulares de dados. Ainda, em sendo identificado o dano, caberá ao agente comprovar que cumpriu com todos os requisitos de comunicação, inclusive o prazo ainda incerto.

Por fim, precisará comprovar o controlador que comunicou os titulares de dados, o que, a depender do incidente, pode ensejar esforço e recursos enormes.

O Regulamento europeu, tendo ciência de que, a depender do caso, o esforço e recurso necessários à comunicação de todos os titulares envolvidos em um incidente de segurança podem ser desproporcionais e gerar um ônus excessivo ao controlador, previu, em seu item 34(3), que não seria necessária a comunicação dos titulares caso isso envolvesse um esforço desproporcional do controlador e que, neste caso, o controlador poderia tomar medida alternativa à comunicação individual de todos os titulares e realizar uma comunicação pública de modo a garantir a informação destes titulares de maneira geral.

Na LGPD não houve ponderação quanto a este ponto, o que enseja, hoje, na obrigação de comprovação por parte do controlador, que cumpriu com sua responsabilidade de comunicar todos os titulares em caso de incidente de segurança envolvendo relevante dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGPD trouxe profundas transformações em matéria de proteção dos dados pessoais no Brasil, acarretando impactos para inúmeras empresas – de pequeno ou grande porte – e também para outras instituições, inclusive para a Administração Pública. Apesar da ampla vacância estabelecida, muitos controladores e operadores de dados pessoais ainda não se adequaram às determinações da Lei. Não é difícil imaginar, nessas circunstâncias, que diversas ações judiciais venham a ser ajuizadas com amparo na LGPD, seja para amparo dos direitos dos titulares dos dados, seja para amparo das empresas, que podem sofrer penalidades pelo não cumprimento de obrigações severas e que ainda podem ser de difícil documentação.

Medidas preventivas e regras corporativas sobre governança de privacidade, segurança da informação, manutenção da integridade dos dados e procedimento padrão para casos de incidentes são ferramentas que não podem faltar a um programa de compliance com a LGPD. Ademais, um programa de compliance à LGPD é crucial à prevenção de riscos às empresas, entretanto, não só servirá o programa à prevenção de riscos, mas também ao saneamento de questões posteriores de maneira responsiva, afinal, a fim de responder requerimentos de titulares de dados, demandas judiciais, questionamentos administrativos e inquéritos instaurados, não há como o responsável pelo tratamento de dados o fazer de forma adequada se não tiver implementado programas neste sentido.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vitor Morais de; HENRIQUE, Lygia Maria M. Molina. Vazamento de dados, uma preocupação da Lei Geral de Proteção de Dados, disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298452,101048->

[Vazamento+de+dados+uma+preocupacao+da+Lei+Geral+de+Protecao+de+Dados,](#)
[acesso em 30/09/19.](#)

BELL, Daniel. The Coming Of Post-Industrial Society. 1. ed. New York: Basic Books, 1976.

BENNET, Colin. Regulation Privacy: data protection and public policy in Europe and the United States. Ithaca: Cornell University Press, 1992.

BIONI, Bruno. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. São Paulo: Editora Forense, 2018.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Defesa do Consumidor ganha com a nova lei geral de proteção de dados, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-lei-protecao-dados>, acesso em 30/09/19.

CASTELLS, M. A.. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. – era da informação.

HARTZOG, Wodrow. Privacy's Blueprint. Harvard University Press. United States. 2018.

HOWARD, Philip N. Pax Technica: How The Internet of Things May Set Us Free or Lock Us Up. 1 ed. London: Yale University. 2015.

<https://www.ab21.org.br/aspectos-juridicos-da-seguranca-digital-empresarial-contra-o-vazamento-de-dados/>, acesso em 20/11/19

<https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-lei-protecao-dados>, acesso em 30/09/19

LEWIS, C. S. *The Abolition of Man*. 1943. Ed. Harper Collins. New York.

LYON, David. *The Information Society*. 1. ed. New York: Polity Press, 1988.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2018.

MATOS, Tiago Farina. Comércio de dados pessoais, privacidade e internet, *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 7, 18/jul, 2005, p. 20. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16049789.pdf>, acesso em 20/11/2019.

MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade Com Custo Marginal Zero*. Trad. Monica Rosemberg. São Paulo. Mbooks do Brasil. 2016.

Romanosky, Sasha and Hoffman, David A. and Acquisti, Alessandro, *Empirical Analysis of Data Breach Litigation* (April 6, 2013). Forthcoming in the *Journal of Empirical Legal Studies*; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2012-30, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986461, acesso em 20/11/2019.

ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 13, volume 20, número 2, maio a agosto 2019.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso? Páginas de

Direito. Dez. 2010. Disponível em:
<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>, acesso em 17/11/19.

SCHWAD, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018.

SOLOVE, Daniel J. Nothing to Hide. New Heaven: Yale University Press. 2011.

SOUZA JÚNIOR, Hilton Nélio Borges de; BORGES, Luísa Ranieri Santana; PESTANA, Thiago Vale. A tutela da privacidade civil e proteção de dados virtuais decorrente da Lei n. 13.709/2018, Artigo científico apresentado para X Jornada Jurídica da Unisulma – 30 Anos da Constituição Federal. Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA/IESMA.

TOFFLER, Alvin. The Third Wave. 1. ed. New York: Willian Morray and Company, 1980.

USTARAN, Eduardo (org). European Data Protection Law and Practice. Portsmouth: International Association of Privacy Professionals (IAPP). 2018.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right of Privacy. Louisiana: Quid Pro Law Books. 2010.

O Procedimento Especial Marítimo: “às Avarias no CPC/15”

Mônica Pimenta Júdice¹³¹⁴

1. Da evolução legislativa processual marítima

O Código de Processo Civil de 1939 – CPC/39 no Livro V (Dos Processos Acessórios) – Título X (Dos Protestos, Notificações e Interpelações e dos Protestos Formados a Bordo) disciplinava os procedimentos marítimos que foram recepcionados pelo art. 1.218 do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73, sendo eles: o protesto formado a bordo (inciso VIII), dinheiro a risco (inciso X), vistoria de fazendas avariadas (inciso XI), apreensão de embarcações (inciso XII), avaria a cargo do segurador (inciso XIII), avaria (inciso XIV) e arribada forçada (inciso XVI).

No Projeto de Lei do Senado – PLS nº. 166/2010 (CPC/15), o art. 1.000, 3º, previa que os procedimentos especiais mencionados no art. 1.218 que ainda não foram incorporados por lei especial deveriam se submeter ao procedimento comum, senão vejamos:

Art. 1000. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o Código de Processo Civil instituído pela Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

1º - As regras do Código de Processo Civil revogado relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais não mantidos por este Código serão aplicadas aos processos ajuizados até o início da vigência deste Código, desde que não tenham, ainda, sido sentenciados.

2º - Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

3º - Os procedimentos mencionados no art. 1.218 do Código revogado e ainda não incorporados por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.

No tocante a evolução da discussão da matéria interessante trazer à baila que na Câmara dos Deputados, o então Projeto de Lei – PLC nº 8.046/2010, oriundo do Senado Federal (PLS nº. 166/10), destacou a questão marítima no Relatório do Deputado

¹³¹⁴ Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP e LLM em Direito Marítimo pela Universidade de Oslo (UIO). Advogada cível, empresarial e marítima, com atuação em mediação e contencioso estratégico.

Barradas Carneiro, no sentido de que “*na tentativa de eliminação de procedimentos especiais que não eram utilizados, o Senado Federal eliminou todos os procedimentos que cuidavam de questões envolvendo direito marítimo (...) se é certo que alguns deles realmente mereciam extinção pela absoluta obsolescência, outros, porém, são bastante utilizados (...) não há razão para serem eliminados (é o caso da regulação de avaria grossa)*”.

Nesta perspectiva, exsurgiu o art. 1.046 do CPC/15, que trata da aplicabilidade imediata das normas processuais, respeitados os atos processuais consolidadas:

Art. 1046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

1º - As disposições da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais, que forem revogadas, aplicar-se-ão às ações propostas até o início da vigência deste Código, desde que ainda não tenham sido sentenciadas.

2º - Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

3º - Os procedimentos mencionados no art. 1.218 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e ainda não incorporados por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.

4º - As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

5º - A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código.

Passa-se, então, a análise dos procedimentos marítimos contidos no art. 1.218 do CPC/73, a fim de verificar a possibilidade de convertê-los em procedimento comum.

Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei no 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: (...)

VIII – aos protestos formados a bordo (arts. 725 a 729); (Inciso acrescido pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

X – ao dinheiro a risco (arts. 754 e 755); (Primitivo inciso IX renumerado pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

XI – à vistoria de fazendas avariadas (art. 756); (Primitivo inciso X renumerado pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

XII – à apreensão de embarcações (arts. 757 a 761); (Primitivo inciso XI renumerado pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

XIII – à avaria a cargo do segurador (arts. 762 a 764); (Primitivo inciso XII renumerado pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

XIV – às avarias (arts. 765 a 768); (Primitivo inciso XIII renumerado pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

XVI – às arribadas forçadas (arts. 772 a 775). (Primitivo inciso XV renumerado pela Lei no 6.780, de 12/5/1980)

Veja-se que estes foram os sete procedimentos especiais marítimos originariamente previstos no CPC/73, na esteira do CPC/39 e não mais contidos no CPC/15.

2. Do Conceito de Avaria Grossa

É inegável que a maioria das hipóteses de procedimentos especiais marítimos não mais necessitam de regramento processual – e em razão disso, não haveria motivo pelo qual incida o preceito de que deveriam ser convertidos em procedimento comum. É o caso do procedimento especial denominado *Dinheiro a Risco*. Outros – por seu turno, possuem legislação específica – a exemplo da *Apreensão de Embarcação*. Há, ainda, procedimentos marítimos que merecem um tratamento específico em razão da matéria.

A *Avaria Grossa* é disciplinada pelos art. 765 a 768 do CPC/39 que, no Direito Marítimo, **significa os danos, as perdas e as despesas extraordinárias que recaiam sobre o navio ou sua carga durante a aventura marítima**. Avaria é **a)** toda despesa extraordinária, feita a bem do navio ou da carga, conjunta ou separadamente (avaria-despesa); ou **b)** todo dano acontecido ao navio, ou à carga (avaria-dano).

Entenda-se, desde o embarque e partida até sua volta e desembarque (CCOM, art. 761¹³¹⁵).

Classificam-se em avarias particulares ou simples e avarias grossas ou comum. As primeiras resultam de caso fortuito ou fortuna do mar (CCom/1850, art. 766¹³¹⁶). As últimas supõem-se um ato volitivo. Em geral os danos causados deliberadamente, em caso de perigo ou desastre imprevisto¹³¹⁷, bem como as despesas em iguais circunstâncias – *“caso em que o capitão faz protesto por avaria comum, valendo este como forma de comunicação de conhecimento, do “ ocorrido”*¹³¹⁸.

As avarias simples, em princípio, resultam de uma deterioração ou danificação trazida ao navio ou à carga por caso fortuito ou por culpa de outrem, importando num prejuízo ao dono da carga ou do navio, indenizável, quando segurado ou por que tenha culpa do fato que os danificou¹³¹⁹.

As avarias comuns, mesmo quando resultantes de ato voluntário do capitão, tanto podem derivar-se de dano acontecido à carga, ou ao navio, como da despesa extraordinária feita.

¹³¹⁵ **Art. 761** - Todas as despesas extraordinárias feitas a bem do navio ou da carga, conjunta ou separadamente, e todos os danos acontecidos àquele ou a esta, desde o embarque e partida até a sua volta e desembarque, são reputadas avarias.

¹³¹⁶ **Art. 766** - São avaria simples e particulares: 1 - O dano acontecido às fazendas por borrasca, presa, naufrágio, ou encalhe fortuito, durante a viagem, e as despesas feitas para as salvar. 2 - A perda de cabos, amarras, âncoras, velas e mastros, causada por borrasca ou outro acidente do mar. 4 - O conserto particular de vasilhas, e as despesas feitas para conservar os efeitos avariados. 5 - O aumento de frete e despesa de carga e descarga; quando declarado o navio inavêgavel, as fazendas são levadas ao lugar do destino por um ou mais navios (artigo nº. 614). Em geral, as despesas feitas; e o dano sofrido só pelo navio, ou só pela carga, durante o tempo dos riscos.

¹³¹⁷ **APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS.** Sentença de improcedência. **Encalhe de navio.** Comandante do navio isento de responsabilidade pelo tribunal marítimo. Imperícia do prático. Responsabilidade civil da ré não caracterizada. Salvamento da embarcação e da carga. Avaria grossa. Danos causados à embarcação ou à carga no caso de perigo ou desastre imprevisto. Salvamento tanto do navio, quanto das mercadorias, a teor do rol inserido no art. 764 do código comercial de 1850, âmbito em que a despesa para a avaria grossa é rateada de forma proporcional entre os responsáveis pelo navio, frete e carga. Ausência de demonstração de abuso e/ou excesso na contratação de empresas e pessoas especializadas para a operação de salvamento. Manutenção da bem lançada sentença recorrida por seus próprios fundamentos de fato e de direito. Majoração da verba honorária. Recurso desprovido. M/AC 3.696 - s. 29.07.2020 - p 07 (TJRS; APL 0153916-83.2019.8.21.7000; Proc 70081820078; Rio Grande; Décima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello; Julg. 29/07/2020; DJERS 01/10/2020)

¹³¹⁸ DE PLACIDO E SILVA. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 323.

¹³¹⁹ **CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO. SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA.** Pagamento indenização ao segurado. 2. Navio operacionalizado por três empresas distintas. Proprietária, afretadora e subafretadora/transportadora. Demanda ajuizada em face de todas. 3. Encalhamento da embarcação. Alijo de mercadorias para salvação comum. 4. Declaração de "Avaria grossa". Exoneração parcial da responsabilidade do transportador, mediante rateio do prejuízo entre os envolvidos. 5. Culpa do transportador não demonstrada. Mera alegação de não ocorrência de avaria grossa que se mostra insuficiente a afastá-la, notadamente em tendo sido acostada prova obtida de forma unilateral. 6. Mercadoria recebida sem ressalvas, trazer a ausência de dano. 7. Recurso desprovido. (TJRJ; APL 0062625-24.2007.8.19.0001; Rio de Janeiro; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Couto de Castro; DORJ 23/08/2017; Pág. 337)

Desse modo, tem como causa não a extensão ou natureza do prejuízo ou dano, mas o benefício da despesa ou do dano em interesse comum. Nesse sentido, julgado recente:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. AVARIA GROSSA DECLARADA. Necessidade de realização de medidas extraordinárias para salvamento comum de todos os interesses a bordo. Obrigação de todos os beneficiados de arcar com as despesas. Legitimidade passiva. Direito de retenção das mercadorias transportadas pela armadora até a prestação de garantias pelos proprietários/consignatários da carga. Legitimidade ativa. Reconhecimento da existência de algumas garantias prestadas antes da propositura da ação, que caracteriza a desnecessidade da medida. Ônus da prova dos beneficiários da carga. Inaplicabilidade do Código do Consumidor. Recurso da autora parcialmente provido. Recurso das corrés improvido. (TJSP; AC 1015905-69.2015.8.26.0562; Ac. 12503744; Santos; Décima Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Coutinho de Arruda; Julg. 23/04/2019; DJESP 22/05/2019; Pág. 2137)

O Código Comercial, nos art. 764 e 765 registra inúmeros casos de avarias comuns¹³²⁰.

¹³²⁰ **Art. 764** - São avarias grossas: 4 - As âncoras, amarras e quaisquer outras coisas abandonadas para salvamento ou benefício comum. 5 - Os danos causados pelo alijamento às fazendas restantes a bordo. 6 - Os danos feitos deliberadamente ao navio para facilitar a evacuação d'água e os danos acontecidos por esta ocasião à carga. 8 - A indenização ou resgate da gente da tripulação mandada ao mar ou à terra em serviço do navio e da carga, e nessa ocasião aprisionada ou retida. 10 - Os direitos de pilotagem, e outros de entrada e saída num porto de arribada forçada. 11 - Os aluguéis de armazéns em que se depositem, em, porto de arribada forçada, as fazendas que não puderem continuar a bordo durante o conserto do navio. 12 - As despesas da reclamação do navio e carga feitas conjuntamente pelo capitão numa só instância, e o sustento e soldadas da gente da tripulação durante a mesma reclamação, uma vez que o navio e carga sejam relaxados e restituídos. 13 - Os gastos de descarga, e salários para aliviar o navio e entrar numa barra ou porto, quando o navio é obrigado a fazê-lo por borrasca, ou perseguição de inimigo, e os danos acontecidos às fazendas pela descarga e recarga do navio em perigo. 14 - Os danos acontecidos ao corpo e quilha do navio, que premeditadamente se faz varar para prevenir perda total, ou presa do inimigo. 15 - As despesas feitas para pôr a nado o navio encalhado, e toda a recompensa por serviços extraordinários feitos para prevenir a sua perda total, ou presa. 17 - As soldadas e sustento da tripulação, se o navio depois da viagem começada é obrigado a suspendê-la por ordem de potência estrangeira, ou por superveniência de guerra; e isto por todo o tempo que o navio e carga forem impedidos. 18 - O prêmio do empréstimo a risco, tomado para fazer face a despesas que devam entrar na regra de avaria grossa. 19 - O prêmio do seguro das despesas de avaria grossa, e as perdas sofridas na venda da parte da carga no porto de arribada forçada para fazer face às mesmas despesas. 20 - As custas judiciais para regular as avarias, e fazer a repartição das avarias grossas. E, em geral, os danos causados deliberadamente em caso de perigo ou desastre imprevisto, e sofridos como consequência imediata destes eventos, bem como as despesas feitas em iguais circunstâncias, depois de deliberações motivadas (artigo nº. 509), em bem e salvamento comum do navio e mercadorias, desde a sua carga e partida até o seu retorno e descarga.

3. Do procedimento de regulação de avaria grossa

Via de regra, esse procedimento especial é realizado extrajudicialmente, razão pela qual o próprio art. 783 do Código Comercial estabelece que, caso as partes não nomeiem perito para proceder a regulação, esta seguirá pela via judicial, repetido pelo art. 707 do CPC/15: “*Quando inexistir consenso, acerca da nomeação de um regulador de avarias, o juiz de direito da comarca do primeiro porto onde o navio houver chegado, provocado por qualquer parte interessada, nomeará um de notório conhecimento*” – observado o procedimento contido no CPC/39 mantidos em vigor pelo art. 1.218 do CPC/15:

Art. 765. O capitão, antes de abrir as escotilhas do navio, poderá exigir dos consignatários da carga que caucionem o pagamento da avaria, a que suas respectivas mercadorias foram obrigadas no rateio da contribuição comum. Recusando-se os consignatários a prestar a caução, o capitão poderá requerer depósito judicial dos efeitos obrigados à contribuição, ficando o preço da venda subrogado para com êle efetuar-se o pagamento da avaria comum, logo que se proceda ao rateio.

Art. 766. Nos prazos de sessenta (60) dias, si se tratar de embarcadores residentes no Brasil, e de cento e vinte (120), si de residentes no estrangeiro, contados do dia em que tiver sido requerida a caução de que trata o artigo antecedente, o armador fornecerá os documentos necessários ao ajustador para regular a avaria, sob pena de ficar sujeito aos juros da mora. O ajustador terá o prazo de um ano, contado da data da entrega dos documentos, para apresentar o regulamento da avaria, sob pena de desconto de dez por cento (10%) dos honorários, por mês de retardamento, aplicada pelo juiz, ex-officio, e cobrável em sêlos, quando conclusos os autos para o despacho de homologação.

Art. 767. Oferecido o regulamento da avaria, dele terão vista os interessados em cartório, por vinte (20) dias. Não havendo impugnação, o regulamento será homologado; em caso contrário, terá o ajustador o prazo de dez (10) dias para contrariá-la, subindo o processo, em seguida, ao juiz.

Art. 768. A sentença que homologar a repartição das avarias comuns mandará indenizar cada um dos contribuintes, tendo força de definitiva e sendo exequível desde logo, ainda que dela se recorra.

Verifica-se que o capitão antes de se promover a descarga (“abrir as escotilhas”) é oportuna a exigência de caução¹³²¹. É direito que assiste ao capitão para promover o pagamento da avaria grossa. Não sendo atendido, requererá depósito judicial dos efeitos obrigados à contribuição, conforme é gide do art. 784 e 785 do CCom/1850¹³²².

A exigência da caução somente é cabível quando ocorre este tipo de avaria – *porque a todos onera, obrigando-os à contribuição geral que atingir*.

O ato pelo qual se promove a verificação da contribuição de cada interessado destinada a realizar a indenização do prejuízo que da avaria se gerou é que se chama de regulação ou regulamento de avaria grossa. É o processo pelo qual – evidenciada a avaria comum – se promoverão todas as operações necessárias no sentido de fixar o valor das perdas, determinando-se a parte de cada coobrigado pela avaria¹³²³.

Por esta razão, acertou o CPC/15 tratar no Título III – Procedimentos Especiais, no Capítulo XIII, a regulação de avaria grossa.

– Da Regulação de Avaria Grossa

Art. 707. Quando inexistir consenso acerca da nomeação de um regulador de avarias, o juiz de direito da comarca do primeiro porto onde o navio houver chegado, provocado por qualquer parte interessada, nomeará um de notório conhecimento.

Art. 708. O regulador declarará justificadamente se os danos são passíveis de rateio na forma de avaria grossa e exigirá das partes envolvidas a apresentação de garantias idôneas para que possam ser liberadas as cargas aos consignatários.

¹³²¹ **APELAÇÃO. TRANSPORTE MARÍTIMO. AVARIA GROSSA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. TRANSPORTE MARÍTIMO.** Avaria grossa verificada quando da explosão de contêiner em navio em que transportadas mercadorias de propriedade da autora da ação. Necessidade de realização de esforços extraordinários para salvamento da carga. Recusa da autora ao pagamento da contribuição exigida de todos os proprietários de carga, insurgindo-se contra a retenção dos conhecimentos de transporte. Recusa injustificada. Regras do comércio marítimo que impõem o dever de pagamento ou ofertar garantia, sob pena de retenção das mercadorias, o que foi deferido em favor da ré em diversas ações ajuizadas. Valor preliminar da garantia apurado por empresa especializada, sem elementos que evidenciem abuso. Valor definitivo que poderá ser contestado oportunamente. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; APL 1032282-49.2015.8.26.0002; Ac. 10140634; São Paulo; Trigesima Sétima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Sérgio Gomes; Julg. 07/02/2017; DJESP 15/02/2017)

¹³²² **Art. 784** - O capitão tem direito para exigir, antes de abrir as escotilhas do navio, que os consignatários da carga prestem fiança idônea ao pagamento da avaria grossa, a que suas respectivas mercadorias forem obrigadas no rateio da contribuição comum. **Art. 785** - Recusando-se os consignatários a prestar a fiança exigida, pode o capitão requerer o depósito judicial dos efeitos obrigados à contribuição, até ser pago, ficando o preço da venda sub-rogado, para se efetuar por ele o pagamento da avaria grossa, logo que o rateio tiver lugar.

¹³²³ DE PLACIDO E SILVA. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 387.

1º - A parte que não concordar com o regulador quanto à declaração de abertura da avaria grossa deverá justificar suas razões ao juiz, que decidirá no prazo de dez dias.

2º - Se o consignatário não apresentar garantia idônea a critério do regulador, este fixará o valor da contribuição provisória com base nos fatos narrados e nos documentos que instruírem a petição inicial, que deverá ser caucionado sob a forma de depósito judicial ou de garantia bancária.

3º - Recusando-se o consignatário a prestar caução, o regulador requererá ao juiz a alienação judicial de sua carga na forma dos art. 895 a 919.

4º - É permitido o levantamento, por alvará, das quantias necessárias ao pagamento das despesas da alienação a serem arcadas pelo consignatário, mantendo-se o saldo remanescente em depósito judicial até o encerramento da regulação.

Art. 709. As partes deverão apresentar nos autos os documentos necessários à regulação da avaria grossa em prazo razoável a ser fixado pelo regulador.

Art. 710. O regulador apresentará o regulamento da avaria grossa no prazo de até doze meses, contado da data da entrega dos documentos nos autos pelas partes, podendo o prazo ser estendido a critério do juiz.

1º - Oferecido o regulamento da avaria grossa, dele terão vista as partes pelo prazo comum de quinze dias; não havendo impugnação, será homologado por sentença.

2º - Havendo impugnação ao regulamento, o juiz decidirá no prazo de dez dias, após a oitiva do regulador.

Art. 711. Aplicam-se ao regulador de avarias os art. 156 a 158, no que couber.

Neste panorama apresentado, tem-se que o procedimento de regulação de avaria é realizado pelo Poder Judiciário – de modo que não é possível realizá-la através de procedimento comum, mas observando o procedimento específico apresentado.

REFERÊNCIAS

DE PLACIDO E SILVA. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 383.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IX. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 325.

TJSP; APL 1032282-49.2015.8.26.0002; Ac. 10140634; São Paulo; Trigesima Sétima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Sérgio Gomes; Julg. 07/02/2017; DJESP 15/02/2017

TJRJ; APL 0062625-24.2007.8.19.0001; Rio de Janeiro; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Couto de Castro; DORJ 23/08/2017; Pág. 337

TJSP; AC 1015905-69.2015.8.26.0562; Ac. 12503744; Santos; Décima Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Coutinho de Arruda; Julg. 23/04/2019; DJESP 22/05/2019; Pág. 2137

TJRS; APL 0153916-83.2019.8.21.7000; Proc 70081820078; Rio Grande; Décima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello; Julg. 29/07/2020; DJERS 01/10/2020

A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA NOS CINCO PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rodrigo Augusto Amaral¹³²⁴

INTRODUÇÃO

A coletânea em que o presente artigo é apresentado se propõe a reunir trabalhos de autores empenhados no estudo do Direito Processual Civil e refletir sobre os cinco primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, editado pela Lei 13.105/15.

Em outras ciências e áreas de interesse social, como, por exemplo, a de tecnologia, cinco anos é tempo suficiente para que o que era antes disruptivo tornar-se obsoleto, ultrapassado e superado.

Em cinco anos, a engenharia moderna consegue superar a tecnologia implantada em aparelhos celulares, em automóveis, aviões, técnicas construtivas, inovar em métodos de comunicação e troca de dados.

Neste mesmo interregno de tempo, a ciência médica, por sua vez, também consegue oferecer novas descobertas, formas de tratamento, superação de doenças antes incuráveis e medicamentos e vacinas cada vez mais eficientes.

Isto leva a refletir que o ser humano está em busca de constante evolução e superação, demonstrando que o organismo social é algo em constante movimento e, como tal, exige igual dinamismo da ciência do Direito.

Sucedem que, na contramão das outras ciências, o Direito ainda permite alcunhar o Código com “apenas” cinco anos de vigência como o “novo” Código de Processo Civil, de fato ainda embrionário se considerarmos que o Código Buzaid vigeu por pouco mais de quarenta e dois anos (art. 1.220 CPC/73) e o que lhe antecedeu pouco mais de trinta e quatro anos (art. 1.052 CPC/39).

Não se pode olvidar, por outro lado, que a sociedade de outrora não é a mesma que a atual, já que vivemos em uma época de dinamismo sem igual, de tal sorte que se a ciência jurídica não acompanhar ficará de forma indevida descolada dos anseios e necessidades da sociedade.

Verifica-se na exposição de motivos do Código de Processo Civil atualmente

¹³²⁴ Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; especialista em Direito Contratual pela PUC/SP e mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.
São Paulo/SP | rodrigo@amaralaguair.com.br | <https://orcid.org/0000-0002-9480-2578>

vigente que há uma clara atenção na busca da concretude do direito, inclusive indicando nos parágrafos iniciais que¹³²⁵:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Na esteira do até aqui exposto, verifica-se ainda na exposição de motivos que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

Em suma, deve(ria) o Código de Processo Civil de 2015 responder aos anseios e necessidades da sociedade, sobretudo no campo da concretude e eficácia do direito.

Assim, após já cinco anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015 é chegado o momento de rememorar os institutos que estão atingindo o seu fim almejado ou, ao menos, estão em vias de tal intento.

É sim necessário revistar os institutos que pouca ou nenhuma prática alcançaram neste período, assim como instigar toda a comunidade jurídica a buscar soluções para eventuais entraves que possam ser verificados.

Isto implica dizer que, uma vez identificado um problema, não significa concluir necessariamente que se deva buscar a alteração do texto legal, mas por vezes é almejar adequar a hermenêutica do dispositivo, do instituto como um todo e balizar a posição dos tribunais pátrios.

Neste trilhar, o presente trabalho buscará apresentar elementos que demonstram que, embora o legislador do Código de Processo Civil de 2015 objetivou municiar os operadores do direito com algumas ferramentas, infelizmente ainda não se erigiu um sistema dotado de eficácia na tutela executiva.

Muito pelo contrário, os números que serão apresentados demonstram que há um

¹³²⁵ Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>, acessado em 07/12/2020.

grande entrave neste aspecto, em que as demandas executivas ou em fase de execução representam um grande e crescente “arquivo morto” do Poder Judiciário.

E há consequências neste fato muito mais coletivas do que se possa imaginar, ou seja, os prejudicados não são apenas os jurisdicionados dos milhões de processos de execução que estão “estacionados” nos tribunais do país afora.

A ciência jurídica com os seus dogmas, conceitos, regras e princípios não é uma ilha isolada na sociedade, de tal sorte que a forma com que alguns temas são tratados pelo Direito reverbera diretamente em outras áreas de interesse social.

Não é difícil perceber que, na medida em que o Direito não entrega efetividade na tutela executiva, há uma consequência lógica e direta na economia do país como um todo, sobretudo quando se trata do mercado de crédito.

Isto porque, o risco da inadimplência é um dos principais fatores levados em conta pelas instituições de crédito para fixar a taxa de juros de determinado empréstimo, conforme estudo apresentado pelo Banco Central do Brasil¹³²⁶.

Ou seja, a lógica é simples: risco de inadimplência baixo, juros de empréstimo igualmente mais baixo; risco de inadimplência alto, juros de empréstimo também mais alto.

Aqui está a se falar não apenas das famílias brasileiras de baixa renda que contraem empréstimos para as atividades mais mezinhas. Não! Há também no índice geral de inadimplência empresas, empresários e grandes devedores que aprenderam a ser devedores e viver desta maneira, sem serem atingidos pela obrigatoriedade da satisfação do seu débito.

Logo, quando o Direito não apresenta medidas eficazes em trazer concretude para a tutela jurídica, a sociedade, como um todo, arca com um alto custo da dificuldade de acesso ao crédito, em razão das altas taxas de juros.

Não é à toa que as modalidades de crédito com os juros mais baixos são aquelas em que o credor poderá dispor de garantia forte e idônea, como por exemplo é o empréstimo consignado.

Outra modalidade de crédito que calha bem ao propósito do presente trabalho é o empréstimo com garantia fiduciária, sendo este ofertado com juros bastante competitivos e atrativos, justamente em razão dos efetivos mecanismos que a Lei

¹³²⁶

Estudo

disponível

em

https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/Efeito_inadimplencia_taxas_juros.pdf
-
acessado em 12/12/2020.

9.514/97 criou para satisfação de eventual inadimplência do tomador do crédito.

Ou seja, a Lei 9.514/97 se presta para demonstrar de modo incontroverso que, quando o Direito entrega para sociedade um instituto eficiente, esta é beneficiada como um tudo.

Portanto, nas linhas que seguem do presente trabalho, serão demonstrados os números que atestam que a execução do Processo Civil brasileiro não caminha de modo adequado, demandando uma pronta e imediata mudança de rumo.

Logo após a comprovação clara da ausência de efetividade pretendida, buscar-se-á investigar quais são as eventuais causas deste efeito indesejado, ou ao menos uma delas.

Ou seja, quais os instrumentos que poderiam trazer uma maior eficácia à execução no Processo Civil, mas que infelizmente não se está adotando a prática devida.

A EFICÁCIA DA TUTELA EXECUTIVA ANALISADA EM NÚMEROS

No presente tópico, buscar-se-á demonstrar através de números que a tutela executiva tem deixado muito a desejar no seu aspecto da efetividade.

A esta altura já é importante fixar a adequada compreensão que efetividade, eficiência e eficácia não são propriamente expressões sinônimas, conforme nos leciona Leonardo Carneiro da Cunha¹³²⁷.

De forma geral e resumida: eficácia é a aptidão da norma de produzir efeitos; eficiência é a possibilidade de alcançar resultados práticos com o menor número de atos processuais possíveis; e a efetividade é alcançar efeitos práticos e concretos previstos *in abstracto* pela norma legal.

Conforme leciona a Professora Arlete Inês Aurelli¹³²⁸, a efetividade é, senão, uma decorrência direta do princípio do devido processo legal:

A palavra *devido* não consta da nomenclatura do princípio à toa, eis que a norma não contém palavras inúteis. O jurisdicionado não espera um processo realizado de qualquer maneira pelo Poder Judiciário, mas exige que esse preste a devida tutela jurisdicional a que está obrigado de maneira

¹³²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, vol. 233, jul/2014, p. 65-84.

¹³²⁸ AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. RePro, vol. 271, set/2017, p. 24.

célere, justa e eficiente. Então, dentro do princípio do devido processo legal estão incluídos os princípios da isonomia, acesso à justiça, juiz natural, contraditório e ampla defesa, proibição da prova ilícita, razoável duração do processo, fundamentação das decisões judiciais e outros direitos e garantias fundamentais, sendo que tudo isso deve ser realizado com eficiência, já que o jurisdicionado espera também a efetividade da tutela.

Portanto, quando se está se falando de efetividade da tutela executiva, ou a sua falta, deve-se compreender como a aptidão do processo de execução alcançar efeitos práticos, concretos de interesse do exequente, ou seja, a satisfação do seu crédito de devedor solvente, do seu direito de ter a entrega de uma coisa certa ou incerta ou de uma obrigação de fazer, por exemplo.

Os números que serão apresentados demonstram a mais absoluta inefetividade do processo de execução.

Vale observar que todos os dados abaixo apresentados foram colhidos no “Relatório Justiça em Números” apresentado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, no ano de 2020, alcançou a sua 16ª edição¹³²⁹.

Para que se compreenda a acuidade do relatório do CNJ, os dados reúnem informações de 90 órgãos do Poder Judiciário, abrangendo, portanto, todos os Tribunais de Justiça Estaduais, os cinco Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e outros órgãos de justiça especializada.

Logo, a análise proposta deste relatório realmente permite alcançar uma fotografia bastante fidedigna da situação concreta do judiciário nacional.

Já fazendo um recorte para o tema do presente artigo, infere-se que o relatório dedica dentro do capítulo “Gestão Judiciária” um subtópico específico denominado como “Gargalos da Execução” (5.3), dedicando-se a analisar índices de produtividade e desempenho.

Neste subtópico são analisados os dados do primeiro grau da justiça comum e juizados especiais, afastando-se dados da justiça especializada, como é o caso da trabalhista, por exemplo.

É alarmante notar que o ano de 2019 foi concluído com mais de quarenta e duas milhões de execuções não baixadas, ou seja, ativas em trâmite perante os órgãos da

¹³²⁹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

justiça estadual e seus juizados especiais.

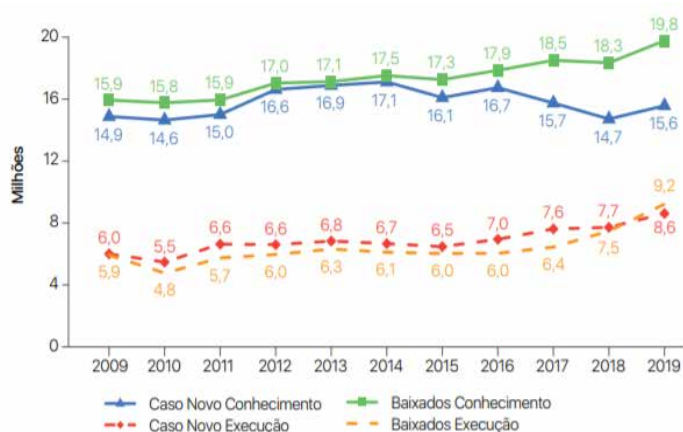
A série histórica dos dados tem demonstrado que “Os casos pendentes na fase de execução apresentaram clara tendência de crescimento do estoque entre os anos de 2009 e 2017 e permanece quase que estável até 2019”¹³³⁰.

Portanto, a percepção do CNJ é que, mesmo durante o interregno da vigência do novo Código de Processo Civil, o estoque do acervo de processos de execução continua em tendência de alta.

De forma diversa do aqui apontado, há uma maior resolubilidade das ações de conhecimento, conforme apontamento do relatório em questão que segue:

Os dados mostram que, apesar de ingressar no Poder Judiciário quase duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo a situação é inversa: a execução é 54,5% maior. Na execução, as curvas de processos baixados e novos seguem quase paralelas, tendo, pela primeira vez na série histórica, o quantitativo de processos baixados superado o número de casos novos no ano de 2019. Já no conhecimento, as curvas se mantiveram semelhantes até 2014 e depois disso observa-se descolamento, com incremento anual na produtividade e com redução dos litígios.¹³³¹

O quadro abaixo, também extraído do dito relatório, é bastante elucidativo para demonstrar que desde 2015 as ações de conhecimento possuem uma tendência acentuada de resolução, representando alta taxa de efetividade.



¹³³⁰ Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020, p. 150.

¹³³¹ *Ibidem*.

Não há uma correlação no relatório do CNJ de que esta maior efetividade alcançada se de em razão da vigência no novo Código de Processo Civil, mas também não há uma exclusão deste potencial fator.

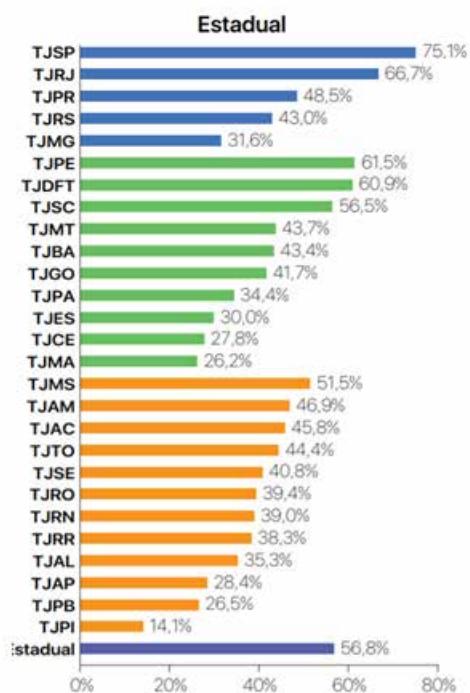
Fato é que, desde 2015 é perceptível uma maior efetividade na fase de conhecimento não percebida no processo de execução, consoante gráfico comparativo abaixo:

Figura 106: Série histórica dos casos pendentes nas fases de conhecimento e execução



Em arremate, abaixo verifica-se outro estarrecedor dado apurado de que, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, os processos de execução chegam a representar mais de 75% do estoque total de processos.

Figura 108: Percentual de casos pendentes de execução em relação ao estoque total de processos, por tribunal



Ou seja, a cada dez processos em estoque no Tribunal Bandeirante, mais de sete são de execução, situação não muito melhor nos demais tribunais estaduais.

Os dados acima levantados pelo relatório do Conselho Nacional de Justiça e trazidos ao presente trabalho são significativas evidências de que o processo de execução, de fato, não está no trilho da efetividade esperada e necessária, mesmo após já cinco anos de vigência do “novo” Código de Processo Civil.

Os fatos concretos demonstram que o Direito e não apenas a Lei deve enfrentar e oferecer um corte epistemológico sobre o tema, mudando conceitos, interpretações e proteções desarrazoadas.

É claro que há pedras angulares que não podem ser removidas, não sendo o caso de se admitir ou cogitar que, assim como no Direito Romano, o devedor tenha o seu corpo como garantia de uma dívida ou mesmo a possibilidade de castigá-lo ou obrigá-lo a prestar trabalhos forçados – *manus iniectio*.

De igual maneira, não se deve suprimir a dignidade da pessoa humana e a proteção a sua honra e a sua imagem, em detrimento da satisfação de um crédito.

Mas, ainda assim, a comunidade jurídica como um todo deve se empenhar e criar soluções para o problema da inefetividade da execução, não havendo mais margem para relegá-lo para momento futuro e incerto ou atenuá-lo. É chegado o momento de enfrentá-lo e, com muito estudo e acuidade, trazer soluções.

No tópico seguinte buscar-se-á verificar que o “novo” Código de Processo Civil buscou trazer inovações no campo da efetividade da tutela executiva, mas a aplicabilidade dos ditos mecanismos ainda enfrenta muita resistência de parte da academia jurídica e, por conseguinte, da jurisprudência.

AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

O “novo” *códex* apresentou interessantes inovações e demonstrou novas e claras preocupações com diversos temas.

Há alterações de alguma sorte nas tutelas provisórias, em técnicas de julgamento de recurso e uma atenção muito evidente ao sistema de precedentes, com mote de criar um ordenamento coeso, íntegro e previsível.

Mas há que se dar grande destaque para a criação do rol de normas fundamentais que conduzem a uma inexorável aproximação do processo civil ao conceito de processo civil constitucional, consoante se depreende logo do artigo inaugural do Código.

Neste sentido, leciona Cássio Scarpinella Bueno¹³³²:

Observar “o modelo constitucional do direito processual civil”, destarte, não é uma escolha teórica, filosófica o meramente metodológica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele doutrinador, desta ou daquela doutrinadora. Não é, em suma, opção ser, ou deixar de ser, acolhida pelo intérprete e pelo aplicador do direito. Como toda norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade.

É possível concluir que as normas fundamentais refletem a correta noção e interpretação do que se tem hoje por devido processo legal. Isto porque, não há como admitir que o processo seja devido, sem atender às normas fundamentais.

Nesta esteira, o processo de execução para ser devido, de igual maneira, deve também observar o rol lá estabelecido.

Do rol de normas fundamentais trazidas pelo Código, uma delas deveria aspirar produzir efeitos práticos no processo de execução, qual seja, a norma insculpida no artigo 6º que fixa a cooperação como um norte a guiar os atos das partes que participam de algum modo do processo.

Até mesmo neste compasso que o artigo 774, inciso V do Código de Processo Civil, considera atentatória à dignidade da justiça o executado que, intimado para tanto, não indica quais são e onde se encontram bens suscetíveis à penhora.

Ao entender de Humerto Theodor Junior¹³³³, nesta regra encontra-se também o dever de cooperação do executado, discorrendo que:

trata-se de dever – e não mero ônus - o da indicação dos bens a penhorar e o da prestação das informações necessárias à sua realização. Aplica-se, aqui também, o dever de cooperação (art.6º). Mesmo quando o executado entenda que só tem bens impenhoráveis, deverá informar ao juiz, mediante a ressalva da impenhorabilidade que os afeta.

¹³³² BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)/ Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, p.22.

¹³³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 47. ed. rev., atual. e ampl. V.3. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 246

Sobre a cooperação, entende Fredie Diddie Jr.¹³³⁴ que “*O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres*”.

Analisando o mesmo instituto, Fabio Caldas de Araújo distingue um dever de um ônus, estando o primeiro atrelado ao direito material e a figura do segundo à matéria processual, conforme segue:

O direito material e o direito processual podem ser diferenciados quanto à atividade das partes pela prevalência dos deveres no direito material e dos ônus no campo processual. O ônus não é um dever. O não cumprimento do ônus representa uma faculdade para seu titular. O réu poderá ou não apresentar defesa no processo. A não apresentação não gera prejuízo para a outra parte da relação processual. Aliás, a contumácia do réu será benéfica e provavelmente motivo de satisfação para o autor.¹³³⁵

A despeito das respeitáveis posições supra, filia-se neste trabalho ao entendimento esposado por Fabio Caldas Araújo, indicando que a cooperação não é um dever, mas sim um ato voluntário, de sorte que quem coopera o faz por um ato voluntário ou um dever moral. Se há uma sanção externa, deixa de ser um ato de cooperação e passa a ser um ato legal¹³³⁶.

Malgrado a intenção de atrelar a cooperação como um ônus processual também ao executado, fato é que pouquíssimo ou nenhum efeito prático consegue-se depreender, não sendo de todo errado arriscar concluir que tal postura não foi adotada pela comunidade jurídica ao longo dos últimos cinco anos de vigência do Código de Processo Civil.

Embora a conclusão acima seja relevante, mas é curioso notar que o ponto principal e de maior interesse das alterações implementadas pelo novo Código de Processo Civil no âmbito da execução, não está em nenhum dispositivo legal vinculado ao livro II – Do Processo de Execução.

Certamente a maior e mais polêmica inovação intentada pelo Código em relação a tutela executiva está no dispositivo que trata dos poderes, dos deveres e da

¹³³⁴ DIDDIE JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. P. 127.

¹³³⁵ ARAÚJO, Fabio Caldas. Curso de Processo Civil: *parte geral* – São Paulo: Malheiros, 2016. P. 181.

¹³³⁶ Comentários ao código de processo civil – volume 1/ Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 110.

responsabilidade do juiz, mais especificamente o artigo 139, inciso IV.

A verdadeira inovação trazida pelo referido dispositivo consiste em que, no regime do Código de 1973, as medidas coercitivas de apoio limitavam-se às de obrigação de fazer e de não fazer e às obrigações de entrega de coisa. Ou seja, a única e relevante distinção do Código atual foi trazer a possibilidade de o juiz adotar medidas para efetividade de suas decisões também quando tratar-se de imposição pecuniária.

Ao arrepio de muitos e para celebração de tantos outros, o legislador inclusive fixou tais poderes judiciais como uma cláusula geral, ante a atipicidade das medidas que podem ser adotadas pelo juiz em cada caso concreto.

Inegavelmente a *ratio* deste dispositivo, em consonância com todo o sistema processual civil, é que deve o magistrado lançar mão de medidas necessárias em busca de concretude de suas decisões, ou seja, a efetividade do processo no centro da preocupação do legislador.

Portanto, é aqui que repousa ou ao menos deveria repousar boa parte das esperanças para a mudança da sorte da inefetividade típica do processo de execução.

Em outras palavras, seria municiando o juiz de poderes coercitivos e mandamentais que se poderia buscar uma maior concretude e satisfação das execuções pecuniárias.

Desde o início da vigência do atual código, tornou-se lugar comum os exequentes apresentarem pedidos de apreensão de passaporte e de suspensão de CNH do executado que não satisfaz sua obrigação pecuniária, sob o mote de “se não tem condições financeiras de liquidar o débito exequendo, também não deve viajar” ou então “se tem carro ou condições para tanto, também deve quitar o seu débito”.

O “tom” do dispositivo não soou bem para parte da doutrina e da jurisprudência, que lançaram mão de análises críticas e contrárias aos pedidos que passaram a ser colocados no cotidiano forense.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck adverte que, mal interpretado e incorretamente aplicado, tal dispositivo seria uma “carta branca para o arbítrio”¹³³⁷.

O dispositivo em questão atualmente passa pelo crivo de sua constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada pelo Partido dos Trabalhadores – ADI 5941.

¹³³⁷ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio#:~:text=Recentemente%20foi%20divulgada%20not%C3%ADcia%20em,coercitivas%2C%20mandamentais%20ou%20sub%2Drogat%C3%B3rias> – acessado em 10/01/2021.

Até a conclusão do presente artigo, referida ação tramitava com data de julgamento determinada para sessão extraordinária na Corte Suprema, para o dia 18 de março de 2021.

No bojo da referida demanda, há o parecer do Ministério Público Federal que, amparado no princípio da patrimonialidade, milita pela inconstitucionalidade do dispositivo, conforme ementa extraída do referido parecer¹³³⁸:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. ARTS. 139, IV; 297-CAPUT; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 536-CAPUT, E §1º E 773-CAPUT DA LEI FEDERAL 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E PASSAPORTE. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E LICITAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA. DIGNIDADE HUMANA. SEPARAÇÃO MODERNA ENTRE O PATRIMÔNIO E O INDIVÍDUO PROPRIETÁRIO. ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. DEVER DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA EXECUTIVA ABERTA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS PELO JUIZ DEVE SE LIMITAR AO PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE E AOS LIMITES DA APLICAÇÃO DO DIREITO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS TÍPICAS.

A propósito, o parecer acima do Ministério Público Federal vai na mesma esteira argumentativa de todos aqueles que criticam a prerrogativa trazida pelo dispositivo, ou seja, há uma percepção por parte da doutrina de que estar-se-ia infringindo o princípio da patrimonialidade.

Em linhas gerais a execução e as dívidas do executado estão limitadas ao seu patrimônio, não podendo atingir a sua esfera pessoal e moral.

¹³³⁸ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgt/documentos/ADI5941MedidasCoercitivasCPC69.pdf/view> - acessado em 10/01/2021

Neste sentido, melhor elucida Luiz Guilherme Marinoni¹³³⁹:

O que determina a patrimonialidade executiva, no fundo, é a sacralização da autonomia individual e de sua incoercibilidade (*Nemo ad factum praecise cogi potest*). Por debaixo da patrimonialidade pulsa, na verdade, a proteção tendencialmente irrestrita ao valor liberdade individual. A concretização desse princípio no processo civil tem duas direções. A primeira está em limitar a execução apenas ao patrimônio do executado, com medidas sub-rogatórias que, por definição, não lhe forcem a vontade. (...) Não é possível, em outras palavras, coagir a vontade do executado, exigindo-se a sua colaboração para obtenção da tutela jurisdicional. A jurisdição é uma atividade substitutiva, (..) que independe da atividade do executado. A execução é promovida pelo Estado – o executado apenas sofre a execução, submetendo-se. A execução é forçada, porque ao juiz não é dado dar ordem às partes: o executado não pode ser coagido a agir, daí por que apenas sofre a execução. A segunda, que as técnicas processuais executivas, voltadas à agressão do patrimônio do executado, estão todas previstas em lei. São técnicas processuais típicas. A razão desse posicionamento é singela: “as formas do processo sempre foram vistas como ‘garantias das liberdades’”.

Embora respeitáveis e sempre bem fundamentadas as opiniões que caminham neste sentido, mas parece haver nelas um equívoco inicial de não distinguir medidas mandamentais e coercitivas de medidas sub-rogatórias, ou seja, segregar o que é execução direta e execução indireta.

Quando o juiz estabelece, por exemplo, a suspensão do passaporte de um executado, este ato não é de sub-rogação na medida em que não há satisfação do débito exequendo, mas sim um ato de coerção com o objetivo de buscar criar no ânimo do devedor o interesse em adimplir a sua obrigação.

Portanto, a medida coercitiva é adotada pelo julgador no sentido de estimular ou mesmo coagir o jurisdicionado devedor a dar efetividade ao provimento jurisdicional, também conhecida como execução indireta.

Já a execução direta é aquela em que a efetividade da tutela jurisdicional é

¹³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. E-book. Revista dos Tribunais: 2017.

alcançada de modo compulsório, vale dizer, sub-rogando-se à vontade ou a conduta do devedor, por meio de medidas constritivas do juiz, tais como a penhora, por exemplo.

Há doutrina que entende que as medidas indiretas de execução não constituem métodos de execução forçada, já que a efetividade é alcançada por ato do próprio devedor, ainda que coagido a tal.

Neste sentido, leciona Humberto Theodor Júnior¹³⁴⁰:

Tecnicamente, em processo civil, o conceito de execução forçada deve ser reservado para exprimir o fenômeno da atuação da sanção por emprego dos meios de sub-rogação.

Não se deve, outrossim, confundir a execução com o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor, muito embora, em linguagem comum, seja usual a sinonímia entre adimplemento e execução.

Fato é que o embate doutrinário reverberou na jurisprudência, produzindo grande instabilidade, prejudicando a plena aplicabilidade prática das medidas executivas atípicas.

Em interessante artigo, Elias Marques Medeiros Neto e Caroline Pastrí Pinto Reinas realizaram pesquisa quantitativa no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de acórdãos que tratam das medidas executivas atípicas entre junho, julho e agosto de 2018¹³⁴¹.

No mesmo artigo referidos autores comparam os resultados encontrados com outro trabalho dos autores Fernando da Fonseca Gajardoni e Augusto Martins Pereira, no primeiro semestre de 2017, também perante a corte paulista de justiça.

No primeiro semestre de 2017 referidos autores apuraram que o Tribunal Bandeirante proferiu 137 acórdãos que tratavam sobre o pleito de deferimento de medidas executivas atípicas, dos quais 123 tiveram as medidas indeferidas. Ou seja, naquele período analisado cerca de 89,79% dos pedidos não foram acolhidos.

No trimestre de 2018 os mencionados pesquisadores puderam encontrar 47 acórdãos que tratavam especificamente sobre aplicação do artigo 139, inciso IV, do CPC em execuções de título extrajudicial. O resultado apurado foi de uma taxa de

¹³⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução e cumprimento de sentença – 25 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: 2008, p. 53.

¹³⁴¹ NETO, Elias Marques Medeiros et. al. A aplicação das medidas executivas atípicas do artigo 139, IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista de Processo, vol. 286, dez/2018.

rejeição da ordem de 100%, ou seja, todos os pedidos endereçados àquela Corte foram rejeitados.

No mesmo período de 2018, ampliando a análise dos pleitos de deferimento de medidas atípicas em procedimentos de Cumprimento de Sentença ou em Ações Monitórias, o resultado foi de 37 acórdãos, com uma taxa de indeferimento da ordem de 89,20%.

Desta maneira, percebe-se grande resistência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em deferir os pedidos de adoção de medidas atípicas na execução. Coincidentemente ou não esse é o mesmo Tribunal que, como visto acima, tem o seu estoque de processos composto por mais de 75% de demandas de execução.

Apesar de até hoje mantida a resistência da jurisprudência no deferimento das medidas atípicas, parece que se começa a caminhar no sentido de um equilíbrio na análise dos casos concretos, buscando encontrar argumentos que tragam uma maior compatibilidade do dispositivo com o ordenamento jurídico processual e constitucional.

É dizer, tem-se buscado balizas e situações, ainda que excepcionais, mas que são propícias a adoção de medidas coercitivas na execução pecuniária.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis, em sua Carta de Florianópolis de 2017, adotou o Enunciado de nº 12 que assim fixa:

(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

O Enunciado supra propõe, portanto, que a aplicação das medidas atípicas se dê de forma subsidiária, ou seja, após esgotadas todas as medidas sub-rogatórias típicas de tentativa de localização e penhora de bens.

Outro campo importante de aplicação das medidas atípicas é das situações quem que o executado sabidamente possui condições de arcar com o seu débito, conforme a doutrina vaticinada pela Professora Arlete Inês Aurelli¹³⁴². Veja-se:

¹³⁴² AURELLI, Arlete Inês, “Medidas Executivas Atípicas no Código de Processo Civil Brasileiro”

É preciso ressaltar que essas medidas não são eficazes nos casos em que o devedor não tem condições econômicas de cumprir a obrigação. É que ocorre com a aplicação da ordem de prisão, para o devedor de alimentos. Essa medida de nada adianta se o devedor dos alimentos efetivamente não tiver condições financeiras de arcar com a dívida. Ela funciona como um fator psicológico para os casos em que o alimentante pode pagar, mas não o faz simplesmente porque não quer.

Há notória assertividade nos ensinamentos acima, pois se a *ratio* do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil é alcançar, em última análise, uma maior efetividade da tutela jurisdicional, não faz qualquer sentido aplicar medidas coercitivas para devedor que sabidamente não possui condições de arcar com o débito cobrado.

É de se notar que, quando se aplica uma medida executiva indireta como, por exemplo, suspender o direito de dirigir ou o passaporte de pessoa sem reais condições de quitar o débito, verifica-se que a medida deixa de ter qualquer caráter coercitivo, e passa a ser uma medida sancionadora.

Parece que o fundamento da subsidiariedade da medida atípica, aplicada em situações de clara ocultação patrimonial, é a proporcionalidade esperada pelo ordenamento para configurar situações em que é aceitável a aplicação do dispositivo em estudo.

Verifica-se que, em casos muito recentes, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem abandonado o argumento comum de outrora para o indeferimento que consistia em rejeitar a aplicação da medida atípica em razão de ser contrária a dignidade da pessoa humana.

A propósito, ainda no artigo citado acima de autoria do Elias Marques Medeiros Neto e da Caroline Pastris Pinto Reinas¹³⁴³, foi apurado que os principais fundamentos para o indeferimento foram:

¹³⁴³ *Op. cit.*

... que as medidas violam ao menos um dos postulados presentes no artigo 8º do novo Código de Processo Civil, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade. O índice de acórdãos que contam com esse argumento foi de 73,98% no período de janeiro a julho de 2017²⁴ e de 85,10% no período do trimestre que precedeu a publicação deste artigo, em 2018.

(...)

A segunda colocação das motivações na pesquisa feita no ano de 2018 fica com a justificação pela inocuidade da medida, por não ter sido demonstrada a sua eficácia, ou pelo fato da ferramenta não assegurar o cumprimento da obrigação, ou por ela não trazer resultado útil ao processo (59,57% das decisões). Referido fundamento ficou em quarto lugar na investigação realizada em 2017, com 22,76% dos acórdãos.

Infere-se que as fundamentações adotadas para o indeferimento consistiam em argumentos propriamente contrários ao dispositivo. Melhor explicando, não se tratavam de fundamentos no sentido de que naqueles casos concretos não haveria subsunção da norma.

Pelo contrário, os fundamentos eram gerais e abstratos no sentido de que a norma legal colidia com a dignidade do executado.

Como dito, parece que esta situação passa a mudar em razão, sobretudo, de precedentes do STJ que fixaram as balizas das situações de aplicação da medida executiva atípica.

Neste sentido, calha a transcrição da ementa abaixo proferida no REsp 1788950/MT de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DAS DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

(...)

2. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de

obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo.

(...)

4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz 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 (art. 139, IV).

5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.

7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

(Julgado em 23/04/2019).

O julgado acima é de importância no sentido de demonstrar as situações em que aquela Corte entende cabível a aplicação das medidas atípicas.

Em julgamento também recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verifica-se que, em determinado caso concreto, a medida atípica requerida foi indeferida, mas já adotando os fundamentos lançados pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme abaixo transcrito:

Cumprimento de sentença - Pedido de suspensão e apreensão de passaporte
Indeferimento - Ausência de demonstração de ocultação de patrimônio e da caracterização de uma situação de excepcionalidade necessária ao emprego de medidas coercitivas ou restritivas individuais fundadas no inciso IV do art. 139 do CPC/2015 Medidas atípicas reservadas para situações de absoluta excepcionalidade, só compatíveis com as hipóteses previstas no art. 774 do próprio CPC de 2015 (correspondente ao art. 600 do CPC de 1973), configurada uma conduta atentatória à dignidade da Justiça Precedentes do STJ - Decisão mantida Recurso desprovido. (AI 2257512-25.2020.8.26.0000 – 14/01/2021)

Denota-se do recente julgado acima que pode haver uma tendência daquela Corte julgadora passar a adotar alguns critérios para deferimento das medidas coercitivas, como por exemplo a demonstração da ocultação de patrimônio.

O importante notar é que se começa a abandonar o fundamento de que as medidas atípicas são contrárias a dignidade da pessoa humana, para passar a tentar compatibilizá-las com situações que, embora excepcionais, apresente-se necessárias.

Se isto se solidificar como um entendimento unitário e firme de toda a jurisprudência, estará se dando um claro e concreto avanço no sentido de uma maior efetividade da tutela executiva, embora tenha demorado cinco anos para alcançá-lo.

Em arremate, é importante que se perceba que esta medida por si só não será capaz, claramente, de reverter os assombrosos números demonstrado no tópico inicial do presente trabalho, mas já é uma contribuição que o “novo” CPC poderá trazer.

A partir daqui vislumbram-se outros desafios que a comunidade jurídica e, sobretudo, os órgãos jurisdicionais terão de se empenhar para fixar diretrizes sólidas como, por exemplo, a quem cabe o ônus da prova da demonstração da ocultação do patrimônio.

Calha a reflexão final: partindo-se do princípio da cooperação, deveria o executado vir aos autos e demonstrar cabalmente a sua situação de insolvência financeira e que não há qualquer ocultação patrimonial? Há situações que a demonstração da ocultação patrimonial não seria uma prova diabólica ao exequente? Quais serão os parâmetros para adoção do critério do que é proporcional?

Como visto, a aplicação adequada de medidas coercitivas com permissivo legal do artigo 139, inciso IV, do CPC poderá representar um avanço em direção de uma

maior efetividade da tutela jurisdicional executiva ainda não alcançada pelo Código ao longo dos seus primeiros cinco anos, e que ainda há grandes desafios vindouros que, somente com mais alguns anos de vigência, poderá superá-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na reflexão aqui proposta, verificou-se que já na exposição de motivos do vigente Código de Processo Civil havia uma clara atenção do legislador no sentido de trazer uma maior concretude ao direito. Não por menos que diversos dispositivos colocam a efetividade com um dos pilares do processo.

Os números encontrados no relatório do Conselho Nacional de Justiça demonstram que, desde 2015, há uma maior efetividade sim nas ações em sua fase de conhecimento, situação esta muito diferente quando se analisa a tutela executiva.

Certamente que a observada ausência de efetividade não se dá em razão de um fator único que, se adotado, mudaria por completo a sorte das tutelas de execução em trâmite.

Todavia, a somatória de pequenos fatores poderá contribuir para que, minimamente, a execução comece a frutificar e a entregar aos jurisdicionados aquilo que de direito lhes compete.

Assim, a não aplicação incondicional das medidas executivas de apoio estabelecidas no artigo 139, inciso IV, do CPC pode ser de modo incontestável um dos fundamentos que justifica o aumento do estoque de processos de execução em todos os Tribunais pátrios.

Após os já cinco primeiros anos de vigência do CPC, parece que a comunidade jurídica começa a encontrar um espaço de cabimento para as medidas coercitivas ou executivas indiretas, representando um grande avanço, ainda que tardio.

Se o dispositivo em questão passar pelo crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, outros desafios vindouros terão de ser enfrentado, como acima provocado.

Ou seja, será necessário fixar critérios claros e objetivos do que será a proporcionalidade necessária para justificar as medidas coercitivas e a quem caberá o ônus de demonstrar a (in)existência de ocultação patrimonial.

O que se espera é que não se demore mais cinco anos de vigência para dar passos tão tímidos e tão importantes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas. Curso de Processo Civil: *parte geral* – São Paulo: Malheiros, 2016.

AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. RePro, vol. 271, set/2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1^a a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, vol. 233, jul/2014.

DIDDIE JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. E-book. Revista dos Tribunais: 2017.

NETO, Elias Marques Medeiros et. al. A aplicação das medidas executivas atípicas do artigo 139, IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista de Processo, vol. 286, dez/2018

Sites:

BANCO CENTRAL DO BRASIL - https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/Efeito_inadimplencia_taxes_juros.pdf - acessado em 12/12/2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> - acessado em 10/12/2020

CONJUR - <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca->

A importância da sustentação oral

Rodrigo Barioni¹³⁴⁴

Introdução

A sustentação oral está intimamente ligada à imagem clássica do advogado no exercício de sua função. O advogado veste a beca preta¹³⁴⁵ e aguarda que seu processo seja apregoado pelo presidente do órgão julgador. Convidado a tomar assento, dirige-se ao seu lugar para falar aos integrantes do tribunal. Depois de autorizado, o advogado dirige-se oralmente aos julgadores, expondo fatos, provas e preceitos normativos referentes à causa, para persuadi-los a decidir em favor de seu cliente.

Esse ato proporciona ao julgamento uma aura muito especial. Confere importância e solenidade ao exercício da jurisdição, ao mesmo tempo em que revela o esforço dos advogados para informar ao tribunal as razões de seus clientes, permitindo que sejam ouvidas e consideradas diretamente pelos magistrados que decidirão o caso.

Nada obstante a especial função de aproximar julgadores e advogados, a sustentação oral, nos dias de hoje, tem gradualmente reduzido seu poder de propiciar melhores resultados ao processo. Os motivos são diversos, entre os quais se podem destacar: o excessivo número de processos a serem decididos a cada sessão de julgamento¹³⁴⁶; a realização de sustentações orais em casos simples, sem particularidades de fato ou de direito; a prévia entrega pessoal de memoriais aos julgadores componentes do órgão judicial, oportunidade em que os argumentos a serem apresentados em sustentação oral são expostos de maneira ainda mais próxima e, em regra, mais efetiva; a elaboração dos votos escritos pelos integrantes do órgão colegiado previamente à sustentação oral¹³⁴⁷.

O procedimento da sustentação oral, tão antigo quanto o exercício da própria advocacia¹³⁴⁸, merece ser revisitado. Embora diversos institutos processuais tenham evoluído ao

¹³⁴⁴ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP. Foi visiting scholar na Columbia University (NY). Membro do Conselho do Centro de Estudos Avançados de Processo. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado. E-mail: robarioni@pucsp.br.

¹³⁴⁵ Providência dispensável em alguns tribunais. Vide item 4.1, *infra*.

¹³⁴⁶ Problema que não é exclusivamente brasileiro, como anotado por Warren D. Wolfson especificamente para o direito norte-americano: “I think mostly it comes down to numbers. Our job is to decide cases, and we have a lot of cases. Oral argument slows things up. We begin to fall behind. That's not good. People grumble” (*Oral argument: does it matter?*, Indiana Law Review v. 35, p. 451).

¹³⁴⁷ Clito Fornaciari Júnior acentua: “o fato é aquilo que antes era verdadeira solenidade, suscetível de ensejar autêntico aprendizado, transformou-se em rotina que, em não poucos casos, ao invés de valorizar o evento o torna enfadonho e cansativo” (*Sustentação oral: o grito derradeiro*, Tribuna do Direito n. 290, p. 14).

¹³⁴⁸ Cf. Jay Tidmarsh, *The future of oral argument*, Loyola University Chicago Law Journal, vol. 48, p. 476 (2016).

longo dos anos, no Brasil, a sustentação oral não tem sido alvo frequente de estudos teóricos ou de preocupações práticas de aperfeiçoamento, que permitam potencializar seu significado no contexto processual. De modo geral, o único foco de atenção tem-se voltado a definir quais recursos, incidentes ou processos devem oportunizar a sustentação oral. Contudo, isso é insuficiente.

O presente ensaio busca expor as finalidades e algumas características da sustentação oral, como ponto de partida para discutir as alterações necessárias no sentido de reafirmar esse procedimento como instrumento relevante para o contraditório e, por consequência, que contribua para o aprimoramento da prática judiciária.

1. Finalidades

A sustentação oral abre oportunidade para que as partes, por meio de seus advogados, sejam diretamente ouvidas pelos membros do tribunal. A possibilidade de expressão verbal e a dispensa de intermediários para a mensagem são elementos facilitadores da comunicação.

Esse momento de contato direto entre advogados e julgadores tem uma finalidade clara para as partes: convencer o tribunal de que a tese sustentada deve prevalecer. Em outras palavras, o advogado que se dirige ao tribunal pretende vencer o caso ou, ao menos, obter uma decisão favorável em relação ao tema objeto de sua argumentação oral¹³⁴⁹.

No entanto, as finalidades da sustentação oral não se limitam às partes. Há também o aspecto do interesse público ligado à sustentação oral. Como registram David R. Cleveland e Steven Wisotsky, a sustentação oral cumpre importante função não suprida pelos arrazoados escritos: conferir visibilidade pública e legitimidade institucional ao julgamento¹³⁵⁰.

No que interessa ao presente trabalho, porém, o foco está direcionado ao interesse das partes e de um julgamento de maior qualidade. Nesse contexto, e sem fugir do espectro mais amplo que a sustentação oral possa apresentar, é possível identificar objetivos específicos. Conhecer esses diferentes objetivos é indispensável para que se possa extrair o máximo rendimento desse ato processual. A seguir, serão apontados alguns deles, sem qualquer pretensão de se criar um rol exaustivo.

¹³⁴⁹ No dizer de Pedro Batista Martins, a oralidade visa “permitir aos juízes sentir mais vivamente a prova e ter a sua atenção atraída, com maior força, para o ponto essencial da lide” (*Em defesa do ante-projeto do Código de Processo Civil*, in *Processo Oral*. São Paulo: RT, 1940, p. 230).

¹³⁵⁰ *The Decline of Oral Argument in the Federal Courts of Appeals: A Modest Proposal for Reform*, *The Journal of Appellate Practice and Process* vol. 13, p. 138 (2012). Em igual sentido: Robert J. Martineau, *The Value of Appellate Oral Argument: A Challenge to the Conventional Wisdom*, *Iowa Law Review* vol. 72, p. 11 (1986).

1.1. Aproximar os advogados dos julgadores

A primeira finalidade da sustentação é permitir que os advogados tenham maior proximidade com os julgadores. No processo civil brasileiro, de maneira geral, os atos processuais são realizados fora da audiência. Disso decorre certo distanciamento entre o advogado das partes e o órgão julgador.

É claro que durante a tramitação do processo em primeiro grau de jurisdição é possível designar audiências perante o juiz. Sem dúvida, é também uma oportunidade para que os advogados possam se dirigir diretamente ao juiz, em especial quando se tratar de apresentar razões finais orais (art. 364, CPC).

Do ponto de vista dos processos perante o tribunal, porém, o distanciamento é ainda maior, porque sequer são realizados atos de instrução nessa etapa processual. Daí não haver outra oportunidade prevista em lei para esse contato direto entre advogados e julgadores.

As manifestações escritas, embora sejam também direcionadas ao órgão julgador, em muitos casos são acessadas exclusivamente pelo relator¹³⁵¹. Desse modo, a maioria dos integrantes do colegiado pode não ter contato com a exposição das questões de fato e de direito feita pelas partes, limitando-se a ouvir a descrição apresentada pelo relator. Nesse caso, a informação é repassada de segunda mão, cuja acuidade depende da atenção e compreensão do relator em relação às peças escritas. A retransmissão dos argumentos das partes pode ser imprecisa, colocando em risco o próprio direito submetido a julgamento.

Daí a finalidade particular da sustentação oral de permitir que o próprio interessado, por meio de seu advogado, dirija sua narrativa e informe os argumentos a todos os integrantes do órgão colegiado, sem a moderação do relator.

O comparecimento pessoal à sessão de julgamento será, portanto, oportunidade relevante para que o advogado possa expor os motivos pelos quais entende que a solução do processo deve ser num ou noutro sentido, com a certeza de que não há intermediários nessa comunicação. Com isso, pode-se afirmar que uma das finalidades da sustentação oral é permitir maior proximidade entre os advogados e os integrantes do órgão julgador.

¹³⁵¹ A exclusividade de acesso aos autos se intensificou com a exclusão da figura do revisor prevista no art. 551 do CPC/73, preceito que não foi reproduzido pelo vigente CPC.

1.2. Ampliar o contraditório

Ao colocar-se como meio pelo qual as partes podem apresentar aos magistrados seus argumentos acerca da causa, a sustentação oral representa uma nova oportunidade de manifestação. Daí se constatar que esse é mais um momento de exercício do contraditório.

O princípio do contraditório é composto de três elementos: conhecimento, reação e capacidade de influenciar na decisão¹³⁵². A sustentação oral é, sem dúvida, uma ocasião para, por meio da fala, persuadir os magistrados a decidirem em favor da tese defendida¹³⁵³.

No processo judicial, o contraditório há de ser respeitado em suas diferentes etapas. Na fase postulatória, desenham-se os limites objetivos da lide, com a causa de pedir, o pedido e os fundamentos de defesa. A sustentação oral não altera esse objeto. Por isso, a omissão de determinado tema suscitado pela parte em seus arrazoados escritos (v.g., a inadequação do valor da causa) não representa renúncia tácita ao argumento. Caberá ao tribunal examinar a pretensão deduzida por escrito, independentemente de as matérias serem incluídas no discurso oral.

Do mesmo modo, a sustentação oral não é instrumento adequado para inovar a causa de pedir, o pedido ou os fundamentos da defesa. O conteúdo da sustentação oral há de ser simétrico aos fundamentos do pedido ou da defesa expostos nos arrazoados escritos das partes. Exceto no caso de arguição de matéria de ordem pública, fato ou direito supervenientes ou de questão surgida na própria sessão, é preciso que o discurso do advogado respeite as balizadas predefinidas nas manifestações escritas. Salvo as exceções legais, a inovação fática ou jurídica não pode ser realizada na sustentação oral, até por representar violação do contraditório da parte adversária, que seria surpreendida no momento da sessão com uma alegação nova, sem tempo de averiguar a exatidão do fato noticiado ou de se preparar tecnicamente para a resposta.

A proibição de alterar os fundamentos do pedido e da defesa, no entanto, não reduzem a capacidade da sustentação oral de contribuir significativamente para o contraditório. A forma oral permite ao advogado grande margem de criatividade para abordar os temas relevantes ao convencimento dos magistrados sobre a juridicidade da tese. A oportunidade de apresentar a mesma discussão de outra perspectiva, com valorização de determinados pontos ou com a organização que facilite o entendimento da visão do advogado, é única. A mera repetição do

¹³⁵² Essa forma de compreender o princípio do contraditório é reconhecida de maneira tranquila pela doutrina contemporânea, conforme, entre outros: Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, item 7.9. 2. ed. eletrônica. São Paulo: RT, 2017; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Breves comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. eletrônica. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: RT, 2016.

¹³⁵³ Nesse sentido, David R. Cleveland e Steven Wisotsky afirmam: “the most direct benefit [of oral argument] is the opportunity to influence the outcome” (op. cit., p. 145). No mesmo sentido, Robert J. Martineau opina: “First and foremost among the reasons why counsel and their clients wish to have oral argument is that it may determine the result of the case” (op. cit., p. 17).

texto escrito é, em geral, de pouca valia¹³⁵⁴, nada obstante a maioria dos integrantes do órgão julgador normalmente não haver acessado os autos previamente.

Essa ocasião para exercer o contraditório será mais bem aproveitada se, conhecedor dos argumentos da parte contrária e das preferências e convicções dos magistrados integrantes do órgão julgador, o advogado conseguir explorar as informações angariadas para modelar o discurso com novos elementos de persuasão eficazes, mas sempre dentro do traçado original dos limites da discussão.

1.3. Explicar os motivos do pedido ou da defesa

Os fundamentos do pedido e da defesa são deduzidos, respectivamente, na petição inicial e na contestação. Nos recursos, o recorrente apresenta os motivos pelos quais não deve prevalecer o posicionamento que o órgão inferior expressou, enquanto o recorrido procura demonstrar a necessidade de manter a decisão atacada.

No direito brasileiro, esses atos processuais são escritos ou, em situações especiais, reduzidos a termo escrito¹³⁵⁵. Disso decorrem alguns pontos a serem considerados.

Nem sempre a linguagem escrita é capaz de transmitir de maneira precisa e clara os fatos e a argumentação jurídica que dão suporte à tese do advogado. Muitas vezes, a peça processual é organizada de maneira inadequada, dificultando sua compreensão. Em outras, os escritos são exageradamente longos. Casos há, ainda, em que os advogados são incapazes de expressar de maneira acessível os detalhes do raciocínio desenvolvido, quer pela complexidade do tema, quer pela insuficiência de recursos linguísticos.

Paralelamente, dada a peculiaridade do número de processos que aportam nos tribunais brasileiros, há o problema da falta de tempo dos magistrados para a leitura detalhada do processo¹³⁵⁶. Em determinadas situações, o exame das peças processuais fica restrito aos assessores, hipótese em que os magistrados se limitam a proferir a decisão¹³⁵⁷. Ainda é preciso considerar que alguns magistrados são mais receptivos a argumentos orais do que aqueles apresentados por escrito em peças processuais¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Cf. Warren D. Wolfson, op. cit., p. 454 (2002).

¹³⁵⁵ Exemplo disso ocorre nos Juizados Especiais Cíveis, cf. art. 14, §3º, da Lei n. 9.099/95.

¹³⁵⁶ Cf. Clito Fornaciari Jr., Sustentação oral: o grito derradeiro, *Tribuna do Direito* n. 290, p. 14.

¹³⁵⁷ Ao analisar o objeto do advogado ao argumentar perante o tribunal, Genaro R. Carrió adverte: “Tratar, ante todo, que el Tribunal nos oiga. Ya dijimos que los jueces están, por lo general, excedidos de trabajo. Hay por ello frecuentes lecturas apresuradas o superficiales de las actuaciones, así como mucha delegación. No es insólito que magistrados prestigiosos fallen juicios importantes sobre la base de la relación de los hechos y de la síntesis de las pretensiones en juego escuchadas de boca de un secretario relator. No hay sensación más frustrante para un profesional estudioso que advertir que ha perdido un pleito porque el juez no ha leído sus escritos” (*Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Reimpresão. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 66).

¹³⁵⁸ Jason L. Honigman, *The art of appellate advocacy*, Michigan Law Review vol. 64, p. 1.066 (1966).

Nesse contexto, a sustentação oral abre ensejo para que os fundamentos do pedido ou da defesa possam ser expostos por outro meio, mais direto e capaz de chamar a atenção para aspectos não percebidos à primeira leitura do caso. Como a linguagem oral é meio de comunicação com características e técnicas substancialmente diversas da linguagem escrita, a sustentação oral tem a vantagem de permitir acesso diferenciado ao tribunal para expor os motivos que, segundo a versão da parte, devem conduzir o processo a resultado em determinado sentido.

Myron H. Bright apresenta uma imagem interessante para ilustrar a diferença entre as razões escritas e a sustentação oral: “Comparar o papel da sustentação oral ao papel da petição escrita é como comparar limões e laranjas. Ambos, limões e laranjas, são frutas cítricas, ambos têm polpa e sumo, mas ambos servem para diferentes propósitos”¹³⁵⁹.

Por isso, ao realizar a sustentação oral, deve-se ter a tenacidade de estruturar a abordagem a ser utilizada para explicar os fundamentos do pedido ou da defesa de maneira adequada à forma oral e, portanto, com suas particularidades próprias.

1.4. Destacar questão relevante para o caso

Os argumentos que dão suporte à pretensão da parte perante o tribunal são indicados de maneira detida nas peças escritas. Se a sustentação oral disser respeito a uma ação de competência originária ou mesmo a um recurso, é preciso que os fundamentos do pedido (causa de pedir, os fundamentos da defesa ou do recurso) estejam devidamente expostos pela parte em suas manifestações anteriores.

No entanto, na maioria das situações, a finalidade da sustentação oral não é expor de maneira ampla todos os fundamentos deduzidos nas peças escritas. Antes, o advogado pode pretender focar um ou outro aspecto da disputa que repute essencial para que o pronunciamento do tribunal seja realizado de maneira adequada. Assim, é possível que na sustentação oral sejam isolados alguns temas ou até mesmo uma única questão de fato ou de direito essencial para o deslinde da causa¹³⁶⁰.

Quando se tratar de recurso ou de ação impugnativa autônoma, a sustentação oral será direcionada a esclarecer os motivos favoráveis ou contrários à decisão atacada. Nesse caso, sua função será identificar a origem do defeito do ato decisório, tais como os relativos a

¹³⁵⁹ The power of the spoken word: in defense of oral argument, Iowa Law Review, vol. 72, p. 38 (1986). Do mesmo modo, Angel Ossorio registra que “para el efecto de persuadir, no cabe comparación entre la palabra hablada y la escrita, y que en aquélla los elementos plásticos de la expresión mímica valen más que las resmas de papel y denuncian más claramente la sinceridad o la falacia del expositor” (El alma de la toga. Buenos Aires: EJE, 1986, p. 139).

¹³⁶⁰ Cf. Marshall L. Davidson III, *Oral argument: transformation, troubles, and trends*, Belmont Law Review, vol. 5, p. 209.

compreensão dos fatos, valoração das provas, interpretação da legislação, aplicação de precedente, etc. Na sustentação oral, o foco principal será no aspecto central do acerto ou do erro da decisão, ficando em segundo plano temas periféricos que possam retirar a eficácia do discurso.

Entre as questões a serem tratadas, muitas vezes é preciso chamar a atenção do tribunal para aspectos factuais da causa que permitam a correta aplicação do direito. A colocação do fato em moldura que se encaixe ao direito invocado é essencial. Por isso, o advogado deve procurar demonstrar não apenas o fato em si, mas a prova que evidencia o fato que serve de suporte à aplicação da lei.

Os eventuais equívocos existentes na decisão judicial ou no discurso do adversário que sustentou oralmente em primeiro lugar, quando relevantes ao resultado do processo, devem ser indicados de maneira específica, sempre com base nos elementos dos autos¹³⁶¹. O mesmo há de ocorrer em relação às eventuais omissões sobre pontos essenciais.

Em qualquer caso que o fato seja o foco do debate, a apresentação da ligação com o direito aplicável é fundamental, sob pena de ap defendido. arentar tratar-se de fato irrelevante. A justificativa dos motivos pelos quais aquele acerto de fato merece atenção do julgador é o que conduz à valorização do argumento

1.5. Sugerir alternativas à decisão impugnada

Na posição de recorrente, muitas vezes a crítica à decisão judicial impugnada é utilizada para pretender a mera inversão do sentido do julgamento tomado no grau inferior. No entanto, nem sempre é assim. Pode ocorrer de a situação concreta revelar alternativas a serem consideradas pelos magistrados, em substituição àquela adotada na decisão judicial impugnada. É nesse ponto que a sustentação oral pode se mostrar frutífera para explicar quais são e porque deve ser acolhida tal ou qual alternativa indicada nos arrazoados escritos.

Os campos propícios para essa função da sustentação oral habitualmente estão ligados a hipóteses de cláusulas abertas, que permitem flexibilidade interpretativa e de encaixe ao caso concreto, segundo as circunstâncias fáticas apresentadas.

Vários são os exemplos. Um deles é referente às tutelas específicas de obrigações de fazer e de não fazer. Embora a parte busque a tutela específica, ou seja, o cumprimento da prestação na forma originalmente prevista no contrato ou na lei, quando tal providência se tornar impossível ou não recomendável do ponto de vista prático, o juiz pode determinar “providências

¹³⁶¹ Cf. Jason L. Honigman, *The art of appellate advocacy*, Michigan Law Review vol. 64, p. 1.064 (1966).

que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente” (art. 497, CPC). A amplitude do campo de soluções para que o resultado prático equivalente possa ser alcançado é variável. A escolha de uma delas pelo magistrado não pode ser aleatória, senão decorrente da análise cuidadosa dos diversos aspectos que as integram e das repercussões jurídicas de sua solução¹³⁶².

Outro exemplo é o atual, relevante e, na mesma medida, polêmico art. 139, IV, do CPC, que outorga poderes ao juiz para fazer cumprir as decisões judiciais. Como a regra é aberta – cuja literalidade autoriza o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” – , há gradações e opções próprias para alguns cenários e outras para diferentes conjunturas.

Em todas as situações em que estejam em jogo possíveis soluções alternativas à decisão judicial, o foco da sustentação oral pode voltar-se a demonstrar as vantagens das opções que se abriam para o desfecho do processo, em vez da pura crítica ao sentido adotado no julgamento¹³⁶³.

1.6. Conferir maior amplitude à participação dos advogados no processo decisório

O procedimento recursal se inicia, as mais das vezes, perante o órgão *a quo* (apelação, recurso ordinário, recurso especial e recurso extraordinário). São raros os recursos interpostos e processados perante o tribunal *ad quem* que admitem sustentação oral (em regra, apenas o agravo de instrumento contra decisão que versa sobre tutela provisória e os embargos de divergência). Por isso, a única oportunidade formal de se dirigir verbalmente ao tribunal *ad quem* – exceto, é claro, no caso de “despacho de memoriais” – é por meio da sustentação oral.

Da perspectiva dos advogados, qualquer oportunidade criada para tentar convencer o juiz deve ser aproveitada. A presença física diante dos julgadores, com oportunidade de lhes dirigir a palavra, representa um momento valioso para assegurar que seus argumentos serão seriamente considerados.

A sustentação oral representa justamente esse momento de contato, no qual se exteriorizam publicamente os argumentos oferecidos à formação do convencimento do órgão colegiado. Isso dá aos advogados um sentido de participação e de colaboração com a justiça,

¹³⁶² Exemplo significativo é o caso julgado pelo STJ, relativo a construções irregulares em loteamento clandestino, em prejuízo da mata atlântica local e da represa Billings. Decidiu-se que a tutela específica não era mais possível de ser concedida, em virtude da consolidação da ocupação do local. Para minimizar o dano ambiental, foi determinada, nos locais possíveis, a substituição dos materiais impermeáveis por outros permeáveis – tais como camadas asfálticas por paralelepípedos, calçamentos por gramas, etc. – e a complementação da área prevista no §1º do art. 4º da Lei n. 6.766/79, além de outras medidas que visavam a recuperar a represa Billings (REsp 332.772/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., DJ de 28/06/2006).

¹³⁶³ Nesse sentido: Marshall L. Davidson III, op. cit., p. 209.

atribuindo-lhes protagonismo no debate voltado a solucionar a disputa¹³⁶⁴. Em adição, confere-lhes a certeza de que os próprios magistrados, naquele momento específico, estão ali para ouvi-los. O processo de engajamento dos julgadores ao contraditório é fortalecido pela sustentação oral¹³⁶⁵.

2. Providências prévias à preparação do discurso

Antes de iniciar a preparação do conteúdo da fala a ser dirigida ao tribunal durante a sustentação oral, cabe ao advogado investigar alguns pontos relevantes.

O primeiro passo é verificar o cabimento da sustentação oral. Como se sabe, o art. 937 do CPC estabelece os casos sujeitos à sustentação oral¹³⁶⁶. A regra não é completa. O inciso IX do referido dispositivo legal informa o cabimento de sustentação oral em outras hipóteses, desde que previstas em lei ou no regimento interno do tribunal que apreciará a matéria. Não se deve admitir, porém, a realização de sustentação oral pela previsão em negócio jurídico processual celebrado exclusivamente entre as partes.

Após certificar-se do cabimento da sustentação oral, o advogado deve conferir o procedimento relacionado à inscrição para a prática do ato. Dois pontos precisam ser averiguados no respectivo tribunal: a forma do requerimento (v.g., oral, *e-mail*, petição, etc.) e o prazo. Apesar de o art. 937 do CPC estabelecer que a sustentação oral deve ser requerida “até o início da sessão” quando o ato for presencial (§2º), e “até o dia anterior ao da sessão” quando o ato ocorrer por videoconferência (§4º), há tribunais que sugerem a inscrição com maior antecedência¹³⁶⁷.

¹³⁶⁴ Cf. David R. Cleveland e Steven Wisotsky, op. cit., p. 139.

¹³⁶⁵ Cf. David R. Cleveland e Steven Wisotsky, op. cit., p. 124.

¹³⁶⁶ Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021 :

I - no recurso de apelação;

II - no recurso ordinário;

III - no recurso especial;

IV - no recurso extraordinário;

V - nos embargos de divergência;

VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

VII - (VETADO);

VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

(...)

§ 3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga”.

¹³⁶⁷ Recomendação nesse sentido é estabelecida pelo art. 5º, §2º, do Provimento do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Os advogados e defensores públicos interessados em sustentar oralmente deverão manifestar sua intenção, após a disponibilização da pauta no DJE, mediante requerimento a ser endereçado ao e-mail sj6.1.3@tjst.jus.br, preferencialmente 72 horas antes do início da sessão, observado o limite máximo de 24 horas de antecedência, nos termos do art.

A preparação da sustentação oral pressupõe saber o tempo que será concedido para o ato. Em regra, o tempo é de 15 minutos, conforme previsto no art. 937 do CPC. No entanto, esse tempo poderá variar, a depender do procedimento¹³⁶⁸, do número de litisconsortes com procuradores diferentes¹³⁶⁹, ou mesmo no caso de sustentação oral em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹³⁷⁰.

Certas situações não exigem o consumo integral desse tempo. Como a sustentação oral exige dispêndio de energia e tempo de trabalho do tribunal, a duração deve se limitar ao estritamente suficiente para que a mensagem seja transmitida. Em casos mais complexos, é preciso muito cuidado na preparação, inclusive na seleção dos tópicos a serem apresentados, porque é provável que o tempo se mostre exíguo.

Para que haja essa dosagem do tempo, cabe ao advogado pesquisar a familiaridade dos julgadores com o tema a ser enfrentado. Algumas perguntas são relevantes: qual é o perfil dos integrantes do órgão julgador? A matéria já foi submetida ao órgão anteriormente? Os membros do tribunal que participarão do julgamento já tiveram oportunidade de votar?

O advogado deve ter em conta que a sustentação oral se realiza para convencer os integrantes do órgão julgador. Por isso, é preciso conhecer quem são esses integrantes. Como pontuou William H. Rehnquist, o caso não será apresentado a um grupo abstrato e platônico de juízes, representantes de uma categoria, mas para três, cinco ou mais homens e mulheres de carne e osso¹³⁷¹.

Daí a necessidade de buscar saber quem são essas pessoas, bem como se já tiveram algum contato com o tema que será decidido no processo em que será realizada a sustentação oral, seja em votações anteriores, seja em trabalhos acadêmicos. O conhecimento do destinatário do discurso pode ser decisivo para o sucesso da sustentação oral.

Sem dúvida, ter informações precisas de como pensam os julgadores permite ao advogado preparar um discurso que atraia maior interesse dos destinatários. Se a tese jurídica discutida é familiar ao órgão colegiado, pode-se dispensar o histórico de sua formação para focar apenas na sua aplicabilidade aos fatos do caso concreto, especialmente quando tratados em precedentes

5º, par. único, da Resolução nº 314 do CNJ, contendo as informações básicas do processo (número do feito, órgão julgador, número da pauta, parte representada e nome do advogado), sob pena de não ser considerada”.

¹³⁶⁸ O art. 714 das Normas Judiciais da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, que estabelece o prazo de 10 minutos para a sustentação oral perante os Colégios Recursais dos Juizados Especiais.

¹³⁶⁹ A título exemplificativo, o Regimento Interno do STJ dispõe que “[s]e houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente não o convencionarem” (art. 160, §2º). Assim, se houver quatro litisconsortes, cada qual representado por advogado próprio, o tempo de sustentação oral seria de 7,5 minutos para cada um deles.

¹³⁷⁰ Cf. art. 984, II, CPC.

¹³⁷¹ *Oral advocacy*, South Texas Law Review, vol. 27, p. 295 (1986).

recentes¹³⁷². Por outro lado, se a tese é inédita, será exigido do advogado maior detalhamento dos argumentos que a fundamentam antes de ingressar na sua aplicabilidade ao caso.

A forma como o órgão competente para o julgamento fundamenta suas decisões – abordagem dos fatos, valorização da doutrina, aplicação de precedentes, etc. – também permite ao advogado organizar o discurso sob medida¹³⁷³.

Ainda como tema prévio à preparação do discurso a ser apresentado aos julgadores, o advogado deve identificar com precisão qual será a finalidade específica buscada na sustentação oral a ser realizada. Ou seja, qual é o objetivo a ser alcançado: mostrar o equívoco na análise da prova; apontar a existência de um dispositivo legal que rege a matéria; revelar a divergência interpretativa com a *ratio decidendi* de um precedente obrigatório; indicar uma novidade legislativa, etc. Seja qual for o objetivo, é preciso delimitá-lo com clareza, para que a estrutura da sustentação oral seja confeccionada de acordo com essa definição.

De fato, o propósito da sustentação oral permitirá definir *a)* a seleção dos temas; *b)* a divisão do tempo; e *c)* a ênfase a ser dada a cada ponto.

Outra providência precedente importante é o advogado elaborar memoriais escritos que indiquem o conteúdo da sustentação oral. Esses memoriais devem ser substancialmente enxutos, servindo apenas como um roteiro dos temas a serem abordados. Os argumentos não estão completamente desenvolvidos, mas referenciados, como a legislação aplicável ou eventualmente a indicação de precedentes.

Os memoriais podem ser comparados ao *trailer* de um filme, enquanto a sustentação oral seria o próprio filme: no *trailer*, há apenas algumas cenas cuidadosamente selecionadas para atrair a atenção e o interesse do público para assistir ao filme¹³⁷⁴. Na sustentação oral é que serão revelados, de maneira detalhada, os argumentos da parte.

Essa medida proporciona o acesso dos magistrados aos temas centrais da sustentação oral, criando um ambiente facilitador à recepção das ideias que serão defendidas oralmente. No momento da sustentação oral, esse contato anterior pode ser decisivo para que se compreendam a linha argumentativa e a providência jurisdicional pretendida.

¹³⁷² Cf. Roger J. Miner, *The don'ts of Oral Argument*, Federal Courts and Federal Practice vol. 3, p. 34 (1987).

¹³⁷³ Nesse sentido, Karl N. Llewellyn escreve: “The job of an appellate argument is to win a particular case before a particular tribunal, for a particular client. And, since that is so, it begins with the tribunal. Long before the case comes into your office, you should have been studying that tribunal, indeed any appellate tribunal before whom you may have a case to argue. It is that tribunal’s view of the facts which will control. It is that tribunal’s view of authorities which will control. It isn’t yours. And there is nothing out there – as Homes put it once, there is no ‘brooding omnipresence in the sky – that’s going to work for your client or for you” (*A lecture on appellate advocacy*, The journal of Appellate Practice and Process vol. 7, p. 175 (2005)).

¹³⁷⁴ A imagem é de William H. Rehnquist, *Oral advocacy*, cit., p. 299.

3. A organização do discurso

Além do controle do tempo, o advogado tem de se preocupar com a mensagem que pretende transmitir aos magistrados, a fim de convencê-los sobre o direito de seu cliente. Há pouco espaço para improvisações. Por isso, a organização do discurso é fundamental.

Antes de tudo, o advogado deve estar preparado. Para isso, é preciso dedicar significativo tempo ao estudo do caso. O advogado deve conhecer o caso de maneira detalhada, seus pormenores fáticos, as provas produzidas e do direito aplicável¹³⁷⁵. A análise das peças processuais indicará quais foram as linhas argumentativas, os precedentes citados pelas partes, assim como a abordagem realizada pela decisão objeto do recurso. Conhecer a íntegra dos precedentes mencionados é primordial para argumentar de maneira apropriada.

Essa providência é importante, mas isso não é suficiente. O advogado deve pesquisar como os tribunais, em especial aquele em que o caso será apreciado, têm enfrentado a matéria específica e outras análogas¹³⁷⁶. O valor dessa pesquisa é imenso e poderá representar o ponto distintivo entre o sucesso e o fracasso da persuasão do discurso.

Quanto maior o conhecimento do caso e de tudo o que está em seu entorno, maior será a segurança do discurso e, por consequência, a confiabilidade dos argumentos.

A preparação envolve a correta dosagem do tempo a ser distribuído entre os tópicos. Esse é um ponto igualmente fundamental para que o discurso seja bem estruturado, com começo, meio e fim. Somente com uma preparação cuidadosa o advogado conseguirá balancear os temas mais relevantes – e que possivelmente consumirão maior tempo –, assim como poderá extirpar da apresentação os que se revelem mais frágeis. A seleção das matérias a serem incluídas no discurso, assim como aquelas que serão deixadas de lado, é um dos aspectos críticos da sustentação oral¹³⁷⁷. A restrição a poucos temas tem a vantagem de fortalecer o discurso e dar ênfase aos argumentos mais relevantes. Por isso, para que a sustentação oral seja eficiente, há quem recomende que o advogado não tente abordar mais do que dois ou três temas¹³⁷⁸.

Uma boa técnica, com vistas a facilitar o acompanhamento do discurso e, com isso, ampliar a compreensão do que será dito, é apresentar um roteiro dos temas a serem abordados

¹³⁷⁵ Cf. Thomas J. Moyer, *Oral Argument – Let It Be*, Akron Law Review vol. 16, p. 104.

¹³⁷⁶ Vale a advertência de Stephen M. Shapiro, ao tratar da sustentação oral perante a Suprema Corte: “All significant case authorities must be read and reread before argument, while peripheral cases may be reviewed through summaries from assistants. Counsel also should try to “read around” in the area, including any relevant law review articles and policy-oriented materials such as economic studies. Familiarity with issues of policy will better equip counsel to deal with the questions likely to be heard from the bench” (Op. cit., p. 533).

¹³⁷⁷ Cf. John M. Harlan registra, a falta de qualidade das sustentações orais normalmente é atribuída a duas razões: falta de preparação ou inadequada seleção dos temas a serem sustentados (*What part does the oral argument play in the conduct of an appeal?*, Cornell Law Quarterly vol. 41, p. 8 (1955)).

¹³⁷⁸ Nesse sentido: Mari Beth Beazley, *A practical guide to appellate advocacy*, 5. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2019, p. 302; Roger J. Miner, op. cit., p. 33.

na sustentação oral¹³⁷⁹. Assim, logo de início, os magistrados conhecerão os pontos e a ordem em que serão desenvolvidos na sustentação oral¹³⁸⁰.

A breve apresentação dos aspectos de fato e de direito é proveitosa para situar os magistrados sobre as questões a serem debatidas. O momento inicial ainda não é próprio para apresentar argumentos sobre a controvérsia, quer em relação aos fatos, quer em relação ao direito. O foco introdutório é apenas externar o que será objeto de abordagem ao longo da sustentação oral¹³⁸¹.

A importância dos fatos na sustentação oral não pode ser minimizada. Sem o conhecimento preciso dos fatos, o tribunal não conseguirá decidir de forma adequada. Esse é o pressuposto elementar para compreender e interpretar as regras e os princípios a serem aplicados ao caso e, por isso, cabe ao advogado apresentá-los de maneira clara e com os detalhes necessários para que o julgamento possa ser realizado¹³⁸².

No que diz respeito aos pontos selecionados, é recomendável que o de maior força seja tratado em primeiro lugar. Isso permite angariar maior credibilidade logo no início do discurso – e com isso, ampliar as chances de sucesso –, além de ser o momento em que provavelmente a concentração dos magistrados será maior. Em outras palavras, no caso da sustentação oral, não se deve deixar o melhor para o final¹³⁸³.

Dentro dos argumentos mais fortes, deve-se identificar o núcleo da questão. Saber apresentar os aspectos que permitem a decisão segura sobre o tema é uma das tarefas mais importantes do advogado na preparação da sustentação oral¹³⁸⁴. Ou seja, se a questão se resolve com a definição do fato, porque o tema de direito é conhecido, o advogado deve fixar sua atenção nos elementos que digam respeito à demonstração do correto enquadramento fático; se a

¹³⁷⁹ Cf. James D. Dimitri, *Stepping up to the podium with confidence: a primer for law students on preparing and delivering an appellate e oral argument*, Stetson Law Review vol. 38, p. 92; Sabrina DeFabritiis, *Lost in translation: oral advocacy in a land without binding precedent*, Legal Studies Research Paper Series, Research paper 12-11, p. 22.

¹³⁸⁰ A preparação dos magistrados é essencial. Em outros sistemas, salienta-se a importância de os magistrados lerem os arrazoados das partes antes da sessão (cf. Thomas J. Moyer, op. cit., p. 103). Para o sistema brasileiro, em que há uma sobrecarga de trabalho dos tribunais, a apresentação de memorial curto e pontual, contendo a síntese da disputa, pode facilitar a compreensão da matéria a ser julgada e, com isso, permitir que a sustentação oral seja mais efetiva.

¹³⁸¹ Cf. Jason L. Honigman, op. cit., p. 1.061.

¹³⁸² A esse respeito, John W. Davis escreve: “A case well stated is a case far more than half argued. Yet how many advocates fail to realize that the ignorance of the court concerning the facts in the case is complete, even where their knowledge of the law may adequately satisfy the proverbial presumption. The court wants above all things to learn what are the facts which give rise to the call upon its energies; for in many, probably in most cases, when the facts are clear there is no great trouble about the law. Ex facto oritur jus, and no court ever forgets it” (Op. cit., p. 750).

¹³⁸³ A esse respeito, Stephen M. Shapiro ensina: “The first point ordinarily will be the point which has to be gotten across to win the case. Counsel must grab the bull by the horns and give his most convincing argument on this critical issue. It is a mistake to lead off the analysis with an argument of lesser persuasiveness, or an argument that is unnecessarily provocative or dubious. Such an argument will generate friction with the Justices and cast a pall of skepticism over the entire presentation” (Op. cit., p. 537).

¹³⁸⁴ H. Graham Morison é ainda mais assertivo: “the most important single element of successful oral argument is the ability to select the heart of your case – the hub – the core, upon which all else depends. If you have saturated yourself with your case as carefully as I recommend, you should be able to make this decision easily” (*Oral Argument of Appeals*, Washington and Lee Law Review vol. 10, p. 5 (1953)).

disputa recair essencialmente sobre a interpretação de um preceito normativo, a esse aspecto deve ser dirigido o discurso.

A depender do tempo disponível, da complexidade das matérias e da probabilidade de sucesso dos pontos mais relevantes, é conveniente dispensar a abordagem dos tópicos mais débeis¹³⁸⁵. Essa pode ser uma estratégia interessante, para que a fala do advogado não seja encerrada com teses reconhecidamente vulneráveis, de pouca ou nenhuma chance de sucesso, assim como para não reduzir a potência do argumento mais convincente.

Quanto às teses defendidas, as fraquezas não devem ser omitidas. O advogado tem de considerar que as vulnerabilidades exploradas pelo adversário nas peças escritas serão retomadas na sustentação oral. Deve igualmente ter em conta que os magistrados do tribunal são suficientemente experientes para perceber essas fragilidades, ainda quando não conheçam a matéria com profundidade. Daí ser mais produtivo enfrentar tais pontos, com os fundamentos que revelem a inconsistência das críticas, em vez de deixá-los completamente desprotegidos, facilitando a rejeição da tese defendida¹³⁸⁶.

O final da exposição deve conter a pretensão perseguida e um agradecimento final. Embora a providência almejada esteja formalizada nas peças escritas, é relevante reiterar o que se deseja, inclusive para demonstrar a logicidade do discurso e que a decisão desejada é compatível com os argumentos expostos. A falta desse arremate deixa a sustentação com ar inconcluso, retirando parte de seu impacto.

O agradecimento simples e direto é recomendável, para enfatizar a atenção devotada à sustentação – ainda que os magistrados tenham demonstrado completo alheamento durante a exposição – e a oportunidade de ter podido se dirigir diretamente ao órgão colegiado.

É recomendável que todos esses pontos a serem arguidos estejam registrados por escrito. Esse material, que será levado pelo advogado no dia da sustentação oral, deve apontar a ordem dos argumentos e eventuais referências que se pretenda realizar durante o discurso. Embora não haja fórmula válida para todos os advogados, de modo geral o material deve ser conciso, fácil de ler e preferencialmente em tópicos¹³⁸⁷.

¹³⁸⁵ A advertência de Warren D. Wolfson é oportuna: “they [the lawyers] must not argue weak, silly, or frivolous issues — which shouldn't be in the briefs in the first place. These are issues that will dilute the strength of serious matters. In the same vein, inconsistent positions deter judges from paying serious attention” (Op. cit., p. 454).

¹³⁸⁶ Cf. Brian A. Garner, op. cit., p. 143.

¹³⁸⁷ Cf. Joseph W. Hatchett e Robert J. Telfer III, *The importance of oral argument*, Stetson Law Review vol. 33, p. 149 (2003).

4. Atuação na sustentação oral

Vários são os aspectos a serem observados quanto à postura a ser adotada na sustentação oral. Embora muitos deles dependam de atos preliminares, relativos à preparação e à estruturação do discurso a ser apresentado aos magistrados, é no momento em que a palavra é concedida ao advogado que haverá a implementação do que foi previamente preparado.

4.1. Traje

O primeiro passo no dia da sustentação oral é a conferência do traje. Não há uniformidade nos tribunais brasileiros quanto à necessidade do uso da beca. Em alguns deles, especialmente no âmbito trabalhista, basta ao advogado estar trajado de maneira regular, isto é, com terno e gravata, para poder realizar a sustentação oral. Porém, na maioria dos tribunais, o advogado deve vestir a beca negra.

Até mesmo na definição da beca apropriada há diferenças. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, o Regimento Interno faz referência a vestes talares (art. 57, §3º), isto é, que se estendem até o calcanhar¹³⁸⁸. Em outros tribunais, utiliza-se uma beca mais curta, assemelhada a uma capa.

O advogado pode levar sua própria beca ou tomar por empréstimo no próprio tribunal. Há tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, nos quais há becas à disposição dos advogados na própria sala de sessão de julgamentos, enquanto em outros é preciso dirigir-se a local específico, como à chamada “sala das becas” ou mesmo à sala dos advogados.

4.2. Primeiras palavras

Ao iniciar seu discurso, as regras de educação recomendam que se cumprimentem os integrantes do órgão julgador, a começar pelo presidente. Se o tempo destinado à sustentação oral for insuficiente, os cumprimentos podem ser dirigidos à pessoa do presidente, informando que se estendem aos demais integrantes do colegiado.

Para que os magistrados possam se preparar para o discurso, é aconselhável que o advogado informe, logo no princípio, quem é a parte que representa, bem como se se trata de autor, réu, recorrente ou recorrido¹³⁸⁹. Esse direcionamento, frequentemente esquecido, pode

¹³⁸⁸ Cf. Caldas Aulete, *Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

¹³⁸⁹ Ao abordar o tema no direito norte-americano, James D. Dimitri registra as palavras habitualmente utilizadas para o início do discurso: “In your opening, it is customary to begin by greeting the judges (‘Good morning’ or ‘Good afternoon’ will suffice) and stating, ‘May it please the court.’ You should also introduce yourself, tell the court which party you represent ...” (op. cit., p. 92).

dificultar a compreensão dos argumentos, porque somente durante sua apresentação é que os magistrados saberão quem é a parte representada pelo advogado, e desde que estejam atentos.

Para maior clareza, o advogado deve expor qual é o tema objeto da discussão (v.g., responsabilidade civil, inadimplemento contratual, despejo por falta de pagamento, etc.) e a tutela pretendida (v.g., a condenação do réu, o desfazimento do contrato, a concessão de tutela de urgência, a declaração de inconstitucionalidade de determinado preceito normativo, etc.)¹³⁹⁰.

Ao conhecerem quem o advogado representa, o objeto da discussão e a tutela jurisdicional perseguida, os magistrados já estarão alertas para o que virá a seguir.

As primeiras palavras devem ser seguidas da breve descrição fática e do roteiro indicativo dos pontos que serão enfrentados na sustentação oral, permitindo ao tribunal acompanhar o discurso e identificar os fundamentos mais relevantes a serem apresentados na sequência (vide item 3, *supra*).

4.3. Voz

Como qualquer ato oral, é importante que o advogado tenha consciência do volume da voz. O som deve ser suficiente para chegar de maneira clara e agradável aos ouvidos dos membros do órgão julgador. O tom e o volume devem transmitir coragem, confiança e respeito. A insegurança ou timidez podem levar à hesitação no momento do discurso, tornar a voz trêmula ou demasiadamente baixa. Por consequência, pode sinalizar aos julgadores a existência de vulnerabilidade na tese sustentada e, com isso, despertar o ceticismo quanto aos fundamentos veiculados¹³⁹¹.

Isso não significa, porém, que o advogado deva fazer a sustentação oral aos berros, a fim de demonstrar sua confiança no que está argumentando. Os gritos podem soar como ataques desesperados ou modo de esconder a fragilidade da tese.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: o tom de voz do advogado deve ser intermediário, agradável, como se fora uma conversa com os magistrados¹³⁹². Alterar o tom, em determinados momentos, para dar mais ênfase a um fato ou a uma questão jurídica é recomendável, porque permite chamar a atenção dos magistrados para determinados aspectos mais relevantes. Discursos monocórdicos tendem a se tornar entediantes, ainda mais quando os integrantes do tribunal ouvirem ou ouvirão muitas outras sustentações orais¹³⁹³. Por isso, o advogado deve

¹³⁹⁰ Cf. John W. Davis *The Argument of an Appeal*, *The Journal of Appellate Practice and Process* vol. 3, p. 750 (2001).

¹³⁹¹ Cf. Michael J. Higdon, *Oral Argument and Impression Management: Harnessing the Power of Nonverbal Persuasion for a Judicial Audience*, *Kansas Law Review* vol. 57, p. 651 (2009).

¹³⁹² Cf. Jason L. Honigman, *op. cit.*, p. 1.067.

¹³⁹³ Cf. Roger J. Miner, *op. cit.*, p. 39.

variar os tons, mas sempre moderadamente, para cativar os magistrados e dar destaque aos pensamentos mais importantes.

Mesmo o silêncio pode ter aspecto estratégico. A pausa durante a sustentação oral é relevante instrumento para ampliar a força da comunicação e possibilitar a melhor compreensão dos assuntos abordados¹³⁹⁴. As pausas podem servir a diferentes propósitos, tais como dar maior ênfase a determinado ponto, gerar expectativa sobre o que será dito a seguir, permitir que os magistrados absorvam o conteúdo do que acabou de ser falado ou indicar uma alteração do tema a ser abordado. Contudo, o silêncio não deve ser demasiadamente longo, a ponto de parecer que o advogado perdeu o raciocínio em desenvolvimento¹³⁹⁵.

A concentração na velocidade também é fundamental, inclusive para manter o tom de voz agradável. É importante manter um ritmo de explanação em velocidade razoável¹³⁹⁶, isto é, sem ser demasiadamente lento e tampouco equiparar-se à rapidez de um locutor de rádio. O excesso de velocidade torna mais árduo o trabalho de compreensão da mensagem¹³⁹⁷.

4.4. Expressão corporal

Ao lado da variação do tom de voz e de pausas cuidadosamente introduzidas para valorizar o discurso, também é preciso que o advogado tenha cuidados com a comunicação corporal. De fato, diversos aspectos da comunicação não verbal também fazem parte da sustentação oral, como a postura corporal, os gestos com os braços e a expressão facial. Tudo isso compõe o elemento visual a ser considerado pelo tribunal – ainda que de maneira subliminar – como meio de demonstrar a tese defendida da tribuna.

A primeira advertência é que a sustentação oral deve ser realizada de pé. Embora pareça supérflua, essa observação básica é necessária, porque cada vez mais se vê em sessões de julgamento os advogados fazerem sustentações orais sentados¹³⁹⁸. É claro que quando a situação física do advogado não permitir que se levante (v.g., em caso de enfermidade), poderá permanecer sentado durante a sustentação oral. Essa, porém, não é regra.

¹³⁹⁴ Apesar da importância, a importância das pausas muitas vezes é desconsiderada pelos advogados, como Antonin Scalia e Bryan A. Garner registram: “Perhaps the rhetorical device most undervalued and indeed ignored by lawyers is the pause. A strategic pause after an appropriate lead-in can add emphasis to whatever phrase or sentence immediately follows. It can also highlight the divisions of your argument. Instead of following the last sentence of your previous point with an immediate ‘I’d like to turn now to...’, insert a brief pause between the two. It will prepare your listeners for the transition that’s to follow. It will also clarify the organization of your thoughts” (*Making your case: the art of persuading judges*. St. Paul: Thomson/West: 2008, p. 278).

¹³⁹⁵ Nesse sentido: Stephen M. Shapiro, *Oral argument in the Supreme Court of The United States*, Catholic University Law Review, vol. 33, p. 541 (1984).

¹³⁹⁶ A esse respeito, Michael J. Higdon aponta que diversos estudos concluíram que a fala em ritmo mais rápido aumenta a credibilidade em relação à fala mais lenta e hesitante, porque revela competência, domínio, inteligência, objetividade e até mesmo conhecimento (op. cit., p. 649).

¹³⁹⁷ Cf. Brian A. Garner, op. cit., p. 25.

¹³⁹⁸ O que, do ponto de vista normativo, é permitido, conforme estabelece o art. 7º, VII, da Lei n. 8.906/94.

A postura levantada denota respeito pelo tribunal¹³⁹⁹, melhora a voz, amplia a possibilidade da comunicação e deixa o advogado mais visível aos membros do tribunal¹⁴⁰⁰.

Vale lembrar, como já mencionado acima e o próprio nome sugere, que a sustentação oral é ato processual a ser realizado verbalmente, isto é, uma fala dirigida aos magistrados. Não é voltada para que os advogados leiam seus arrazoados escritos¹⁴⁰¹. A leitura de arrazoados é um dos pecados capitais da sustentação oral. Não apenas é constrangedor e desnecessário utilizar o tempo da sustentação oral para tal finalidade, como desperdiça-se a oportunidade de poder contribuir para a persuasão dos magistrados¹⁴⁰².

Eventuais referências que o advogado pretenda realizar, ou mesmo apontamentos para avivar a memória sobre aspectos dos argumentos do discurso, podem ser objeto de consulta durante a sustentação oral. Em qualquer hipótese, a leitura há de ser sucinta e deve se limitar ao essencial ao argumento¹⁴⁰³. Isso, contudo, precisa ser cautelosamente estudado nos preparativos, para não prejudicar a fluidez do discurso e nem embaralhar os argumentos¹⁴⁰⁴.

Ponto marcante da postura do advogado quando realiza a sustentação oral é a gesticulação com os braços. É evidente que o advogado não deve ficar imóvel durante a sustentação oral, como se fora uma caixa de som reproduzindo um discurso gravado. A movimentação dos braços, de forma sempre suave, natural e relaxada, acima da cintura, permite trazer maior dinamismo à mensagem e, com isso, despertar maior interesse nos magistrados¹⁴⁰⁵. O exagero no uso dos braços, quer pelo copioso número de movimentos, quer pela amplitude exacerbada, quer, ainda, pela velocidade frenética, pode trazer desassossego aos magistrados, deixando-os ansiosos pelo final do tormento¹⁴⁰⁶. Quaisquer movimentos que possam distrair a atenção dos julgadores têm de ser evitados¹⁴⁰⁷.

¹³⁹⁹ Cf. Bryan A. Garner, *The winning oral argument*. 2. ed. St. Paul: Thomson/West, 2009, p. 95.

¹⁴⁰⁰ Segundo Piero Calamandrei, “[a] oratória é, em grande parte, questão de mímica: faça-se um orador sentar e logo mudará o registro da sua música. Não consigo imaginar Cícero declamando suas catilinárias, compostamente sentado diante de uma mesa” (*Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 87).

¹⁴⁰¹ Nesse sentido, Jason L. Honigman registra: “It is extremely important to avoid reading one’s presentation to the judge, since his interest in the argument can be maintained more easily by direct eye-to-eye contact” (Op. cit., p. 1.067).

¹⁴⁰² Nesse sentido é o registro de William H. Rehnquist: “It would not be at all surprising for a judge to feel that there is no necessity for oral presentation if a lawyer’s oral advocacy consists of little more than reading aloud the brief or memorandum which has already been filed; after all, the judge would consume much less of his own time and none of counsel’s time if he simply read the brief or memorandum in his chambers” (*Oral advocacy: a disappearing art*, Mercer Law Review vol. 35, p. 1.023).

¹⁴⁰³ Cf. Roger J. Miner, op. cit., p. 35.

¹⁴⁰⁴ Mesmo as referências a textos legais ou decisões devem ser limitadas, como lembra William H. Rehnquist: “an oral argument top-heavy with references to controlling cases is very apt to be a poor oral argument. I have heard very good oral arguments which scarcely mentioned more than one case” (*Oral advocacy*, cit., p. 301). Em igual sentido: Stephen M. Shapiro, op. cit., p. 535.

¹⁴⁰⁵ Como registra Michael J. Higdon, “as social science has shown, gesturing is not only a necessary component of effective communication but, when done properly, can greatly increase the speaker’s persuasive impact”. (Kansas Law Review vol. 57, p. 645 (2009)).

¹⁴⁰⁶ Cf. Henry S. Wilcox, *Foibles of the bar*. Legal literature company, 1906 (versão eletrônica).

¹⁴⁰⁷ Alguns exemplos de distração são fornecidos por Roger J. Miner: brincar com o lápis, colocar as mãos na frente do rosto, andar de um lado para o outro na tribuna, bater no microfone com a caneta (op. cit., p. 38).

Como a sustentação oral realiza-se perante órgão colegiado, ponto sempre duvidoso é a direção do olhar. A quem o advogado deve dirigir seus olhos durante a sustentação oral?

A resposta a essa pergunta traz algumas considerações. Pode-se tentar manter o olhar mais fixo no presidente do órgão julgador, normalmente posicionado em frente ao advogado, o que lhe permite não ter de se movimentar lateralmente. No entanto, como podem ser vários os magistrados participantes do julgamento, o ideal é que haja leve movimentação do corpo ou ao menos da cabeça, para que todos os integrantes do órgão colegiado se sintam destinatários do discurso.

O contato visual direto com os integrantes do tribunal, quando possível, é uma ferramenta poderosa para transmitir confiança e credibilidade, além de manter a atenção dos magistrados¹⁴⁰⁸. Portanto, o advogado jamais deve deixar o olhar solto, sem conexão com os magistrados. Desviar o olhar para a parede, o chão, o teto ou qualquer outra direção que não seja a mesa dos julgadores seguramente é procedimento nocivo ao sucesso da sustentação oral.

4.5. Clareza e simplicidade

Quanto à forma, a sustentação oral – como meio de comunicar ideias – deve-se prezar pela clareza e organização. Como a finalidade é que o órgão colegiado tenha a melhor compreensão de elementos da causa submetida a julgamento, o advogado deve preocupar-se com a clareza com que apresenta as matérias a serem decididas. Em outras palavras, a linguagem e a estrutura devem valorizar o acesso do magistrado às ideias que estão sendo expressadas oralmente.

Discursos rebuscados, cuja preocupação seja demonstrar a erudição do advogado, são dispensáveis, porque habitualmente não têm aptidão para transmitir a mensagem desejada de maneira acessível, assim como não despertam o interesse do ouvinte.

Por isso, na montagem da sustentação oral, o advogado deve se perguntar se uma pessoa sem conhecimento dos fatos da causa teria capacidade de compreender o ponto que se pretende discutir e a lógica do raciocínio.

Embora os magistrados possam ter estudado o caso durante alguns minutos ou mesmo horas, é evidente que o advogado despendeu muito mais tempo ao longo de todo o processo, com inúmeras reuniões com o cliente, elaborando diversas petições, selecionando documentos, entre inúmeros outros atos relacionados ao processo.

¹⁴⁰⁸ Cf. Brian A. Garner, op. cit., p. 98; Michael J. Higdon, op. cit., p. 656.

Por isso, é importante ter em mente que as particularidades do caso, sejam de fato, sejam de direito, devem ser expostas de maneira clara, simples, objetiva, para que os magistrados possam compreendê-las em toda a extensão.

Tendo em mente essa ideia, não são raros os advogados que, ao longo da preparação da sustentação oral, procuram ajustar seu discurso por meio de exposições a outras pessoas. Isso permite verificar se houve êxito em noticiar os pontos relevantes do discurso de modo inteligível a quem desconheça os fatos da causa. Muitos deles adotam esse procedimento com colegas de escritório ou mesmo com pessoas leigas, para o fim de atestar que a exposição está suficientemente clara¹⁴⁰⁹. Quando o discurso for inteligível por pessoas que não têm ligação com o processo, seguramente estará com os atributos da clareza e da simplicidade¹⁴¹⁰.

Na busca pela simplificação da mensagem a ser transmitida, o advogado há de usar naturalidade equivalente à de uma conversa que tivesse por finalidade descrever o caso e a solução alvitada. Em tal situação, seguramente o discurso seria direto, claro e objetivo. As palavras de Piero Calamandrei são precisas: “Grande advogado é aquele que consegue falar na audiência com a mesma simplicidade e a mesma limpidez com que falaria ao juiz encontrado na rua”¹⁴¹¹.

A simplicidade do discurso informal é que deve governar a sustentação oral. Ou seja, o discurso sem floreios inúteis. Eloquência não pode ser confundida com o uso de palavras pomposas e sentenças complexas¹⁴¹². Os adereços vocabulares desnecessários comprometem a simplicidade e, muitas vezes, soam como técnica para ocultar a fragilidade da tese¹⁴¹³.

Segundo John W. Davis, um guia seguro a ser observado pelos advogados na sustentação oral consiste em seguir a regra dos três “Cs”: *chronology, candor and clarity* – que em português poderiam ser traduzidos por cronologia, sinceridade e clareza. “Cronologia, porque é a maneira natural de contar qualquer história, amarrando os eventos numa cadeia temporal, assim como segue toda a vida humana; sinceridade, de dizer o pior e o melhor, uma vez que o tribunal tem o direito de esperar isso, e porque qualquer falta de sinceridade, real ou aparente, destruirá inteiramente o argumento mais cuidadoso; e clareza, porque essa é a virtude suprema em qualquer esforço para comunicar ideias entre os homens.”¹⁴¹⁴

¹⁴⁰⁹ Cf. Brian A. Garner, op. cit., p. 85.

¹⁴¹⁰ Sobre a clareza, Angel Ossorio pontua: “En elogio de un Abogado, decía un Magistrado amigo mío. ‘Habla claramente, para que le entienda el portero de estrados; y si lo consigue, malo ha de ser que no le entienda también alguno de los señores de la Sala’. Aparte la hiperbólica causticidad del concepto, así hay que proceder. Nuestra narración ha de ser tan clara que pueda asimilársela el hombre más desprevenido y tosco; no porque los jueces lo sean, sino porque están fatigados de oír enrevesadas historias” (op. cit., p. 144).

¹⁴¹¹ Op. cit., p. 87.

¹⁴¹² Cf. Brian A. Garner, op. cit., p. 32.

¹⁴¹³ Cf. Piero Calamandrei, op. cit., p. 85.

¹⁴¹⁴ *The Argument of an Appeal*, The Journal of Appellate Practice and Process vol. 3, p. 751 (2001).

A clareza que se espera do advogado é de um facilitador da comunicação. É imperioso que consiga transmitir seu raciocínio de modo compreensível e convincente. Por isso, há de se lembrar que o discurso tem como destinatários os magistrados do tribunal, os quais se colocam uma pergunta central: por que devemos acolher a tese apresentada pelo advogado? A resposta a essa pergunta exige que o advogado analise, no caso concreto, quais são os elementos argumentativos que poderiam sensibilizar os magistrados.

Nesse aspecto, é interessante notar que muitas vezes a formação do convencimento do juiz não passa unicamente pela tese jurídica ou pela autoridade de decisões anteriores, mas pela sensibilidade com que percebe a solução mais justa para o caso submetido a julgamento. Segundo Warren D. Wolfson, cabe os advogados expor as razões pelas quais a decisão deve seguir em determinado sentido “não apenas porque um caso semelhante aponta nessa direção, mas porque seria correto e adequado, e um momento de orgulho para o direito. Em suma, o advogado deve olhar além dos limites do caso e olhar para o futuro, levando-nos com ele”¹⁴¹⁵.

A eloquência do advogado e a apresentação da tese jurídica dificilmente serão revestidas de força persuasiva suficiente se não estiverem acompanhadas da demonstração de que a solução pretendida é justa¹⁴¹⁶. A simplicidade colabora para convencer que a resposta jurisdicional pretendida se alinha à resposta mais acertada para a situação fática apresentada.

4.6. Brevidade

Introdução recorrente nos discursos de José Carlos Barbosa Moreira era: “Discursos, convém que sejam poucos; se possível, que sejam bons; em qualquer caso, que sejam breves. Se for breve, nem bom precisa ser”. O tom ameno e descontraído da fala inicial do professor carioca revela um aspecto que também é caro à sustentação oral: a brevidade.

O advogado não pode abdicar de apresentar seu discurso de maneira direta, sem floreios desnecessários e divagações supérfluas. Há que se lembrar que diante de si está um grupo de magistrados que tem de acompanhar diversas sustentações orais no mesmo dia. Por isso, deve procurar ser breve e claro. Vale lembrar da advertência de Piero Calamandrei: “a brevidade e a clareza são os dois dons que o juiz mais aprecia no discurso do advogado”¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ Op. cit., p. 455.

¹⁴¹⁶ As palavras de Jason L. Honigman são precisas: “it is contrary to human nature for a judge to divorce himself completely from his deeply motivated desire for fairness. He will make every effort to find a legal solution that he can equate with his own sense of justice” (op. cit., p. 1.057).

¹⁴¹⁷ Op. cit., p. 82. Nessa mesma passagem, Calamandrei continua com uma indagação, que aproxima ao gracejo de Barbosa Moreira: “– E caso eu não consiga ser ao mesmo tempo breve e claro, qual dos dois dons, para descontentar menos o juiz, devo sacrificar?

– Inútil a clareza, se o juiz, vencido pela prolixidade, adormece. Ele aceita melhor a brevidade, ainda que obscura: quando um advogado fala pouco, o juiz, mesmo que não compreenda o que ele diz, compreende que tem razão” (op. loc. cit.).

O tempo concedido à sustentação oral é, em geral, de 15 minutos (art. 937, CPC). Para os advogados, em casos mais complexos, o tempo é seguramente insuficiente. Para os magistrados, que acompanham diversas sustentações orais na mesma sessão, 15 minutos podem parecer uma eternidade se a sustentação oral não for capaz de provocar o seu interesse.

O advogado deve concentrar-se em expor apenas as questões de fato e de direito que sejam essenciais. Na expressão de John W. Davis, o advogado deve ir “na veia jugular” (*go for the jugular vein*)¹⁴¹⁸. O ingresso em temas de pouco interesse para o julgamento apenas dificulta manter o entusiasmo dos julgadores na sustentação.

Ainda que o tempo não seja escasso para o ponto a ser abordado, o advogado deve sempre ter a preocupação de utilizar apenas o tempo estritamente necessário. Em outras palavras, o que puder ser explicado em cinco minutos, nesse tempo deve ser feito. Alongar desnecessariamente o discurso traz diversas desvantagens estratégicas, tais como cansar – e possivelmente irritar – os magistrados obrigados a suportar longas sessões com diversas sustentações orais. O discurso mais breve, por sua vez, tem o benefício de passar a impressão que o caso é tão simples que sequer é preciso usar todo o tempo concedido para mostrar que seu cliente tem razão.

Portanto, a brevidade é uma virtude do discurso. Na primorosa frase de J. W. Donovan: “Brevidade é uma arte nobre no tribunal. Ela é uma joia na prática”¹⁴¹⁹.

De modo geral, cabe ao advogado trabalhar e retrabalhar as razões escritas para montar o discurso a ser apresentado aos magistrados. Em um processo de constante depuração dos aspectos essenciais do material produzido no processo, com frequente condensação de frases, cuidadosa seleção das palavras, expressões e argumentos, é possível sempre dar enfoque ao núcleo essencial da mensagem a ser transmitida¹⁴²⁰. Nesse ponto, é interessante a imagem fornecida por Angel Ossorio: “Lembre-se da diferença entre a cubagem entre uma vinha e um vinho que dela se obtém. Proporção semelhante deve haver entre o conteúdo de um pedido e sua defesa oral”¹⁴²¹.

Em algumas situações, o advogado poderá necessitar da integralidade do tempo para expor os temas relevantes a favor de seu cliente. Nessa hipótese, o cuidado com o relógio é essencial. O prazo legal ou regimental não pode ser ultrapassado, sob pena de ser cortada a palavra do advogado. Por isso, o treinamento anterior e o acompanhamento do tempo durante a

¹⁴¹⁸ Op. cit., p. 752.

¹⁴¹⁹ No original: “Brevity is a fine art in Court. It is a jewel in practice”. *Tact in Court*. 6 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1915. p. 87.

¹⁴²⁰ A esse respeito, Samuel Alito, em entrevista a Bryan A. Garner, registra: “Simplify, summarize, synthesize. Be prepared to understand exactly the point that you want to make, the exact contours of the argument you are making, the borders of your argument. You don’t have very much time”. Hon. Samuel Alito, interviewed by Bryan A. Garner (2 Mar. 2007).” (Op. cit., p. 36).

¹⁴²¹ Op. cit., p. 143.

sustentação oral revelam-se providências relevantíssimas, para evitar que o discurso fique inconcluso pela superação do tempo concedido.

4.7. Linguajar

Uma das grandes preocupações do advogado deve ser com a linguagem utilizada durante a sustentação oral. Nesse ponto, é preciso lembrar o ambiente em que a fala do advogado ganhará espaço, assim como que se trata de um trabalho técnico de convencimento. Por isso, é importante que a linguagem seja compatível com a solenidade e a finalidade do ato. A escolha das palavras e expressões a serem empregadas deve ter em conta os destinatários, isto é, os magistrados. Daí o cuidado nessa seleção, para que a sustentação possa ser firme, mas com elegância.

Uma boa referência é encontrada nos textos dos próprios acórdãos do órgão julgador, ou mesmo em outras decisões judiciais e em atos normativos. Ao lado da exatidão técnica, o advogado pode encontrar material originado dos próprios julgadores que irão ouvi-lo na sustentação oral.

O advogado jamais deve utilizar-se de discursos coléricos, com palavras grosseiras, hostis, insultuosas, para criticar a tese de seu adversário, a decisão judicial impugnada ou o magistrado que a proferiu. Ataques pessoais não são formas eficientes de persuasão. Ao contrário, passam a sensação de que o advogado não tem argumentos melhores para apresentar sua tese, de maneira que necessita agredir seu adversário ou o prolator da decisão impugnada.

Sobre o ponto, a lição de Genaro R. Carrió é oportuna: *“No usar la agresión verbal como arma de persuasión, porque, como diría Vizcacha, esa arma suele dispararse por la culata. Para lograr los resultados que perseguimos no es necesario que nos empeñemos en probar que el abogado contrario es un pérfido o el juez de primera instancia un infradotado. El terrorismo verbal, los abusos de lenguaje, el sarcasmo encarnizado, no conducen a nada bueno. Más bien disponen en contra de quien recurre a tales expedientes. Vistos con objetividad, parecen recursos retóricos dirigidos a ocultar el hecho de que no se cuenta con buenos argumentos”*¹⁴²².

A linguagem da sustentação oral deve aproximar-se daquela utilizada em uma conversa, mas com a consciência de que se trata de um trabalho jurídico exercido perante um órgão estatal que deliberará sobre o direito das partes. Por isso, o vocabulário deve corresponder à seriedade do ato. Não pode ser rebuscado, a ponto de prejudicar a clareza, nem demasiado coloquial,

¹⁴²² Op. cit., p. 77.

como se estivessem à mesa de um bar¹⁴²³. Como em tantas outras situações da vida, o mérito está no meio-termo¹⁴²⁴.

O uso de palavras educadas revela polidez e transmite serenidade ao discurso. Isso pode contribuir para a simpatia dos magistrados à tese exposta. A gentileza advinda da tribuna em nenhum caso prejudica a persuasão; sua falta, no entanto, é imediatamente notada e pode arruinar o intento perseguido com a sustentação oral.

O uso de histórias e metáforas pode ser interessante para chamar a atenção para o discurso e facilitar a comunicação¹⁴²⁵. No entanto, é preciso cuidados ao implementar essas técnicas. Para ser útil, a história deve ser absolutamente integrada ao contexto do caso e, ao mesmo tempo, curta o suficiente para permitir o rápido ingresso na discussão concernente ao processo. Quanto às metáforas, devem-se evitar aquelas que sejam banais, pueris ou sem clara conexão com o objeto do discurso.

4.8. Outros pontos a considerar

A técnica da sustentação oral não dispensa a introdução de elementos de valorização do aspecto humano envolvido no litígio. Como as peças processuais escritas são de certo modo “frias” quanto aos acontecimentos e suas consequências fático-jurídicas, a sustentação oral é a oportunidade de dar destaque a aspectos da vida que demonstrem os dramas reais experimentados pelas partes e as consequências do julgamento num ou noutro sentido¹⁴²⁶.

Nesse contexto, cabe ao advogado demonstrar que aquele caso não é simplesmente mais um na pilha de processos a serem julgados. Antes, o caso envolve interesses de pessoas físicas ou jurídicas cujo futuro pode ser diretamente impactado pela decisão judicial a ser proferida. Salientar que aquele é “o caso”, com problemas verídicos, envolvendo pessoas reais e com repercussões práticas relevantes, colabora para ampliar o envolvimento dos magistrados à causa. Em suma, a sustentação oral permite trazer a dimensão humana ao processo a ser julgado e, com isso, atrair a simpatia dos julgadores pelo problema exposto¹⁴²⁷.

Na argumentação, o advogado deve se preocupar com o discurso de afirmação do direito. A fala positiva, com confiança, também é importante para despertar credibilidade. A arrogância

¹⁴²³ Vale advertir que a clareza do discurso deve se assemelhar a uma conversa mantida em um café. Isto é, realizar a explicação simples e direta dos fatos relevantes e os fundamentos sobre o direito aplicável (vide item 4.5, *supra*). Isso não significa que o vocabulário usado na sustentação oral seja compatível com gírias, corte de palavras e outros hábitos da linguagem coloquial que não se enquadram perfeitamente à denominada norma culta.

¹⁴²⁴ Cf. Stephen M. Shapiro, *op. cit.*, p. 539.

¹⁴²⁵ Cf. Stephen M. Shapiro, *op. cit.*, p. 539.

¹⁴²⁶ Cf. Myron H. Bright, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴²⁷ Partindo da perspectiva dos magistrados, David R. Cleveland e Steven Wisotsky registram: “Oral argument can impress upon judges the humanity, gravity, and importance of their work, which may in turn improve both the quality of judicial decisions and judicial job satisfaction” (*op. cit.*, p. 141).

ou o tom professoral do discurso são impróprios e podem ensejar o desinteresse, senão verdadeiramente a irritação, dos magistrados. Igualmente, as falas exclusivamente críticas da decisão judicial são incapazes de indicar qual seria o resultado correto para caso.

É preciso ter em mente o desejo dos magistrados do tribunal: acolher uma tese que corresponda aos anseios do senso comum, transpareça a ideia de justiça e esteja alinhada ao interesse público. Daí por que o discurso direcionado a fornecer elementos que satisfaçam esses anseios revela-se mais efetivo¹⁴²⁸.

O apego a simples tecnicidades, sem uma justificativa que traga sentido de justiça para a decisão, reduz a força do argumento. Exceto se se tratar de hipótese de formalidade que represente fundamento reconhecidamente relevante (v.g., a intempestividade do recurso do adversário, o indeferimento da produção de prova necessária, etc.), deve-se evitar incluir na sustentação oral argumentos que pareçam estratégias voltadas a impedir a análise do mérito da disputa.

A sustentação oral é dirigida aos membros do tribunal. Por isso, não é conveniente que o advogado formule discurso voltado a seu adversário, indagando como explicaria determinado fato ou interpretação jurídica. Caberá aos magistrados decidir a causa e, por isso, quaisquer elementos de persuasão devem ter o tribunal como destinatário do diálogo.

Na conclusão do discurso, o advogado deve informar ao tribunal o que pretende. A providência não precisa ser detalhadamente discriminada, mas é preciso compreender o resultado esperado (v.g., a invalidação da decisão, a condenação do réu a pagar quantia, o decreto da rescisão do contrato, etc.).

Pode ser produtivo, ainda, fazer um resgate parcial das teses, quase como um resumo dos principais temas abordados, para que fiquem destacados na memória dos julgadores. O cuidado, nesse ponto, é que essa síntese não pareça uma inoportuna repetição de argumentos em transgressão ao mandamento da brevidade.

5. Aspectos a serem considerados para resgatar o prestígio

O modelo atual de sustentação oral, apesar de algumas condições desfavoráveis, exerce papel relevante no desenvolvimento do contraditório¹⁴²⁹. Apesar da falta de estatísticas precisas, um significativo número de decisões é influenciado pela argumentação oral do advogado. Se considerado o procedimento de despacho de memoriais, o número seguramente é maior.

¹⁴²⁸ Cf. Stephen M. Shapiro, op. cit., p. 531.

¹⁴²⁹ Cf. STJ, HC 364512/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe de 6/2/2017: “O direito à sustentação oral constitui prerrogativa de essencial importância, cuja frustração afeta o princípio constitucional da amplitude de defesa”.

Nada obstante, nos últimos anos, a sustentação oral tem enfrentado um paradoxo: por um lado, os advogados, receosos de que os magistrados não examinem seu caso, inscrevem-se para sustentar oralmente todos os casos permitidos pela lei; por outro, os magistrados cada vez menos disfarçam o desinteresse em ouvir vários advogados na mesma sessão de julgamento. Esse fato indica que é necessário aprimorar esse valioso instituto¹⁴³⁰. As vantagens institucionais e procedimentais da sustentação oral precisam ser aperfeiçoadas sem perder de vista aspectos práticos de viabilidade do trabalho dos tribunais. As propostas abaixo formuladas visam a alcançar esse propósito.

5.1. Momento para realizar a sustentação oral

No direito brasileiro, o art. 937 do CPC regula a ordem dos trabalhos na sustentação oral: “Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões”. Portanto, segundo a previsão legal, a sustentação oral deve ser realizada logo após a leitura do relatório, sem que seja manifestado o voto¹⁴³¹.

Em alguns tribunais, tem sido adotada a prática de indagar aos advogados, no momento da sustentação oral, se dispensam a leitura do relatório. Esse procedimento tem por premissa o fato de que o relatório está acessível à consulta antes da sessão de julgamento (cf. art. 931, CPC), de maneira que se presume que o conteúdo seja do conhecimento dos advogados e, por isso, a leitura seria ociosa. Com isso, há significativo ganho de eficiência no trabalho dos integrantes do órgão colegiado e de todos os que estejam aguardando sua oportunidade de falar naquele dia ou acompanhando os julgamentos daquela sessão¹⁴³².

¹⁴³⁰ Essa preocupação com o aperfeiçoamento da sustentação oral não é exclusiva do direito brasileiro. Sobre o tema, consultar, entre outros, David R. Cleveland e Steven Wisotsky, op. cit., p. 144 e ss.; Marshall L. Davidson III, op. cit., p. 212 e ss.

¹⁴³¹ Esse aspecto do procedimento é objeto de crítica por Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, por considerar ser fator de redução da utilidade da sustentação oral (*Sustentação oral no processo civil brasileiro*, RePro vol. 280, p. 243 (versão eletrônica) (2018)).

¹⁴³² Alexandre Freitas Câmara destaca a inutilidade da exposição da causa previamente à sustentação oral: “Ora, se essa ‘exposição da causa’ nada mais é do que a apresentação do relatório, e se o relatório já está disponível para consulta antes da sessão, pode-se considerar perfeitamente possível a dispensa da leitura do relatório. Esta, aliás, é prática frequente nas sessões de julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: o presidente do colegiado, tendo em vista o fato de o relatório já estar disponível com antecedência nos autos, pergunta aos advogados e aos integrantes da turma julgadora se dispensam a leitura do relatório e, caso todos concordem, já se passa diretamente à fase seguinte, com as sustentações orais (ou, quando não houver sustentação a ser feita, com a prolação do voto do relator). Tal prática produz um enorme ganho de tempo. Basta pensar em uma sessão de julgamento em que haja quarenta processos na pauta, e que a leitura do relatório dure em média cinco minutos. Já se terá, aí, uma diminuição do tempo total de duração de mais de três horas, sem que haja com isso qualquer supressão de garantias. A leitura do relatório seria absolutamente inútil quando todos já conhecem seu teor, mera formalidade despida de qualquer utilidade prática. Evidentemente, isto não poderia acontecer se o relatório não fosse disponibilizado com antecedência, na forma do que dispõe o artigo 931 (que passa, com esta interpretação, a ser dispositivo de grande importância no trato da dinâmica do funcionamento dos tribunais)” (*Relatório influencia na agilidade e qualidade dos*

Concluída a sustentação oral, ato contínuo passa-se ao julgamento da causa, que se inicia pelas preliminares. Superadas estas, ou quando não interferirem no julgamento do mérito, a matéria de fundo será objeto de deliberação imediata (cf. arts. 938, 939 e 941, CPC).

Para que esse procedimento possa ser cumprido de maneira adequada, o relator comparece à sessão de julgamento com o voto pronto. Significa dizer que a decisão sobre a causa ou o recurso já está tomada, reduzindo dramaticamente o espaço de persuasão oral. E com um agravante: o voto do relator normalmente é encaminhado aos demais julgadores, que não raras vezes já discutem eventuais dúvidas ou divergências antes mesmo do início da sessão de julgamento.

Desse procedimento decorre grave prejuízo à sustentação oral e ao próprio contraditório. Em primeiro lugar, porque o relator já se deu ao trabalho de estudar o caso com base nas razões escritas, formando seu convencimento com as informações ali constantes e registrando-as no voto elaborado. Ninguém há de duvidar que é um desestímulo para qualquer pessoa sobrecarregada de trabalho ter de renovar todo o serviço previamente realizado segundo os argumentos originados da tribuna. O desalento com a necessidade de refazer o voto representa obstáculo de difícil transposição psicológica.

Em segundo lugar, como se registrou acima, a praxe nos tribunais é o relator encaminhar o voto aos demais integrantes do órgão julgador, antes da sessão de julgamento. Com o voto escrito, os magistrados podem apontar eventuais dúvidas ou divergências de entendimentos, normalmente dirimidas em debates prévios à sessão de julgamento. Significa dizer que os pontos relevantes, sejam de fato, sejam de direito, que poderiam conduzir o processo a resultado diferente, são apresentados e esclarecidos apenas pelo relator e não pelos advogados das partes. Assim, quando da sessão de julgamento, a decisão já estará tomada por todo o órgão colegiado¹⁴³³.

Nenhum magistrado, por mais experiente e dedicado que seja, tem o mesmo conhecimento dos fatos que o advogado. A razão é simples: o advogado dedicou meses ou anos a estudar o caso, realizou reuniões com o cliente, analisou documentos antes de propor a demanda ou de apresentar a defesa, ofereceu manifestações ao longo do processo, acompanhou a produção das provas, compareceu a audiências, elaborou recursos ou respostas, etc. Ainda que o advogado

julgamentos, Conjur – disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-04/alexandre-camara-relatorio-influencia-qualidade-julgamento>).

¹⁴³³ Piero Calamandrei critica a hipótese de o tribunal deliberar antes da sustentação oral, ao narrar uma informação do meirinho do tribunal de que o atraso da sessão decorria do fato de que os magistrados estariam decidindo os recursos antes das sustentações orais – o que é normalmente realizado na chamada câmara de conselho, em que os magistrados se reúnem reservadamente após as sustentações dos advogados: “A câmara de conselho antes da sessão? Esperamos que não seja verdade: seria um escárnio para os advogados” (Op. cit., p. 96).

não tenha praticado todos esses atos no mesmo processo, não há dúvida que dedicou mais tempo ao caso do que os magistrados do tribunal que vão julgá-lo. E por isso, seguramente tem melhores condições para destacar detalhes do processo ou dos fundamentos apresentados. Para o magistrado, muitas vezes a causa é mais uma entre as centenas de outras que estão em seu escaninho aguardando o momento de serem julgadas.

Ademais, a eficiência da sustentação oral como meio de persuasão parte do princípio de que os magistrados estejam abertos aos argumentos que os advogados irão apresentar. Caso contrário, há uma quase automática recusa do tribunal às contribuições que poderiam conduzir o processo a resultado diverso¹⁴³⁴.

A experiência do Estado da Califórnia, nos EUA, merece registro¹⁴³⁵. Naquele Estado, os juízes passaram a disponibilizar aos advogados o voto escrito antes da sessão designada para a sustentação oral. O intuito era facilitar a direção do foco dos argumentos orais às questões relevantes da causa. Apesar de algumas opiniões favoráveis ao procedimento, percebeu-se que, entre os aspectos negativos, estava o fato de, em geral, os magistrados ficarem presos às posições adotadas previamente às sustentações orais. No ano de 2004, a Suprema Corte da Califórnia declarou que o procedimento violava o direito dos litigantes à sustentação.

No Brasil, apesar da formação do convencimento previamente à sessão designada para a sustentação oral, em algumas oportunidades o próprio relator, ou algum outro integrante do órgão colegiado, após ouvir os argumentos apresentados pelo advogado, pede vista dos autos, para examiná-lo com maior cuidado, em especial para conferir se o argumento exposto pelo advogado durante a sustentação oral corresponde ao conteúdo do processo.

Isso revela que a sustentação oral, ainda que com alguns obstáculos, serve de instrumento para persuadir os membros do tribunal.

No entanto, os advogados, conscientes do entrave ao convencimento gerado pela elaboração do voto antes de iniciada a sustentação oral, utilizam meio alternativo para expor oralmente suas razões antes da sessão de julgamento. Esse procedimento é habitualmente chamado de despacho ou entrega de memoriais, que, na verdade, apresenta-se como uma

¹⁴³⁴ O problema foi percebido por Robert J. Martineau: “If judges study the briefs and preargument memoranda in hopes of deciding cases without the aid of oral argument, it is likely that oral argument will seldom be decisive. Judges will attempt to resolve questions by further examining the briefs and records or by additional research. If, however, judges prepare for oral argument by using the briefs and staff memoranda, not as a means of resolving doubts and questions, but as a source for generating questions at oral argument, the briefs and staff memoranda are far less likely to have a decisive effect for those judges” (op. cit., p. 23).

¹⁴³⁵ Cf. Mark Hummels, *Distributing Draft Decisions Before Oral Argument on Appeal: Should the Court Tip Its Tentative Hand? The Case for Dissemination*, *Arizona Law Review* vol. 46, p. 337.

oportunidade de o advogado dirigir-se ao gabinete de trabalho do magistrado para explicar pessoalmente quais são os pontos relevantes da causa para o acolhimento da tese defendida¹⁴³⁶.

Ao utilizar esse procedimento, os advogados nada mais desejam do que contribuir de modo efetivo com o convencimento dos magistrados, antes que a decisão esteja tomada, bem como permitir que eventual dúvida possa ser esclarecida de imediato.

Esse diálogo pessoal entre advogados e magistrados, previamente à sessão de julgamento, embora colabore com a decisão a ser tomada, apresenta alguns aspectos negativos. Um deles diz com a imparcialidade dos magistrados.

Estudo realizado em parceria pela ALI/UNIDROIT para identificar princípios gerais transnacionais de direito processual concluiu que, para manter a imparcialidade, os juízes não devem receber informações de uma parte sem que a outra tenha conhecimento¹⁴³⁷. Como o despacho de memoriais escritos normalmente não conta com a presença dos advogados das duas partes, bem como não são inseridos aos autos do processo o conteúdo desses memoriais e tampouco os argumentos orais apresentados ao magistrado, tem-se que, a rigor, haveria o risco de se considerar violado o princípio da imparcialidade do magistrado¹⁴³⁸.

Ao lado do risco à parcialidade, há também o problema referente ao tempo dos magistrados. Se todos os advogados resolverem conversar com os magistrados do tribunal sobre os casos que serão submetidos a julgamento, não haveria tempo suficiente para o estudo dos casos, sobretudo no atual contexto de manifesta sobrecarga de processos nos tribunais brasileiros¹⁴³⁹.

Mais recentemente, tem-se visto a alteração de comportamento de alguns membros dos tribunais quanto à receptividade dessas formas de persuasão oral. Não é incomum que os integrantes do órgão colegiado se coloquem à disposição para receber o advogado, desde que este se comprometa a não realizar a sustentação oral. Ainda que se trate de uma espécie de

¹⁴³⁶ Providência autorizada pelo art. 7º, VIII, da Lei n. 8.906/94.

¹⁴³⁷ “1. Independence, Impartiality, and Qualifications of the Court and its Judges

(...)

1.4 Neither the court nor the judge should accept communications about the case from a party in the absence of other parties, except for communications concerning proceedings without notice and for routine procedural administration. When communication between the court and a party occurs in the absence of another party, that party should be promptly advised of the content of the communication”.

¹⁴³⁸ No Brasil, apesar de não se discutir o tema segundo o olhar da parcialidade do magistrado, a referência ao estudo comparado demonstra o desalinhamento da cultura jurídica brasileira daquela adotada em outros importantes países.

¹⁴³⁹ O tema foi bem registrado por Genaro R. Carrió: “Para estar seguros de ser oídos por el Tribunal muchos colegas consideran indispensables recurrir al vulgarmente llamado ‘alegato de oreja’. Consiste en entrevistar al magistrado y, so pretexto de pedirle celeridad o que ‘estudie el asunto bien’ — exhortación ésta que, bien mirada, es ofensiva —machacarle de palabra los puntos salientes de la argumentación que ya se ha hecho por escrito. Frente a esta práctica algún colega ha dicho que nuestro procedimiento no es en rigor de verdad oral ni escrito, sino ‘conversado’.

Ese método tiene varios inconvenientes. Uno de ellos es que no puede recomendarse su adopción universal. Si todos los abogados recurriesen a él, habría que buscar la manera de asegurarse de que los magistrados van a recordar, al tomar la decisión, nuestro alegato oral” (op. cit., p. 67).

ajuste de cavalheiros, cujo descumprimento não enseja sanção, não é preciso grande experiência para perceber que o advogado que quebrar o pacto terá pouco poder de persuasão não apenas nesse caso, mas igualmente nos posteriores. A medida adotada por alguns magistrados sinaliza a intenção de evitar que o advogado apresente duplamente os mesmos argumentos orais, trazendo maior consumo de tempo, sem repercussão prática alguma.

Desse quadro, extrai-se a seguinte composição: os advogados desejam apresentar seus argumentos oralmente aos magistrados do tribunal antes que o voto tenha sido elaborado, para contribuir de maneira mais determinante na formação do convencimento dos julgadores; os magistrados, por sua vez, ainda quando receptivos à ideia de dialogar com os advogados antes da formação do convencimento, muitas vezes se sentem incomodados por ter de ouvir o mesmo discurso duas vezes, sem que o segundo agregue elementos relevantes além daqueles incluídos no primeiro.

A solução do problema não está em colocar à disposição do advogado a opção de despachar memoriais, mas na mudança do momento da sustentação oral. Seria mais conveniente que a sustentação oral fosse realizada em sessão própria para esse fim, antes de elaborado o voto do relator e dos demais integrantes do órgão julgador.

Com isso, a sustentação oral seria realizada em sessão exclusiva, previamente agendada, para que fossem ouvidos os argumentos apresentados pelos advogados; em momento posterior haveria a deliberação dos magistrados, fruto do convencimento formado segundo os elementos colhidos dos autos e das sustentações orais.

Essa alteração afastaria dois inconvenientes do tradicional procedimento de despachar memoriais: por um lado, não haveria qualquer risco à imparcialidade do magistrado, porque os argumentos orais seriam apresentados em sessão pública; por outro, o advogado teria na sustentação oral a oportunidade adequada de persuadir os julgadores e interferir no destino do julgamento.

Sem dúvida, a sustentação oral antes da tomada de decisão resgata o prestígio desse ato, porque permite ao advogado colaborar com o tribunal para que a decisão seja mais completa e legítima. A relevância é ainda maior com o modelo de prestígio aos precedentes adotado no Código de Processo Civil. As decisões de formação de precedentes obrigatórios, notadamente aquelas previstas no art. 927 do CPC, repercutem além dos limites do caso concreto, o que torna ainda mais importante que as decisões sejam tomadas após ampla discussão dos argumentos favoráveis e contrários a determinada tese de direito.

Nessa linha foi a proposta apresentada pelo ministro Luís Roberto Barroso, para que as sustentações orais em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida fossem

realizadas em data previamente designada, antes da sessão de julgamento, sob pena de reduzir seu valor no processo decisório¹⁴⁴⁰.

A visão privilegiada do ministro Luís Roberto Barroso, tanto por ter sido um dos mais importantes advogados a atuar perante o STF, como por ser magistrado daquela corte, é reveladora da importância de alterar-se o momento da sustentação oral. É preciso reconhecer a limitada contribuição dos argumentos apresentados na sustentação oral no modelo atual, para que possa se transformar em veículo mais valioso de exercício do contraditório.

O contraditório efetivo somente será respeitado quando as partes tiverem oportunidade de contribuir para a formação do pensamento do julgador previamente à decisão judicial (cf. arts. 9º e 10, CPC). Por isso, ao lado das alegações escritas, a grande vantagem de se fazer a sustentação oral antes da elaboração dos votos escritos será auxiliar na formação da convicção dos magistrados sobre os diversos elementos que compõem as questões submetidas a julgamento.

A alteração do momento da sustentação oral propiciará a valorização de seu aspecto mais relevante para as partes: a oportunidade de influenciar os magistrados e contribuir para uma decisão mais justa¹⁴⁴¹.

5.2. Oportunidade de verdadeiro diálogo entre advogado e magistrados

Nos tribunais brasileiros, quando há sustentação oral, a sessão de julgamento consiste em agrupamento de diversos monólogos. Os advogados expõem seus argumentos, cada qual na defesa dos interesses de seus clientes, e os membros do tribunal ouvem passivamente os discursos e apresentam a solução que lhes pareça mais adequada para o caso. O único debate, quando existente, se dá entre os próprios magistrados. Não há oportunidade de diálogo entre advogados e membros do tribunal.

Em outros sistemas, a sustentação oral é utilizada também para que os magistrados esclareçam suas dúvidas a respeito da tese defendida pelo advogado. As interrupções são naturais e esperadas. Se a ideia da sustentação oral é persuadir, nada melhor que os destinatários

¹⁴⁴⁰ “Data da sustentação. As sustentações orais dos casos com repercussão geral reconhecida em dezembro de 2014, por exemplo, e com julgamento a ser realizado a partir de agosto de 2015, seriam realizadas a partir de fevereiro de 2015. Seguir-se-ia a mesma lógica: a sustentação da Repercussão Geral 1 (RG1) teria lugar na 5ª feira, dia 5 de fevereiro de 2015. A sustentação da Repercussão Geral 2 (RG2) teria lugar na 5ª feira, dia 20 de fevereiro de 2015. E assim por diante. O fundamento dessa alteração é por si evidente: sustentação no mesmo dia do julgamento não tem qualquer valia para o relator e, muitas vezes, nem para os demais Ministros, que muitas vezes já minutaram seus votos ou formaram a sua convicção. Separando a data da sustentação da data do julgamento, todos os Ministros poderiam se preparar levando em conta os argumentos apresentados. A antecedência entre a escolha da repercussão geral e a data da sustentação permitiria ao Ministro, quando for o caso, pedir esclarecimentos e debater com o advogado” (Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, Migalhas Quentes de 26/8/2014, disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/206523/stf-se-aproxima-da-terceira-decada-de-existencia-sob-severa-criese-de-funcionalidade-diz-barroso>).

¹⁴⁴¹ Sobre as diferentes finalidades da sustentação oral, vide item 1, *supra*.

do discurso possam fazer indagações a respeito de pontos que repute relevantes para influenciar seu pensamento a respeito do assunto.

De fato, são lugar comum afirmações no sentido de que as respostas às perguntas são o aspecto mais relevante das sustentações orais. São elas que podem fazer o advogado perder a causa, embora nem sempre conduzam à vitória¹⁴⁴². Na verdade, não raras vezes as respostas às perguntas tornam-se mais decisivas que o próprio discurso preparado pelo advogado¹⁴⁴³.

As indagações dos magistrados normalmente têm por objetivo indicar pontos reputados relevantes ou sobre os quais haja dúvida decorrente da complexidade. Sem a colaboração do advogado, tais pontos poderiam ser solucionados de maneira menos satisfatória¹⁴⁴⁴. O efetivo diálogo entre magistrado e advogado pode trazer à tona particularidades que, embora conhecidas dos advogados e reputadas desinteressantes para o discurso apresentado, possam ser decisivas para a compreensão exata de elementos essenciais ao julgamento.

Não permitir a interrupção da sustentação oral, quando se faz necessário obter informação essencial para o julgamento, torna a atividade jurisdicional não apenas mais difícil de ser exercida, como insere desnecessária barreira à elaboração de uma decisão mais correta.

A complexidade e as finalidades específicas das perguntas podem variar. É comum, em certas hipóteses, a formulação de perguntas fáceis, para permitir ao advogado desenvolver melhor seu argumento ou colocá-lo em uma linha de raciocínio que seja mais favorável à própria tese defendida.

Ao analisar perguntas formuladas pelos ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Stephen M. Shapiro conclui haver as seguintes categorias de questões potenciais: *a*) questões que vão ao núcleo da tese; *b*) questões para esclarecer aspectos do caso; *c*) questões que geram debates a respeito de temas não relacionados ao núcleo da matéria; *d*) questões ou observações com tom de humor; *e*) questões irrelevantes; e *f*) questões hostis¹⁴⁴⁵.

Pode haver, ainda, finalidades específicas nas indagações: externar preocupações sobre pontos que certamente serão suscitados na discussão entre os magistrados para a tomada de decisão; persuadir os demais integrantes do órgão colegiado; fornecer pistas ao advogado de que determinado argumento é fraco; ou reafirmar um ponto em que o advogado admitiu não ter razão¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴² Cf. H. Graham Morison, op. cit., p. 7.

¹⁴⁴³ Nesse sentido é a afirmação de Rachel Clark Hughey: “The best oral arguments I saw were ones in which the attorneys effectively answered all of the judge’s questions; they were not the ones in which the attorneys gave the best speeches” (*Effective Appellate Advocacy before the Federal Circuit: A Former Law Clerk’s Perspective*, The Journal of Appellate Practice and Process vol. 11, p. 434 (2010)).

¹⁴⁴⁴ Cf. Ruth Bader Ginsberg, *Remarks on Appellate Advocacy*, South Carolina Law Review vol. 50, p. 569 (1999).

¹⁴⁴⁵ Op. cit., p. 529.

¹⁴⁴⁶ Cf. Ruth Bader Ginsburg, Op. cit., loc. cit.

Em relação aos precedentes, há outras preocupações a explorar. Por um lado, tratando-se de hipóteses de formação de precedente obrigatório, também é natural que os magistrados formulem perguntas hipotéticas, isto é, não conectadas diretamente com o caso em apreciação, mas que possibilitem avaliar a adequação do raciocínio desenvolvido para situações que podem ser abrangidas pelo precedente¹⁴⁴⁷.

Por outro lado, na aplicação do precedente pelo órgão colegiado – assim como no cumprimento do dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC) –, não parece adequado que os temas jurídicos sejam vistos unicamente com os olhos dos advogados do caso. Em outras palavras, é preciso dar chance aos magistrados para discutir com o advogado se o acolhimento da tese não implicaria incongruência com determinado precedente, assim como os motivos que os levaria a aplicar ou a distinguir a hipótese daquela tratada em precedente obrigatório.

Não se há de temer as interrupções dos magistrados. A premissa a ser adotada é que os membros do tribunal desejam julgar o caso corretamente. Por isso, permitir-lhes que sanem eventuais dúvidas é fundamental para que o objetivo almejado seja concretizado com êxito.

O efetivo diálogo entre magistrados e advogados, sem dúvida, pode contribuir muito mais do que um sistema de mensagem unidirecional. Com aguçada percepção, Piero Calamandrei registrou: “O arrazoado da defesa, para ser verdadeiramente útil, não deveria ser um monólogo contínuo, mas um diálogo vivaz com o juiz, que é o verdadeiro interlocutor – e que deveria responder com os olhos, com gestos, com as interrupções. O advogado deve apreciar as interrupções do juiz, porque atestam que ele não permanece inerte e estranho a seu arrazoado. Interromper significa reagir, e a reação é o melhor reconhecimento da ação estimuladora. O processo se aproximará da perfeição quando tornar possível, entre juízes e advogados, aquela troca de perguntas e resposta que se desenrola normalmente entre pessoas que se respeitam, quando, sentadas em volta de uma mesa, buscam em benefício comum esclarecer reciprocamente as ideias. Fragmentando a sustentação oral num diálogo, a arte oratória sairá perdendo, mas a justiça sairá ganhando”¹⁴⁴⁸.

A comunicação bidirecional entre advogados e magistrados é, sem dúvida, produtiva para o desenvolvimento do contraditório e para a formação do convencimento. Por consequência, enseja alcançar julgamentos de maior profundidade. Não se vislumbra, nesse ponto, qualquer violação ao devido processo legal introduzir essa metodologia de trabalho nas sustentações

¹⁴⁴⁷ Cf. David R. Cleveland e Steven Wisotsky, op. cit., p. 141; E. Barrett Prettyman Jr., *The Supreme Court's Use of Hypothetical Questions at Oral Argument*, Catholic University Law Review vol. 33, p. 556 (1984); Ruth Bader Ginsberg, op. cit., p. 569.

¹⁴⁴⁸ Op. cit., p. 79.

orais¹⁴⁴⁹. A relevância das perguntas é tão expressiva que a falta de questionamento durante a sustentação oral, quando permitida, sinaliza que os argumentos foram desnecessários ou não convincentes¹⁴⁵⁰.

Não se pode esquecer que o sistema deve ser desenhado para produzir melhores resultados com o menor dispêndio de esforços. Transformar a sustentação oral em momento de diálogo seguramente tornará a prática de despachar memoriais realmente dispensável, sem perder as vantagens da persuasão oral, o que representa inequívoco benefício à prestação jurisdicional.

Com base na experiência do direito norte-americano, os magistrados poderiam, inclusive, encaminhar previamente algumas questões aos advogados, de maneira a tornar a preparação do discurso mais convergente às preocupações dos julgadores¹⁴⁵¹. Na prática brasileira, porém, referida providência pode ficar reservada a casos mais complexos, que demandam maior preparação dos membros do órgão julgador. Nos demais, basta que as questões surgidas durante a sustentação oral sejam apresentadas para esclarecer os pontos de dúvida dos magistrados.

5.3. Alteração do número de integrantes que acompanham a sustentação oral

No âmbito dos tribunais superiores, todos os integrantes do órgão colegiado reunido para julgar determinada causa ou recurso, desde que habilitados a votar, participam do julgamento. Especificamente no STJ e no STF, se o julgamento é de uma das turmas, em regra os cinco ministros que a compõem proferirão voto. Esse modelo é reproduzido nas Seções e no Órgão Especial do STJ, bem como no Plenário do STF, em que todos os ministros habilitados podem proferir voto. Nesses casos, é necessário que todos os integrantes do órgão estejam presentes para ouvir as sustentações orais a serem realizadas pelos advogados das partes.

No entanto, a situação é diferente nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Esses tribunais são competentes para julgar, entre outras matérias, as apelações e agravos de instrumento das decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau. Esses recursos têm quórum específico para julgamento: três desembargadores (art. 941, §2º. CPC).

¹⁴⁴⁹ Ao tratar do tema, Carlos Alberto Lopes afirma: “O advogado, repita-se, quando comparece à sessão de julgamento, o faz apenas para sustentar oralmente suas razões, de conformismo ou inconformismo, não podendo ser inquirido e nem mesmo transformar-se em testemunha (...)”. Em seguida, diz que “o advogado que comparece à sessão de julgamento, para fazer sustentação oral, certamente, não veio preparado para ser inquirido, perguntado ou mesmo interrogado sobre os fatos da causa, não podendo ser surpreendido pelo julgador, que certamente teve acesso ao processo e às provas produzidas”. E conclui que a inquirição do advogado durante a sustentação oral violaria os princípios do devido processo legal e da ampla defesa” (*Sustentação oral no tribunal*, RePro vol. 256, p. 139 (versão eletrônica). A vedação ao questionamento do advogado é correta se analisada exclusivamente do direito positivo, da tradição e da praxe forense. No entanto, caso o modelo de formulação de questões seja introduzido de maneira expressa, antes de violar a Constituição Federal, tornará a sustentação oral muito mais alinhada aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

¹⁴⁵⁰ Cf. John M. Harlan, op. cit., p. 9.

¹⁴⁵¹ Cf. Marshall L. Davidson III, op. cit., p. 213.

No entanto, em diversos tribunais, o órgão responsável pelo regimento interno é composto de número maior de integrantes (v.g., no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o julgamento compete às Câmaras, que são formadas por cinco desembargadores – art. 34 do RITJSP). Disso decorre que na sessão de julgamento das Câmaras, nas quais haverá decisão de recursos de apelações e agravos de instrumento, dois desembargadores não participarão do julgamento do recurso, salvo nas hipóteses de julgamento estendido, previstas no art. 942 do CPC.

Do ponto de vista da sustentação oral, significa que em cada julgamento haverá desembargadores sujeitos a ouvir sustentações orais de casos nos quais não proferirão votos, uma vez que não integram o grupo de magistrados responsável por apreciar tais casos. O precioso tempo de desembargadores dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais há de ser valorizado.

O tempo desnecessariamente consumido durante as sustentações orais de casos que serão julgados por outros membros do tribunal é prejudicial por várias razões: não permite ao magistrado, durante esse período, concentrar-se de maneira adequada no estudo dos casos de que efetivamente participará como julgador; impede a consulta a materiais impressos, como livros e revistas; reduz a possibilidade de diálogos com a assessoria sobre casos sob seus cuidados; há dispêndio de energia, com o enfado e o cansaço natural durante a sessão de julgamento, sem relevante produção intelectual.

O procedimento deveria ser concebido para preservar os magistrados, a fim de que estejam presentes às sessões somente para ouvir as sustentações orais nos casos em que participem como julgadores. Evitar-se-ia, com isso, o comprometimento de tempo sem a produtividade correspondente.

Nessa ordem de ideias, o número de desembargadores presentes às sessões nas quais se realizam as sustentações orais deve corresponder exatamente ao quórum de julgadores necessário para apreciar a causa ou recurso. Isso significa que nas sessões em que houver sustentações orais em recursos de apelação ou agravo de instrumento, a presença de apenas três desembargadores é suficiente para que os casos sejam julgados; na ação rescisória em que o quórum regimental seja de cinco integrantes, *a priori*, é inútil a presença de dez desembargadores¹⁴⁵².

A redução dos magistrados participantes da sessão é mais eficiente para o processo. Nas sessões para a realização de sustentações orais, os desembargadores atuariam de maneira

¹⁴⁵² Exceção feita ao caso de haver julgamento estendido (art. 942, CPC).

intensa, sem tempo supérfluo, porquanto participam de todos os casos a serem examinados. Não haveria elementos a retirar o foco dos magistrados de seu trabalho, como ouvir sustentações orais de casos absolutamente estranhos àqueles a serem por ele apreciados. O ganho de produtividade, aliado à otimização do tempo e do esforço, pode contribuir para que os julgadores se sintam mais compenetrados nos casos a serem julgados e, com isso, prestigiem com maior interesse as sustentações orais.

5.4. Uso de recursos visuais

A essência da sustentação oral está na comunicação verbal. A tradição exige que esse ato seja realizado unicamente por meio da fala do advogado, dispensando outros meios visuais, tais como objetos ou cartazes. No entanto, é tempo de repensar essa tradição: é preciso ter em mente a finalidade prática da sustentação oral, qual seja, permitir convencer os magistrados sobre o direito da parte.

O elemento gráfico, porém, pode contribuir para uma explicação mais clara do tema abordado, notadamente em circunstâncias com fatos que podem se embaralhar. Assim, por exemplo, o diagrama da estrutura societária de um grupo empresarial ou de diversos contratos coligados de uma relação jurídica. Em muitas oportunidades, é impossível reproduzir oralmente, com o mesmo sucesso, a clareza que um elemento visual pode fornecer.

Fora do âmbito dos tribunais, a utilização de elementos gráficos tem sido constante em apresentações profissionais realizadas por executivos de empresas, instituições financeiras, entidades governamentais, entre muitos outros. Os dados projetados em programas como *PowerPoint*, *Prezi* e *Keynote*, quando bem expostos, facilitam a compreensão do conteúdo do discurso.

A percepção da importância do uso desses programas foi assimilada pelos advogados. Cada vez mais têm sido utilizados os memoriais com infográficos, que permitem sumarizar a demanda em uma folha, com imagens claras, bem distribuídas e conectadas, para demonstrar o problema e a solução desejada.

As finalidades de informar e persuadir, próprias da sustentação oral, podem ser mais bem exploradas em determinadas hipóteses se acompanhadas de material gráfico. O apego à tradição não deve impedir o emprego de técnicas de comunicação que podem contribuir para maior excelência das decisões judiciais.

Há 20 anos seria considerado absolutamente impróprio e pernicioso realizar sustentações orais fora do austero ambiente dos tribunais. No entanto, os avanços tecnológicos não só

permitiram que elas pudessem acontecer por videoconferência (art. 937, §4º, CPC), como o período de pandemia impôs a necessidade de serem realizadas da própria residência do advogado, com os magistrados acompanhando de suas respectivas residências, sem que tenha havido perda significativa do poder de comunicação.

O processo civil não pode caminhar contra a tecnologia e os recursos colocados à sua disposição para transmitir ideias de maneira mais clara e eficiente. Em uma sustentação oral realizada por meio de programa eletrônico, seria inaceitável que o advogado apresentasse um gráfico explicativo do crescimento da produção de determinado produto, tema central da questão debatida? Ou o organograma das transferências imobiliárias de vários imóveis? Ou o impacto da crise em comparação com a evolução de determinado setor econômico?

Negar a contribuição que os meios tecnológicos podem fornecer à comunicação, por mero apego à tradição da mensagem exclusivamente oral, é erro grave, que subtrai das partes e dos magistrados um valioso instrumento de comunicação mais eficiente, sem qualquer razão prática digna de consideração.

Assim como os memoriais meramente escritos têm perdido espaço para os infográficos, é de se supor que a sustentação oral deve se adequar aos tempos modernos, explorando ao máximo a capacidade de facilitação da mensagem que os meios tecnológicos propiciam, quando não causarem prejuízo ao regular andamento dos trabalhos.

Por evidente, será necessário promover adaptações às salas dos tribunais para receber os instrumentos que permitam inserir elementos visuais à sustentação oral. Mas essa medida pode ser inserida paulatinamente, assim como serão os equipamentos para a transmissão das sustentações por teleconferência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora haja quem aponte que a sustentação oral é desnecessária no processo moderno¹⁴⁵³, essa conclusão não parece ser ajustada ao interesse da justiça em proferir o melhor julgamento possível. Na verdade, a sustentação não deve ser eliminada¹⁴⁵⁴. Contudo, deve-se reconhecer que o modelo atual adotado pelos tribunais brasileiros limita a efetividade prática desse instrumento, especialmente quando considerado seu enorme potencial como mecanismo de contribuição para o debate mais profundo e preciso das questões relevantes do processo, permitindo a produção de decisões mais justas.

Para almejar novas perspectivas à sustentação oral, é preciso alterar pontualmente o procedimento, ainda que em detrimento da tradição e da solenidade, mas com os olhos sempre voltados a conferir-lhe maior utilidade e eficiência.

¹⁴⁵³ Como diz, por exemplo, Jay Tidmarsh, *The Future of Oral Argument*, Loyola University Chicago Law Journal vol. 48, p. 485 (2016).

¹⁴⁵⁴ Nesse sentido: Clito Fornaciari Júnior, *op. loc. cit.*

LEGAL DESIGN: A experiência do usuário no Poder Judiciário

Rodrigo Toler¹⁴⁵⁵

Introdução

O uso da tecnologia tem proporcionado ao Poder Judiciário melhor compreensão do volume de processos, detalhamento do estoque de casos, novas entradas e produtividade dos magistrados que permitem visão aprofundada das dificuldades e propostas de solução para uma melhor prestação jurisdicional. O conceito de *design* está ligado à resolução de problemas, escolha de estratégias e funcionalidades para pensar, evitar ou solucionar uma situação de conflito de interesses (HOLTZ, 2020)¹⁴⁵⁶.

O propósito do *legal design* de adequar o processo às novas tendências advindas da tecnologia, da comunicação e a agilidade da informação, passou a ser difundido após a fundação do *The Legal Design Lab*, da Universidade de Stanford, em 2013, pela diretora e uma das maiores expoentes na pesquisa e aplicação de técnicas de *legal design*, Margaret Hagan. Para a autora, o *Legal Design* é a aplicação do design centrado ao homem no mundo

do Direito, para tornar sistemas e serviços jurídicos mais centrados no ser humano, utilizáveis e satisfatórios (HAGAN, 2020)¹⁴⁵⁷.

O cenário atual do Poder Judiciário, considerando apenas a Justiça Estadual, conforme relatório do CNJ: Justiça em Números 2020⁴, os cinco maiores tribunais do Brasil: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul apresentam entrada de casos novos no importe de 12.079.603 milhões de processos, somando-se ainda aos 39.666.637 milhões de processos pendentes, considerando apenas a primeira instância e que contam com aproximadamente 6.295 mil magistrados.

Nota-se que a média por ano de processos para cada juiz analisar, dar andamento e decidir é 8.220 mil casos, considerando seus mais variados desdobramentos como incidentes, intervenções de terceiros, perícias, etc., a realidade é ainda mais impactante. Estimando-se aqui, apenas por suposição, que cada processo em primeira instância possua duzentas folhas (físico ou digital) um juiz, a cada ano, precisa ler uma média de 2.000.00 milhões de folhas, ou seja, mais de 7.600 páginas de processos por dia.

Neste cenário, o Direito precisa repensar suas práticas, abrindo-se às novas contribuições de outras áreas do conhecimento, sob pena de não reconhecer seus institutos, crises e paradoxos,

¹⁴⁵⁵ Advogado especialista em Processo Civil, Direito Digital e Proteção de Dados. Mestrando em Direito Justiça e Desenvolvimento pelo IDP. Atua na área de Contencioso Civil e Estratégico; Legal Designer e DPO do escritório Reis Advogados. Associado ao Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO

¹⁴⁵⁶ WOLTZ, Ana Paula Ulandowski, COELHO, Alexandre Zavaglia: *Legal Design Visual Law - Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade*: 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 ebook.

¹⁴⁵⁷ HAGAN, Margaret. *Law By Design*. Disponível em: <<http://www.lawbydesign.co/en/legal-design/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁴<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>

tendo em vista a incessante e imprevisível avanço da tecnologia. De fato, a inteligência artificial, *big data*, *IoT*, modificará a relação do cidadão e do Estado onde se impõe tentativas de dimensionar as rupturas de paradigmas até então existentes.

O *legal design* faz a junção do *design*; tecnologia e Direito. *Design* na elaboração de petições em que não só os juízes e advogados entendam, mas também as partes e os leigos possam compreender e ter empatia com a leitura e aprimorando a experiência do usuário. Tecnologia para aumentar a eficácia da ação das pessoas e ferramentas que integrem o usuário no centro do processo. E o direito para promover a pacificação social.

Dessa forma a utilização de técnicas de *legal design* pode auxiliar o Poder Judiciário no entendimento dos pontos controvertidos com maior facilidade gerando economia de tempo em suas decisões, considerando que a junção de *design*; tecnologia e direito, poupará petições longas facilitando a leitura e sua melhor compreensão através do design ilustrativo, com mais eficiência, além de adequar as novas tecnologias que hoje se apresentam, na medida das necessidades de integrar o Direito e a tecnologia.

Conceito de Legal Design

A importância do estudo das novas tecnologias no processo não está ligada apenas ao conhecimento de novas técnicas ou ferramentas. Perfaz uma mudança conceitual na forma de olhar os inúmeros dados e informações que pode ser colhido dos processos, a exemplo do que foi feito com os dados e sua enorme monetização. Nesse contexto, já é realidade a utilização de automação de algumas tarefas jurídicas, novas formas de entrega da prestação de serviços jurídicos, bem como, novas oportunidades no mercado jurídico.

Usa-se, aqui, a expressão *legal design* não apenas como a elaboração de documentos jurídicos com inserção de gráficos ou esteticamente bonito. É necessário atribuir valor, funcionalidade e experiência do usuário. Daí, a opção pela não utilização da expressão *visual law*, ainda que não exista uma definição oficial. De acordo com Margaret Hagan, diretora do *Legal Design Lab da Stanford Law School* e professora do *Stanford Institute of Design*, destaca que *Legal Design* é a forma como avaliamos e desenhamos negócios jurídicos de maneira simples, funcional, atrativa e com boa usabilidade (HAGAN, 2020)¹⁴⁵⁸.

Igualmente, não se confunde com *legal design* com *design thinking*, esta última sendo uma metodologia utilizada para oferecer produtos e serviços de acordo com a real necessidade dos clientes para aperfeiçoar serviços de forma simples, ágil e bem planejada, uma vez que ela aproveita características de um profissional de designer — como sua forma de pensamento, potencial criativo e empatia — em todo o negócio e não apenas na criação de um só produto. De todo modo, a etapa de *design thinking*, é utilizada no processo de *legal design* para que a organização de ideias tenha como o foco o usuário e gerar a eficácia do texto jurídico. O *design*

¹⁴⁵⁸ HAGAN, Margaret. Law By Design. Disponível em: <<http://www.lawbydesign.co/en/legal-design/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

thinking é fundamental para identificar melhorias sob o ponto de vista do próprio usuário, tornando a experiência do usuário intuitiva, útil e agradável.

Portanto, a adoção da técnica de *legal design* consiste em analisar as peças processuais, em toda sua conjuntura formal, sob a perspectiva do Poder Judiciário e usar o design para comunicar informação complexa, auxiliando no entendimento de fatos e dados para uma tomada de decisão mais assertiva e rápida. Busca-se a facilitação da compreensão do conteúdo, através da empatia, como uma virtude essencial para comunicação eficaz da sociedade da informação, sendo que, tradicionalmente, apenas conhecedores do Direito tem acesso a esses tipos de informação, não compreendendo grande parte dos jurisdicionados que não tem conhecimento da linguagem jurídica técnica.

Aplicabilidade no Código de Processo Civil

A parte geral do Código de Processo Civil é iniciada com as normas fundamentais do processo e a sua forma de aplicação. Buscou o legislador bem estruturar a própria função jurisdicional dando diretrizes para o comportamento do processo na perspectiva constitucional (BUENO, 2018)¹⁴⁵⁹. Dentre eles, o princípio do devido processo legal, extraído da própria Constituição Federal (Art. 5º, LIV, CF)¹⁴⁶⁰, se apresenta como verdadeira mola mestra para o adequado exercício da função jurisdicional, permitindo uma reflexão sobre os benefícios de uma nova visão de processo, em que a autonomia da vontade das partes passe a ser valorizada e estimulada nos espaços processuais a fim de se buscar maior eficácia na própria prestação da função jurisdicional (GAJARDONI, 2019)¹⁴⁶¹.

O *Legal Design* é uma tendência de adequação do processo civil às novas tendências do mundo contemporâneo, em especial com a compatibilidade de novas tecnologias, dinamicidade e a mudança na forma de comunicação, através da inserção definitiva do homem na sociedade da informação e a chegada da quarta revolução industrial (SCHWAB, 2016)¹⁴⁶². Neste intuito de efetivação do processo, o *legal design* não se refere apenas à aplicação de conceitos visuais na área do Direito, mas à fase final do projeto de *design* e visa melhorar a comunicação e a entrega das informações de petições e transformação digital do ambiente jurídico (WOLTZ, 2020)¹⁴⁶³.

O princípio do devido processo legal tem implicações com o princípio do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e o princípio do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV) (ALVIM, 2017)¹⁴⁶⁴. A aplicação dos conceitos de *legal design* analisando a perspectiva do próprio Poder Judiciário é buscar sua adequação à luz

¹⁴⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella, Curso de Direito Processual Civil - Volume 1 - Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁴⁶⁰ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁴⁶¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015: 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

¹⁴⁶² SCHWAB, Klaus, A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016, p. 15.

¹⁴⁶³ WOLTZ, Ana Paula Ulandowski, COELHO, Alexandre Zavaglia: Legal Design Visual Law - Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade: 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 ebook

¹⁴⁶⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2017.

do binômio acesso à justiça-direito ao processo (MACHADO, 1998)¹⁴⁶⁵. A inserção do devido processo legal no âmbito constitucional (art. 5º, LIV e XXXV CF), consagra, ao menos, duas garantias: a) substancialmente critérios de racionalidade, razoabilidade, igualdade e justiça e b) através do processo se dará a aplicação da lei material ao caso concreto (MACHADO, 1998)¹⁴⁶⁶. Ou seja, o *legal design*, representa uma forma de aproximar o processo da justiça substantiva e todos os jurisdicionados.

O uso do *legal design* se propõe a melhor entender o problema, facilitando a compreensão dos documentos e argumentos jurídicos visando assertividade do direito postulado, contribuindo para uma decisão mais justa e dando maior celeridade e efetividade na leitura e entendimento do processo, tanto para os advogados, juízes, bem como, para as partes que poderão ter mais facilidade na compreensão das suas questões postas em juízo.

Tem-se, portanto, que o devido processo legal apresenta uma função organizatória e atrai à órbita do processo certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros dispositivos constitucionais (DINAMARCO, 2016)¹⁴⁶⁷. Nesse sentido, a conjunção do *legal design* com o devido processo legal é não privar toda a sociedade da compreensão do Direito e buscar um processo mais efetivo, rápido e compreensível.

Em que pese o Poder Judiciário seja tradicionalmente conservador, a tecnologia e as novas formas de comunicação têm influenciado a todos e a todas as classes sociais. Daí a ideia de inovação disruptiva: fazer diferente e de forma mais adequada algo que já existe. O *legal design* tenta unir a comunicação jurídica para favorecer o diálogo e entendimento entre as partes, sendo essencial que todos tenham o mesmo nível de informação. Não se quer dizer, com isso, que a escrita deixará de existir. Ela é a mais importante fonte de comunicação, ainda mais para todos que exercem direta ou indiretamente o Direito.

Tem-se observado a utilização do *legal design* por alguns magistrados e membros do Ministério Público, a exemplo do juiz Marco Bruno Miranda Clementino, da 6ª Vara Federal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte que desenvolveu um modelo de mandado de citação e intimação de penhora com elementos visuais¹⁴⁶⁸. Bem como o promotor de justiça Pedro Borges Mourão do Ministério Público do Rio de Janeiro ao distribuir Ação Civil Pública perante a 3ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, destacando que a cronologia dos fatos era extensa e reorientou a narrativa com elaboração de um infográfico cronológico e uma visão gráfica para tratar da dimensão financeira¹⁴⁶⁹.

Dessa forma, portanto, considerando a adaptabilidade do princípio do devido processo legal e a facilidade de compreensão de conteúdos jurídicos com a utilização de conceitos de *legal design* é possível concluir que esta forma de apresentar teses e argumentos jurídicos

¹⁴⁶⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, Tutela antecipada. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

¹⁴⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁶⁸ Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/jfrn-adota-elementos-visuais-em-mandado-de-penhora/>>.

¹⁴⁶⁹ Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/mprj-adota-elementos-visuais-em-aco-es-civis-publicas/>>

poderá se tornar tendência no Poder Judiciário, dado a agilidade de compreensão e respeito aos requisitos formais do código de processo civil.

Em lição que consta no famoso livro “Eles, os juízes, vistos por um advogado”: “O advogado que se queixa de não ser compreendido pelo juiz não se queixa do juiz, mas de si mesmo. O juiz não tem o dever de compreender: é o advogado que tem a obrigação de se fazer compreender” (CALAMANDREI, 1995)¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Martins Fontes, 1995

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário é tradicionalmente conservador sendo comum que nas peças e documentos jurídicos ostentem linguagem culta e muitas vezes inacessíveis às pessoas leigas na ciência jurídica. Por outro lado, o Judiciário tem experimentado grandes projetos de inovação se mostrando aberto e receptivo aos benefícios da tecnologia. Neste sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo tem se mostrado vanguardista em boas práticas e uso de tecnologia, bem como na definição de plano de conformidade de Proteção de Dados que pode ser acompanhado *online* pelos participantes do sistema de Justiça e por toda a sociedade¹⁴⁷¹.

Os conceitos propostos de *legal design* pretendem acompanhar a forma de comunicação da atual sociedade com a construção de documentos jurídicos pensando no usuário e apenas com as informações que realmente interessam de forma clara e legível. Ou seja, exige-se o poder de síntese e maior compreensão da doutrina jurídica, contudo, buscando evitar citações e julgados de forma desnecessária e, quando se fizerem necessárias, demonstrá-las de forma que realmente impacte positivamente na compreensão do julgador. Trata-se, portando em empatia, objetividade e simplicidade.

O Código de Processo Civil abarca em sua aplicabilidade prática outros princípios de ordem constitucional, ou meramente processual, para viabilizar um processo substancial, ou seja, além das garantias para um processo com regras claras e igualitárias para todas as partes, mas também um processo que almeje a justiça em tempo hábil e eficaz e que proporcione e debate e entendimento efetivo entre as partes. Dessa forma o devido processo legal deve se adaptar a uma sociedade cada vez mais complexa para que o Poder Judiciário esteja preparado para dar respostas corretas e cumprir seu papel fundamental.

O Poder Judiciário tem-se, ainda que minimamente experimentado, boa receptividade do *legal design*, não adotando postura de rigorosa preciosidade baseada na visão clássica do Direito do século passado. Aliás, a boa técnica jurídica aliada a aplicação correta dos conceitos de *legal design* pode transformar petições de vinte laudas em um formato de cinco laudas com conteúdo coeso, técnico e assertivo. Portanto, conclui-se que os benefícios do *legal design* podem contribuir com a efetividade da prestação jurisdicional através de uma linguagem mais simples, com o entendimento da questão controvertida de forma mais rápida; desenvolvimento de documentos mais eficientes baseados em processos intuitivos e construção de uma cultura de inovação.

¹⁴⁷¹ Disponível em < <http://www.tjsp.jus.br/LGPD/LGPD/Apresentacao> >

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. Antecipação da Tutela. 4ª reimpr. Ed. Juruá: 2011.

BAUMAN, Zygmunt, Danos Colaterais: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella, Curso de Direito Processual Civil - Volume 1 - Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2018.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Teoria Geral do novo processo civil – São Paulo: Malheiros, 2016.

FONSECA GAJARDONI, Fernando da ... [et al.]. Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015: 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

FONSECA GAJARDONI, Fernando da ... [et al.]. Processo de Conhecimento: comentários ao CPC 2015: volume 3 / 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

HAGAN, Margaret. Law By Design. Disponível em: <<http://www.lawbydesign.co/en/legal-design/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

HAN, Byung-Chul. No exame: perspectivas do digital. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

WOLTZ, Ana Paula Ulandowski, COELHO, Alexandre Zavaglia: Legal Design Visual Law - Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade: 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, Tutela antecipada. São Paulo: Editora Oliveira Mendes: 1998.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

NERY JR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal: 8ed. São Paulo: RT, 2004.

SCHMIDT JR, Roberto Eurico. Tutela antecipada de ofício: Curitiba: Juruá, 2007. SCHWAB, Klaus, A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: 2013.

Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração

Rodrigo Mazzei¹⁴⁷²

1. Delimitação sumária do estudo

Trata-se de ensaio com foco específico, seguindo-se a trilha proposta no título do texto.¹⁴⁷³ De toda sorte, ainda que com horizonte limitado, há relevância no tema abordado, até porque o CPC em vigor traz regramento novo (art.1.026, § 1¹⁴⁷⁴) - sem eco na legislação anterior, que textualmente indica que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo *ope legis*, sendo possível, todavia, a sua concessão por decisão do juiz ou pelo relator (*ope judicis*).

O assunto toma mais relevância a partir de duas outras constatações que se extraem do CPC/15 e que merecem ser unidas. A primeira: há diminuição do espaço para ataque das decisões interlocutórias por agravo (ao menos no primeiro grau ordinário), pois a conjugação do art. 1.009, § 1¹⁴⁷⁵, com o art. 1.015¹⁴⁷⁶ demonstra não

¹⁴⁷² Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Estágio de Pós- doutorado (UFES - bolsa CAPES-REUNI). Professor (graduação e mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Ex-Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE-ES) – Classe dos Juristas.

¹⁴⁷³ O presente texto faz parte de uma série de trabalhos com a mesma temática, sendo, por tal motivo o escolhido para compor a obra comemorativa de 90 (noventa) anos do curso de Direito da UFES. Apesar das fronteiras limitadas do presente estudo, deve ficar registrado que a temática que envolve os embargos de declaração é muito mais ampla do que a simples análise do instituto em si. Na nossa tese de doutoramento (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. FADISP, Orientação Professor Dr. Eduardo Arruda Alvim, 2012) tratamos da figura, mostrando o grande feixe de questões que envolvem a postulação (embargos de declaração), notadamente em razão de seu vínculo constitucional, fazendo como que o instituto tenha posição ímpar no sistema processual. Dentre os textos que do autor sobre o assunto (e atualizados com a atual codificação), confira-se: Embargos de declaração (comentários aos arts. 1.022-1.026). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2370-2391; *Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC*. Revista Forense, v. 423, p. 269-298, 2016; *Embargos de declaração no processo eleitoral*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 17, p. 100-130, 2016; *Embargos de declaração e agravo interno no Projeto de CPC (Substitutivo de lavra do Deputado Paulo Teixeira)*: algumas sugestões para ratificações do texto projetado. Revista de Processo, v. 221, p. 245-290, 2013.

¹⁴⁷⁴ Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

¹⁴⁷⁵ Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

¹⁴⁷⁶ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou

só a ‘extinção’ do agravo retido¹⁴⁷⁷, como também indica que o agravo de instrumento passa a ter ambiente restrito. Em segundo plano: o art. 1.022¹⁴⁷⁸ passa a explicitar que qualquer decisão judicial¹⁴⁷⁹ poderá ser alvo dos embargos de declaração, bastando que esta esteja acometida de um dos vícios postos na legislação como os passíveis de correção por tal via. Assim, há ambiente em que se restringe a recorribilidade das decisões interlocutórias através do agravo, mas há abertura clara na legislação infraconstitucional (diferente do que ocorria no CPC/73) acerca do cabimento dos embargos de declaração em relação a tais decisões.

As questões acima destacadas têm realce prático quando o aviamento dos embargos de declaração envolve as decisões judiciais que definem tutelas provisórias, pois a teor dos arts. 1.015, I e 1.022 do CPC/15, estas podem ser desafiadas tanto por agravo de instrumento como por embargos de declaração.

Há, contudo, premissas básicas sobre os embargos de declaração que merecem ser analisadas, ainda que de forma muito ligeira, pois capitais para a compreensão do problema.

2. Princípio da ampla embargabilidade

Seguindo a parte introdutória, afigura-se importante desvendar o alcance do art. 1.022 do CPC/15. Isso porque tal dispositivo adota o *princípio da ampla embargabilidade*, que define que será possível a apresentação dos embargos de declaração contra qualquer decisão bastando, para tanto, a abstrata existência dos deslizes decisórios que a figura se propõe a corrigir: omissão, contradição, obscuridade e erro material.

acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do [art. 373, § 1º](#); XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

¹⁴⁷⁷ Há ainda a presença de caso pontual que se afina com o agravo retido (art. 357, § 1º).

¹⁴⁷⁸ 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](#).

¹⁴⁷⁹ A conjugação do art. 1.022 com o art. 15 indica que o princípio da ampla embargabilidade alcança as decisões administrativas. No sentido: MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração (comentários aos arts. 1.022-1.026). In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.) *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2370-2372).

Não poderia ser diferente, uma vez que *o princípio da ampla embargabilidade* – aplicável aos embargos de declaração – está autorizado pela Constituição Federal, especialmente pelos incs. IX e X do art. 93 e pelo inc. XXXV do art. 5.º, pois não há espaço – pelo texto constitucional – para qualquer ato decisório sem fundamentação hígida (isto é: *clara, completa e não contraditória*) e que, se judicial, negue o direito à jurisdição.

Registre-se, ainda, que o *princípio da ampla embargabilidade* decorre da atipicidade constitucional quanto à espécie de decisão que precisa ser fundamentada, pois nada se percebe de limitação ou exclusão no seio constitucional, especialmente na superfície dos incisos IX e X do art. 93. Tal quadro de atipicidade, que redundaria no *princípio da ampla embargabilidade*, não está presente apenas no art. 1.022, mas também no art. 489, § 1º, que, ao trazer a expressão “qualquer decisão judicial”, não faz alusão limitativa às dicções decisórias que a ela se submetem¹⁴⁸⁰⁻¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸⁰ Saliente-se que mesmo as decisões irrecorríveis serão passíveis de embargos de declaração, pois não se pode admitir – à margem da Constituição Federal – que se cristalizem atos decisórios incompletos, ou acoimados de contradição, obscuridade e/ou erro material. Esta premissa parece ser respeitada em alguns casos pelo legislador infraconstitucional, como pode se notar pelo art. 30 da Lei 9.307/1996 (Arbitragem), pois, embora a legislação vede a interposição de recursos, o legislador não deixou de prever o cabimento dos embargos de declaração (embora assim não o nomine), situação também ocorrente no art. 26 da Lei 9.869/1999 (que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade). Importante: mesmo que a legislação seja omissa e não contenha a previsão expressa dos embargos de declaração, a ordem constitucional impõe sempre o cabimento dos declaratórios. Isso porque será absolutamente inconstitucional cercear o manejo de remédio jurídico que visa concretizar garantias previstas no ventre da Carta Magna, do quilate do princípio da motivação decisória (art. 93, IX e X) e do acesso à justiça de forma plena (art. 5.º, XXXV). Exemplo atual está disposto na Lei 12.562/2011 (que regula o processo e julgamento da representação interventiva), uma vez que, apesar do seu art. 12 vedar a interposição de recurso (sem ressalva ao cabimento dos embargos declaratórios, como previsto nos arts. 30 da Lei 9.307/1996 e 26 Lei 9.868/1999), a restrição somente alcançará os recursos que visam à revisão total da decisão, mas jamais aos embargos de declaração, que possuem escopo outro e função de concretização de garantias processuais insertas na Constituição de 1988. Outro exemplo está inserto na Lei 9.882/1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental), na medida em que seu art. 12 veda a interposição de recurso (e de ação rescisória) contra a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas tal proibição não tem o condão de alcançar os embargos de declaração. Especificamente acerca do exemplo último, foi editado o Enunciado 561 pelo FPPC, com a seguinte redação: “A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é impugnável por embargos de declaração, aplicando-se por analogia o art. 26 da Lei n.º 9.868/1999”. Com tal bússola, a cláusula de *irrecorribilidade*, embora admissível no nosso sistema processual, não se aplica aos embargos de declaração, ficando tal premissa mais evidente após o CPC/15, diante da opção legislativa estampada no art. 1.022 de alcançar qualquer decisão judicial (inclusive as irrecorríveis). Destaque-se que há no ventre do CPC/15 a previsão de decisões irrecorríveis que, *a priori*, poderão ser desafiadas por embargos de declaração, caso aquelas contenham (em abstrato) as hipóteses que autorizam o manejo dos embargos de declaração (vide arts. 138; 950, § 3.º; 1.007, § 6.º; 1.031, § 2.º e § 3.º; 1.035).

3. Dos embargos de declaração (recurso de saneamento): função constitucional e natureza vinculada

Nada obstante estar consolidado no CPC/15 o *princípio da ampla embargabilidade*, é capital compreender que os embargos de declaração possuem vínculo indissolúvel com a CF/88. Com efeito, o sistema processual atual, norteado por um modelo democrático de direito (próprio de um Estado Democrático – art. 1.º da atual Carta Magna), não admite decisão desprovida de fundamentação (seja no âmbito judicial, seja no espectro administrativo). A base para tal garantia, como já anunciado, está firmada nos incs. IX e X do art. 93 da CF/1988, pois tais dispositivos determinam que *as decisões judiciais e administrativas deverão ser motivadas, não se admitindo as sem fundamentação*¹⁴⁸². Observe-se que tais valores estão devidamente albergados no CPC/15 (arts. 1.º, 4.º, 6.º, 11 e 489).

A *fundamentação decisória* implica não apenas em constar formalmente *motivos* no corpo da decisão, mas sim os *motivos que justificam a decisão*. 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 *aferrar se a garantia de defesa foi exercida*.

¹⁴⁸¹ Embora o art. 1.022 do CPC/15 tenha o foco nas decisões judiciais, não vemos óbice para o cabimento de embargos de declaração para sanear despachos, quando estes possam estar acoimados de omissão, obscuridade, contradição e erro material. Em ótimo exemplo trazido por Araken de Assis (*Manual dos Recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 598) e adotado Eduardo Arruda Alvim (*Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 832), basta pensar no despacho que designa a audiência de instrução para determinado dia, mas que deixa de constar o horário em que o ato será realizado. Há, pois, omissão que pode ser reparada por embargos declaratórios. Na jurisprudência, confira-se: STJ, EDcl no REsp 207.435/RS.

¹⁴⁸² O exame constitucional mais completo permite dizer que, além do direito à motivação decisória (art. 93, IX e X), outras garantias inseridas no ventre da Carta Magna de 1988 podem ser protegidas e concretizadas através do manejo dos embargos de declaração, como é o caso da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). No que se refere à inafastabilidade de jurisdição, os embargos de declaração permitem que o jurisdicionado sane deslizes na prestação jurisdicional quando esta não se dá na forma completa, pois é dever do juiz pronunciar-se sobre todas as pretensões que lhe são submetidas. Em relação à duração razoável do processo, não resta dúvida que os embargos de declaração se notabilizam como figura de perfil ágil, alinhados, assim, à determinação do art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, pois podem evitar a interposição de outro recurso mais complexo (ou até nova ação), em postura que prestigiará o menor esforço, bem assim o menor custo em todos os aspectos (financeiro, temporal e da administração burocrática judicial). Os embargos de declaração, sem dúvida, quando corretamente manejados (e decididos) se notabilizam como instituto de rara *eficiência* (art. 8º), na medida em que a partir de postulação de efeito devolutivo regressivo, sem preparo e simplicidade burocrática, permitem o saneamento de vícios pontuais (e tipificados) das decisões.

O dever de fundamentar a decisão é, portanto, uma garantia constitucional aplicada ao processo, não podendo ser afastada em hipótese alguma, nem mesmo por convenção das partes.¹⁴⁸³

Perceba-se, com visão mais ampla da questão, que não se pode imaginar que a motivação se esgota na (simples) 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) *completude* - 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.

Os embargos de declaração funcionam, com tais noções, como instrumento processual que permitem ao jurisdicionado buscar a motivação plena das decisões judiciais, ocorrendo bom diálogo da Constituição Federal (art. 93, IX e X) com as hipóteses de manejo dos embargos de declaração (art. 1.022 do CPC/15). Basta observar, no diálogo do art. 93, IX e X da CF com o art. 1.022 do CPC/15, que as decisões sem *coerência*, seguindo o desenho apresentado acima, serão tidas como atos judiciais contaminados de *contradição*; decisões marcadas pela *incompletude* são dicções acometidas de *omissão*; decisões sem *clareza* são aquelas que, por *obscuridade* não permitem a sua sadia compreensão.

Os embargos de declaração não possuem *fundamentação livre*, pois possuem rol legal (fechado) quanto às matérias que podem ser veiculadas (obscuridade, contradição, omissão e erro material). Por tal passo, os embargos de declaração devem ser tratados como *recurso de fundamentação vinculada*, com vínculo de limitação não só para o recorrente, mas também para o Estado-juiz, como receptor do recurso de devolutividade restrita. Coerente com a natureza vinculada, o art. 1.023 exige que o embargante indique o ponto ou questão que esteja contaminada com erro, obscuridade, contradição e/ou omissão, sendo tal exigência elemento formal para o conhecimento dos embargos de declaração.

¹⁴⁸³ Correto, no sentido, entendimento firmado no Enunciado 37 do ENFAM, ao cravar que: “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem garantias constitucionais do processo, tais como as que: [...] d) dispensem o dever de motivação”

No particular, ao se observar as hipóteses fixadas para o cabimento dos embargos de declaração, fica evidente que se trata de um recurso singular, cujo objetivo é de *sanear* as decisões. Basta observar que todas as hipóteses de manejo dos embargos de declaração estão atreladas à estrutura do ato judicial, reclamando-se o saneamento de questão formal (*error in procedendo*), cujo rol está previamente eleito pelo legislador.

Com efeito, o ato judicante *obsuro* é aquele que, devido a sua má redação, não permite *inequívoca e objetiva compreensão*, pelo que reclama correta *explicitação*; *contraditório*, outrossim, é aquele que adota *premissas internas inconciliáveis*, justificando-se a sua *desintoxicação* (com a retirada da premissa que contamina a decisão); *omisso*, por sua vez, caracteriza-se como aquele que – em razão de sua incompletude – traz no seu bojo *vácuo*, que deve ser *preenchido*. O erro material, trazido como ‘nova’ hipótese de admissão dos embargos de declaração (art. 1.022, III, do CPC/15), não reflete um juízo de valor em si, sendo, em verdade, atropelo levado a cabo e que é tratado como falha de expressão, provavelmente fruto de distração do próprio julgador. Os embargos de declaração permitem a retificação da fala descuidada, expressada disforme na redação do ato judicial, saneando e esclarecendo o enleio contido na fala embargada.

Da resenha, percebe-se que os embargos de declaração criam espaço para nova pronúncia (de natureza derivada e saneadora) do ato judicial embargado, sendo comum que os embargos de declaração sejam tratados como *recurso de integração*. De fato, no caso da omissão, da obscuridade e do erro material, os embargos declaratórios poderão *agregar* (ou seja: *integrar*) nova fala ao discurso judicante anterior. Na primeira situação (omissão), preenche-se o vácuo e, na segunda (obscuridade) e na terceira (erro material), traz-se nova pronúncia, reveladora da correta interpretação que se deve dar ao ato judicial.

Os desdobramentos integrativos em voga estão devidamente descritos na primeira parte do inc. I do art. 1.022 do CPC/15, quando se define que – através de embargos de declaração – será possível *esclarecer* a obscuridade, no inc. II ao se dizer que o recurso poderá provocar *suprimento* de omissão judicial (através de nova fala que preencherá espaço que já deveria estar ocupado) e, finalmente, no inc. III, ao se permitir a *correção* do erro material (com apresentação de outra dicção que irá retratar a palavra ou expressão materialmente desviada). Contudo, a integração decisória nem sempre será a solução quando o vício decisório atacado for a contradição, pois em tal hipótese, consoante consta na segunda parte do inc. I do art. 1.022 do CPC/15, deverá o julgador *eliminar* a contradição, ou seja, retirar do ato judicial embargado alguma premissa contraditória com a própria dicção judicial. Em suma, na contradição – pela existência de premissas inconciliáveis – o aviamento dos embargos de declaração buscarão

extirpar da fala judicial o ponto que conspira contra a saúde formal do ato e a função dos declaratórios será a *retirada* (eliminação) da premissa deslizando, com a opção de uma premissa (que é tratada como vencedora), para descartar outra (eliminada).

Com tal análise mais detalhada, os embargos de declaração, na bem da verdade, possuem natureza *saneadora*, visando afastar *vícios formais de julgamento* especificados pelo legislador.

4. Efeito suspensivo dos embargos de declaração: noções

O CPC/15 encerra uma discussão doutrinária acerca da existência ou não do efeito suspensivo em relação aos embargos de declaração, optando pela inexistência de efeito suspensivo *ope legis*, isto é automático a partir da simples interposição do recurso. A discussão trazia posições diversas, tais como a presença de efeito suspensivo *ope legis*, a inexistência de efeito suspensivo e a sua excepcional concessão a partir do poder geral de cautela (com interpretação, no sentido, do art. 558 do CPC/73).¹⁴⁸⁴

Como já dito, a discussão se encerra, ficando sedimentado pelo CPC/15, através do *caput* do art. 1.026, que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo,

¹⁴⁸⁴ A discussão doutrinária era ferrenha no CPC/73. Dentre vários, entendendo pela inexistência de efeito suspensivo, confira-se: Roberto Luis Luchi Demo (*Embargos de Declaração: Aspectos Processuais e Procedimentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30-31) e Antonio Carlos Silva (*Embargos de Declaração no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 200). Parecendo entender que não há efeito suspensivo nos declaratórios, Renato Lobo Guimarães (*Embargos de Declaração com Efeito Modificativo*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 42-43). Contra, defendendo a existência de efeito suspensivo: Luís Eduardo Simardi Fernandes (*Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59-60), Sandro Marcelo Kozikoski (*Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.171), Araken de Assis (*Manual dos Recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 620-621), Eduardo Arruda Alvim (*Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 834), Antonio Janyr Dall’Agnol Junior (*Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista de Processo, n. 102, 2001, p. 97), Antonio Carlos Costa e Silva (*Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. São Paulo: Editora Juriscredi, 1974, p. 212) e Denise Alves Horta (*Embargos de declaração: regime legal e suas hipóteses*. In: *Embargos de declaração no processo do trabalho*. EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 37). Utilizando o efeito suspensivo como regra, apenas não o aplicando nas decisões interlocutórias: Romero Lucas Rangel Piccoli (*Embargos de Declaração no Processo Civil*. João Pessoa: Editora Universitária, 2006, p. 61-63). Defendíamos a possibilidade de efeito suspensivo mediante pedido do interessado, aplicando, à época, o disposto no art. 558 do CPC/73 (Embargos de declaração. In: MAZZEI, Rodrigo. (Org.). *Dos Recursos: Temas Obrigatórios Atuais (Vetores Recurais)*. 1.ed. Instituto Capixaba de Estudos, v.2, 2002, p. 283-446). Nossa fala não era isolada, podendo se citar em sentido próximo: Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 92-94), Luis Guilherme Aídar Bondioli (*Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 197-201) e Eduardo Talamini (*Embargos de Declaração: Efeitos*. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 653-654).

capaz de afastar a eficácia imediata da decisão. O § 1º do art. 1.026 prevê, contudo, a possibilidade de concessão *ope judicis*, mediante preenchimento de requisitos legais e concessão judicial. Assim, excepcionalmente, a eficácia da decisão monocrática (em qualquer grau) ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo julgador se ficar demonstrado a probabilidade de provimento dos embargos de declaração, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação que não possa esperar o julgamento dos embargos de declaração.

Ocorre que o efeito suspensivo tratado pelo § 1º do art. 1.026 não pode ser examinado sem a análise de elementos básicos da tutela provisória, até porque, adiantando uma das conclusões adiante, se trata de uma espécie daquela no âmbito recursal (= *tutela provisória recursal*). Explica-se:

A leitura atenta do § 1º do art. 1.026 indica que é possível requerer '*efeito suspensivo*' nos embargos de declaração com base nas duas modalidades de tutela provisória previstas no CPC/15 (art. 294), isto é com esteio em tutela de evidência (art. 311), sem a necessidade de demonstrar risco da demora, como também postular afinado à tutela de urgência, invocando-se o perigo da demora (art. 300). Isso porque o dispositivo aqui abordado trabalha com duas possibilidades distintas: (a) demonstração de grande probabilidade de provimento do recurso (tutela de evidência), *ou*, (b) apresentação de fundamentação relevante e comprovação de risco de dano grave ou de difícil reparação (tutela de urgência).

Saliente-se que a admissão da tutela de evidência nos embargos de declaração merece ser destacada. Primeiramente, há uma abertura em relação ao que era sustentado por parte da doutrina na vigência do CPC/73 de se admitir apenas a concessão de efeito suspensivo nos recursos, em especial nos embargos de declaração, em caso de urgência, interpretação esta que se dava a partir do art. 558 da revogada codificação¹⁴⁸⁵. De outra banda, é interessante notar que o disposto no § 1º do art. 1.026 está em sentido diverso do que consta na regra geral prevista no parágrafo único do art. 995, que somente cogita em '*efeito suspensivo*' (= *tutela provisória recursal*) nos recursos em hipótese que

¹⁴⁸⁵ Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520 (A redação do dispositivo, na forma transcrita, decorre de alteração efetuada pela Lei 9.913/95).

possa ser encartada como tutela de urgência (nada prevendo sobre a tutela de evidência).¹⁴⁸⁶

Sem prejuízo da dupla possibilidade de postulação (evidência e urgência), se o pedido de '*efeito suspensivo*' (=tutela provisória recursal) dos embargos de declaração estiver escorado em tutela de urgência (fundamentação relevante e demonstração de risco de dano para o embargante), é de bom alvitre a demonstração da inexistência (ou existência de pequena monta) do *periculum in mora inverso*, ou seja, de que a concessão do efeito suspensivo não causará repercussão irreversível, adaptando-se a regra do art. 300, § 3.º, para a hipótese.

5. Possibilidade de efeito suspensivo ativo (tutela provisória recursal)

É importante notar a natureza de tutela provisória do efeito suspensivo dos embargos de declaração, pois a redação do § 1º do art. 1.026 pode levar a uma incorreta interpretação restritiva, já que a letra legal apenas cogita a possibilidade de tutela provisória dos embargos de declaração para *suspender a eficácia da decisão* monocrática ou colegiada pelo respectivo juiz ou relator.

Todavia, apesar do regramento em foco parecer regular apenas *efeito suspensivo*, o que se tem, em verdade, é a previsão excepcional de *tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração*. Com efeito, a letra legal não pode ser vista apenas como *repressora*, ou seja, trabalhando apenas no campo de retirar eficácia da decisão embargada, pois tal interpretação estaria sendo limitada à tutela provisória e afrontaria as noções do poder geral de cautela¹⁴⁸⁷ (vide arts. 294, 297, 300 e 301 do CPC/15).

Dessa forma, embora mais usuais os casos de tutela provisória nos embargos de declaração para inibir a eficácia da decisão embargada, não se descarta a possibilidade de concessão de tutela provisória positiva, ou seja, de deliberação nova, antecipando-se (provavelmente) o resultado final do julgamento dos embargos de declaração. O foco de tal tutela provisória, portanto, não é de apenas coibir a eficácia da decisão anterior, mas de agregar algo que a dicção primitiva não chegou a deliberar.¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸⁶ Ao que parece, há equívoco redacional no parágrafo único do art. 995, pois também acaba tendo divórcio em relação ao § 4º do art. 1.012 (aplicável à apelação), já que ali está prevista a tutela de evidência, como de urgência.

¹⁴⁸⁷ No sentido: Enunciado 31 do FPPC: "O poder geral de cautela está mantido no CPC"

¹⁴⁸⁸ Note-se, assim, que não se afasta aqui as noções do que se tratou como *efeito suspensivo ativo*, que a bem da verdade, representava a tutela recursal positiva e não repressora da decisão recorrida.

Em exemplo aplicável aos embargos de declaração, basta penar no caso em que, por decisão colegiada, o Tribunal reforma totalmente sentença que julgou procedente pedido de reintegração de posse, mas omite-se acerca das deliberações para a restituição da posse original ao réu da ação, que teve seu apelo provido, deixando de deliberar, dentre outras questões, sobre o pedido de tutela provisória possessória feita pelo autor.

No exemplo acima, certo é que há omissão decisória e que esta pode ser saneada através de postulação efetuada por embargos de declaração. O fundamento da tutela provisória dos embargos de declaração poderá ser feito com base na *evidência* (o órgão colegiado já julgou improcedente o pedido possessório do autor), como também pode trazer fundamentação com base na *urgência* (seguindo no exemplo, o autor está destruindo construções e/ou plantações que existiam no imóvel).

A exemplificação demonstra que poderá ser requerida tutela provisória pelo réu/apelante nos embargos de declaração, indicando evidência ou urgência que justifique a deliberação pelo relator do ponto omitido antes do julgamento final dos declaratórios pelo Colegiado.

Como haverá novo capítulo decisório, nos termos do art. 1.023, § 2º, mister se fará a oitiva do réu, sendo possível, todavia, a concessão antes da manifestação do embargado, adaptando-se o disposto no art. 9º¹⁴⁸⁹, notadamente se o fundamento for urgência.

A urgência em alguns casos ficará mais aguda, pois a demora do julgamento dos embargos de declaração pode colocar o embargante em difícil situação. No sentido, nos embargos de declaração interpostos contra decisão colegiada o julgamento sujeitar-se-á a sessão, que demandará pautamento prévio, já que a formação de contraditório não permitirá o julgamento da primeira sessão depois de recebidos os embargos de declaração pelo relator (parte final do art. 1.024, § 1º).

Portanto, não se pode dar interpretação fechada ao § 1º do art. 1.026, devendo o dispositivo ser tratado como bandeja geral da *tutela provisória recursal* dos embargos de declaração, afinada aos ditames do poder geral de cautela do juiz, situação que

¹⁴⁸⁹ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no [art. 311, incisos II e III](#); III - à decisão prevista no [art. 701](#).

justifica a possibilidade de provocação de tutela não apenas para reprimir a eficácia da decisão embargada, mas também para postular concessão de tutela provisória positiva, caso esta seja consequência do julgamento dos embargos de declaração. E, como tutela provisória, os regramentos a ela atinentes devem ser importados para aplicação do § 1º do art. 1.026, não podendo se descartar, por exemplo, a exigência de caução (art. 300, § 1º).

6. Postulação da tutela provisória recursal

Muito embora a lei seja omissa, para a concessão do excepcional da tutela provisória recursal deverá o embargante apresentar postulação no sentido, através de requerimento próprio (que pode ser efetuado no ventre da própria peça dos embargos de declaração), indicando de forma clara os requisitos reclamados no § 1º do art. 1.026: probabilidade de provimento dos embargos de declaração, ou, sendo relevante a fundamentação, esteja presente risco de dano grave ou de difícil reparação que não possa esperar o julgamento dos embargos de declaração.

Assim, a concessão da tutela provisória nos embargos de declaração, inclusive no que se refere ao efeito suspensivo, há de ser provocada pelo interessado e a eventual revogação dará ensejo a reparação prevista no art. 302 do CPC/15.

Portanto, a regra inserta no art. 1.026 é coerente com o disposto no art. 995 do mesmo diploma, no sentido de que os recursos não possuem – como regra - efeito suspensivo (salvo as exceções legais, como é o caso da apelação – art. 1.012)¹⁴⁹⁰. O § 1º do art. 1.026 se notabiliza por ser uma hipótese de ‘*efeito suspensivo provocado*’, isto é, que demanda requerimento da parte, sendo necessária, na referida postulação, a demonstração dos preenchimentos legais para a sua concessão.

Diante da abertura que se deve dar ao § 1º do art. 1.026, não se pode restringir a regra ao *efeito suspensivo* (repressão a eficácia da decisão embargada), pois se trata de superfície legal que permite também a concessão de *tutela provisória positiva*, em semelhança ao que ocorre quando se pleiteia o *efeito suspensivo ativo*. Em outros termos, é perfeitamente possível se postular (provocar) de forma ampla a tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração, desde que a parte observe o espoco e âmbito de atuação da figural recursal de saneamento, devendo, para tanto, trazer fundamentação de evidência ou urgência.

¹⁴⁹⁰ Igualmente: Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (*Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. 13 a. Ed.. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 272).

7. Da decisão que concede a tutela provisória recursal: requisitos básicos

A decisão que concede a tutela provisória recursal aos embargos de declaração, seja para lhe conferir efeito suspensivo repressor, seja para a concessão do efeito suspensivo ativo, deverá ser motivada, moldando-se ao disposto no art. 489, § 1.º, do CPC/15.

Outro ponto importante: como é comum que os embargos de declaração sejam manejados apenas em razão de parte da decisão, atingindo um ou mais capítulos, sem interferência em outro(s), deverá o julgador explicitar os limites da tutela provisória, notadamente se alcançar a eficácia da decisão monocrática ou colegiada.

8. Embargos de declaração contra decisão que delibera sobre tutela provisória

Consoante já adiantado, em razão do *princípio da ampla embargabilidade*, não se pode descartar a possibilidade de embargos de declaração contra decisão que delibera sobre a tutela provisória, até porque se efetuada tal restrição estar-se-ia diante de ato inconstitucional. Todavia, não se pode esquecer que os embargos de declaração possuem um âmbito restrito de atuação, já que se trata de recurso para sanear determinados vícios cometidos pelo julgador no ato decisório. O quadro não é diferente quando analisarmos decisão que envolva a tutela provisória.

Com outras palavras, apesar de ser possível o uso dos embargos de declaração contra as decisões que deliberam sobre a tutela provisória, há limitação acerca das questões que poderão por tal postulação recursal ser veiculadas, já que não se pode afastar da sua natureza jurídica (*recurso de saneamento*) e do rol de matérias a que está vinculado. Diferente ocorre em relação ao agravo de instrumento, diante da cláusula aberta do art. 1.015, I, do CPC/15, admitindo-se reclame acerca de qualquer tema contra decisão que envolva a tutela provisória.

Feita a advertência do espectro dos embargos de declaração, caso o embargante maneje o recurso de saneamento contra decisão que concede a tutela provisória não haverá – automaticamente – o ‘efeito suspensivo’, ou seja, a decisão embargada não restará como ineficaz naquele momento. Caberá ao embargante postular a concessão de *tutela provisória recursal*, a fim de obter a suspensão da eficácia da decisão embargada. O quadro é coerente, pois estariam os embargos de declaração impondo um efeito suspensivo que nem sempre o recurso natural e posterior possui *ope legis*, como é o caso do agravo de instrumento.¹⁴⁹¹

¹⁴⁹¹ Tanto assim que nos casos em que o recurso natural e posterior aos embargos de declaração detenha efeito suspensivo, não será possível a execução provisória da decisão até que aquele recurso (dotado de efeito suspensivo) seja julgado, pouco importando a falta de efeito suspensivo dos embargos de

Em hipótese inversa, se os embargos de declaração forem aviados contra decisão que nega a tutela provisória (por exemplo, o juiz deixou de analisar um fundamento capital para a concessão do pedido), o pedido deverá ser veiculado para o saneamento da decisão, requerendo-se a *tutela provisória recursal*. No caso de pedido concessão de tutela provisória liminar, isto é no início do processo (antes da citação do réu), será possível a concessão da *tutela antecipada recursal* sem a necessidade de oitiva do requerido. A regra do art. 1.023, § 2º, do CPC/15, somente terá espaço quando se tratar de casos em que o embargado já participa dos autos, ou seja, quando já citado.

declaração. No sentido, colhe-se entendimento parelho no Enunciado 218 do FPPC: “A inexistência de efeito suspensivo dos embargos de declaração não autoriza o cumprimento provisório da sentença nos casos em que a apelação tenha efeito suspensivo”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve fechamento, conclui-se que o art. 1.026, § 1º, do CPC/15 é um dispositivo que encerra discussões doutrinárias acerca da existência (ou não) de efeito suspensivo *ope legis* nos embargos de declaração. No entanto, não se pode efetuar a interpretação isolada de tal regra processual. Isso porque, dentre outras pontos que merecem exame, o CPC/15 prevê a possibilidade de *tutela provisória recursal* no âmbito dos embargos de declaração, admitindo-se, para tanto, que seja invocada tanto a tutela de evidência como a tutela de urgência.

Portanto, na codificação atual há uma junção mais clara entre os embargos de declaração e a tutela provisória, análise esta que não pode ser feita sem desvendar questões íntimas dos embargos de declaração, tais como a sua natureza jurídica e sua vinculação a determinados vícios de decisão.

Referências

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista de Processo, n. 102, 2001.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Embargos de Declaração: Aspectos Processuais e Procedimentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. 13 a. Ed.. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Renato Lobo. *Embargos de Declaração com Efeito Modificativo*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

HORTA, Denise Alves. Embargos de declaração: regime legal e suas hipóteses. In: *Embargos de declaração no processo do trabalho*. EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). São Paulo: LTr, 2010.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração (comentários aos arts. 1.022-1.026). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Embargos de declaração no processo eleitoral*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 17, 2016.

_____. *Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC*. Revista Forense, v. 423, 2016.

_____. *Embargos de declaração e agravo interno no Projeto de CPC (Substitutivo de lavra do Deputado Paulo Teixeira): algumas sugestões para ratificações do texto projetado*. Revista de Processo, v. 221, 2013.

_____. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. FADISP, Orientação Professor Dr. Eduardo Arruda Alvim, 2012.

_____. Embargos de declaração. In: MAZZEI, Rodrigo. (Org.). *Dos Recursos: Temas Obrigatórios Atuais (Vetores Recurais)*. 1. ed. Instituto Capixaba de Estudos, v. 2, 2002.

PICCOLI, Romero Lucas Rangal. *Embargos de Declaração no Processo Civil*. João Pessoa: Editora Universitária, 2006.

SILVA, Antonio Carlos Costa. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. São Paulo: Editora Juriscredi, 1974.

SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de Declaração no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000..

TALAMINI, Eduardo. Embargos de Declaração: Efeitos. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*.
Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

Apelação Cível No Brasil, Efeito Suspensivo Ope Legis E Sua Exclusão Por Meio Das Tutelas Provisórias Em Grau Recursal

Rogério Licastro Torres de Mello¹⁴⁹²

1 - Os efeitos dos recursos cíveis no Brasil: a apelação e os demais recursos

Os recursos cíveis brasileiros, em termos de efeitos decorrentes de sua interposição e recepção, não discrepam, em geral, dos recursos previstos nos ordenamentos da maioria dos países de tradição jurídica romano-germânica.

De fato, os efeitos legais dos recursos são, em regra, dois: o efeito **devolutivo**, por intermédio do qual a decisão é devolvida à apreciação do Poder Judiciário para reapreciação em virtude da impugnação recursal veiculada pela parte, e o efeito **suspensivo**, que, em essência, impede a produção de efeitos por parte da decisão recorrida, obstando seu cumprimento provisório até que se conclua o julgamento do recurso interposto.¹⁴⁹³

Uma distinção relacionada aos efeitos dos recursos reside em seu modo de existência, se automático ou não, vale dizer, se dependente (*ope judicis*) ou independente (*ope legis*) de concessão judicial..

Nos recursos cíveis brasileiros em geral, **à exceção da apelação**, existe, de automático, apenas o efeito devolutivo, reservando-se, como regra geral, a atribuição de efeito suspensivo ao expresse requerimento da parte e desde que demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários à suspensão da decisão recorrida até que se dê a apreciação do apelo (em geral, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso é autorizada pela existência de risco de dano irreparável e demonstração de relevância da fundamentação recursal).

¹⁴⁹² Advogado, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), Professor Convidado da pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP-COGAE), Coordenador e Professor de curso de pós-graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP (Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo).

¹⁴⁹³ Adotamos, aqui, a expressão efeito suspensivo porque (i) é a expressão legal (CPC/2015, art. 1012) e (ii) já consagrada pelos usos forenses, mas não podemos deixar de observar que, em realidade, “*este efeito, como se sabe, nada ‘suspende’. Prolonga a situação de ineficácia da sentença, a que esta está sujeita só pelo fato de ser impugnável por meio de recurso que tem efeito suspensivo*”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*, Ed. RT, São Paulo, 2015, p. 1.444.

Neste sentido, leciona Nelson Nery Junior que “*o efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso (...)*”, sendo que “*pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso*”. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 383.

O efeito suspensivo recursal, como regra geral, não é *ope legis* no Brasil, e sim *ope judicis*.

Na apelação, porém, que é o recurso cível interposto em face de sentenças, diversamente do que sucede com os demais recursos, além do efeito devolutivo (que é inerente a qualquer recurso, perfazendo a própria essência do ato de recorrer), também o efeito suspensivo é **automaticamente** inerente ao recurso, gerando a imediata suspensão da sentença recorrida até que se dê o desfecho do julgamento recursal.¹⁴⁹⁴

O fato de a apelação cível brasileira contar com dois efeitos automáticos *ope legis* (suspensivo e devolutivo) impede que, durante toda a tramitação do apelo no órgão de segundo grau, exista a execução provisória da sentença recorrida.

Tal peculiaridade da apelação cível brasileira (suspensão automática, impedindo-se a produção de efeitos imediatos pela sentença tão logo prolatada) revela a presença de uma baliza sólida, porém não imune a críticas, do direito processual civil brasileiro: o cumprimento da mais relevante decisão de primeiro grau (sentença) fica, em regra, condicionado ao julgamento de seu recurso correlato em segundo grau, optando-se por um modelo em que, em nosso pensar, a celeridade e o prestígio à atividade jurisdicional de primeiro grau (que seriam provenientes da exequibilidade imediata da sentença) cedem espaço à ideia de que a produção de efeitos por parte da sentença deve, como signo de segurança jurídica, estar condicionada ao trânsito em julgado da decisão ou, no mínimo, à sua revisão em segunda instância para comportar ao menos exequibilidade provisória (*rectius*, cumprimento provisório).

Esta característica da apelação brasileira quanto ao efeito suspensivo automático a torna distinta do apelo típico de outros países de tradição do *Civil Law*,¹⁴⁹⁵ e tornaremos ao assunto no capítulo 3 *infra*.

2 - O Novo CPC brasileiro e os efeitos da apelação

Um dos aspectos que permitem enxergar com saboroso otimismo um Código de Processo Civil integralmente novo reside na possibilidade de transportar-se para o cenário legislativo intenções postuladas e defendidas pela doutrina como positivas e ensejadoras de um processo civil mais eficiente, mais rico em termos de resultados práticos e de realização do direito material no espaço de tempo mais razoável possível.

¹⁴⁹⁴ “A lei não confere discricão ao órgão competente para o juízo de admissibilidade para atribuir efeito suspensivo à apelação”. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, Ed. RT, São Paulo, 2007, p. 405.

¹⁴⁹⁵ Em Portugal (CPC português, art. 647), Espanha (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 456) e Itália (CPC italiano, art. 283), por exemplo, não há o efeito suspensivo automático da apelação.

O CPC brasileiro de 2015 é pleno de situações em que antigos desejos da doutrina processual civil brasileira foram transpostos dos debates acadêmicos para o âmbito do direito processual civil positivado.

Com efeito, o fortalecimento da jurisprudência com a necessidade de observância obrigatória de precedentes (como demonstram os arts. 926 e 927 do CPC/2015), a possibilidade de convencionar-se generalizadamente (e não apenas em algumas situações excepcionais, como ocorria no CPC/73) sobre o procedimento por intermédio dos negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191 do CPC/2015) e a uniformização do sistema das tutelas de urgência e da evidência (arts. 294 e seguintes do CPC/2015) são exemplos marcantes de proposições de alteração legislativa há muito defendidas pela academia processual civil e que foram absorvidas pelo Novo CPC.

A mesma sorte, contudo, não teve um antigo tema que tem sido objeto de intensos debates no direito processual civil brasileiro: a uniformização dos efeitos da apelação relativamente aos demais recursos, de modo que o efeito legal daquela seja apenas o devolutivo, reservando-se-lhe a concessão do efeito suspensivo apenas às hipóteses em que for demonstrada (i) a existência de risco de dano irreparável e a viabilidade do direito invocado no apelo (tutela antecipada recursal de urgência), ou (ii) a evidência do direito postulado na apelação (tutela antecipada recursal da evidência).

Ipsa facto, apesar de, na redação original do Projeto de Novo CPC proposta pelo Senado Federal, expressamente ter sido proposta a retirada do efeito suspensivo automático da apelação, contando esta apenas com o efeito devolutivo e condicionando-se a concessão do efeito suspensivo ao apelo quando fossem demonstrados os requisitos necessários para tanto (fundamentalmente, risco de dano irreparável gerado pela sentença apelada em caso de execução provisória desta na pendência do recurso), quando da revisão do Projeto de Novo CPC pela Câmara dos Deputados houve a reinserção do efeito suspensivo automático à apelação, o que acabou por prevalecer.

Em virtude do insucesso da proposta de alteração dos efeitos decorrentes da recepção da apelação cível no Novo CPC (de modo que o efeito *ope judicis* da apelação fosse apenas o devolutivo), manteve-se o sistema tradicional já empregado nos CPC's brasileiros de 1939 e de 1973, vale dizer, o recurso de apelação, no Brasil, ainda é automaticamente recebido tanto no efeito devolutivo quanto no efeito suspensivo, o que impede, em regra, a execução provisória da sentença enquanto pender de apreciação o apelo em face dela interposto.

Observe-se que, alguns anos antes do advento do Novo CPC, quando da tramitação do projeto de lei que resultou na Lei 11.232/05, já havia sido tentada a exclusão do efeito suspensivo automático da apelação cível, porém tal proposição acabou, também, não prevalecendo à época.

3 - Críticas ao efeito suspensivo automático da apelação cível brasileira

A existência do efeito suspensivo automático da apelação em nosso direito está arraigada na convicção de que a produção de efeitos práticos por parte da sentença exige elevado grau de segurança para que se permita a execução do julgado, e tal “elevado grau de segurança” adviria, pressupostamente, do julgamento proferido pelo segundo grau de jurisdição acerca da sentença.

Historicamente, tem-se optado, portanto, pela regra do efeito suspensivo automático da apelação, impedindo-se, em geral, que a sentença seja executada, mesmo que provisoriamente, até que exista o pronunciamento do órgão de segundo grau de jurisdição (em julgamento do apelo).

O CPC brasileiro admite a execução provisória da sentença cível (cumprimento provisório da decisão de primeiro grau) apenas excepcionalmente.

O art. 1012 do CPC/2015, com efeito, é claro ao dispor em seu *caput* que a apelação terá efeito suspensivo *ope legis* (esta é a regra brasileira), permitindo que exista a produção de efeitos imediatos pela sentença (mediante cumprimento provisório) exclusivamente nas hipóteses dos seis incisos de seu parágrafo 1º.¹⁴⁹⁶

Houve, neste sentido, integral manutenção do tratamento destinado ao assunto pelo CPC/1973, que também dispunha contar a apelação com efeito suspensivo automático (art. 520 do CPC/1973).

A opção legislativa brasileira a respeito do caráter automático do efeito suspensivo da apelação, em nosso pensar, não se justifica, e o afirmamos por algumas razões.

¹⁴⁹⁶ “Art. 1.012. 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:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

(...)”

Por primeiro, devemos dizer que detectamos, no efeito suspensivo automático da apelação (impedindo-se, em regra, o cumprimento provisório das sentenças), uma espécie de desprestígio legislativo relativamente à atividade jurisdicional de primeiro grau.

De fato, se é certo que o processo de conhecimento inicia-se arrimado em uma premissa de dúvida sobre a quem favorece o direito debatido na demanda, não é menos certo que, após o regular processamento do feito, com a superação das fases postulatória, saneadora, instrutória e decisória em primeiro grau de jurisdição, não nos parece correto manter a percepção de que persistiria, sempre, o mesmo grau de dúvida insito à fase embrionária da causa.

No mínimo, não é correto dizer que há a mesma intensidade de incerteza quando da prolação da sentença comparativamente ao momento de propositura da ação.

O atingimento de uma decisão final na fase de cognição em primeiro grau de jurisdição (com a prolação da sentença) traduz a migração de um cenário de dúvida jurídica para um cenário de presunção jurídica que milita em prol da parte vitoriosa em primeira instância.

Neste sentir, afastar esta presunção benéfica ao vitorioso em primeiro grau de jurisdição, impedindo automaticamente o cumprimento provisório da sentença pelo simples fato de que foi interposto recurso de apelação e independentemente da força jurídica de tal recurso parece-nos um evidente contrassenso: o efeito suspensivo *ope legis* da apelação, obstando a execução provisória da sentença recorrida pelos simples fato de haver sido aforado o recurso, colide com a evolução lógica do processamento do feito, como que se fizesse *tabula rasa* da atividade judicante percorrida até então em primeiro grau de jurisdição.¹⁴⁹⁷

Como observamos em outra oportunidade que “há, ademais, um claríssimo desprestígio da atividade judicante exercida em primeiro grau: todo o labor instrutório e decisório do magistrado de primeiro grau culmina por seu atirado ao limbo em

¹⁴⁹⁷ Para Fernando da Fonseca Gajardoni, “em um sistema de Justiça civil que se deseja (e se projeta) efetivo, a sentença não pode ter o mesmo efeito de um parecer; o primeiro grau não pode ser mera instância de passagem; e o juiz monocrático não pode ser responsável, simplesmente, por decidir quem vai recorrer de sua decisão (quando não ambos).” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Efeito suspensivo automático da apelação deve acabar*. <http://www.conjur.com.br/2013-ago-09/fernando-gajardoni-efeito-suspensivo-automatico-apelacao-acabar>. Consulta em 28.10.2016, 7h40min.

virtude de, insista-se, simplesmente existir uma apelação, ainda que esta apelação seja tropeçadamente desenvolvida, pobremente lavrada e interposta”.¹⁴⁹⁸

A lógica das coisas indicaria justamente o oposto: superada a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição com a prolação de sentença, haveria, *a fortiori*, a superação do estado de dúvida para um estado de presunção de direito benéfico ao vencedor até este estágio do processamento da ação, devendo caber ao recorrente demonstrar a fragilidade da decisão apelada e a necessidade de suspensão de seus efeitos (por conta de risco de dano irreparável, por exemplo) para que, apenas assim, fosse elidida a possibilidade de execução provisória do julgado de primeiro grau.

No direito processual civil brasileiro sucede exatamente o contrário: o efeito suspensivo obrigatório da apelação cível, em decorrência apenas e somente da interposição desta e sem que se produza qualquer juízo de viabilidade jurídica a seu respeito, gera uma presunção de que a sentença recorrida seria potencialmente viciada!

E, ao que consta, os números estão a desmentir tal percepção. Em interessante estudo acerca do grau de reformas parciais ou totais de sentenças apeladas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que concentra quase 40% do movimento judiciário total brasileiro, observa o autor que, “*do total de apelações julgadas no segundo semestre de 2012 e no primeiro semestre de 2013, 65% delas — com picos de 72,8% no segundo semestre de 2012 na Seção de Direito Público— são improvidas, sendo que as outras 17% (média) sofrem alterações pontuais (provimentos parciais)*”.¹⁴⁹⁹

A outra crítica que se pode formular relativamente ao caráter automático do efeito suspensivo da apelação cível consiste na evidente antinomia que se estabelece entre (i) o impedimento ao cumprimento provisório, em regra, da sentença e (ii) a razoável duração do processo e a busca por sua eficiência.

A vedação ao cumprimento provisório da sentença enquanto pendente de julgamento a apelação põe-se contra o essencial objetivo de prestação jurisdicional em tempo razoável, e tal ocorre porque remete o vitorioso em primeiro grau, obrigatoriamente, a uma injustificada espera até que se conclua o julgamento do apelo, o que, na realidade jurisdicional brasileira, não raro perdura por anos até que sobrevenha a decisão de segundo grau.

¹⁴⁹⁸ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O efeito suspensivo automático da apelação e o “se pegar, pegou...”*. <http://justificando.com/2014/11/02/anticlimax-o-efeito-suspensivo-automatico-da-apelacao-civil-e-o-se-pegar-pegou/>. Consulta em 28.10.2016, 7h53.

¹⁴⁹⁹ A estatística foi fornecida em estudo realizado por GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Efeito suspensivo automático da apelação deve acabar*. <http://www.conjur.com.br/2013-ago-09/fernando-gajardoni-efeito-suspensivo-automatico-apelacao-acabar>. Consulta em 28.10.2016, 7h41min.

Ipsa facto, este impedimento à execução provisória das sentenças enquanto pender o recurso de apelação (esta é a regra brasileira) mostra-se especialmente nocivo em face da constatação de que os recursos de apelação, no Brasil, não raro exigem anos até que sejam apreciados pelo órgão de segundo grau.

Este período de inércia absoluta verificado em segundo grau até que seja julgada a apelação (impedindo-se até então a executoriedade provisória da sentença) culmina por criar uma zona vazia em termos processuais, o que se tem chamado de zona morta processual, que agride substancialmente o primado da duração razoável e da eficiência do processo, dado que nada acontece em termos práticos, no sistema processual civil brasileiro, até que exista o desfecho decisório do recurso de apelação.

Acresça-se ao que afirmado acima que a razoável duração do processo, a par de contar com tratamento constitucional (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), vem de ser inserida no CPC/2015 expressamente como norma fundamental do processo civil brasileiro, norma esta que não se reflete somente no tempo razoável até que se profira decisão de mérito, mas espraia-se também à subsequente atividade satisfativa de direitos.¹⁵⁰⁰

Relegar, em regra, a executividade da sentença, ainda que em caráter provisório, apenas para momento posterior ao julgamento do apelo parece-nos algo claramente atentatório aos princípios da razoável duração do processo e da eficiência processual, princípios estes insertos nos arts. 4º e 8º do CPC/2015.

Parece-nos haver, neste sentido, desigual distribuição do tempo do processo: previamente à prolação da sentença, nada de concreto ocorreu, obviamente, o que é manifestamente favorável à parte que posteriormente for tida como derrotada no plano do direito material; posteriormente, com a prolação da sentença, sua suspensão automática, mantendo-se a inexistência de qualquer eficácia sua em termos pragmáticos e mantendo-se o estado das coisas até então verificado, sacrifica cronologicamente o vitorioso em primeiro grau de jurisdição, o que resulta em encargo nocivo àquele a quem atribuída razão referentemente ao conflito de interesses judicializado.¹⁵⁰¹

¹⁵⁰⁰ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. Garantias constitucionais do processo civil, coordenação de José Rogério Cruz e Tucci*, Ed. RT, São Paulo, 1998, p. 225.

Que fique claro que não nos opomos ao efeito suspensivo da apelação: nos opomos, isto sim, ao seu caráter **automático** no Brasil, sem que exista qualquer espécie de amplitude de atuação por parte do juiz no sentido de conferir, ou não, suspensividade dos efeitos da sentença em virtude do apelo, verificando as circunstâncias neste expostas quanto a vícios da sentença e potenciais danos de difícil reparação dela decorrentes em caso de execução imediata.

É esta “cegueira” (no sentido de ignorar-se a realidade do caso concreto e não se conferir ao juízo qualquer maleabilidade decisória) inerente ao efeito suspensivo automático da apelação que nos parece deletéria à eficiência do processo civil.

4 - Comparativo com o regime italiano de recepção da apelação

No direito processual civil italiano, o recurso de apelação (*appello*) não conta com efeito suspensivo automático, sendo-lhe ínsito, o que é natural, apenas o efeito devolutivo como regra, como sucede com todo e qualquer recurso.¹⁵⁰²

As sentenças cíveis proferidas na Itália, portanto, comportam execução provisória desde que proferidas, sendo passíveis de surtir efeitos mesmo na pendência de recurso de apelação.

Há, claro, a possibilidade de suspensão dos efeitos da sentença em virtude da interposição da apelação, porém tal efeito suspensivo se dá mediante requerimento específico ao órgão responsável pela recepção do recurso, exigindo-se a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação oriundos da execução provisória do julgado recorrido.

Trata-se de efeito suspensivo *ope judicis*, vale dizer, tem sua concessão decorrente de avaliação por parte do órgão jurisdicional, que deverá aferir a presença de “graves e fundados motivos” (*gravi e fondati motivi*) para tanto.

É o que deflui da primeira parte do art. 283 do CPC italiano, que ora pedimos vênua para reproduzir: “*Il giudice dell'appello, su istanza di parte, proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilita' di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione*”.

¹⁵⁰² Em Portugal (CPC português, art. 647) e Espanha (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 456), por exemplo, também não há o efeito suspensivo automático da apelação.

É curioso notar que a recepção do recurso de apelação quando o Projeto de CPC brasileiro foi aprovado em primeira oportunidade no Senado Federal (a casa legislativa de origem do Novo CPC) continha dinâmica muito similar à do recurso de apelação italiano: a apelação no Projeto de Novo CPC “versão Senado Federal” (Projeto 166/2010) não era dotada de efeito suspensivo *ope legis*, apenas efeito suspensivo *ope judicis*, sendo decorrente da avaliação casuística por parte do relator acerca da presença de risco de dano irreparável e de relevância da fundamentação recursal.¹⁵⁰³

A redação final do CPC/2015, contudo, após a passagem pela Câmara dos Deputados e regresso ao Senado Federal, manteve o efeito suspensivo automático da apelação cível no Brasil (art. 1012, *caput*¹⁵⁰⁴).

5 - Como deveria ser o sistema de recepção da apelação cível no direito brasileiro

Em nosso pensar, o regime de recepção da apelação cível brasileira deveria coincidir com o dos demais recursos. Em suma, deveria ser inerente ao recurso de apelação, em caráter automático, apenas o efeito devolutivo, sendo-lhe atribuível o efeito suspensivo em caso de demonstração de que (i) a execução provisória do julgado geraria risco de dano grave ou de difícil reparação, (ii) demonstrando-se também a relevância da fundamentação recursal.

Quando dos trabalhos relacionados ao Projeto de Novo CPC, o Senado Federal (casa de origem do Projeto do Novo CPC brasileiro) propôs a retirada do efeito suspensivo automático da apelação, sendo este atribuível ao apelo por decisão do Tribunal e em caso de preenchimento dos requisitos acima expostos.

Lamentavelmente, tal proposição acabou por ser modificada quando da tramitação do Projeto de CPC na Câmara dos Deputados (casa revisora), mantendo-se a mesmíssima realidade dos efeitos da apelação cível no CPC/73: efeito suspensivo automático ao apelo.

¹⁵⁰³ Esta era a interpretação conjunta dos arts. 908 e 928 do Projeto de Lei do Senado 166/2010 (<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>, consulta em 28.10.2016, 8h45min):

“Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão. § 1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso. § 2º O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.”

“Art. 928. Atribuído efeito suspensivo à apelação, o juiz não poderá inovar no processo; recebida sem efeito suspensivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença.”

¹⁵⁰⁴ “Art. 1.012. A apelação **terá** efeito suspensivo” (nosso grifo).

Enfim, de modo a criar-se a possibilidade de, em regra (e não apenas excepcionalmente, como ocorre hoje), cumprir-se provisoriamente a sentença mesmo na pendência de apelação (ou seja, tão logo proferida), pensamos que o efeito suspensivo deveria operar-se *ope judicis*, ou seja, atribuível pelo magistrado a requerimento da parte, como sucede nos demais recursos, e não *ope legis*, automático e desvinculado de qualquer exame de conveniência e necessidade de suspensão da sentença em virtude da interposição da apelação, para que houvesse atribuição de maior e mais célere eficácia no tocante à sentença de primeiro grau.

Em consonância com percuciente lição de Cândido Rangel Dinamarco, em análise desenvolvida acerca do art. 520 do CPC/73 (que estabelecia, também, o efeito suspensivo automático da apelação cível), é problemática a vedação ao juiz de, à luz do caso concreto, fixar as regras de recepção do recurso interposto em face da sentença, ignorando-se a realidade concreta do caso que pode, efetivamente, exigir o afastamento do efeito suspensivo da apelação para preservar a integridade de direitos fixados em sentença e que devam ser objeto de fruição imediata.¹⁵⁰⁵

A frustrante realidade, contudo, é que o direito processual civil brasileiro perdeu esta relevante oportunidade de retirada da vetusta, e nociva, aos nossos olhos, regra da suspensividade automática da apelação.

Entrevemos, porém, mecanismos que podem servir de contorno à precitada suspensividade automática da apelação cível brasileira. É que expomos no próximo tópico deste estudo.

6 - Lidemos com o que temos: proposta de interpretação do CPC/2015 para fins de retirada, quando for o caso, do efeito suspensivo automático da apelação. O art. 932, II, do CPC/2015 não pode ser lido como se lia o art. 558 do CPC/73.

Nos capítulos acima, abordamos o que, em nossa opinião, consiste em uma imperfeição (talvez grave problema mesmo, muito além de imperfeição) do sistema recursal cível brasileiro.

De fato, não nos parece justificável que a apelação cível se encontre isolada, em termos de efeitos de sua recepção, dos demais recursos, apresentando-se como sendo o único recurso cível dotado de efeito suspensivo automático, independentemente de qualquer amplitude de apreciação decisória a respeito, no sentido de conceder, ou não, tal efeito ao apelo.

¹⁵⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução provisória*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 31.

A automaticidade do efeito suspensivo da apelação relega ao segundo plano, em termos de eficácia, a tramitação e a decisão do feito empreendidas em primeiro grau de jurisdição, desprestigia a jurisdição monocrática e joga por terra a formação da convicção em primeiro grau ao impedir a executoriedade provisória do julgado singular.

Melhor seria, cremos, que o efeito suspensivo da apelação, ao revés de ser concessível *ope legis*, fosse concedido *ope judicis*, caso a caso e conforme a demonstração de que o cumprimento provisório da sentença estaria a promover o risco de dano irreparável ou de difícil reparação à parte apelante.

Nas linhas acima tecemos nossas críticas a respeito do efeito suspensivo automático da apelação cível brasileira mantido no Novo CPC.

Cabe-nos, agora, propor uma interpretação de dispositivos constantes do Novo CPC brasileiro para que, (i) fazendo-se comunicar o sistema de recepção do recurso de apelação (ii) ao sistema de concessão de tutelas provisórias e (iii) lendo-se o art. 932, II, do CPC/2015 de maneira dissociada da leitura que se fazia do art. 558 do CPC/73, possamos cogitar, sem receios ou preconceitos surgidos no vigor do CPC anterior, da **exclusão do efeito suspensivo legal do apelo** mediante emprego da antecipação de tutela recursal.

Vale anotar, apenas à guisa de registro, que a antecipação da tutela jurisdicional pretendida, como cedoço, comporta requerimento tanto em primeiro grau de jurisdição, tendo-se por ângulo de visão a pretensão veiculada pelo proponente da ação, quanto em sede recursal, tendo-se por foco a pretensão veiculada no recurso. Em suma, de há muito a concessão da tutela antecipada recursal é, no direito brasileiro, estudada tanto em termos de jurisdição de primeira instância, quanto em termos de jurisdição recursal, devendo-se apenas serem promovidas as adaptações ínsitas à natureza das pretensões que se deduzem em cada uma destas instâncias

6.1 – O art. 932, II, do CPC/2015 é mais amplo que o art. 558 do CPC/73. Risco de dano pode exigir suspensão da decisão, porém pode, também, decorrer da “suspensão” da decisão

Adstrinjam-nos nosso objeto de análise à antecipação da tutela em sede recursal.

Neste passo, é certo que a antecipação da tutela recursal costumeiramente é concedida para se atribuir efeito suspensivo ao recurso que ordinariamente não conta com tal efeito.

Tradicionalmente, portanto, a tutela recursal é antecipada para se adiantar os efeitos finais colimados no recurso interposto,¹⁵⁰⁶ seja meramente suspendendo-se a decisão repleta pelo recurso (efeito suspensivo *stricto sensu*), seja suspendendo-se a decisão recorrida e, também, adiantando-se ao recorrente o que lhe fora negado no juízo *a quo* (efeito suspensivo ativo).¹⁵⁰⁷

No caso da apelação, contudo, esta suspensão, como expusemos, é automática, *ex vi* do art. 1.012, *caput*, do CPC.

A proposição que fazemos de modo a obviar esta suspensividade automática do apelo consiste em mirar-se a antecipação da tutela recursal não sob o ângulo da atribuição de efeito suspensivo, porém sob a ótica diametralmente oposta, qual seja, a **exclusão deste efeito suspensivo legal**.

E é fundamental, para tanto, que o dispositivo legal aplicável à matéria no Novo CPC (CPC, art. 932, II) seja lido e interpretado de **maneira dissociada** daquela que se empreendia relativamente ao art. 558 do CPC/73), porque são positivamente distintos.

Explica-se.

Na vigência do CPC/73, o qual, como se sabe, passou por diversas reformas parciais nas últimas décadas, o art. 558 teve sua redação original alterada pela Lei 9.139/95, passando a contar com a seguinte redação até sua revogação: “*Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520. “*

Tal dispositivo legal foi tido como um dos marcos iniciais, em interpretação conjugada com o art. 273 do CPC/73, da possibilidade de tutela antecipada concessível no âmbito recursal, dado tratar, para fins de concessão de efeito suspensivo, tanto do

¹⁵⁰⁶ “Nessa hipótese, a antecipação não atua como se fora arguição de urgência no julgamento do recurso, mas objetiva conceder ao recorrente, efeitos antecipados de provável decisão favorável do recurso”. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 2ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 116.

¹⁵⁰⁷ William Santos Ferreira, pioneiro no estudo da tutela antecipada em grau recursal, aborda com precisão a distinção entre o efeito suspensivo simples, em sentido estrito, e o efeito suspensivo denominado ativo, em que a mera suspensão da decisão recorrida não se mostra suficiente, sendo de rigor, além da suspensão da decisão recorrida, a outorga da fruição antecipada do bem da vida pretendido pelo recorrente. FERREIRA, William Santos. *Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal*, em Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, coordenação de Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. RT, São Paulo, 2000, p. 654 e seguintes.

agravo de instrumento quanto da apelação recepcionável no efeito apenas devolutivo conforme rol do art. 520 do CPC anterior.

E aqui bate o ponto: ao dispor que “*O relator poderá, a requerimento do agravante (...) suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara*” (é nosso o negrito), previsto art. 558 do CPC/73 teve sua interpretação largamente consolidada como fosse aplicável apenas aos casos em que se fizesse necessária exclusivamente a **suspensão** do *decisum* recorrido, não se aplicando, em interpretação literal, às situações em que houvesse necessidade de **exclusão da suspensão** da decisão impugnada por recurso.

Ipsa facto, a literalidade do art. 558 do CPC/73, que dispunha acerca da possibilidade de o relator suspender a decisão recorrida em caso de risco de dano grave, culminou por estreitar sua interpretação, coibindo-se, em face de seu texto expresso, atuação do relator para fins não de suspensão, porém de exclusão de suspensão (como é o caso do efeito suspensivo automático da apelação).

Havia, no art. 558 do CPC/73, um conduto a imaginar-se apenas e tão só intervenção emergencial (conservativa ou antecipatória da tutela recursal) em termos de suspensão (obstar os efeitos decisórios), e não em termos de retirada de suspensão da decisão, o que nos parece haver desestimulado a interpretação ampliativa no sentido de que, a título de tutela antecipada recursal, ser possível não apenas a suspensão, porém também a exclusão de suspensão automática da decisão.

Como CPC/2015, contudo, o cenário foi, de maneira intencional ou não, significativamente alterado.

Vejamos.

O art. 932 do CPC/2015, que igualmente trata de poderes do relator, como que aglutinando passagens que outrora constavam dos arts. 557 e 558 do CPC/73, prevê, em seu inciso II, que “*Art. 932. Incumbe ao relator: (...) II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal (...)*”

É notável a distinção entre as expressões utilizadas no CPC/73 e no CPC/2015 acerca dos poderes do relator para os fins pretendidos neste trabalho (analisar os poderes “de urgência” do relator).

Com efeito, no inciso II do art. 932 do CPC/2015, não mais consta a hermética expressão “suspender” como signo exclusivo de poder acautelatório ou antecipatório de tutela recursal por parte do relator; vale-se o novel dispositivo, outrossim, de ampla expressão “*apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos*”.

E, por tutela provisória, temos as tutelas de urgência e da evidência, sendo que as primeiras (urgência) podem compor-se, indiscutivelmente, de posturas judiciais (i) suspensivas de algo ou (ii) concessivas de algo que se suspendeu.

Neste último ponto do parágrafo anterior (tutela antecipada para se conceder algo que se suspendeu), temos o exemplo clássico da liminar em agravo de instrumento para se conceder o que se suspendeu em primeiro grau (*ad exemplum*, permitir-se o protesto de título que foi suspenso - o protesto - na decisão recorrida). Nesta mesma linha de pensamento, parece-nos ser natural, senão imperativo em algumas situações, a permissão imediata da fruição do bem da vida fixado em sentença objeto de apelação com efeito suspensivo legal, excluindo-se este em virtude de ser gerador de risco de dano irreparável.

O que queremos afirmar é que “*apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos*” (CPC/2015, art. 932, II) é evidentemente algo mais amplo que simplesmente “*suspender*” (CPC/73, art. 558).

Em acréscimo, nos parece equivocada pensar que um sistema de tutelas provisórias que tem por escopo evitar o perecimento do direito material (tutelas provisórias de urgência) ou evitar os efeitos deletérios do tempo (tutelas provisórias da evidência) possa aplicar-se a quase todos os eventos processuais, **menos** às situações de efeito suspensivo automático da apelação. Seria um isolamento interpretativo indevido do sistema de recepção da apelação do regime de tutelas provisórias estabelecido nos arts. 294 e ss. do CPC.

Não é lógico. Não é consentâneo com um CPC (2015) programado para ser eficiente, viabilizador de acesso à justiça e provedor de resultados práticos (rendimento) para as partes.

E cremos ser estreme de dúvidas a possibilidade de identificar na suspensão automática dos efeitos da sentença (que perfaz a regra da apelação cível brasileira) um fator potencialmente gerador de risco de dano irreparável.

Imagine-se, por exemplo, a seguinte hipótese: sentença de procedência de ação condenatória à cobertura de tratamento de saúde por parte da operadora do plano de saúde, **sem que** tenha sido concedida, por alguma razão, tutela antecipada em primeiro grau.

O recurso de apelação em face desta sentença, com seu natural efeito suspensivo *ex vi legis*, ocasionaria o impedimento de produção de efeitos por parte da decisão recorrida, promovendo-se, logicamente, situação de risco de dano irreparável (a não

cobertura de determinado tratamento de saúde até que sobrevenha o julgamento da apelação dotada de efeito suspensivo automático interposta pela parte sucumbente).

No cenário hipotético acima sugerido, é evidentemente necessário, mediante demonstração de risco de dano irreparável e aferindo-se a relevância da fundamentação recursal, **retirar-se o efeito suspensivo *ex vi legis* da apelação cível para que a sentença recorrida possa produzir efeitos desde sua prolação, admitindo-se sua execução provisória.**

Uma hipótese de exclusão do efeito suspensivo da apelação, portanto, adviria da concessão de tutela provisória de urgência de modo a permitir-se a imediata execução provisória da sentença recorrida.

Mas, além das tutelas provisórias de urgência, também as tutelas provisórias da evidência podem funcionar como mecanismo de subtração do efeito suspensivo *ex lege* da apelação cível brasileira.

De fato, identificamos nos incisos do art. 311 do CPC/2015 a possibilidade de que (i) o recurso de apelação interposto tenha manifesto propósito protelatório (art. 311, I, do CPC), em clara demonstração de abusividade processual, (ii) ou a sentença haja acolhido tese já pacificada em julgamento de casos repetitivos ou esteja conforme a súmula vinculante (art. 311, II, do CPC).

Em ambas as situações, pensamos ser necessariamente cabível a exclusão do efeito suspensivo da apelação a título de tutela da evidência.

A apelação, neste passo, poderia, a pedido da parte interessada (no caso, o recorrido) e em face da evidência do direito postulado (porque sustentado em prova robusta produzida em primeiro grau, ou porque atinente a tese pacificada em recursos repetitivos ou súmula vinculante), ter excluído o efeito suspensivo que lhe foi automaticamente conferido de modo a, a título de tutela da evidência, permitir-se o cumprimento provisório do julgado.

6.2 – O paradigma da segurança jurídica como justificador do efeito suspensivo *ope legis*: relativização no CPC/2015.

Em reforço ao que acima expusemos, no sentido de parecer-nos possível excluir o efeito suspensivo legal da apelação cível, é de se registrar que, no próprio CPC/2015,

constatamos a existência de mitigação do paradigma da segurança jurídica¹⁵⁰⁸ como justificadora do efeito suspensivo *ope legis*.

De fato, no Novo CPC já contamos com a possibilidade de ser proferida decisão de mérito (conteúdo sentencial, portanto) cujo recurso **não** é dotado de efeito suspensivo automático: referimo-nos à possibilidade de julgamento parcial do mérito prevista no art. 356 do CPC, que desafia recurso de agravo de instrumento em que o efeito suspensivo é concessível apenas *ope judicis*, jamais *ope legis*.

Em suma, em prestígio aos princípios da efetividade, da razoável duração do processo e da eficiência, parece-nos se defensável a ideia de que o efeito suspensivo automático da apelação não pode ser tido como incontornável, como fora jamais manipulável pelo órgão jurisdicional para se permitir a execução provisória da sentença (mediante retirada de tal efeito suspensivo), apresentando-se as tutelas provisórias em grau recursal como relevantes mecanismos permissivos de tal situação.

¹⁵⁰⁸ Que, no CPC brasileiro, pressupõe-se proveniente da decisão de segundo grau, pois a partir desta é que não há hipótese de recorribilidade com efeito suspensivo automático.

DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS, HABILITAÇÃO E RESTAURAÇÃO DE AUTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/15

Rogério Montai de Lima¹⁵⁰⁹

INTRODUÇÃO

Após seis anos de tramitação no Congresso (PL 166/10 do Senado Federal e Projeto de Lei 8046/10 da Câmara dos Deputados), o ordenamento jurídico prepara-se para receber um novo caderno processual civil, **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**, publicada no Diário Oficial da União em 17/03/15. O Novo “Codex” entrará em vigor depois de decorrer 1 (um) ano da data de sua publicação oficial nos termos do seu art. 1045.

É importante destacar que o Código foi construído sobre matriz constitucional e já em seu art. 1º afirma que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O presente texto pretende apresentar as novidades inseridas nos institutos das *Ações Possessórias, Habilitação e Restauração de Autos*, procedimentos especiais do Novo Código de Processo Civil, Título III.

2 - Das Ações Possessórias:

A proteção possessória é uma das consequências jurídicas, que advêm da posse, de maior importância. Trata-se, na verdade, do estudo dos mecanismos de que se pode valer o possuidor para defender sua posse diante de agressões praticadas por terceiros.

Importante destacar que antes do manejo das ações possessórias, nosso ordenamento jurídico já garante a permissão ao possuidor molestado para que defenda sua posse mediante o desforço físico. Tal permissivo encontra-se estampado no Código Civil, Art. 1.210, § 1º ao dizer que o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de

¹⁵⁰⁹ Juiz de Direito do TJRO, Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Doutor em Direito Público pela UNESA/RJ, Professor Adjunto de Processo Civil do Departamento Acadêmico de Direito da Universidade, Federal de Rondônia – Campus Cacoal, rogeriomontai@hotmail.com, Twitter: www.twitter.com/rogeriomontai

desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. Trata-se da conhecida legítima defesa da posse.

Além disso, o possuidor molestado poderá defender seu direito de posse buscando a tutela jurisdicional do Estado utilizando-se das Ações Possessórias.

As ações possessórias são três: ação de reintegração de posse (ou ação de força espoliativa), ação de manutenção de posse (ou ação de força turbativa), e interdito proibitório (ou ação de preceito cominatório, ou de força iminente).

Diante da prática de um ESBULHO, ofensa à posse de maior gravidade, já que despojado o possuidor do bem possuído, surge como remédio processual adequado a AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Já no caso de TURBAÇÃO – menor intensidade da ofensa em relação ao esbulho – o possuidor não perde a disposição física da coisa, mas o exercício da posse é dificultado pela prática de atos materiais do ofensor. Por fim, ainda menos grave que o esbulho e a turbação, surge a AMEAÇA de turbação ou de esbulho. Embora não tenham sido praticados atos materiais turbativos ou espoliativos, o ofensor está na iminência de praticá-los.

Atualmente, as ações possessórias seguem procedimento especial previsto no Livro IV do CPC (art. 920 e ss.), cujas principais diferenças em relação ao procedimento comum ordinário são as seguintes: possibilidade de concessão de liminar (CPC, art. 924); se o caso, audiência de justificação antes da concessão de liminar (CPC, art. 928); ação dúplice (CPC, art. 922) e fungibilidade das ações possessórias.

Para obtenção da proteção possessória, a parte terá que provar, nos termos do Art. 927 do CPC: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração de posse.

Lembrando que, se não há – na ação de força velha – a possibilidade de concessão de liminar, tem-se atualmente a possibilidade de “antecipação de tutela” com base no art. 273 do CPC.

A última proposta legislativa que criou o Novo Código de Processo Civil, versão final, lei 13.105/05 praticamente não alterou as regras hoje existentes sobre as possessórias, mas acrescenta alguns dispositivos regulamentando em especial a legitimidade coletiva e a consequente forma de citação e a possibilidade de mediação em conflitos dessa natureza, tudo a partir do art. 554 do novo Codex.

Acrescenta o Novo Código de Processo Civil que no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, será feita a **citação pessoal dos**

ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais; será ainda determinada a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública. Nesse caso, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez e os que não forem identificados serão citados por edital. Ainda, o juiz dará ampla publicidade sobre a existência da ação e dos respectivos prazos processuais, podendo se valer de anúncios em jornais ou rádios locais, publicação de cartazes na região dos conflitos e de outros meios.

Outra novidade positivada é o fato do juiz poder julgar antecipadamente a questão possessória, prosseguindo-se em relação à parte controversa da demanda.

Ainda, de acordo com o novo Código, pode o autor requerer, ainda, imposição de medida necessária e adequada para evitar nova turbação ou esbulho e cumprir-se a tutela provisória ou final.

O Código de Processo Civil de 1973 diz que na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio (art. 923). O novo CPC mantém a ideia mas acrescenta a ressalva de que tal ação poderá ser manejada desde que seja contra terceiro. Note-se: “Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

Por fim, a maior novidade quanto às possessórias é o fato de que no litígio coletivo pela posse de imóvel, com esbulho ou turbação ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão de medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 dias. A audiência de mediação também deverá ocorrer caso o autor não execute medida liminar concedida no prazo de um ano.

O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência e a Defensoria Pública será também intimada sempre que houver parte beneficiária da gratuidade da justiça.

Longe de ser uma novidade, outro ponto positivado é a observação de que o juiz poderá comparecer à área do objeto de litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. Trata-se de inspeção judicial já utilizada por magistrados em ações dessa natureza.

Por fim, o texto inova ao dizer que órgãos responsáveis pela política agrária e política urbana da União, Estados, Distrito Federal e Municípios onde se situe a área

objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse na causa e a existência de possibilidade de solução do conflito possessório.

Estas regras também poderão ser aplicadas nos litígios que discutem **propriedade** de imóvel.

3 - Da Habilitação:

Conforme os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, a habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo e pode ser requerida pela parte, em relação aos sucessores do falecido ou pelos sucessores do falecido, em relação à parte.

O novo Código de Processo Civil de 2015 regulamenta a questão em seu Capítulo IX, art. 687, dispondo que a habilitação ocorre quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo e pode ser requerida pela parte, em relação aos sucessores do falecido ou pelos sucessores do falecido, em relação à parte.

Portanto, note-se que quanto ao cabimento e a legitimidade não houve alteração de conteúdo, apenas ajuste gramatical.

Quanto à **postulação**, diz o Código de Processo Civil de 1973 que, recebida a petição inicial, ordenará o juiz a citação dos requeridos para contestar a ação no prazo de 5 (cinco) dias. Essa citação, diz o Código revogado, será pessoal, se a parte não tiver procurador constituído na causa (art. 1057).

Achando-se a causa no tribunal, a habilitação processar-se-á perante o relator e será julgada conforme o disposto no regimento interno.

O novo Código de Processo Civil de 2015 diz, em seu art. 688, que recebida a petição, o juiz ordenará a citação dos requeridos para se pronunciarem no prazo de 5 (cinco) dias. Essa citação será pessoal se a parte não tiver procurador constituído nos autos.

Assim, salvo questões terminológicas, nesse ponto e até aqui, a regra do recebimento da petição e da citação também continua a mesma.

A primeira novidade do novo texto está na determinação expressa para que o processo principal seja suspenso em caso de propositura de Habilitação (e até que ela seja resolvida). Não que isso não acontecia, ao contrário. Na grande maioria dos processos dessa natureza, juízes já determinavam essa providência. Ocorre que não havia menção expressa no CPC/73 e isso poderia gerar interpretações diversas.

O novo Código diz que se procede à habilitação nos autos do processo principal, na instância em que estiver, suspendendo-se, a partir de então, o processo (art. 689).

Outra novidade interessante e que poderá contribuir com a efetividade, celeridade processual e razoável duração do processo – princípios processuais constitucionais – é o contido no art. 691 do novo CPC. Nele, há regramento no sentido de que o juiz decidirá o pedido de habilitação imediatamente, salvo se este for impugnado e houver necessidade de dilação probatória diversa da documental, caso em que determinará que o pedido seja autuado em apartado e disporá sobre a instrução.

Assim, com as novas regras, após o recebimento da Habilitação abrem-se três possibilidades.

- 1) Se não houver “Impugnação”, nomenclatura utilizada pelo código como modalidade de defesa em caso de propositura de Habilitação, o juiz deverá julgar desde logo, habilitando ou não os pedidos da parte requerente.
- 2) Caso sobrevenha “Impugnação” com a juntada apenas de provas documentais, o juiz deverá decidir imediatamente, com o posterior e normal prosseguimento do feito.
- 3) Por outro lado, caso haja “Impugnação” e houver necessidade de dilação probatória, diversa da documental, o magistrado deverá determinar que o pedido seja autuado em apartado, saneando o incidente, e deliberando sobre a instrução.

A nova regra prima pela melhor organização do processamento da Habilitação, determinando que somente se formado autos em apenso (apartados) caso haja necessidade de dilação probatória. Caso contrário, o imediato julgamento permite que o incidente caminhe em tempo mais razoável e menos burocrático, com a primazia da Economia Processual.

O CPC/73, art. 1060 que *“proceder-se-á à habilitação nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando promovida pelo cônjuge e herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade; em outra causa, sentença passada em julgado houver atribuído ao habilitando a qualidade de herdeiro ou sucessor; o herdeiro for incluído sem qualquer oposição no inventário; estiver declarada a ausência ou determinada a arrecadação da herança*

jacente; oferecidos os artigos de habilitação, a parte reconhecer a procedência do pedido e não houver oposição de terceiros”.

Note-se que o art. 1060 do código revogado, apresentava situações em que se poderia promover habilitação nos autos da causa principal “independentemente de sentença” e isso, de acordo com a nova sistemática, principalmente principiológica do direito processual, viola o devido processo legal, pois, nega olhares mais atentos ao contraditório e a ampla defesa, além do que poderia causar insegurança jurídica e tumulto processual. **Esse dispositivo não encontra correspondência no Código de Processo Civil de 2015, portanto regramento, revogado.**

Já o art. 1061 do CPC/73 diz que, falecendo o alienante ou o cedente, poderá o adquirente ou o cessionário prosseguir na causa, juntando aos autos o respectivo título e provando a sua identidade. Da mesma como citado acima e pelos mesmos motivos, **esse dispositivo não encontrou correspondência no Código de Processo Civil de 2015, portanto, revogada também esta sistemática.**

Quanto ao **trânsito em julgado**, o Código de Processo Civil de 1973 diz que passadas em julgado a sentença de habilitação, ou admitida a habilitação nos casos em que independer de sentença, a causa principal retomará o seu curso (art. 1062).

O dispositivo correspondente no novo Código/15 é o art. 692 e frisa que transitada em julgado a sentença de habilitação, o processo principal retomará o seu curso, e cópia da sentença será juntada aos autos respectivos.

Portanto, salvo ignorando o artigo revogado acima (art. 1060 – CPC/73), a nova legislação segue a mesma linha do Código de 1973 ao firmar que, após resolvido o incidente e somente após o trânsito em julgado, o processo principal deverá ter sequencia.

Foram poucas, mas boas, as alterações no instituto da Habilitação, pois, a ele o novo Código conferiu maior segurança jurídica e melhor organização em relação a seu processamento.

4 - Da Restauração de Autos:

Primeiramente é importante destacar que o procedimento de Restauração de Autos, felizmente, e a cada dia, tenderá a ser um expediente mais reduzido em virtude da virtualização dos processos e a adoção sistemática e gradual do PJE – Processo Judicial Eletrônico em todo país.

Nos termos do Código de Processo Civil de 1973, art. 1063, verificado o desaparecimento dos autos, pode qualquer das partes promover-lhes a restauração e havendo autos suplementares, nestes prosseguirá o processo.

O novo Código de Processo Civil 2015 apresentou dispositivo equivalente, mas incluindo a possibilidade de se restaurar, inclusive, autos eletrônicos - em consonância com as normas do PJE – Processo Judicial Eletrônico.

Assim, o art. 712 dispõe que, verificado o desaparecimento dos autos, **eletrônicos ou não**, pode o juiz, **de ofício**, qualquer das partes ou o **Ministério Público**, se for o caso, promover-lhes a restauração. Havendo autos suplementares, nestes prosseguirá o processo.

Além de acrescentar como legitimado a promover a abertura da Restauração de Autos o Ministério Público (nas causas de sua atribuição), importante acréscimo é a possibilidade do próprio Juiz, de ofício, dar início ao expediente da Restauração. Tal permissivo vai a encontro de uma melhor gestão cartorária e eficiência na condução dos processos por parte do magistrado – que não dependeria de qualquer requerimento para abertura do procedimento de Restauração. Aliás, sempre se considerou mesmo dever do funcional do magistrado assim agir.

Quanto à postulação, o Código de 1973 diz que, na petição inicial declarará a parte o estado da causa ao tempo do desaparecimento dos autos, oferecendo certidões dos atos constantes do protocolo de audiências do cartório por onde haja ocorrido o processo; cópia dos requerimentos que dirigiu ao juiz; quaisquer outros documentos que facilitem a restauração.

O Código processual de 2015 regulamenta esse ponto no seu art. 713 e diz que na petição inicial, declarará a parte o estado do processo ao tempo do desaparecimento dos autos, oferecendo certidões dos atos constantes do protocolo de audiências do cartório por onde haja corrido o processo; **cópia das peças que tenha em seu poder**; qualquer outro documento que facilite a restauração.

Note-se que houve maior abrangência nos documentos que devem ser juntados no pedido. O novo Código faz menção a “cópia das peças que tenha em seu poder”, ponto simplificando, ao invés de “cópia dos requerimentos que dirigiu ao juiz” - mais limitativo a petições.

Não há dúvidas que aqueles que pretendem restaurar os autos tendem a possuir em seu poder não só as cópias dos requerimentos que dirigiu ao juiz (petições), mas

também outras cópias do processo que não sejam somente requerimentos, a exemplo de documentos, laudos, fotos, etc..

Quanto ao ato de chamamento do réu ao processo (citação), diz o CPC/73 que a *parte contrária será citada para contestar o pedido no prazo de 5 (cinco) dias, cabendo-lhe exhibir as cópias, contrafé e mais reproduções dos atos e documentos que estiverem em seu poder (art. 1065). Se a parte concordar com a restauração, lavrar-se-á o respectivo auto que, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, suprirá o processo desaparecido. Se a parte não contestar ou se a concordância for parcial, observar-se-á o disposto no artigo 803* (Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (artigos 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias).

O Código de Processo Civil de 2015 regulamente a questão no seu art. 714. Nele foi fixado que a parte contrária será citada para contestar o pedido no prazo de 5 (cinco) dias, cabendo-lhe exhibir as cópias, as contrafé e as reproduções dos atos e dos documentos que estiverem em seu poder. Se a parte concordar com a restauração, lavrar-se-á o auto que, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, suprirá o processo desaparecido. **Se a parte não contestar ou se a concordância for parcial, observar-se-á o procedimento comum.**

A diferença está na parte final acima destacada, que é o § 2 do art. 714 do novo CPC/15. Conforme descrito, caso não haja concordância ou se ela for parcial, o processo segue o procedimento comum com o regular processamento, possibilidade de apresentação de respostas, produção de provas, audiências e sentença.

No instituto da Restauração de Autos se fixa consequências diversas caso o perdimento dos autos tenha ocorrido antes ou depois da produção de provas.

É evidente que se as provas ainda não foram realizadas, após a restauração, abre-se a fase de instrução probatória normalmente.

Por outro lado, caso as provas tenham sido já realizadas, assim estabelece a legislação processual: O CPC de 1973 diz que se o desaparecimento dos autos tiver ocorrido depois da produção das provas em audiência, o juiz mandará repeti-las (art. 1066). *Serão reinquiridas as mesmas testemunhas; mas se estas tiverem falecido ou se acharem impossibilitadas de depor e não houver meio de comprovar de outra forma o depoimento, poderão ser substituídas. Não havendo certidão ou cópia do laudo, far-se-á nova perícia, sempre que for possível e de preferência pelo mesmo perito. Não havendo certidão de documentos, estes serão reconstituídos mediante cópias e, na falta,*

pelos meios ordinários de prova. Os serventuários e auxiliares da justiça não podem eximir-se de depor como testemunhas a respeito de atos que tenham praticado ou assistido. Se o juiz houver proferido sentença da qual possua cópia, esta será junta aos autos e terá a mesma autoridade da original (parágrafos).

A redação do CPC de 2015 art. 715, diz que se a perda dos autos tiver ocorrido depois da produção das provas em audiência, o juiz, **se necessário, mandará repeti-las.**

O art. 715 do novo Código retira a obrigatoriedade de repetir necessariamente a produção da prova, em lúcida iniciativa, eis que não são todos os casos em que a prova deve ser repetida – aliás, são mínimos os casos em que isso se legitimaria, a exemplo de situações em que registros da prova realizada não são localizados.

Se a prova oral tiver de ser reproduzida, diz o §1º do art. 715 do CPC/15, que serão reinquiridas as mesmas testemunhas, que, **em caso de impossibilidade, poderão ser substituídas de ofício ou a requerimento.** A redação simplifica o contido no código revogado citado acima e que apresentava hipóteses específicas que as testemunhas seriam substituídas.

A nova redação contempla de forma aberta e genérica a possibilidade de substituição da oitiva realizada anteriormente diante de qualquer caso de impossibilidade de reprodução.

Outro ponto relevante (e novo) é o permissivo para que o Juiz, de ofício, possa determinar a substituição da oitiva.

O § 2º do art. 715 do CPC/15 regulamente a reprodução de laudo pericial e mantém quase a mesma a redação do código anterior, excluindo apenas a expressão “de preferência” quando da escolha do mesmo perito. A nova redação diz: “Não havendo certidão ou cópia do laudo, far-se-á nova perícia, sempre que possível pelo mesmo perito”.

O § 3º do art. 715 do CPC/15 disciplina a reconstituição de certidão de documentos e mantém a mesma redação do código de 1973, eis: “Não havendo certidão de documentos, esses serão reconstituídos mediante cópias ou, na falta dessas, pelos meios ordinários de prova”.

O § 4º do art. 715 do CPC/15 disciplina o depoimento de serventuários e auxiliares da justiça e também mantém a mesma redação do código de 1973, Diz a nova redação: “Os serventuários e os auxiliares da justiça não podem eximir-se de depor como testemunhas a respeito de atos que tenham praticado ou assistido”.

O § 5º do art. 715 do CPC/15, regulamente a reconstituição da Sentença e diz que: “Se o juiz houver proferido sentença **da qual ele próprio ou o escrivão** possua cópia, esta será juntada aos autos e terá a mesma autoridade da original”. A redação é parecida com a do Código revogado de 1973, acrescentando que o próprio juiz ou o escrivão possa ter a cópia e apresentar nos autos. Em ambos os casos, ela terá a mesma validade para juntada.

Após o julgamento da restauração, o processo seguirá normalmente. Essa é a redação do Código de 1973, art. 1067 que prevê que julgada a restauração, seguirá o processo os seus termos. Aparecendo os autos originais, nestes se prosseguirá sendo-lhes apensados os autos da restauração. Os autos suplementares serão restituídos ao cartório, deles se extraindo certidões de todos os atos e termos a fim de completar os autos originais.

O Código processual de 2015 prevê a mesma regulamentação quanto ao julgamento do incidente ao dispor no art. 716 que julgada a restauração, seguirá o processo os seus termos e aparecendo os autos originais, neles se prosseguirá, sendo-lhes apensados os autos da restauração. Frisa-se que o novo *codex* só não dispõe sobre a questão dos autos suplementares informada acima e que é objeto do § 2º do art. 1067 do CPC/73.

Há também na legislação processual dispositivo que regulamenta o caso de desaparecimento de autos que se encontram nos tribunais. O CPC/73 diz que se o desaparecimento dos autos tiver ocorrido no tribunal, a ação será distribuída, sempre que possível, ao relator do processo mas a restauração far-se-á no juízo de origem quanto aos atos que neste se tenham realizado. Remetidos os autos ao tribunal, aí se completará a restauração e se procederá ao julgamento. (Art. 1068).

No CPC/15, art. 717, a ideia é mantida ao constar que se o desaparecimento dos autos tiver ocorrido no tribunal, o processo de restauração será distribuído, sempre que possível, ao relator do processo e que a restauração far-se-á no juízo de origem quanto aos atos nele realizados. Remetidos os autos ao tribunal, nele completar-se-á a restauração e proceder-se-á ao julgamento. Note-se que nenhuma mudança foi apresentada no novo Código processual quanto a esta questão.

O último ponto diz respeito a responsabilidade civil e ao pagamento das custas e honorários neste incidente processual. Quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer (art. 1069 do CPC/73).

O art. 718 do novo CPC firma a mesma premissa no sentido que quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e pelos honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer.

Portanto, se verifica que não foram muitas as alterações quanto ao procedimento de restauração de autos. Vale atenção nesta seara quanto a nova possibilidade de restauração de autos eletrônicos, legitimidade do Ministério Público para requerer abertura da Restauração, bem como permissivo para que o juiz, de ofício, possa determinar a Restauração e ouvir testemunhas. Além disso, os autos poderão ser restaurados com todas as peças em poder dos interessados e as provas só serão repetidas se necessário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Civil. 2015

BRASIL, Código de Processo Civil. 1973

JÚNIOR, Nelson Nery.; **ANDRADE NERY**, Rosa Maria de. [Código de Processo Civil](#) Comentado. São Paulo:Revista dos Tribunais, 7ª. Ed., 2017

ESCARPINELA, Cássio. “Manual de Direito Processual Civil”. 2ª Edição, Editora Saraiva.

MONTENEGRO FILHO, Misael. “Ações Possessórias no Novo CPC”, 3ª edição, 2016, Editora Atlas.

Contraditório E Pertinência Da Prova No Cpc/15 E Na Arbitragem¹⁵¹⁰

Thiago Rodovalho¹⁵¹¹

Introdução.

Todo processo, quer judicial, quer arbitral, deve ser conduzido de forma a *maximizar* a participação *efetiva* das partes.

Assim, as partes devem ter efetivas possibilidades de manifestação, deduzindo suas pretensões e defendendo-se do modo mais amplo possível, de sorte a que, nas palavras da *SUPREME COURT*, cada uma tenha *his day in Court*.

Nesse contexto, *todos os fatos* relevantes, que têm a potencialidade de *influir* na decisão, devem ser franqueados, controvertidos e debatidos entre as partes, permitindo-se-lhes manifestação prévia.¹⁵¹²

2. O princípio do contraditório e a proibição de decisão-surpresa.

Desta feita, a *participação* das partes no processo, judicial ou arbitral, deve ser *plena e efetiva*, e não meramente *formal*, tudo para que a sentença a ser oportunamente proferida seja justamente *produto*, *consequência* dessa *dialética do processo* (*la dialetticità del processo*), dessa *dialecicidade triangular*,¹⁵¹³ tudo em respeito ao princípio do contraditório, que é, nos dizeres de CALAMANDREI, *princípio fundamental* do processo, sua *força motriz* e sua *garantia suprema*.¹⁵¹⁴ Veda-se, por exemplo, a denominada *decisão-surpresa*.

¹⁵¹⁰ Esse trabalho corresponde a estudo que já publicamos sobre o tema: THIAGO RODOVALHO. *Contraditório e pertinência da prova no NCPC e na arbitragem*, in Fredie Didier Jr., Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (Orgs.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada - Processo de Conhecimento - Provas*, vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 179/190.

¹⁵¹¹ Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

¹⁵¹² V. Carlos Alberto CARMONA. *Arbitragem e processo*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 295.

¹⁵¹³ Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, Padova: CEDAM, 1954, pp. 124/126; disponível também em Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), v. I, Napoli: Morano, 1965, pp. 678/680. V., também, Giuseppe TARZIA. *O contraditório no processo executivo*, in *Revista de processo*, n. 28, outubro-dezembro de 1982, p. 55.

¹⁵¹⁴ Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, Padova: Cedam, 1954, p. 122; disponível também em Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), Napoli: Morano, 1965, vol. I, p. 678. V., ainda, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne*, in *Temas de direito processual*, 5.ª Série, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42: “*la possibilité effective de participer au déroulement du procès, d’exposer leurs raisons au juge, d’apporter les preuves de leurs allégations, de présenter leurs observations sur les arguments de l’adversaire et sur les preuves apportées par celui-ci ou ordonnées d’office. Elle implique pour le juge l’interdiction de prendre des mesures sans en avertir les parties et d’appuyer ses décisions sur des faits et des résultats de l’instruction au sujet desquels elles n’auraient pu s’exprimer*”.

A teoria da *proibição das decisões-surpresa* ainda é tema controvertido. Em sentença proferida no Poder Judiciário paulista, por exemplo, foi negado pedido de anulação de sentença arbitral com base na teoria da *decisão-surpresa* ao argumento de tratar-se, ainda, de tese não contemplada no CPC/1973,¹⁵¹⁵ sentença essa que foi mantida recentemente pelo TJSP.¹⁵¹⁶⁻¹⁵¹⁷

Não obstante, as recentes alterações legislativas ao redor do mundo têm demonstrado que há uma tendência internacional no direito processual civil pela plenitude do contraditório e vedação das decisões-surpresa, inclusive, no Brasil, com o Código de Processo Civil de 2015. Temos, nesse sentido:

Alemanha (depois da reforma por que passou a *Zivilprozessordnung – ZPO* em 2001):

“§ 139 *Materielle Prozessleitung*

(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere

¹⁵¹⁵ *Verbis*: “Não merece acolhimento, portanto, a esta segunda tese de nulidade da decisão arbitral. Sustentaram ainda as requerentes que a sentença arbitral se caracterizou como sentença surpresa, isto é, o árbitro, surpreendendo as partes, adotou solução diversa das postulações deduzidas, em ofensa ao princípio do contraditório. Pois bem, apesar da tese apresentada pelas requerentes ganhar inegável força no meio acadêmico, a ponto de sua positivação constar no projeto do novo Código de Processo Civil (arts. 19, 10 e 475), não encontra guarida no direito processual em vigor. Os entusiastas da tese da nulidade da ‘sentença surpresa’ sustentam sua aplicação atual nos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5.º, LV, da CF, em uma concepção dita moderna, atualizada. Tais princípios são amplos, porém não são ilimitados. A Constituição da República foi promulgada em 1988 e indiscutivelmente o Código de Processo Civil de 1973 foi recepcionado. Desde então, e já se foram 24 anos, o mencionado diploma legal vige trazendo em seu bojo os arts. 131 e 462: ‘Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento’. ‘Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença’. Logo, pelo direito processual vigente, cabe ao magistrado, atento aos fatos identificados nos autos, aplicar o direito cabível. Tal compreensão é consagrada no vetusto aforismo: da *mihi factum dabo tibi ius*. Destarte, não há como reconhecer, na solução contida na r. sentença arbitral impugnada, ofensa ao princípio do contraditório, na sua compreensão atualmente vigente, na medida em que o julgador, munido dos fatos expostos pelas partes, apresentou a solução que, segundo o seu livre convencimento, é a mais adequada, ainda que não seja exatamente aquelas propostas pelas requerentes e requerida” (Processo 013123-71.2012.8.26.010, 21.ª Vara Cível, Juiz Márcio Teixeira Laranjo, 30.11.2012).

¹⁵¹⁶ TJSP, Ap 013123-71.2012.8.26.0100, 1.ª Câ. Reservada de Direito Empresarial, j. 07.11.2013, m.v., rel. Des. Fontes Barbosa, que, na fundamentação do voto vencedor, consignou que “A adoção de fundamentos distintos daqueles esposados pelas partes, portanto, não vicia o julgamento, não se podendo ter como violado o contraditório quando, ao dizer o direito, o julgador aprecia o conjunto de elementos fáticos de forma diferente da proposta e esboça solução consentânea com o ordenamento jurídico, qualificando os fatos de maneira tida como mais adequada e efetiva do que o constante das alegações particularizadas de cada uma das partes. Está correta a sentença apelada, quando invoca o princípio *jura novit curia*, reafirmado, por exemplo, quando do julgamento do REsp 886509/PR, j. 02.12.2008, pela C. 1.ª T. do E. STJ e relatado pelo Min. Luiz Fux, mesmo no âmbito de ação rescisória”.

¹⁵¹⁷ Sobre ambas as decisões do Judiciário paulista, v. Vera Cecília Monteiro de BARROS. *Comentários ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 0133123-71.2012.8.26.0100*, in Arnoldo WALD. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 41, São Paulo: Iasp/Ed. RT, abr.-jun. 2014, p. 355-375.

ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.

(4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

*(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”*¹⁵¹⁸⁻¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁸ Na tradução para o espanhol:

“§ 139 Impulso procesal material

(1) El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.

(2) En tanto exista un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y les otorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de un crédito accesorio.

(3) El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio.

(4) Las observaciones, de acuerdo con estas disposiciones, deben realizarse lo más pronto posible y ser registradas en expediente (apud acta). Su realización puede ser probada solo por el contenido registrado en los expedientes. Contra el contenido de los expedientes es solamente admisible la acreditación de falsedad.

(5) En caso de que no sea posible para una parte declarar en forma inmediata con relación a un aviso judicial, el tribunal a petición de aquella puede otorgar un plazo dentro del cual pueda realizar la declaración en forma escrita”.

Álvaro J. Pérez RAGONE; e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Alemán (ZPO) – traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo: incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 195-196.

¹⁵¹⁹ A alteração deste artigo foi, como pontua Barbosa Moreira, para deixar claro que as partes devem conhecer e poder manifestar-se sobre todas as questões de fato ou de direito consideradas relevantes pelo julgador (José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, Temas de direito processual*, 8.^a Série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202, em especial: “A reforma trata de reforçar esse dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se (2.^a alínea). Semelhantes observações devem fazer-se o mais cedo possível, não apenas em audiência (o que se pretende que contribua para a aceleração processual), e ser consignadas nos autos (4.^a alínea)”. p. 202.

Portugal (novo Código de Processo Civil de 2013):

“Art 3.º

Necessidade do pedido e da contradição

1 – O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2 – Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4 – Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final”.

França (Code de procédure civile):

“Principe de la Contradiction. Article 16.

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

Itália:

“Art. 183. (...) Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedere a norma dell’art. 185. Nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede

alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (...).” (destacamos).

No Brasil, o tema também vem preocupando nosso legislador, tanto que, no Código de Processo Civil de 2015, dedicou-se um artigo exclusivamente para vedar as denominadas decisões-surpresa: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. E mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, a despeito de não constar expressamente do CPC/1973, a proibição de decisões-surpresa decorre do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988) e do princípio do contraditório (art. 5.º, LV, da CF/1988).¹⁵²⁰

Trata-se, contudo, de tema novo e que tem suscitado preocupação de legisladores e acadêmicos processualistas ao redor do mundo,¹⁵²¹ especialmente quanto à sua amplitude e sua relação com os princípios da *mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*.

3. Poderes instrutórios e princípios da celeridade e eficiência.

Outro corolário do princípio do devido processo legal e do princípio do contraditório é o direito subjetivo de provar.¹⁵²²

Contudo, como já tivemos oportunidade de pontuar, nenhum direito é ilimitado ou absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, ainda que as limitações (restrições) a direitos fundamentais se devam interpretar restritivamente.¹⁵²³ A suposta absolutidade dos direitos não se coaduna com o Estado Constitucional.

Essa assertiva também é verdadeira em relação ao direito à prova, que, igualmente, não é absoluto, experimentando limitações intrínsecas e extrínsecas.¹⁵²⁴

Sendo assim, o direito subjetivo de provar não pode ser interpretado como se todo e qualquer meio de prova requerido pela parte devesse ser, necessariamente e obrigatoriamente, deferido e produzido, o que, ad absurdum, faria letra morta do

¹⁵²⁰ Neste sentido, Nelson NERY JR. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10. ed., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 225 e ss.

¹⁵²¹ Cf., entre outros, Edoardo F. RICCI. *Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício*, in Luiz FUX *et alii*. *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 495-499; e a recente tese de doutoramento de André Pagani de SOUZA. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

¹⁵²² Hernando DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.ª ed., Bogotá: Temis, 2002, pp. 26/31. V., também, Gerhard WALTER. *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Temis, 1985, pp. 333/340.

¹⁵²³ Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44/45.

¹⁵²⁴ Rui Manuel de Freitas RANGEL. *O ónus da prova no processo civil*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 78. V., também, Gerhard WALTER. *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Temis, 1985, pp. 341/348.

CPC/15 art. 370,¹⁵²⁵ esvaziando por completo a função do juiz na condução do processo e na produção das provas, a quem incumbe a fase de admissão ou não da prova,¹⁵²⁶ cabendo-lhe zelar para que não haja desordem no processo ou indevida perda de tempo.¹⁵²⁷ Sendo que o árbitro goza de semelhantes poderes instrutórios,¹⁵²⁸ de modo que juiz e árbitro não podem se converter em um convidado de pedra na condução do processo.¹⁵²⁹

Deste modo, todo e qualquer requerimento de prova passa, obrigatoriamente, por um juízo de utilidade, necessidade e pertinência, a ser feito pelo juiz ou árbitro, conforme o caso.

Assim, todo e qualquer meio de prova passa por três fases: (i) proposição, (ii) admissão e (iii) execução ou produção.¹⁵³⁰

Nesse contexto, a primeira limitação experimentada pela prova é que ela tenha um fim, ou seja, seu conflito com a necessidade social de que o processo tenha um termo.¹⁵³¹ Se há um direito subjetivo de provar, também há, de outro lado, um direito à duração razoável do processo, ambos igualmente direitos fundamentais.

E se isso é verdadeiro ao processo judicial, mais ainda à arbitragem, que tem entre seus predicados a celeridade,¹⁵³² valendo lembrar a determinação contida no English Arbitration Act de 1996, em seu art. 33, no sentido de que o árbitro deverá adotar procedimentos adequados às circunstâncias do caso concreto, evitando atrasos ou gastos desnecessários às partes, proporcionando um meio justo para a resolução da controvérsia.¹⁵³³

¹⁵²⁵ CPC/15 art. 370, que reproduz, em essência, o CPC/1973 art. 130: "*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

¹⁵²⁶ MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. I, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 254.

¹⁵²⁷ Michele TARUFFO. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 38.

¹⁵²⁸ Carlos Alberto CARMONA. *Arbitragem e processo*, 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 312/313.

¹⁵²⁹ João Batista LOPES. *A prova no direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 173.

¹⁵³⁰ MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. I, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 237.

¹⁵³¹ MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. I, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 236. No mesmo sentido, Michele TARUFFO. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 37: "*las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieram, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso [...] no pueden incorporarse pruebas al proceso indefinidamente, porque tiene que llegar a un fin lo antes posible*".

¹⁵³² Thiago RODOVALHO. *A arbitragem e seus atrativos*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.^o Caderno, p. 2, em 11.8.2013.

¹⁵³³ No original, English Arbitration Act de 1996:

"33. *General duty of the tribunal.*

(1) *The tribunal shall—*

(a) *act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and*

(b) *adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.*

(2) *The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matter*".

E problemas na produção da prova causam, indubitavelmente, prejuízos à presteza, eficiência e qualidade da prestação jurisdicional (estatal ou arbitral).¹⁵³⁴ Nesse sentido, como bem advertia CARNELUTTI, se toda e qualquer prova requerida houvesse de ser produzida, o processo correria o risco de perder-se em uma massa de atos inúteis.¹⁵³⁵ Justamente por isso, um dos primeiros problemas que se apresentam em matéria probatória é precisamente estabelecer quais meios de prova podem e devem ser admitidos e produzidos no processo.¹⁵³⁶

Sendo que um dos mais delicados problemas enfrentados no juízo de admissibilidade de prova é exatamente esse cotejo e colisão entre tempo e produção de prova, valendo transcrever os ensinamentos de CARNELUTTI, para quem:

"Puede ocurrir, finalmente, que no haya necesidad de la constitución de una prueba, por lo menos en el momento procesal en que se proponga, en el sentido de que aun no estando establecida todavía la existencia o la inexistencia del hecho a probar, se considere que puede establecerse de otra manera y, precisamente, por medio de otras pruebas menos costosas. Este es el lado acaso más delicado del incidente de admisión de las pruebas, porque se encuentran una vez más en oposición las dos exigencias de justicia y de economía, esto es, en último término, la de proceder bien y la proceder de prisa. Sería verdaderamente un error que, teniendo en cuenta solamente la primera, se dedujese que, como quod abundat non viviat, las pruebas deben admitirse sin tener en cuenta la economía: mejor tener demasiadas que pocas. Es preciso, en efecto, fijar también la vista en el reverso de la medalla; la justicia que llega demasiado tarde es, a menudo, una justicia inútil, y no hay instituto del proceso que influya más sobre la duración que la asunción de las pruebas" (destacamos).¹⁵³⁷

Trata-se, em certa medida, de advertência há muito feita também por RUI BARBOSA, para quem *"justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"*.¹⁵³⁸

Em razão disso, como aponta TARUFFO, todos os sistemas processuais estabelecem, com maior ou menor alcance, um *princípio geral de relevância* a condicionar a admissibilidade da prova, impedindo a produção de provas *inúteis* ou

¹⁵³⁴ João Batista LOPES. *A prova no direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

¹⁵³⁵ Francesco CARNELUTTI. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. IV, Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 224.

¹⁵³⁶ Michele TARUFFO. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 37.

¹⁵³⁷ Francesco CARNELUTTI. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. IV, Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 225.

¹⁵³⁸ Rui BARBOSA, *Oração aos moços*, 3.^a edição, Organização Simões: Rio de Janeiro, 1949, p. 59.

redundantes, de sorte a que somente os meios de prova considerados *relevantes* devem ser deferidos e efetivamente produzidos, compreendendo-se o *direito subjetivo de provar* como um *direito a apresentar meios de prova relevantes*.¹⁵³⁹

Sendo que esse critério de *economia e eficiência* (evitar gastos e demoras excessivos) é *expressamente* consignado em alguns sistemas processuais, como se observa da *Rule 403 da Federal Rules of Evidence*, dos Estados Unidos, que determina que:

"Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence".

Trata-se de dever a evitar perdas de tempo e dinheiro. Lembrando TARUFFO que, mesmo sem igual regra expressa, *todos* os sistemas processuais permitem excluir provas, ainda que relevantes, quando *cumulativas* ou *redundantes*, que possam provocar excessiva perda de tempo.¹⁵⁴⁰

Nesse contexto, TARUFFO propõe uma interessante fórmula para aferir-se a relevância ou não da prova. Assim, o intérprete, juiz ou árbitro, deve assumir como hipótese de trabalho que a prova pleiteada pela parte efetivamente consiga obter o resultado por ela pretendido, e, a partir dessa premissa, aferir o impacto positivo ou não, útil ou não, que essa prova terá para a dirimção da lide. Se a conclusão desse raciocínio hipotético for a afirmativa, a prova é útil e deve ser deferida; se, porventura, a conclusão for negativa, a prova não é relevante e, por consequência, não deve ser admitida.¹⁵⁴¹

4. A produção de prova testemunhal na arbitragem e a conveniência da coerção judicial.

Como dito acima, o poder instrutório do árbitro é *assemelhado* ao do magistrado. *Assemelhado*, porque não dotado de poder de coerção e por ser dotado de maior flexibilidade na produção probatória (v. inversão da ordem das provas, p. ex.).

¹⁵³⁹ Michele TARUFFO. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 40/41 e pp. 56 *et seq.*

¹⁵⁴⁰ Michele TARUFFO. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 50.

¹⁵⁴¹ Michele TARUFFO. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 39.

Justamente como um dos efeitos decorrentes da ausência de poder de coerção, o árbitro, diante de uma testemunha renitente, *pode* requerer o auxílio judicial para condução coercitiva dessa testemunha renitente, a teor da LArb art. 22 §2.º.¹⁵⁴² Trata-se, contudo, de situação que merece maior ponderação e reflexão por parte do árbitro.

Isto porque, ao requerer o auxílio judicial, inevitavelmente, causa-se prejuízo ao sigilo da arbitragem e também à sua celeridade, demandando maior dispêndio de tempo e de dinheiro das partes. Podemos ter um paralelo, no processo judicial, com o requerimento de *Carta Precatória* ou, especialmente, de *Carta Rogatória*. Conquanto possíveis, sua necessidade deve ser igualmente ponderada e refletida para não causar excessivo dispêndio de tempo e dinheiro.

Essa advertência já era, há muito, feita por MOACYR AMARAL, em sua clássica e magistral obra sobre provas, escrevendo ele, sobre a *Carta Precatória*, que:

"Matéria que se liga ao objeto e ao momento de admissão da prova, o indeferimento de uma prova, por inútil ou protelatória, já mereceu várias considerações neste trabalho. Visto, porém, ser a prova produzida por precatória, por sua natureza, mais custosa e mais demorada, para a sua admissão o juiz deve ponderar mais pensadamente" (destacamos).¹⁵⁴³

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio é inteiramente válido para a arbitragem e a necessidade de concurso judicial para a produção de prova.

Desde modo, há que se analisar com maior cautela esse requerimento de prova, é dizer, *mais pensadamente*, valendo lembrar que, quando se requer mais de uma prova (documental, oral, pericial) para provar o mesmo fato, o juiz ou árbitro pode admitir apenas um deles, indeferindo o outro.¹⁵⁴⁴

Sendo que não é a redundância ou a mera reiteração de provas sobre os mesmos fatos que conduz a um melhor julgamento. Ao revés, a redundância ilimitada conduz a

¹⁵⁴² LArb art. 22 § 2.º, *verbis*: "Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. [...] § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem".

¹⁵⁴³ MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. I, 4.ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 271.

¹⁵⁴⁴ MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. I, 4.ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 255.

uma protelação indefinida do andamento processual, com dispêndio excessivo e desnecessário de tempo e dinheiro das partes, como já asseverado acima.

O mesmo se diga com relação à produção de prova testemunhal. Não é o número de testemunhas ou a equiparação matemática, numérica, de testemunhas o critério para definir se há ou não necessidade de auxílio judicial para a condução coercitiva das testemunhas renitentes, e, sim, ao revés, a real *necessidade e pertinência* de sua oitiva.

Nesse sentido, a relevância da prova testemunhal, com os defeitos que lhe são apontados,¹⁵⁴⁵ não está no *numero* de testemunhas, mas, sim, ao contrário, na *qualidade* das testemunhas.¹⁵⁴⁶ O Direito já superou há muito o errôneo adágio latino que preconizava que *testis unus testis nullus*, é dizer, que testemunha única nada prova, erro já corrigido pela doutrina contemporânea.¹⁵⁴⁷ Os testemunhos *se pesam* e não *se contam*.¹⁵⁴⁸ Muitas vezes, *poucas*, mas *boas*, testemunhas provam mais do *muitas* testemunhas.¹⁵⁴⁹

Deste modo, não é a repetição dos fatos por múltiplas testemunhas que terão o condão de convencimento, mas, sim, a qualidade dos depoimentos e do restante do conjunto probatório.

Assim, o deferimento ou não do concurso judicial para condução de testemunha renitente deve pautar-se de uma acurada análise da real *necessidade e pertinência* de sua oitiva, cuja aferição pode ser feita a partir da fórmula proposta por TARUFFO, e acima brevemente exposta.

¹⁵⁴⁵ Cfr. João Batista LOPES. *A prova no direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 141/143 e 146.

¹⁵⁴⁶ MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. III, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1972, pp. 569 e 580: "*Mais que o número, na formação do convencimento, influi a qualidade dos testemunhos*" (p. 580); e João Batista LOPES. *A prova no direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148: "*O valor da prova testemunhal não deve ser aferido pelo número de depoimentos, mas por sua qualidade e força probante*".

¹⁵⁴⁷ V. MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. III, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 571; e João Batista LOPES. *A prova no direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148 ("*é perfeitamente possível que o juiz se convença com o depoimento de uma única testemunha e considere provados os fatos que ela relatar, ainda que em conflito com os depoimentos de outras testemunhas*").

¹⁵⁴⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5.^a ed., Bogotá: Temis, 2002, pp. 271/273.

¹⁵⁴⁹ Giorgio TESORO. *La psicologia della testimonianza*, Torino: Fratelli Bocca, 1929, p. 151: "*Perciò bisogna anzitutto rinunciare a tanto lusso testimoniale, esaminando quando sia possibile solo pochi testi ma tali dare affidamento; pauci sed electi*".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio, mais do que um aprofundamento do tema, propõe-se a provocar o debate, acerca de problemas práticos, que ocorrem com certa frequência nas lides forenses e arbitrais, na difícil compatibilização entre contraditório, devido processo legal, direito à prova, pertinência, e princípios da eficiência e da celeridade, tudo para que se busque o ideal de uma decisão justa e, ao mesmo tempo, sem excessiva tardança.

Referências

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*, 3.^a edição, Organização Simões: Rio de Janeiro, 1949.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne*, in *Temas de direito processual – quinta série*, São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*, *Temas de direito processual*, 8.^a Série, São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. *Comentários ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 0133123-71.2012.8.26.0100*, in Arnaldo WALD. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 41, São Paulo: Iasp/Ed. RT, abr.-jun. 2014, p. 355-375

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*, Padova: CEDAM, 1954.

_____. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), v. I, Napoli: Morano, 1965.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. IV, Buenos Aires: UTEHA, 1944.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5.^a ed., Bogotá: Temis, 2002.

_____. *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.^a ed., Bogotá: Temis, 2002.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOACYR AMARAL Santos. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. I, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo)*, v. III, 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1972.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10. ed., São Paulo: Ed. RT, 2010.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Alemán (ZPO) – traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo: incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006.

RICCI, Edoardo F. *Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício*, in Luiz FUX et alii. *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Ed. RT, 2006.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A arbitragem e seus atrativos*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.^o Caderno, p. 2, em 11.8.2013.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2014.

TARUFFO, Michele. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARZIA, Giuseppe. *O contraditório no processo executivo*, in *Revista de processo*, n. 28, outubro-dezembro de 1982.

TESORO, Giorgio. *La psicologia della testimonianza*, Torino: Fratelli Bocca, 1929.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Temis, 1985.

Intervenção De Terceiros, Partes E Outras Figuras Com O Advento Do Cpc/15

Vivian D'ávila Melo Paixão¹⁵⁵⁰

Importância do tema e delimitação do estudo

A coisa julgada fomenta debates acadêmicos e profissionais, uma vez que atribui uma qualidade à sentença, gerando imutabilidade e garantindo a segurança jurídica.

Os envolvidos estariam acobertados por uma sentença transitada em julgado, que lhe assegura que aquele tema não será mais discutido em outra demanda.

Por esse motivo, é de suma importância entender quais figuras são atingidas pela coisa julgada no processo individual.

Trataremos brevemente o conceito de parte e terceiro, a fim de adentrar no estudo de sucessão das partes, litisconsórcio, intervenção de terceiros e oposição, ainda que alguns impactem diretamente nos limites subjetivos da coisa julgada e, outros, não.

Legitimação ativa

O artigo 506 do Código de Processo Civil (CPC/15) traz a regra dos limites subjetivos da coisa julgada no atual sistema brasileiro, impondo algumas mudanças.

A evidente mudança refere-se ao texto legal que prevê que a sentença faz coisa julgada entre as partes, porém não deve prejudicar terceiros.

É de se notar que o CPC/15 excluiu a expressão “*beneficiar terceiros*”, o que alguns juristas¹⁵⁵¹, defendem a possibilidade de aplicação de coisa julgada para terceiros nesta situação, sob o argumento de que encontra respaldo no artigo 274 e artigo 281, ambos do Código Civil.

Os artigos 274 e 281 do Código Civil tratam da solidariedade ativa e solidariedade passiva em que o terceiro, credor ou devedor solidário podem aproveitar-se da coisa julgada que lhe é favorável, desde que fundada em fundamento comum, e não exceção pessoal.

¹⁵⁵⁰ Mestranda em Direito Processual Civil pela USP. Pós-graduação em Direito Processual Civil pela USP/AASP. Vivência internacional no escritório de advocacia Cutler & Associates, situado em Boston, Estados Unidos. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OAB-Jabaquara/Saúde. Advogada. Phone: +55 11 97997-8920 E-mail: vivian.paixao.br@gmail.com

¹⁵⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II, 2ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – Págs. 667/730.

Ressalte-se que alguns juristas entendem que tal entendimento de aproveitamento de julgamento favorável com aplicação da coisa julgada ao terceiro afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, uma vez que não há tríplice identidade entre as demandas.

As demais alterações serão abordadas dentro de seus tópicos respectivos, abaixo desenvolvidos.

Dessa forma, prestigiando os fins didáticos, a coisa julgada será abordada dentro de cada item acima mencionado.

Conceito de parte e terceiro

Iniciaremos o trabalho com breve tópico com conceitos da doutrina clássica.

Segundo a doutrina¹⁵⁵², as partes são sujeitos interessados da demanda em juízo, com ingresso através de citação, sucessão ou em auxílio à parte, figuram como titulares de situações jurídicas (poderes, deveres, faculdades, ônus ou sujeição). Já o conceito de terceiros é realizado de forma excludente, ou seja, terceiros são as pessoas que não sejam as partes em determinada demanda posta.

A doutrina¹⁵⁵³ elucida que os terceiros podem ser (i) terceiros de fato em que são beneficiados de forma indireta, como por exemplo, os credores pela procedência de uma demanda reivindicatória promovida pelo devedor; e (ii) terceiros juridicamente beneficiados em que, em âmbito material, os terceiros são titulares de relação conexa ou encontram-se na mesma situação de um dos demandantes e, por esse motivo, subordinam-se à coisa julgada.

Complementa o autor que a extensão da coisa julgada decorre de casos peculiares e excepcionais, com previsão legal. Exemplificativamente, em casos de obrigações solidárias (artigo 274 do Código Civil) ou casos de relação incidível (artigo 259 do Código Civil).

A restrição da coisa julgada à terceiros decorre ainda de garantias constitucionais, como princípio do contraditório e princípio da isonomia processual, uma vez que vincularia pessoa que não fez parte da relação jurídica processual, o que pode gerar prejuízos.

¹⁵⁵² DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

¹⁵⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Dentro do raciocínio de respeito ao princípio da isonomia processual, colaciono o exemplo clássico de Botelho de Mesquita com relação à ação de sócio que demanda a anulação de ato societário. Em caso de procedência do pedido da demanda, a sentença produzirá o efeito de desconstituir a deliberação impugnada, estendendo seus efeitos a todos os demais acionistas por ser favorável. Já no caso de improcedência do pedido da demanda, a sentença produzirá efeito apenas entre as partes do processo, assim como a coisa julgada apenas vinculará as partes do processo. Desta forma, os demais acionistas, titulares de ações concorrentes, poderão propor novas ações, com o mesmo objeto.

Importante pontuar que, José Rogério Cruz e Tucci, não concorda com a atribuição de extensão da coisa julgada de acordo com eventual resultado do processo. O autor entende que trata-se de conexão incidível entre a relação jurídica do terceiro e aquela primeira demanda julgada procedente. Por esse motivo, os demais interessados não teriam interesse em ajuizar demanda ulterior.

Convém observar que a eficácia da sentença atinge a todos, podendo trazer prejuízo aos terceiros, enquanto que a coisa julgada apenas atingirá terceiros quando lhe for favorável.

A doutrina¹⁵⁵⁴ destaca que a eficácia da sentença pode atingir terceiros, incluindo efeitos prejudiciais, tendo em vista que o próprio sistema processual brasileiro prevê embargos de terceiro e ação rescisória por terceiro prejudicado (artigo 967, inciso II, do CPC/15).

Importante mencionar que, embora nem todos os institutos aqui tratados tenham impacto na extensão da coisa julgada a terceiros, uma vez que tais terceiros podem tornar-se parte, a fim de trazer um panorama geral, aborda-se todos os institutos (litisconsórcio, intervenção de terceiros, “*amicus curiae*”, dentre outros).

Sucessão das partes

A sucessão das partes é matéria importante a ser tratada como premissa, tendo em vista que pode impactar na limitação subjetiva quanto à eficácia da decisão e eventual efeito vinculante da coisa julgada.

¹⁵⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*. In: Temas de Direito Processual Civil – Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, Pág. 221/234.

Sucessão “inter vivos”

Os artigos 108 a 110 do CPC/15 tratam da sucessão das partes, podendo ser “*inter vivos*” ou “*causa mortis*”.

O artigo 108 do CPC/15 prevê que a sucessão voluntária ocorrerá apenas em casos expressos em lei, o que evidencia tratar-se de casos excepcionais em respeito à estabilização da demanda (artigo 329 do CPC/15).

O artigo 109 e seus parágrafos do CPC/15, por sua vez, regula que não haverá alteração de legitimidade das partes em caso de alienação da coisa ou direito litigioso por ato entre vivos, a título particular.

O alienante ou cedente continuarão na demanda em nome próprio na defesa de direito alheio, portanto serão substitutos processuais, enquanto que o adquirente ou cessionário serão substituídos.

A substituição processual é legitimação extraordinária, ou seja, a lei autoriza a atuação em nome próprio em defesa de situação subjetiva alheia (artigo 18 do CPC/15), sendo que o substituído ficará adstrito à coisa julgada em qualquer resultado.

A doutrina¹⁵⁵⁵ elucida que o substituído é o principal destinatário do julgado, sendo sujeito da lide, assim não se trata de estranho ao processo e à sentença.

A regra contida no artigo 109 do CPC/15 tem correspondência no artigo 42 do CPC/73, sendo que ambos exigem o consentimento da parte contrária para que o adquirente possa ingressar no processo em substituição ao autor ou réu, dependendo de quem tenha sido o transmitente.

Importante mencionar que deve haver a manifestação das partes acerca do ingresso do adquirente, sendo que a discordância deve ser justificada, evitando-se recusas através de atos abusivos, o que autorizaria ao magistrado permitir o ingresso do adquirente mesmo sem anuência.

Em caso de não consentimento da parte contrária, o artigo 109, §2º, do CPC/15 inova ao prever a possibilidade de intervenção do adquirente ou cessionário como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente.

A doutrina¹⁵⁵⁶ traz ensinamentos acerca da sucessão em processo de execução, distinguindo duas situações: (i) alienação da coisa litigiosa; e (ii) alienação pelo devedor de bens sujeitos à execução por quantia certa.

¹⁵⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 207/329.

A alienação da coisa litigiosa quando pendente de processo, aplica-se a regra do artigo 109 do CPC/15. Convém abrir um parêntesis de que, neste caso, a técnica de desconsideração da personalidade jurídica não faz sentido para as obrigações de entrega de coisa, o que veremos mais adiante.

Já no caso da alienação pelo devedor de bens sujeitos à execução por quantia certa, a penhora pode recair sobre qualquer bem, portanto não aplica-se a regra do artigo 109 do CPC/15, mas as regras da fraude contra credores ou fraude à execução (artigo 792 do CPC/15), dependendo do momento da alienação.

Nesta última hipótese de alienação em fraude à execução, o adquirente não sucede o alienante. Portanto, o débito permanece com o alienante e, ao adquirente, cabe sujeição à responsabilidade patrimonial se for reconhecida a ineficácia decorrente da fraude.

O artigo 109, §3º, do CPC/15 ainda dispõe que os efeitos da sentença proferida entre as partes serão estendidos ao adquirente ou cessionário, ainda que não tenham ingressado na demanda como assistentes litisconsorciais. Em outras palavras, o adquirente e cessionário serão alcançados pelos efeitos da coisa julgada, não se exigindo sua intimação em razão de serem substituídos.

Além disso, o artigo 778, §1º, do CPC/15 determina que o cessionário pode promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário, quando houver a transferência do direito do título executivo por ato entre vivos.

Sucessão “causa mortis”

O artigo 110 do CPC/15 determina a sucessão “*causa mortis*”, em que haverá a sucessão da parte originária pelo seu espólio ou pelos seus sucessores.

A sucessão “*causa mortis*” advém do direito material através da “*Saisine*”, ou seja, o falecimento acarreta na transmissão imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Em outras palavras, não é a abertura do processo de inventário ou qualquer ato de registro que provoca a transmissão dos bens aos herdeiros e testamentários, mas a simples morte do “*de cuius*” (artigo 1.784 do Código Civil).

¹⁵⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC 2015: Aplicação a Outras Formas de Extensão da Responsabilidade Patrimonial*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). *Processo Societário*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pag. 213/224.

Neste caso, não se exige consentimento da parte contrária para a habilitação dos herdeiros ou testamentários, tendo em vista tratar-se de imposição legal, sob pena de extinção do feito (morte do autor) ou revelia (morte do réu).

Os herdeiros ou testamentários se tornarão partes no processo, sendo importante mencionar que, caso já tenha ocorrido o trânsito em julgado da demanda, aos herdeiros e testamentários receberão o processo no estado em que se encontra, cabendo cumprir a determinação judicial.

Eventual possibilidade de intervenção de terceiros

A doutrina¹⁵⁵⁷ lembra que a intervenção de terceiros pode ocorrer de forma voluntária ou de forma provocada.

A intervenção voluntária, como o próprio nome diz, o terceiro ingressa na demanda através da oposição ou assistência, a fim de proporcionar-lhe julgamento favorável, estando abarcado pela coisa julgada material.

Ressalte-se que veremos cada espécie de intervenção de terceiros em tópicos específicos abaixo, cumprindo apenas mencionar que, com exceção dos sucessores e dos cotitulares do próprio direito em disputa que são atingidos pela coisa julgada material, os demais terceiros não suportarão os efeitos diretos da sentença e tampouco sofrerão extensão da coisa julgada.

No caso da intervenção provocada, a parte requer a citação/intimação do terceiro através da denunciação da lide e chamamento ao processo, a fim de que o processo tenha uma utilidade maior.

Traçado breve panorama da intervenção de terceiros, passemos a analisar cada espécie de intervenção de terceiros em tópicos específicos abaixo.

Oposição

Os artigos 682 a 686 do CPC/15 tratam da oposição.

A doutrina¹⁵⁵⁸ ensina que ocorre a oposição quando o terceiro ingressa na demanda com pretensão diversa da pretensão originária do autor e réu. Seria uma nova pretensão deduzida pelo terceiro, pretensão que não existia no processo.

¹⁵⁵⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

¹⁵⁵⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

A sentença conterà dois capítulos com efeitos autônomos, sendo que a coisa julgada também vinculará estes dois capítulos, a saber, *(i)* primeiro capítulo analisará a pretensão originária do autor e réu; e *(ii)* pretensão do terceiro oponente em relação ao autor e réu originários.

É de se notar que as partes originárias do processo serão litisconsortes necessários com relação ao pedido do terceiro oponente.

O julgamento da oposição será prejudicial, tendo em vista que a procedência da oposição gerará necessariamente a improcedência da pretensão inicial do autor.

Os limites subjetivos da coisa julgada também ocorre em duas situações, a saber, *(i)* pretensão originária do autor e réu, vinculará apenas autor e réu originários; e *(ii)* pretensão do terceiro oponente, vinculará o terceiro oponente e autor e réu originários (opostos).

Desta forma, verifica-se que a oposição não gera impactos na extensão da coisa julgada aos terceiros, muito embora a ideia do presente trabalho seria abordar todos os institutos que envolvem as partes e terceiros.

Nomeação à autoria

Conforme já mencionado anteriormente, a nomeação à autoria é uma intervenção provocada, que tinha vigência no CPC/73, tendo em vista que foi extinta pelo CPC/15.

Apenas para que não se deixe de mencionar acerca da nomeação à autoria, ainda que brevemente, traçaremos algumas características deste instituto que vigorou durante a vigência do CPC/73.

A nomeação à autoria, que tinha vigência no CPC/73, ampliava subjetivamente a demanda, uma vez que permitia ao réu declinar de sua posição e indicar a pessoa legitimada a figurar no polo passivo da demanda.

No caso de aceitação da nomeação à autoria, havia a sucessão do réu nomeante pelo terceiro nomeado, alterando o polo passivo da relação processual. Desta forma, o réu nomeante (originário) era excluído do processo.

Na nomeação à autoria a sentença atingia apenas o autor e réu nomeado, uma vez que o réu nomeante (originário) estava excluído da demanda, sendo estes os limites subjetivos da coisa julgada.

Denúncia da lide

A denúncia da lide está prevista nos artigos 125 a 129 do CPC/15, tendo trazido algumas novidades em comparação ao CPC/73.

O primeiro ponto importante é diferenciar a denúncia da lide da assistência, tendo em vista que a denúncia da lide acarreta a ampliação subjetiva da demanda, bem como ampliação objetiva da demanda.

O segundo ponto é a novidade trazida pelo 125, §2º, do CPC/15 com a denúncia sucessiva da lide, ou seja, admite-se apenas uma sucessão dentro da demanda, sendo que a partir da segunda sucessão deve ingressar com nova ação.

Em caso de inércia da parte (não houver a denúncia) ou em caso de indeferimento da denúncia da lide, o artigo 125, §1º, do CPC/15 permite o direito de regresso.

O artigo 128, inciso II, do CPC/15 traz a hipótese em que o denunciado é revel, permitindo ao denunciante deixar de prosseguir com a sua defesa e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva.

Ao invés da interposição de recurso de terceiro prejudicado, que também amplia subjetivamente a demanda, mas que se recorre do processo no estado em que ele se encontra, é mais viável ingressar com ação autônoma.

Feitas estas considerações iniciais acerca das diferenças e novidades do CPC/15, passemos aos ensinamentos da doutrina clássica¹⁵⁵⁹.

A denúncia da lide ocorre quando a parte possui direito de regresso com relação ao terceiro, nos casos de (i) evicção (artigo 125, inciso I, do CPC/15); ou (ii) garantia (artigo 125, inciso II, do CPC/15).

É de se notar que, além da pretensão inicial do autor, também existe a pretensão do denunciante contra o denunciado, ocorrendo a ampliação objetiva da demanda.

Desta forma, a sentença conterá dois capítulos: (i) pretensões das partes originárias no processo, portanto autor e réu; e (ii) pretensão do litisdenunciante contra o litisdenunciado, a fim de que o denunciado seja condenado a ressarcir o denunciante, que vier a ser vencido na demanda originária perante o adversário inicial.

Lembrando que, no caso do denunciante sagrar-se vencedor na demanda originária, a denúncia ficará prejudicada, não sendo julgada pelo mérito.

¹⁵⁵⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

No tocante aos limites subjetivos, realizada a denunciação da lide e citado o terceiro, este torna-se parte, sendo atingido pela coisa julgada referente ao capítulo da ação de regresso.

Já no caso do terceiro ter se tornado assistente do denunciante, o terceiro ficará adstrito à justiça da decisão em relação à ele e seu adversário (eficácia preclusiva).

Chamamento ao processo

Os artigos 130 a 132 do CPC/15 tratam do chamamento ao processo.

A doutrina¹⁵⁶⁰ ensina que o chamamento ao processo ocorre com a possibilidade do réu indicar terceiro, estabelecendo litisconsórcio passivo. Exemplificativamente: fiador chamando o devedor principal.

O chamamento ao processo amplia a demanda de forma subjetiva e de forma objetiva.

A ampliação subjetiva ocorre com a presença de mais um réu.

A ampliação objetiva se dá porque teremos duas pretensões, ou seja, a pretensão originária entre autor e réu, bem como a pretensão do chamador ao reconhecimento da obrigação do chamado. Desta forma, a sentença terá dois capítulos.

Os limites objetivos da coisa julgada relacionam-se com os efeitos da sentença.

Os limites subjetivos da coisa julgada vinculará o autor e réu originário, bem como o terceiro chamado.

A doutrina ainda elucida que a coisa julgada tem dois aspectos quanto aos limites subjetivos: *(i)* a coisa julgada oriunda da pretensão originária entre autor e réu, sendo o primeiro capítulo da sentença, atingirá apenas autor e réu originário; e *(ii)* a coisa julgada da pretensão entre autor, réu chamador e terceiro chamado, sendo o segundo capítulo da sentença, atingirá o autor, o réu chamador e o terceiro chamado apenas no tocante à declaração da obrigação do terceiro chamado perante o autor, requerida pelo réu chamador.

¹⁵⁶⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

Assistência

Os artigos 119 a 124 do CPC/15 trazem a previsão acerca da assistência.

A doutrina¹⁵⁶¹ ensina que o ingresso do assistente origina-se por uma situação jurídica conexa ou dependente da “*res in iudicium deducta*”, como por exemplo, assistência do devedor principal ao fiador que é réu na demanda.

A assistência pode ser simples ou litisconsorcial, sendo que, em ambos, não se altera o objeto do processo.

A assistência simples ocorre quando o terceiro titular da relação substancial, ingressa no processo, porém não tem poderes para contrariar a vontade da parte a quem assiste.

Já a assistência litisconsorcial ocorre quando o terceiro tem legitimidade para litigar com o adversário de quem assiste, por isso tem poderes para contrariar a vontade do assistido (a quem assiste). No entanto, o assistente não tem poderes de disposição.

Como por exemplo¹⁵⁶², respectivamente, (i) no caso de assistência simples, teríamos o fiador ingressa no processo como assistente simples do devedor; ou (ii) no caso de assistência litisconsorcial, teríamos o afiançado como assistente litisconsorcial do fiador (ou vice-versa) no processo de cobrança movida pelo credor, ou, a assistência do condutor do automóvel, com interesse na vitória do proprietário do veículo, quando acionado este em virtude de acidente com ele ocorrido (ou, inversamente, o proprietário do veículo como assistente de quem o dirigia).

Complementa o autor que, com ou sem a assistência, o magistrado julgará somente a pretensão do autor perante o réu, não havendo ampliação do objeto da demanda. Desta forma, geram-se os efeitos da sentença e os limites objetivos da demanda como se o assistente não tivesse ingressado na demanda.

No tocante ao limites subjetivos da coisa julgada, o assistente não poderá discutir a justiça da decisão, muito embora não esteja vinculado à coisa julgada. Em outras palavras, os motivos da decisão ficam abarcados pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não podendo ser rediscutidos em outra demanda, tratando-se da impossibilidade de rediscutir a justiça da decisão.

¹⁵⁶¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

¹⁵⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8ª edição, revista e atualizada, 2009, São Paulo, Editora Malheiros, pág. 50/65.

Como não há ampliação do objeto litigioso do processo, a coisa julgada abarca o conteúdo da sentença em relação aos direitos e obrigações entre autor e réu, assim autor e réu serão atingidos pela coisa julgada, não o assistente.

Litisconsórcio

Os artigos 113 a 118 do CPC/15 regulam a matéria de litisconsórcio, cumprindo observar que os objetivos do instituto são a harmonia dos julgados e a economia processual.

Importante lembrar que a demanda cumulativa pode abarcar os seguintes aspectos (i) cúmulo objetivo em que são os elementos da ação, como causa de pedir e pedido; e (ii) cúmulo subjetivo em que há pluralidade de partes.

A pluralidade de partes, por sua vez, pode acarretar em litisconsórcio ou na intervenção de terceiros, o que veremos cada um de forma separada.

Entretanto, é interessante mencionar que existe limitação temporal para formação de litisconsórcio. A regra do artigo 329 do CPC/15 prevê que, após o saneamento do feito, não é possível qualquer aditamento da petição inicial para incluir litisconsorte.

A ausência de formação do litisconsórcio pode ocasionar (i) a nulidade da sentença de mérito nos casos em que a decisão deveria ser uniforme para todos; ou (ii) a ineficácia da sentença de mérito apenas com relação àqueles que não foram citados (artigo 115, “*caput*” e incisos I e I, do CPC/15).

O litisconsórcio pode ser formado de acordo com (i) o polo da demanda; (ii) momento da formação; e (iii) obrigatoriedade da formação; e (iv) regime de julgamento.

Com relação ao polo da demanda pode formar litisconsórcio (i) ativo; (ii) passivo; ou (iii) misto.

No tocante ao momento da formação, o litisconsórcio pode ser (i) inicial, como por exemplo, nos casos de reconvenção ou denunciação da lide; ou (ii) ulterior, como por exemplo, em casos de desconsideração de personalidade jurídica.

Em se tratando de correção de polo em que o magistrado determina a intimação do autor para requerer a citação dos demais litisconsortes, seria um exemplo de litisconsórcio ulterior.

De acordo com a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio, este pode subdividir-se em (i) necessário; e (ii) facultativo.

E, por último, o litisconsórcio pode ter regime de julgamento (i) unitário; ou (ii) simples.

Litisconsórcio Facultativo

O artigo 113 do CPC/15 trata do litisconsórcio facultativo, explicitando que a pluralidade de partes pode ocorrer no polo ativo ou no polo passivo em casos de *(i)* comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; *(ii)* conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; ou *(iii)* afinidade de questões em razão de ponto comum de fato ou de direito.

A comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide ocorre, por exemplo, no caso de anulação de contrato ou mera declaração de nulidade ou validade, sendo especificamente situação de comunhão de obrigação relativa à lide.

A conexão pelo pedido ou pela causa de pedir, pode ocorrer, por exemplo, o abalroamento de dois veículos que atingem um terceiro veículo estacionado, sendo que um dos motoristas litisconsorcia-se com o motorista do veículo estacionado contra o causador do evento danoso. O litisconsórcio é admitido, tendo em vista que é permitida a identidade parcial do título, ou seja, que duas causas de pedir sejam comuns, com uma única convicção, a fim de que o magistrado possa proferir sentença sobre as demandas cumuladas.

A afinidade de questões em razão de ponto comum de fato ou de direito ocorre quando o liame é menos intenso que a conexidade. Como por exemplo, no caso de inúmeros servidores litigando contra o Estado para obtenção de determinada vantagem funcional seria o ponto comum.

Neste último exemplo não se trata de litisconsórcio unitário, tendo em vista que um servidor preenche os requisitos para comprovar seu direito, enquanto que outro servidor não teria elementos probatórios, como ter ingressado no serviço público no momento posterior à aplicação do direito.

Outros exemplos de litisconsórcio facultativo: *(i)* ação coletiva de direitos individuais homogêneos; e *(ii)* incidente de resolução de demandas repetitivas com sujeito passivo de situação tributária semelhante.

A doutrina¹⁵⁶³ ainda descreve exemplos de litisconsórcio comum facultativo: *(i)* várias vítimas de um só acidente rodoviário com requerimento de condenação de ressarcimento perante a mesma empresa; *(ii)* ação de cobrança movida ao mutuário e ao fiador; ou *(iii)* servidores à Fazenda Pública, com objetivos de vantagens análogas.

¹⁵⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8ª edição, revista e atualizada, 2009, São Paulo, Editora Malheiros, Pág. 86 e 95/103.

O litisconsórcio multitudinário também trata-se de litisconsórcio facultativo (artigo 113, §1º, do CPC/15). Neste caso, havendo inúmeros litisconsortes, a lei permite a limitação pelo magistrado, evitando a morosidade excessiva na solução do litígio, a dificuldade na oferta de defesa ou no cumprimento da sentença.

Ressalte-se que, no caso de litisconsórcio multitudinário necessário, não cabe a limitação de litisconsortes, ainda que haja inúmeros litigantes e ocasione certa morosidade na solução do conflito. Como por exemplo, ação popular; usucapião; recuperação judicial da empresa de telefonia OI S/A.

Solidariedade

A solidariedade pode ocorrer em todas as formas de litisconsórcio, portanto necessário ou facultativo, unitário ou simples, muito embora tenha maior incidência no litisconsórcio facultativo, motivo pelo qual discorre sobre o tema neste ponto do trabalho.

Solidariedade Ativa

O artigo 264 do Código Civil prevê regra para obrigações solidárias quando houver mais de um credor e/ou devedor em que é permitido a cada credor exigir a integralidade da obrigação de um devedor.

Embora haja a possibilidade dos credores litigarem em conjunto, o artigo 267 do Código Civil dispõe acerca da solidariedade ativa, determinando que qualquer credor pode demandar o devedor para cumprimento da obrigação integral, sendo que cabe ao devedor pagar ao único credor litigante.

Desta forma, os efeitos da sentença e a extensão da coisa julgada atingirão aos credores que não participaram da demanda apenas no caso de julgamento favorável, salvo exceção pessoal do credor (artigo 274 do Código Civil).

Neste caso de procedência do pedido de demanda ajuizada por um único credor solidário, tendo em vista que a coisa julgada estende-se aos demais credores solidários, é permitido o início da execução por qualquer credor solidário, mesmo àqueles que não foram parte no processo que originou o título executivo.

A ressalva ocorrerá apenas quando a procedência da demanda cognitiva basear-se em exceção pessoal do credor. O exemplo clássico apontado na doutrina seria a suspensão da prescrição que apenas beneficia o próprio credor, não se estendendo aos

demais credores. Situação diversa ocorre com a interrupção da prescrição em que beneficia a todos os credores solidários.

Ressalte-se que a improcedência do pedido do credor solidário demandante não se estende aos demais credores solidários que não participaram do processo. Por esse motivo, os demais credores solidários poderão ingressar em juízo, não sendo atingidos pela extensão da coisa julgada, uma vez que trata-se de litisconsórcio facultativo unitário.

Situação diversa ocorre quando o devedor ingressa em juízo para obtenção de uma declaração, como por exemplo, declaração de inexistência ou inexigibilidade do débito, em que é essencial a propositura da demanda contra todos os credores solidários que, neste caso, serão réus. A nulidade da obrigação exige a presença de todos os credores solidários, sob pena de ineficácia da sentença.

Vejamos o litisconsórcio facultativo em solidariedade passiva.

Solidariedade Passiva

O artigo 275 do Código Civil trata da solidariedade passiva.

O credor poderá demandar contra um, vários ou todos os devedores, sendo que não se considera renúncia da solidariedade. Além disso, todos os devedores solidários continuam obrigados ao pagamento do resíduo quando ocorre o pagamento parcial por um ou alguns devedores.

Em caso de procedência da demanda, o devedor solidário que figurou no polo passivo, deverá pagar ou cumprir a obrigação em sua integralidade, cabendo direito de regresso (artigo 283 do Código Civil).

A rigor, não se trata de extensão da coisa julgada, mas previsão legal expressa de que o devedor solidário deverá quitar o débito e/ou cumprir a obrigação de forma integral, podendo exercer seu direito de regresso.

Já no caso de improcedência da demanda, o credor não poderá ingressar com nova demanda contra os demais devedores solidários, com exceção da improcedência resultar de exceção pessoal contra aquele devedor específico (artigo 281 do Código Civil).

No caso do devedor solidário ingressar com demanda desconstitutiva contra o credor, apenas a procedência da demanda atingirá os demais devedores solidários, portanto ficarão liberados em cumprir a obrigação. Já na improcedência da demanda desconstitutiva, não haverá extensão da coisa julgada aos devedores solidários porque a

sentença não produzirá efeitos, permitindo o ajuizamento de novas demandas pelos demais devedores solidários.

Em âmbito recursal, o artigo 1.005, parágrafo único, do CPC/15 determina que, em caso de solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor pode aproveitar a todos quando a defesa for comum.

Passemos a estudar o litisconsórcio necessário.

Litisconsórcio Necessário

O artigo 114 do CPC/15 determina que o litisconsórcio necessário ocorre nos casos de (i) imposição legal, a fim de conceder maior utilidade ao processo e à prestação jurisdicional; ou (ii) relações jurídico-materiais incindíveis, a fim de evitar futura inutilidade da demanda em que não teve a participação de todos os litisconsortes.

O litisconsórcio necessário possui uma única ação, porém com pluralidade de legitimados.

Nos casos em que estão ausentes tais requisitos, o litisconsórcio será facultativo.

Alguns exemplos de litisconsórcio necessário: citação dos cônjuges nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários (artigo 10º, §1º, I, do CPC/15); demarcação e divisão de terras (artigos 570; 575; e 589, do CPC/15); citação dos sócios na dissolução de sociedade (artigo 601 do CPC/15); citação do beneficiário do ato de Mandado de Segurança (Súmula 631 do STF); citação dos cônjuges ou companheiros (artigo 73, “caput” e seus parágrafos, do CPC/15); citação dos confinantes em usucapião (artigo 246, §3º, do CPC/15).

Importante mencionar que no sistema brasileiro não existe a “*intervenção jussu judicis*” em que caberia ao magistrado chamar alguém ao processo de forma discricionária e de ofício.

É permitido ao magistrado a determinação para que o autor requeira a citação de todos os litisconsortes, em se tratando de litisconsórcio necessário passivo, sob pena de extinção do processo (artigo 115, parágrafo único, do CPC/15).

O artigo 115, parágrafo único, do CPC/15 poderia ser aplicado ao litisconsórcio necessário ativo? Em caso positivo, haveria vedação ao acesso à justiça, tendo em vista que o ingresso com a demanda estaria condicionada à todos os litisconsortes juntos? Assim, o direito de litigar se transformaria em obrigação de litigar neste caso?

Com relação ao litisconsórcio necessário ativo poderíamos entender que a citação ou intimação dos interessados seria a solução ao impasse e, no caso do litisconsorte citado ou intimado que não ingresse nos autos, estaria atingido pelos efeitos a coisa julgada por ter sido oportunizado sua participação no feito com contraditório e ampla defesa.

A doutrina¹⁵⁶⁴ exemplifica o litisconsórcio necessário ativo entre os herdeiros na ação de usucapião. Complementa o autor de que existem duas balizas para o litisconsórcio necessário ativo: (i) garantia constitucional do direito de ação (artigo 5º, inciso XXXV, da CF), o que impede que a necessariedade ativa tenha a mesma amplitude que a necessariedade passiva; e (ii) caráter instrumental do processo que baliza o direito de ação, tendo em vista que não pode ser estendido para que um dos cointeressados possa, individualmente, dispor em juízo acerca de uma situação jurídica de todos dos cotitulares.

A consequência da não formação do litisconsórcio necessário é a ineficácia da sentença definitiva de mérito com relação àquele que não foi citado nem intimado e, portanto, não participou do processo (artigo 115, inciso II, do CPC/15). Neste caso, não exige-se que a sentença seja igual para todos no litisconsórcio necessário, motivo pelo qual o sistema permite que o terceiro não seja atingido pela sentença nem pela coisa julgada.

Tendo em vista que a ineficácia da sentença não produz efeitos, não haverá coisa julgada material e ao terceiro não será permitido ingressar com ação rescisória.

Além disso, a ineficácia da sentença permite o ingresso com nova demanda com mesmo objeto, muito embora exija-se a correção na legitimação, incluindo àqueles que participaram do processo anterior e àquele litisconsorte faltante em citado processo.

Litisconsórcio Comum

Tratam de relações jurídicas cindíveis em que se estimula o litisconsórcio, a fim de obter harmonia dos julgados.

Assim, certas condutas de um litisconsorte pode favorecer aos demais. Como por exemplo, réu revel e litisconsorte que apresenta contestação com defesa comum a

¹⁵⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8ª edição, revista e atualizada, 2009, São Paulo, Editora Malheiros, Pág. 275/280.

ambos, ou, no caso de prova trazida por um litisconsorte que beneficia a todos por se tratar de fato de interesse comum.

Ressalte-se que atos desfavoráveis não tem eficácia a todos os litisconsortes, mas tão-somente àquele que praticou o ato. Exemplificativamente, atos de reconhecimento do pedido; transação; renúncia ou desistência de recurso.

A doutrina¹⁵⁶⁵ ensina que, no litisconsórcio comum, sempre estará presente o cúmulo subjetivo das demandas, sendo este necessário ou facultativo.

É de se notar que o citado cúmulo não ocorre no litisconsórcio unitário, podendo existir a pluralidade das ações, como por exemplo, litisconsórcio unitário facultativo. Veremos o litisconsórcio unitário mais adiante.

O autor complementa que, no caso de litisconsórcio comum facultativo, também existe a pluralidade de ações, com a diferença de que não se trata de ações em concurso, tendo em vista que cada almeja um resultado que lhe é pessoalmente conveniente. Ou seja, podemos dizer que as demandas poderiam ser exercidas separadamente. Como por exemplo, acidente em uma estrada em que vários acidentados buscam seu ressarcimento de acordo com os danos, o sofrimento e questões de ordem pessoal (afastamento do trabalho por internação ou não; tem filhos dependentes; necessitará de pensão vitalícia etc).

O litisconsórcio comum permite litisconsortes com decisões logicamente conflitantes, como no caso da interposição de recurso por apenas um deles e este resultar em provimento. Em outras palavras, não existe legitimidade individual para interposição de recursos com eficácia geral.

Exemplificativamente, um produto defeituoso oriundo de um mesmo fornecedor é vendido a vários consumidores, assim são várias relações jurídicas diferentes, muito embora estejam fundadas no mesmo fato-base (defeito do produto).

O litisconsórcio comum pode ser necessário quando houver exigência legal. Com sua formação, os litigantes serão tratados de modo relativamente autônomo (artigo 117, 1ª parte, do CPC/15), tendo em vista que não há incindibilidade do objeto. Como por exemplo, Lei de Ação Popular em que haverá litisconsórcio passivo necessário em relação a todos os sujeitos que participaram do ato impugnado e a todos que se

¹⁵⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8ª edição, revista e atualizada, 2009, São Paulo, Editora Malheiros, Pág. 87/90.

beneficiaram deste, porém uns podem ser condenados e outros não; pode haver condenação em valores diversos etc.

Litisconsórcio Unitário

O litisconsórcio unitário decorre da natureza da relação, ou seja, incidibilidade da relação material e da sentença. Exige-se o julgamento uniforme de mérito para todos os litisconsortes.

Por esse motivo, o litisconsórcio unitário possui uma única demanda (diferentemente do litisconsórcio comum) e não prepondera o princípio da autonomia dos litisconsortes, muito embora possua concurso subjetivo de ação.

No caso da relação incidível estar entre os fundamentos do pedido, portanto serão objeto da fundamentação da sentença, tal incidibilidade não exigirá litisconsórcio unitário.

Em razão da relação jurídica incidível, a contestação de um dos litisconsortes aproveita a todos os demais, mesmo em caso de revelia (artigo 345, inciso I, do CPC/15).

Além disso, cada litisconsorte pode participar da produção de provas requerida por outro litisconsorte.

O artigo 117 do CPC/15 prevê que atos e omissões de um dos litisconsortes podem beneficiar os demais, mas não podem ser aplicados para prejudicar. Em outras palavras, o reconhecimento do pedido ou a renúncia ao recurso aplica-se apenas ao litisconsorte que expressou tais requerimentos, sendo ineficazes em relação aos demais.

Na fase recursal, o artigo 1.005 do CPC/15 determina que o recurso interposto por um deles, a todos aproveita.

A regra é a personalidade do recurso, sendo exceção essa comunhão do litisconsórcio unitário. Assim, o litisconsorte vencido que não havia recorrido, poderá participar do trâmite recursal, apresentando razões e realizando sustentação oral, bem como interpor os recursos subsequentes.

Em suma, não se admite julgamento de mérito diverso aos litisconsortes, mesmo em segunda instância ou instâncias superiores.

Exemplificativamente: anulação de casamento; anulação de contrato; ação rescisória; investigação de paternidade proposta em face dos herdeiros; ação

reivindicatória quando o imóvel estiver registrado em nome de mais de uma pessoa em copropriedade.

O litisconsórcio unitário pode ser necessário ou facultativo.

O litisconsórcio unitário necessário ocorre quando a relação jurídica controvertida for incindível, como por exemplo, ação de nulidade ou de anulação de casamento, quando proposta por terceiro ou pelo Ministério Público (artigo 1.549 do Código Civil), em que ambos os cônjuges serão litisconsortes passivos necessários.

O litisconsórcio unitário facultativo pode ocorrer *(i)* quando a lei estabelece uma legitimidade extraordinária concorrente, com objeto único da demanda, como por exemplo, ação declaratória de nulidade de deliberação tomada em assembleia; e *(ii)* quando a lei autoriza a demanda individual, com legitimação ordinária, porém o objeto da demanda é incindível, como por exemplo, ação reivindicatória de coisa comum (artigo 1.314 do Código Civil). Em ambos os casos, se optarem pela atuação conjunta, se transforma em litisconsórcio unitário.

Em se tratando de litisconsórcio unitário facultativo, a citação dos litisconsortes pode ocorrer ou não, sendo que todos serão atingidos pela coisa julgada em sentenças favoráveis. Como por exemplo, anulação de deliberação de assembleia social ou condominial; ação coletiva referente à direito individual homogêneo em que a procedência da demanda beneficia possíveis lesados, permitindo a liquidação e execução individual (artigos 95; 97; 98; e 103, do Código de Defesa do Consumidor).

A consequência da não formação do litisconsórcio unitário é a nulidade da sentença com relação ao terceiro (artigo 115, inciso I, do CPC/15), o que autoriza o ingresso com ação rescisória no prazo de dois anos.

Desta forma, alguns doutrinadores sustentam que não seria caso de extensão da coisa julgada a terceiros, uma vez que a parte que não participou da demanda, não será atingida pela formação da coisa julgada.

Dissolução de Sociedade por José Ignácio Botelho de Mesquita¹⁵⁶⁶

No caso de litisconsórcio unitário em que um dos sócios ingressa em juízo com ação de dissolução de sociedade e apenas um dos réus (também sócio) reconhece juridicamente o pedido, seria possível impor tal reconhecimento aos demais sócios?

É de se notar que a sentença de procedência de dissolução de sociedade é constitutiva e o interesse processual caracteriza-se com a recusa dos sócios, sendo uma das condições de admissibilidade da demanda.

O autor relata os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, que classifica o comportamento dos litisconsortes em determinantes e alternativos.

O comportamento determinante do litisconsorte ocorre quando impacta de forma decisiva no desfecho do pleito, enquanto que o comportamento alternativo ocorre quando não o comportamento não determina o conteúdo da regra jurídica.

O reconhecimento jurídico do pedido pelo réu está inserido em comportamento determinante e, a rigor, não pode ser imputado ao outro réu que não expressou o reconhecimento jurídico do pedido, em razão do princípio da ineficácia do reconhecimento do pedido.

José Ignácio Botelho de Mesquita conclui que, sendo litisconsórcio passivo unitário, se o litisconsorte que reconheceu o pedido tiver, por força de lei, o poder de dispor do direito, ocorrerá a extensão dos efeitos do reconhecimento do pedido, assegurando uma decisão uniforme a todos os litisconsortes.

Figura do “amicus curiae”

O artigo 138 e seus parágrafos do CPC/15 tratam da figura do “*amicus curiae*”, que é um colaborador do magistrado.

A função de “*amicus curiae*” pode ser exercida por ente público (pessoa jurídica de direito público) ou ente privado (pessoas naturais ou entidades de natureza privada).

Cabe ao magistrado a sua admissão no processo através de decisão irrecorrível (artigo 138, “*caput*”, do CPC/15), bem como a delimitação de sua atuação e o exercício de seus poderes (artigo 138, §2º, do CPC/15).

¹⁵⁶⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil, vol. I: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. In: MESQUITA, José Inácio de; TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (apresentação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, Pág. 179/198.

O “*amicus curiae*” pode ingressar no processo de forma espontânea, por decisão de ofício do magistrado ou por requerimento das partes.

A figura do “*amicus curiae*” não é cabível em qualquer demanda, exigindo-se que a decisão tenha impacto na sociedade, motivo pelo qual a lei determina o preenchimento de alguns requisitos, a saber, (i) relevância da matéria; (ii) especificidade do tema objeto da demanda; ou (iii) repercussão social da controvérsia.

A lei ainda exige a representatividade adequada do “*amicus curiae*”, a fim de alcançar seu objetivo que seria cooperar com o magistrado, sendo relevante observar que não se trata de imparcialidade.

A doutrina¹⁵⁶⁷ lembra que há duas situações em que não se exige autorização judicial para atuação do “*amicus curiae*”, sendo (i) possibilidade de oposição de embargos de declaração (artigo 138, §1º, do CPC/15) e (ii) faculdade de recorrer de decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 138, §3º, do CPC/15).

No caso do terceiro não se adequar aos requisitos de “*amicus curiae*” do CPC/15, o autor destaca que o terceiro poderá ingressar na demanda como assistente, litisconsorte ou outra categoria de intervenção de terceiros, mas não “*amicus curiae*”.

Precedentes obrigatórios e questão prejudicial favorável à terceiro

Importante mencionar, ainda que de forma breve em razão do escopo do presente trabalho, a diferença entre precedentes obrigatórios e a questão prejudicial, que podem vir a atingir terceiros.

É de se notar que a doutrina não é unânime neste tópico, mas é um importante ponto a ser debatido frente à nova redação do artigo 506 do CPC/15, que excluiu “*não beneficiar terceiros*”.

A doutrina¹⁵⁶⁸ destaca a diferença entre a coisa julgada sobre questão prejudicial e a aplicação de precedentes obrigatórios.

No tocante à coisa julgada sobre questão prejudicial, após a formação da coisa julgada com o preenchimento dos requisitos do artigo 503, §1º, do CPC/15, o segundo caso pode aproveitar-se dessa coisa julgada quando tratar-se de caso idêntico.

¹⁵⁶⁷ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Do Amicus Curiae*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 243/248.

¹⁵⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios*. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Ano 12, Volume 19, Número 3, Setembro a Dezembro de 2018, ISSN 1982-7636, Pág. 501/522.

Como por exemplo, o autor menciona um acidente com ônibus escolar em que vários alunos tenham sofrido lesões e prejuízos. A condenação da escola para ressarcir o aluno litigante, em razão de sua responsabilidade, recairá a coisa julgada entre as partes.

No entanto, os demais alunos, envolvidos no mesmo acidente, poderiam se aproveitar dessa coisa julgada para obtenção de ressarcimento, comprovando o seu dano, tendo em vista que a responsabilidade da escola já foi reconhecida neste acidente.

O autor entende que o aproveitamento da coisa julgada que beneficia terceiro é salutar ao sistema jurídico brasileiro, sendo uma evolução da ciência jurídica, uma vez que, se a cada aluno, o Poder Judiciário tiver que produzir provas para caracterização de responsabilidade, estaremos contribuindo para a crise da Justiça com desgaste de tempo e possíveis decisões conflitantes.

Sem prejuízo do acima exposto, outra situação ocorreria no caso de questão prejudicial diversa. Em outras palavras, não se tratando de questões idênticas, o primeiro processo seria aplicado como precedente, mas não haveria possibilidade de aproveitamento da coisa julgada.

Exemplificativamente, aproveitar a coisa julgada do exemplo acima referente à acidente com ônibus escolar que reconheceu a responsabilidade da escola, com acidente com ônibus intermunicipal em que objetiva-se a responsabilização do Município. Observe-se que o primeiro caso pode ser utilizado como precedente apenas, tendo em vista que não são questões prejudiciais idênticas.

Além disso, a coisa julgada é indiscutível e imutável, enquanto que o precedente pode sofrer alterações com “*overruling*” ou “*overriding*”.

Dessa forma, conclui o autor de que o precedente teria uma preclusão menos rígida que a coisa julgada.

Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Os artigos 133 a 137 do CPC/15 tratam da desconsideração da personalidade jurídica, inserida dentro do título de intervenção de terceiros, porém como incidente processual.

O tema pode ganhar relevância para ações de improbidade administrativa, o que convém entender o instituto à luz do CPC/15.

A doutrina¹⁵⁶⁹ elucida que a vinculação entre débito e responsabilidade patrimonial ainda trata-se da regra no atual sistema processual brasileiro, sendo excepcional a sujeição do terceiro à responsabilidade patrimonial.

A rigor, não se trata de demanda com tutela condenatória, porém, ao deferir a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou pessoa jurídica será responsável patrimonial por débito do qual não é devedor.

A desconsideração da personalidade jurídica está ligada a duas situações: (i) desvio de finalidade em que os sócios tentam fraudar terceiros com uso abusivo da personalidade jurídica; ou (ii) confusão patrimonial entre a sociedade e os sócios ou, ainda, entre diferentes pessoas jurídicas.

A desconsideração da personalidade jurídica não se trata de ação executiva tradicional, sendo que cabe o exercício do direito de ação ao terceiro, a fim de que lhe possibilite oportunidade de defesa para que seu patrimônio não sujeite-se à regra de responsabilidade patrimonial.

Complementa o autor que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a fraude contra credores nem com a fraude à execução, e tampouco com a sucessão de empresas e respectivos patrimônios.

Na primeira hipótese referente à fraude contra credores, a lei exige a distribuição de uma demanda autônoma denominada ação pauliana (artigo 158 do Código Civil). Neste caso, não aplica-se a técnica de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista a previsão de demanda própria.

Já na segunda hipótese de fraude à execução, o reconhecimento da fraude será incidental no processo executivo ou no cumprimento de sentença. No entanto, antes de reconhecer a fraude, a lei determina a intimação do adquirente do bem para apresentar defesa através de embargos de terceiro (artigo 792, §4º, do CPC/15), a fim de discutir a suposta fraude e a sujeição do bem a eventual penhora. Além disso, para caracterização da fraude à execução, exige-se a demonstração de insolvência do alienante. Pontua Flávio Luiz Yarshell que, por expressa previsão legal, a mesma técnica aplicável no caso de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se em fraude à execução.

O autor¹⁵⁷⁰ ainda pondera que, em regra, a técnica de desconsideração da personalidade jurídica não faz sentido para as obrigações de entrega de coisa, que

¹⁵⁶⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC 2015: Aplicação a Outras Formas de Extensão da Responsabilidade Patrimonial*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Júlio (coords.). *Processo Societário*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pag. 213/224.

resulta na busca da coisa através de imissão na posse ou busca e apreensão mediante o reconhecimento da ineficácia da alienação.

O mesmo raciocínio ocorre com as obrigações de fazer e não fazer em que, em regra, não se aplica a técnica de desconsideração da personalidade jurídica porque os meios executivos não recaem sobre todo o patrimônio penhorável, porém podem transformar-se em pagamento de quantia.

Em alguns casos excepcionais, com o preenchimento dos requisitos da tutela de urgência (artigo 300 do CPC/15), o magistrado poderá determinar atos satisfativos contra o patrimônio do terceiro supostamente responsável, antes da decisão da desconsideração da personalidade jurídica. Exemplificativamente, determinar o arresto (artigo 301 do CPC/15). É de se notar que não admite-se concessão de tutela de urgência de ofício.

É de se notar que o sócio ou a pessoa jurídica afetada pela desconsideração da personalidade jurídica deixam de ser terceiros, tornando-se parte.

A legitimação ativa do pedido de desconsideração da personalidade jurídica é feita pelo credor e, havendo litisconsórcio, pode ser pedido por qualquer deles, com aplicação do artigo 117 do CPC/15, inclusive por ser demanda que geram encargos e eventual condenação em custas e honorários advocatícios.

Entretanto, deve-se observar a natureza do litisconsórcio ativo quanto o resultado decorrente da desconsideração da personalidade jurídica com a devida expropriação, a fim de determinar os efeitos da sentença, a extensão da coisa julgada e seus limites subjetivos.

A legitimação passiva ocorre com o sócio ou a sociedade, sendo que o réu/devedor originário não é litisconsorte passivo (nem mesmo necessário) na demanda de desconsideração de personalidade jurídica.

O artigo 133, §2º, do CPC/15 inovou ao prever expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica “inversa” em que o patrimônio da sociedade será responsável pelo débito do sócio em razão de confusão patrimonial.

Importante mencionar que, ainda não exista litisconsórcio passivo, o sócio ou sociedade sucumbentes no pedido de desconsideração de personalidade jurídica poderão exercer direito de regresso contra o réu/devedor originário.

¹⁵⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 229/243.

Por esse motivo, o réu/devedor originário pode ingressar no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como assistente litisconsorcial do sócio ou sociedade, tendo em vista seu interesse jurídico (artigo 124 do CPC/15).

No tocante ao limite da cognição na “defesa” do sócio ou sociedade dentro do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, não caberia discutir o débito em si, mas tão-somente a responsabilidade patrimonial.

A discussão acerca do débito seria ampla no caso em que o terceiro, sócio ou sociedade, ingressa no processo originário, antes mesmo da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, através da assistência litisconsorcial em que ficará vinculado à sentença proferida entre assistido (réu/devedor originário) e adversário (credor), guardadas as exceções do artigo 123 do CPC/15.

A doutrina¹⁵⁷¹ ensina que o terceiro, sócio ou sociedade, em tese, teria legitimidade e interesse em discutir a existência e validade do débito, tendo em vista que pode ocorrer eventual inexistência ou inexigibilidade do débito, que acarretará na exclusão de responsabilidade.

Em regra, não se admite a rediscussão das matérias já debatidas no processo originário com relação ao débito, motivo pelo qual o terceiro, sócio ou sociedade, ficariam adstritos ao debate acerca da responsabilidade patrimonial.

No entanto, ainda que se entenda que o terceiro, sócio ou sociedade, podem ter sido substituídos processualmente pelo réu/devedor no processo originário, permitindo-se ao terceiro alegar as exceções do artigo 123 do CPC/15, não há regra expressa de substituição processual nesse sentido.

O artigo 792, §3º, do CPC/15 determina que, nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, configura-se fraude à execução com a citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. A lei não menciona acerca da citação do terceiro, sócio ou sociedade, que podem ser responsáveis patrimoniais.

Por esses motivos, cabe ao magistrado ponderar as alegações do terceiro, sócio ou sociedade, podendo ampliar a discussão do incidente, abarcando o débito e sua suposta responsabilidade patrimonial. A doutrina complementa que, se o CPC/15, permitiu a inclusão do terceiro no início da demanda cognitiva, poderia se aceitar a discussão

¹⁵⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 229/243.

referente ao débito pelo terceiro no incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 134, primeira parte, do CPC/15).

A doutrina¹⁵⁷² elucida que, eventual inércia do terceiro, gerará apenas a preclusão (endoprocessual), sendo que o exercício do direito de ação permanecerá na forma autônoma. E, neste caso, haverá relação de prejudicialidade entre a ação autônoma e a desconsideração da personalidade jurídica, permitindo ao magistrado a suspensão do processo (artigo 313, inciso V, alínea “a”, do CPC/15).

A desconsideração da personalidade jurídica apenas é permitida após o efetivo contraditório do sócio ou pessoa jurídica, sendo que, a decisão que acolher sua defesa, ainda que decisão interlocutória, estará abarcada pela coisa julgada material.

Embora não haja a instauração de um novo processo, trata-se de julgamento de mérito que externa efeitos para fora do processo, passível de ação rescisória.

Medida Provisória nº 881/2019 convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019

A Medida Provisória nº 881 de 30 de abril de 2019, convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, instituiu a Declaração de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, dentre outros.

O artigo 7º da vigente Lei nº 13.874/2019, alterou a redação do artigo 50 e seus parágrafos, do Código Civil, bem como o artigo 421 do Código Civil, o que nos interessam porque impactam na aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O artigo 7º da Lei nº 13.874/2019, alterou o artigo 50, §1º, do Código Civil, definindo que o desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

Desta forma, a citada medida provisória teria exigido o dolo para caracterização de desvio de finalidade, o que abrandaria a tipificação em casos de culpa.

O artigo 7º da Lei nº 13.874/2019, alterou o artigo 50, §2º, do Código Civil, definindo a confusão patrimonial como a ausência de separação de fato entre os patrimônios, com as seguintes características: (i) cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (ii) transferência de ativos ou

¹⁵⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 229/243.

de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e *(iii)* outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

O artigo 7º da Lei nº 13.874/2019, alterou o artigo 50, §4º, do Código Civil, ressalta que a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos acima mencionados não autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica.

Com relação ao artigo 421 do Código Civil, também alterados pelo artigo 7º da Lei nº 13.874/2019, determina que nas relações contratuais privadas prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado e com a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

Não se pretende esgotar o tema em razão do escopo do presente trabalho, bem como por ser a da Lei nº 13.874/2019 recente, exigindo um estudo aprofundado com análise do impacto no cotidiano nas áreas consultiva (elaboração dos contratos) e contenciosa (aplicação nos tribunais).

Por ora, o que se pretende é pontuar brevemente acerca da existência e vigência da Lei nº 13.874/2019, cumprindo observar que, salvo melhor juízo, a citada medida provisória restringiu as hipóteses de aplicação de desconsideração da personalidade jurídica, a fim de estimular a economia. Em outras palavras, ao que parece, o objetivo da medida provisória é assegurar aos empresários e, portanto, sócios de que seu patrimônio não será atingido por eventuais questões da pessoa jurídica, ou pelo menos, seu patrimônio será atingido apenas em suas situações excepcionais e extremas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evitando-se a repetição e respeitando o escopo do presente trabalho que não permite o estudo aprofundado de todas as hipóteses, embora o objetivo tenha sido trazer todos os institutos que tratam de partes e terceiros, ainda que nem todos impactem diretamente acerca do tema de extensão da coisa julgada a terceiros.

Convém apenas pontuar brevemente que o artigo 506 do CPC/15 excluiu a expressão “*beneficiar terceiros*”, gerando o debate doutrinário se estaríamos diante da coisa julgada “*secundum eventum litis*” (Camilo Zufelato) ou mera eficácia da sentença em que o terceiro beneficiado não tem interesse processual em demandar (José Rogério Cruz e Tucci).

O CPC/15 trouxe ainda o incidente de descon sideração da personalidade jurídica ao bojo da intervenção de terceiros, mas, a rigor, o sócio e/ou sociedade que é demandada torna-se parte, e não terceiro. Portanto, não há que se falar em extensão da coisa julgada aos terceiros. Além disso, o CPC/15 trouxe a figura do “*amicus curiae*” que pode ser considerado um terceiro, com representatividade adequada e que impactaria na vida de terceiros.

Com relação aos demais institutos, que geravam debate ainda na vigência do CPC/73, como sucessão processual, substituição processual, solidariedade e assistência, ressalte-se que o enfoque dos debates com o CPC/15 apontam para quem pode beneficiar-se (ou não) da coisa julgada.

Em se tratando de terceiro que tornou-se parte (sucessão), será atingido pela coisa julgada. Em se tratando de terceiro que foi substituído na demanda, será atingido pela coisa julgada. No caso de solidariedade, em regra, a coisa julgada estenderá apenas quando favorável ao credor e/ou devedor solidário, desde que respeitadas as regras acima demonstradas. Já na situação de assistência, o assistente não poderá discutir a justiça da decisão, portanto seria eficácia preclusiva da coisa julgada, uma vez que não é atingido pela coisa julgada da decisão.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Do Amicus Curiae*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 243/248.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*, 5ª edição, 2009, São Paulo: Editora Malheiros. Pág. 13/39.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8ª edição, revista e atualizada, 2009, São Paulo, Editora Malheiros.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II, 2ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – Págs. 667/730.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios*. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Ano 12, Volume 19, Número 3, Setembro a Dezembro de 2018, ISSN 1982-7636, Pág. 501/522.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil, vol. I: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. In: MESQUITA, José Inácio de; TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (apresentação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, Pág. 179/198.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*. In: Temas de Direito Processual Civil – Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, Pág. 221/234.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC 2015: Aplicação a Outras Formas de Extensão da Responsabilidade Patrimonial*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). *Processo Societário*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pag. 213/224.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 229/243.

Revelia e manutenção das provas documentais e da contestação intempestiva nos autos

Welder Queiroz¹⁵⁷³

Introdução

O réu devidamente citado que não se manifesta no processo ou não apresenta defesa no prazo legal será considerado revel, tendo como efeitos a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; a desnecessidade de intimação do réu revel a respeito dos atos processuais subsequentes; e o julgamento antecipado do mérito.

Por outro lado, o desentranhamento da defesa intempestiva e dos documentos com ela juntados aos autos não é um efeito decorrente da revelia.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que as provas documentais e a contestação intempestiva devem ser mantidas nos autos em caso de revelia.

1. Revelia

A revelia é o instituto processual que regula o estado de inércia em intervir no processo ou de intempestividade da defesa do réu, prevista no Capítulo VIII (Da revelia) do Título I (Do procedimento comum) do Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença) da Parte Especial do Código de Processo Civil de 2015.

O réu devidamente citado que não se manifesta no processo ou não apresenta defesa¹⁵⁷⁴ no prazo legal se submete aos efeitos da revelia. Assim, considera-se revel o réu que devidamente citado não apresenta sua defesa à demanda, mesmo tendo sido

¹⁵⁷³ Doutorando, mestre e especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor efetivo da Faculdade de Direito da UFMT, aprovado em 1º lugar no concurso público para ingresso na carreira. Professor em cursos de pós-graduação lato sensu e de extensão em direito civil e em direito processual civil. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado.

¹⁵⁷⁴ Embora o art. 344 do CPC estabeleça que será considerado revel o réu que não contestar a ação, a melhor interpretação do dispositivo é aquela que não se restringe a não apresentação da contestação, mas sim a não apresentação de qualquer forma de resposta do réu. Neste sentido, entre outros, Artur César de Souza (*Contraditório e revelia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 194), Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2, p. 156) e Heitor Vitor Mendonça Sica (*Comentários ao art. 344*. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio [Coord.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 110). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é firme no sentido de que não se considera revel o réu que a não apresenta contestação, mas apresenta reconvenção ou outra forma de defesa a demanda (STJ, Terceira Turma, REsp 1335994/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/08/2014, DJe 18/08/2014). Portanto, não há falar em revelia quando o réu não apresenta contestação, mas apresenta tempestivamente alguma outra forma de resposta à demanda — como é o caso da reconvenção — apta a afastar a produção dos seus legais efeitos.

devidamente intimado para praticar tal ato processual, ou a apresenta após o transcurso do prazo estabelecido pela lei ou fixado pelo juiz.

2. Efeitos produzidos pela revelia

A ocorrência de revelia acarreta diversas consequências jurídicas ao réu que deliberadamente não comparece nos autos ou, ao comparecer, apresenta sua defesa intempestivamente.

São, em regra, três os efeitos decorrentes da revelia: (i) presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; (ii) desnecessidade de intimação do réu revel a respeito dos atos processuais subsequentes; (iii) julgamento antecipado do mérito.

2.1. Primeiro efeito: Presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor

O primeiro efeito da revelia é a presunção de veracidade das alegações de fatos trazidas pelo autor em sua petição inicial. Trata-se de seu efeito material, como se extrai do art. 344 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

Essa presunção de veracidade dos fatos não contestados ou contestados a destempo é relativa (*juris tantum*) e pode ser afastada pela lei ou pelo juiz à luz das provas existentes nos autos.

Neste sentido, o art. 345 do Código de Processo Civil¹⁵⁷⁵ prevê expressamente que a revelia não produz o efeito da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em, ao menos, 04 (quatro) hipóteses, quando: (i) havendo pluralidade de réus, um litisconsorte contesta a ação; (ii) o litígio versar sobre direitos indisponíveis; (iii) a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento legalmente indispensável à prova do ato; (iv) os fatos alegados pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

1575 Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

2.2. Segundo efeito: Desnecessidade de intimação do réu revel

Outro efeito produzido pela revelia, de natureza processual, é a desnecessidade de o réu ser intimado pessoalmente para ciência dos atos processuais subsequentes, correndo os prazos contra si a partir da publicação da decisão no Diário Oficial, como preceitua o caput do art. 346: “Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial”.¹⁵⁷⁶

Este efeito é aplicável tão somente até o momento em que o réu revel comparecer nos autos e constituir patrono. O caput do art. 346 especifica expressamente que este efeito incide “contra o revel que não tenha patrono nos autos”.

Sendo assim, a partir do momento que o réu revel passa a ser representado nos autos por seu advogado devidamente constituído, mediante procuração, os prazos para fluírem contra o revel dependerão de sua intimação por seu advogado, nas formas previstas no art. 231 do Código de Processo Civil,¹⁵⁷⁷ observadas as disposições processuais a respeito da forma e da validade da intimação (arts. 269 e seguintes).¹⁵⁷⁸

Quando o réu intervém nos autos se fazendo presente na audiência de conciliação, por exemplo, esse efeito processual é ineficaz *ab initio* da revelia, uma vez que o réu revel, quando da ocorrência da revelia, decorrente da apresentação a destempo da petição inicial, já tinha patrono nos autos.¹⁵⁷⁹

¹⁵⁷⁶ A respeito desses dois efeitos, são pertinentes as lições de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery: “4. Efeitos da revelia. Verificada a revelia, dela decorrem os seguintes efeitos: a) presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor na petição inicial; b) desnecessidade de o revel ser intimado dos atos processuais subsequentes (CPC 346)”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1110).

¹⁵⁷⁷ “Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo: I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio; II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça; III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria; IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital; V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica; VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta; VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico; VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria”.

¹⁵⁷⁸ Conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno: “Assim, se o réu constitui advogado, mas não contesta ou o faz intempestivamente, ou se constitui advogado somente depois do transcurso do prazo para apresentação da defesa – inexistente distinção entre uma hipótese e outra para fins do art. 346 -, os atos processuais praticados desde então deverão ser comunicados ao advogado respectivo, observando-se as regras respectivas dos arts. 269 a 275”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2, p. 158).

¹⁵⁷⁹ Sobre o tema, ensina André Vasconcelos Roque: “3. Intervenção do revel. A partir do momento em que o revel constitui procurador, cessa esse efeito processual da revelia. Evidentemente, o revel receberá o processo no estado em que se encontra, não podendo pedir a repetição de atos processuais, nem que sejam afastadas preclusões que ocorreram antes de sua participação. Dali para a frente, contudo, os prazos contra o revel passarão fluir de sua intimação, que deverá se realizar da forma estabelecida pela legislação processual para as partes em geral. O fato de o demandado ter incorrido em revelia não significa que será privado do contraditório, nem que será alijada a sua participação no processo”. (ROQUE, André Vasconcelos. *Comentários ao art. 346*. SCARPINELLA BUENO,

Assim, desde o primeiro momento que o réu passa a ser representado por advogado devidamente constituído nos autos é obrigatória a sua intimação para todos os atos processuais subsequentes, ainda que seja considerada revel.

2.3. Terceiro efeito: Julgamento antecipado do mérito

Há, ainda, um terceiro efeito da revelia, também de natureza processual. Trata-se da possibilidade de o juiz julgar antecipadamente o mérito, em caso de incidência do efeito material da revelia, ou seja, de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, somado a inexistência de requerimento de produção de provas formulado pelo réu, nos termos dos arts. 355 c/c 349 do Código de Processo Civil.¹⁵⁸⁰

Sendo os fatos alegados pelo autor incontroversos por ausência de impugnação ou por impugnação tardia, o art. 355 do Código de Processo Civil prevê que o juiz deve proferir julgamento antecipado do mérito, uma vez que não há a necessidade de produção de qualquer prova a respeito dos fatos alegados, o que viabiliza o julgamento imediato da causa.¹⁵⁸¹

No entanto, se o réu se fizer representar nos autos a tempo de participar da produção probatória não será mais permitido ao juiz proferir o julgamento antecipado do mérito com fundamento na revelia do réu. Em outras palavras, havendo requerimento de produção de provas formulado pelo réu antes do julgamento antecipado do mérito, o juiz não poderá julgar antecipadamente a causa, devendo abrir a instrução probatória conforme requerido pelo réu.¹⁵⁸²⁻¹⁵⁸³

Cassio. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016, p. 145).

¹⁵⁸⁰ “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.

Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

¹⁵⁸¹ Como leciona José Rogério Cruz e Tucci, “a revelia provoca ainda importante reflexo no *iter* normal do processo, que desencadeia a precipitação temporal do encerramento da causa”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, t. VII, p. 250). Sobre o tema, são precisos os ensinamentos de Artur César de Souza: “Uma vez que o efeito principal da revelia é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, o preceito normativo processual que determina o julgamento antecipado da lide decorre logicamente daquele efeito presuntivo, pois, uma vez configurada a presunção de veracidade dos fatos, segundo a ótica do legislador processual, não haveria necessidade de qualquer outra providência probatória para que a decisão pudesse ser de plano proferida”. (SOUZA, Artur César de Souza. *Contraditório e revelia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 194).

¹⁵⁸² Há muito tempo o saudoso José Carlos Barbosa Moreira chamava a atenção quanto à não produção do efeito da presunção de veracidade das alegações de fatos apresentadas pelo autor quando os fatos forem inverossímeis, notoriamente inverídicos ou incompatíveis com os elementos constantes dos autos: “A despeito do teor literal do art. 319, não fica o juiz vinculado, ao nosso ver, à aceitação de fatos inverossímeis, notoriamente inverídicos ou incompatíveis com os próprios elementos ministrados pela inicial, só porque ocorra a revelia; ademais, o pedido poderá ser declarado improcedente, v. g., em consequência da solução da questão de direito em sentido desfavorável ao autor”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97).

Este é o entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal, e amplamente aplicável nos dias de hoje, veiculado no enunciado n. 231 de sua Súmula de jurisprudência predominante: “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

Assim, é possível a produção de provas pelo Réu para contrapor as alegações do autor, quando ingressar no feito a tempo de participar dos atos processuais indispensáveis para a instrução probatória.

3. Manutenção das provas documentais e da contestação intempestiva nos autos

Não há no Código de Processo Civil brasileiro a consequência jurídica do desentranhamento da defesa e dos documentos apresentados na hipótese de o réu comparecer nos autos e apresentar sua defesa a destempo.

Não é, pois, efeito da revelia, devendo permanecer nos autos as provas documentais apresentadas junto com a contestação intempestiva e a própria contestação intempestiva.

3.1. Manutenção das provas documentais

O parágrafo único do art. 346 do Código de Processo Civil estabelece que “O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar”.

A análise do dispositivo acima deve ser feita em conjunto com o momento previsto em lei para a produção de prova documental.

Em regra, compete ao autor instruir a sua petição inicial com os documentos destinados a provar suas alegações de fato. Ao assim fazer, compete ao réu o ônus de

¹⁵⁸³ À luz do CPC de 2015, Bruno Dantas anota: “Assim sendo, o réu revel poder vir a comparecer ao processo, uma vez que a ausência de contestação não causa impedimento para tanto. Contudo, arcará com o ônus de receber o processo no estado em que se encontra e terá de enfrentar a situação de preclusão já operada e relação a todos os atos processuais já praticados. Contudo, caso a fase probatória ainda não tenha sido encerrada, ele poderá participar sendo lhe facultado até a produção de prova contra os fatos alegados pelo autor (Art. 349)”. (DANTAS, Bruno. *Comentários ao art. 346*. In: CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo(Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 548). No mesmo sentido, são as lições de André Vasconcelos Roque: “3.1. Se o revel intervir antes de encerrada a fase instrutória, poderá produzir provas para se contrapor aos fatos alegados pelo demandante (art. 349), na tentativa de afastar a presunção relativa de veracidade como efeito material da revelia. Além disso, poderá o revel invocar defesas suscetíveis de serem trazidas ao processo mesmo após o prazo da contestação (art. 342), em especial as defesas preliminares relacionadas no art. 337; demonstrar que os fatos articulados pelo demandante são implausíveis ou não são compatíveis com as provas que foram trazidas aos autos, mesmo aquelas anteriores à sua participação, ou impugnar as conclusões jurídicas pleiteadas pelo demandante, sobre as quais, não incidem os efeitos materiais da revelia”. (ROQUE, André Vasconcelos. *Comentários ao art. 346. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016, p. 145).

manifestar a respeito dos fatos alegados pelo autor e das provas documentais apresentadas juntamente com a inicial.

Do mesmo modo, incumbe ao réu instruir sua defesa com as provas documentais pertinentes aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

É o que dispõe o art. 434 do Código de Processo Civil: “Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações”.

A respeito da permanência dos documentos apresentados juntamente com a contestação intempestiva, é necessário analisar também o disposto no art. 435, caput e parágrafo único, do Código de Processo Civil, que disciplina a juntada a posteriori de documentos, nos termos:

“Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º”.

O parágrafo único do art. 435 admite a juntada a posteriori de documentos de acordo com a boa-fé da parte, ou seja, com sua conduta ética, reta, coerente e socialmente admitida; sem entrar em contradição e sem frustrar as legítimas expectativas decorrentes de uma conduta anterior, devendo ser levada em consideração na interpretação dos atos jurídicos processuais.

Ao analisar a possibilidade de juntada de prova documental posterior ao momento previsto em lei e a sua relação com o princípio do contraditório e a vedação de decisão surpresa, assim nos manifestamos em outro estudo:

“Apesar de as provas documentais deverem ser apresentadas juntamente com a petição inicial e com a contestação, as partes poderão também juntar documentos novos

para fazer prova de fatos ocorridos em momento posterior ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos pela parte contrária (art. 435).

A juntada extemporânea de documento impõe à parte o ônus de justificar o porquê de não ter produzido a prova no momento legal, como forma de demonstrar a inexistência de má-fé ou de deslealdade processual, como se fosse um supertrunfo guardado na manga”.¹⁵⁸⁴

No entanto, quando o réu apresenta a contestação e os documentos intempestivamente, de boa-fé e com lealdade processual, as provas documentais devem ser mantidas nos autos,¹⁵⁸⁵ sendo inaplicável no caso a preclusão.

Neste sentido, são clássicos e difundidos na doutrina processual civil brasileira os ensinamentos, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, de Moacyr Amaral Santos, nos termos:

“O que a lei visa é afastar ou, ao menos, reduzir a possibilidade de ficarem o juiz e as partes à mercê de surpresas consistentes no aparecimento de documentos que a parte, premeditadamente, guarde em segredo para, em ocasião propícia, quando não haja mais oportunidade para discussões e mais provas, oferecê-lo a juízo de forma a modificarem ou confundirem a orientação do conhecimento seguida no feito e imprimirem nova feição à causa.

(...)

Inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la”.¹⁵⁸⁶

¹⁵⁸⁴ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: 2018, p. 187.

¹⁵⁸⁵ A proibição de comportamento processual contraditório foi objeto de recente pesquisa feita por nós: SANTOS, Welder Queiroz dos; SANTOS, Valmir Alaércio dos. A proibição de comportamento processual contraditório. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Panorama atual do novo CPC – 3*. Florianópolis: Empório do Direito, 2019.

¹⁵⁸⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 326.

O mesmo entendimento é externado por Alexandre Freitas Câmara, ao estabelecer que devem ser observados os princípios da boa-fé e do contraditório:

“Também se admite a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente, e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com a boa-fé objetiva (art. 435, parágrafo único). Significa isto, em outros termos, que a prova documental pode ser produzida a qualquer tempo (nas instâncias ordinárias), desde que sejam respeitados os princípios da boa-fé e do contraditório (que precisará ser respeitado de forma substancial, assegurando-se à parte contrária à que juntou tardiamente o documento que sobre ele se manifeste)”¹⁵⁸⁷.

Daniel Amorim Assumpção Neves anota que além dos requisitos do contraditório e da ausência de má-fé, há a necessidade de o estágio procedimental ser apto a receber a prova documental, *in verbis*:

“O parágrafo único do dispositivo inclui no sistema novas hipóteses de produção de prova documental em momento posterior à petição inicial e contestação. Será admitida a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente. Nesse sentido, já era o entendimento da melhor doutrina mesmo diante da ausência de norma escrita no CPC/1973. E o dispositivo consagra entendimento jurisprudencial e doutrinário consolidado no sentido de permitir

¹⁵⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 248-249.

a juntada extemporânea do documento desde que a parte justifique por que não produziu a prova na petição inicial ou contestação, de modo a demonstrar que não existem a má-fé e a deslealdade em tal prática. Consagra, assim, a inviabilidade de a juntada extemporânea dos documentos decorrer de “guarda de trunfo” pela parte. Apesar da omissão legal, acredito que, além dos requisitos do contraditório e da ausência de má-fé, o estágio procedimental deve ser apto a receber a prova documental, sendo inviável a produção probatória, por exemplo, em processo que esteja em sede de recurso especial ou extraordinário”.¹⁵⁸⁸

Este entendimento tem sido aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstra a ementa do julgamento do Recurso Especial 1.072.276/RN, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUÍZO. RELATIVIZAÇÃO. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO.

1. É admitida a juntada de documentos novos após a petição inicial e a contestação desde que: (i) não se trate de documento indispensável à propositura da ação; (ii) não haja má fé na ocultação do documento; (iii) seja ouvida a parte contrária (art. 398 do CPC).

Precedentes.

2. Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal a quo, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe

¹⁵⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Comentários ao art. 435. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 633.

determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC).

3. De fato, o processo civil contemporâneo encontra-se marcado inexoravelmente pela maior participação do órgão jurisdicional na construção do conjunto probatório, o que, no caso em apreço, autorizaria o Juízo a determinar a produção da prova consubstanciada em documento público, tornando irrelevante o fato de ela ter permanecido acostada aos autos a despeito da ordem para seu desentranhamento.

4. Nada obstante, essa certidão foi objeto de incidente de falsidade, o qual foi extinto pelo Juízo singular, em virtude da perda superveniente do interesse de agir decorrente da determinação de desentranhamento dos documentos impugnados dos autos. Assim, verifica-se que o contraditório não foi devidamente exercido, sendo tal cerceamento contrário à norma inculpada no art. 398 do CPC.

5. Recurso especial parcialmente provido¹⁵⁸⁹.

Portanto, as provas documentais apresentadas juntamente com a contestação intempestiva devem ser mantidas nos autos, quando juntadas de boa-fé pelo Réu, quiçá em estágio procedimental apto a receber prova documental e a permitir a oitiva da parte contrária.

3.2. Manutenção da contestação intempestiva nos autos

A necessidade de desentranhamento da própria contestação intempestiva em si tem sido rechaçada pela doutrina processual contemporânea à luz das finalidades do processo.

A sua manutenção, por si só, não afasta a presunção de veracidade fática decorrente da revelia e nem torna controvertidos os fatos alegados, mas pode chamar a atenção do juiz a respeito dos fatos impossíveis ou inverossímeis alegados pelo autor.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, em seus fundamentos do processo civil moderno, ministra:

¹⁵⁸⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 1072276/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 21/02/2013, DJe 12/03/2013.

“A generalizada tendência a desentranhar dos autos a contestação intempestiva corresponde a um dos preconceitos irracionais que envolveram o instituto do efeito da revelia desde os albores de sua implantação na ordem processual brasileira. Sem embargo de não haver o réu cumprido tempestivamente o ônus de responder, a exibição de uma contestação fora do prazo representa aquele ingresso do revel no processo, insistentemente autorizado pelos tribunais brasileiros. Não estou a sustentar que essa contestação produzisse todos os efeitos ordinários de uma resposta regular, inclusive o de tornar controvertidos os fatos alegados pelo autor. Isso, não. Mas, respeitada sempre a presunção dita pelo art. 319, a manutenção da peça de resistência poderá ser de utilidade em prol dos verdadeiros objetivos do processo justo e equo, a que alude a doutrina mais moderna (Luigi Paolo Comoglio, Augusto Mario Morello), na medida em que (a) alertará o juiz em relação a eventuais fatos impossíveis ou improváveis alegados na petição inicial e (b) esclarecerá seu espírito quanto a dispositivos de lei, conceitos amadurecidos em doutrina, linhas jurisprudenciais estabelecidas nos tribunais do país etc.”¹⁵⁹⁰

No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno externa seu entendimento pela manutenção da contestação intempestivas nos autos, nos termos:

“Com relação aos casos em que a revelia decorre da contestação apresentada fora do prazo, o entendimento mais correto a partir da mesma premissa anunciada acima é o de impedir o desentranhamento (retirada) da contestação (ou de outra manifestação) dos autos, permitindo seu exame, como elemento de investigação, consoante seja necessário para a formação da convicção do magistrado. Não faz sentido que o direito

¹⁵⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos e alcance do efeito da revelia. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. II, p. 953-954.

processual civil do século XXI, a função pública do magistrado e tudo o que justifica o estudo do direito processual civil à luz do modelo constitucional possa se reduzir a um jogo de presunções inibidoras de juízos críticos.”¹⁵⁹¹

Este entendimento é corroborado por José Antonio Remédio e Gustavo Henrique de Oliveira, em trabalho específico sobre os efeitos e os limites da revelia à luz dos Códigos de Processo Civil de 2015 e de 1973:

“Embora respeitando-se os efeitos da revelia, inexistente obrigatoriedade de desentranhamento da peça contestatória intempestiva dos autos de processo pelo juiz, pois a apresentação da contestação, ainda que intempestiva, representa ingresso do revel no processo, o que é admissível pelos tribunais brasileiros”¹⁵⁹².

O Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, também já abrandava os rigores do formalismo, com a manutenção da contestação intempestiva nos autos, conforme a ementa abaixo transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DEMANDA INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO – QUESTÃO PROCESSUAL – CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA – DEVOLUÇÃO DOS AUTOS ALÉM DO PRAZO LEGAL – PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO – INVIABILIDADE – PRINCÍPIO DA DOCUMENTAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.

¹⁵⁹¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2, p. 157-158.

¹⁵⁹² REMÉDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. Efeitos e limites da revelia à luz dos Códigos de Processo Civil de 2015 e de 1973. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 28, n. 01, p 180, jan. – jun. 2018.

I – A previsão legal (CPC [de 1973], artigo 195) de desentranhamento de peças e documentos apresentados juntamente com os autos – devolvidos em cartório além do prazo legal – não impede permaneçam nos autos, conquanto sem efeito jurídico, em observância ao princípio da documentação dos atos processuais.

II – O desentranhamento da contestação intempestiva não constitui um dos efeitos da revelia. O réu revel pode intervir no processo a qualquer tempo, de modo que a peça intempestiva pode permanecer nos autos, eventualmente, alertando o Juízo sobre matéria de ordem pública, a qual pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Agravo regimental improvido”.¹⁵⁹³

Assim, ainda que o Réu seja considerado revel, é plenamente possível a manutenção nos autos da peça contestatória apresentada a destempo, ainda que não tenha a finalidade de tornar controvertidos os fatos, ainda quando a peça veicula também matérias de ordem pública e que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

¹⁵⁹³ STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.074.506/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 17/02/2009, DJe 03/03/2009. Tem-se conhecimento também de precedentes em sentido contrário: STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 129.065/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 17/10/2013, DJe 25/10/2013; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 233.238/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 23/10/2012, DJe 06/11/2012; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1184018/MS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 27/03/2012, DJe 20/04/2012; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 799.172/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 06/08/2009, DJe 08/09/2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revelia regula o estado de inércia em intervir no processo ou de intempestividade da defesa do réu. O réu devidamente citado que não se manifesta no processo ou não apresenta defesa no prazo legal será considerado revel.

A ocorrência de revelia acarreta diversas consequências jurídicas ao réu, como: (i) presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; (ii) desnecessidade de intimação do réu revel a respeito dos atos processuais subsequentes; (iii) julgamento antecipado do mérito.

O desentranhamento da defesa intempestiva e dos documentos com ela juntados aos autos não é um efeito decorrente da revelia. Por isso, as provas documentais e a contestação intempestiva devem ser mantidas nos autos em caso de revelia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no Ag 1.074.506/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 17/02/2009. Pub. DJe 03/03/2009.

_____. _____. Quarta Turma. AgRg no REsp 799.172/MT, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, j. em 06/08/2009, DJe 08/09/2009.

_____. _____. Terceira Turma. AgRg no REsp 1184018/MS, Relator: Ministro Massami Uyeda, j. em 27/03/2012, DJe 20/04/2012;

_____. _____. Terceira Turma. AgRg no AREsp 233.238/SE, Relator: Ministro Sidnei Beneti, j. em 23/10/2012, DJe 06/11/2012;

_____. _____. Quarta Turma. REsp 1072276/RN, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 21/02/2013, DJe 12/03/2013.

_____. _____. Terceira Turma. AgRg no AREsp 129.065/SP, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 17/10/2013, DJe 25/10/2013;

_____. _____. Terceira Turma. REsp 1335994/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/08/2014, DJe 18/08/2014

DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 346. In: CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo(Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos e alcance do efeito da revelia. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. II.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Comentários ao art. 435. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REMÉDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. Efeitos e limites da revelia à luz dos Códigos de Processo Civil de 2015 e de 1973. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 28, n. 01, p. 180, jan. – jun. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, t. VII.

ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 346. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: 2018.

_____; SANTOS, Valmir Alaércio dos. A proibição de comportamento processual contraditório. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Panorama atual do novo CPC – 3*. Florianópolis: Empório do Direito, 2019.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 344. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio [Coord.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2.

SOUZA, Artur César de Souza. *Contraditório e revelia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.