

# O NOVO PROCESSO CIVIL

Luiz Fux\*

O Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pelo Ato nº 379, de 2009, do presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009.

A Comissão, composta pelos professores Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes, teve como ideologia norteadora dos trabalhos a de conferir maior celeridade<sup>1</sup> à prestação da justiça, no afã de cumprir a promessa constitucional<sup>2</sup> da “duração razoável dos processos”<sup>3</sup>.

É cediço que os tempos hodiernos reclamam por uma justiça acessível ao povo que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva apta a nutrir o

---

\* *Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

- 1 A celeridade não pode ser obtida a qualquer preço, por isso que a Comissão foi cautelosa em prestigiar instrumentos garantísticos relevantes.  
Deveras ciente de que justiça que tarda é injustiça manifesta, nas palavras de Rui Barbosa, entendeu a Comissão que, em prol de uma suposta rapidez, se prejudicasse a efetivação de um processo justo. Modelos de alhures revelam que a busca da celeridade sem maiores comprometimentos geram anomalias, como, *v.g.*, a que ocorreu na Inglaterra, onde se constituiu um órgão para rever sentenças, inclusive as transitadas em julgado, afetando a independência e a credibilidade do Poder Judiciário.
- 2 A Constituição não pode ser vista como um emaranhado de palavras soltas. Ou bem as regras constitucionais pertinentes ao exercício da ação e assistência judiciária são efetivas no campo e na realidade prática, ou estamos vivendo de sofismas, promessas constitucionais. A Constituição não foi feita para um grupo de nobres privilegiados, mas para todos. Sobre a efetividade constitucional, ver: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2006 (a primeira versão do texto é de 1987). A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.
- 3 Art. 5º da CF brasileira: “(...) 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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)”. Redação semelhante é encontrada nas Constituições da Itália (art. 111) e da Costa Rica, sistema em que se assegura justiça “pronta e célere”.

respeito que o órgão que a presta, o Poder Judiciário<sup>4</sup>, e a credibilidade necessária diante da clausula pétreia constitucional da “inafastabilidade da jurisdição”<sup>5</sup>.

Deveras, apesar das reformas pontuais empreendidas desde a década de 1990, inclusive a que se efetivou após a Emenda Constitucional nº 45, denominada “reforma do Judiciário”, e que se implementou mediante a edição de inúmeras leis processuais esparsas, o defeito contemporâneo do processo consistente na sua “irrazoável duração” e que se manteve inalterado impunha um aprofundamento no estudo das causas da tão decantada “morosidade da justiça”<sup>6</sup>.

A Comissão, utilizando-se do paradigma do projeto capitaneado pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, denominado Projeto de Florença<sup>7</sup>, destinado a verificar as causas da inacessibilidade à justiça sob vários ângulos, concluiu que, além dos aspectos estruturais, o processo, conquanto instrumento de realização da justiça monopolizado pelo Estado, apresentava na sua configuração solenidades obrigatórias que, por si sós, contribuíam para a demora da resposta judicial.

À semelhança do que ocorrera mundo afora com os sistemas processuais pertencentes às famílias do *civil law* e da *common law*<sup>8</sup>, como, v.g., Inglaterra, Itália, Alemanha, Japão, Espanha, França, Portugal, a comissão curvou-se à realidade de proceder uma profunda reforma processual, atenta à clássica lição de Cesare Vivanti: “Altro tempo; altro diritto”.

Outrossim, recentíssimos conclaves, como XXII Jornadas de Direito Processual realizadas no Brasil pelo Instituto Pan-Americano de Direito Processual

4 Não passou despercebido pela Comissão que o Poder Judiciário vivencia vertiginosa ascensão. Tem sido a última palavra sobre as questões de Estado, não só aqui como alhures. Sobre o tema, vale transcrição de trecho de citações de Tocqueville: “Não existe praticamente questão política nos Estados Unidos que não seja resolvida cedo ou tarde como se fosse uma questão judiciária. Daí a obrigação dos partidos, em sua polêmica diária, de tomar emprestadas à justiça suas ideias e sua linguagem” (TOCQUEVILLE, Aléxis. *De la démocratie en Amérique*. p. 47).

5 Art. 5º da CF: “(...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A dicção constitucional abarca a tutela repressiva (lesão) e a tutela preventiva ou inibitória (ameaça a direito), quer de natureza cautelar, quer de natureza satisfativa. Consulte-se sobre o tema a bibliografia correspondente: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

6 Neste aspecto, mister consultar: CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil. In: *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 33-90.

7 Sobre o tema, ver: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

8 Sobre a evolução dos *common law*: VARANO, Vincenzo. Momenti fondamentali nella storia delle corti inglesi dalla conquista normanna ai Judicature Acts 1873-1875. In: *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 11-52; VANDERLINDEN, Jacques. *Histoire de la common law*. Bruxelles: Bruylant, 1996.

fundado no México pelo professor Humberto Biseño Sierra, concluíram pela necessidade de criação de instrumentos eficazes contra a morosidade judicial<sup>9</sup>.

As Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual de 2006<sup>10</sup>, no mesmo sentido, revelaram a perplexidade da recorribilidade imoderada responsável pelo abarrotamento dos Tribunais. Reavivaram-se, assim, as advertências constantes de todas as declarações universais dos direitos do homem de que um país que ostenta uma justiça morosa também ostenta uma justiça inacessível.

Eduardo Couture, jurista uruguaio de ascendência francesa e que tanto frequentou a escola processual brasileira, afirmara com propriedade nos seus *Fundamentos de derecho procesal civil* que a justiça retardada nada mais era do que “justiça denegada”<sup>11</sup>.

A ideia de que 37 (trinta e sete) anos depois do Código de 1973 impunha-se elaborar um novo ordenamento, atento aos novos reclamos eclipsados na cláusula constitucional da “duração razoável dos processos”, a Comissão, à luz desse ideário maior, entendeu erigir novéis institutos e abolir outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, com o escopo final de atingir a meta daquilo que a genialidade do processualista denominou de uma árdua tarefa para os juízes: “Fazer bem e depressa”<sup>12</sup>.

A Comissão, atenta à sólida lição da doutrina de que sempre há bons materiais a serem aproveitados da legislação anterior<sup>13</sup>, bem como firme na crença de que a tarefa não se realizaria através do mimetismo que se compraz em apenas repetir erros de outrora, empenhou-se na criação de um “novo

9 O motivo mais comum de arguição de violação da garantia da tutela jurisdicional efetiva perante a Corte Europeia de Direitos Humanos é a demora das decisões judiciais. A Itália sofreu 65 condenações entre 1997 e 2000 por parte daquela Corte, que confere ao reclamante o direito a uma indenização.

10 XX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorridas entre 25 e 27 de outubro de 2006, em Málaga.

11 A Corte Europeia de Direitos Humanos costuma verificar eventual desrespeito à cláusula de duração razoável dos processos pela lente de observação de três critérios principais, a saber: a complexidade da causa, o comportamento das partes e dos seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional.

12 A expressão é de REIS, José Alberto dos. A figura do processo cautelar. Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 3, Lisboa, 1947.

13 A advertência é de Niceto Alcalá Zamora y Castillo na Exposição de Motivos do CPC de 1939, assim repisada por Buzaid: Entram em jogo dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da *conservação* e o da *inovação*. Ambos se harmonizam, porque, se o primeiro torna menos perturbadora a mudança, o segundo remedeia os males observados durante a aplicação do Código. O reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtêm, quando demolido, materiais para construções futuras.

Código”<sup>14</sup>, erigindo instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário.

A preocupação primeira da Comissão foi democratizar o anteprojeto, ouvindo a comunidade científica e laica, abrindo rumo à edificação de um Código da nação brasileira<sup>15</sup>. Os seus destinatários, ao ver da Comissão, deveriam manifestar o que pretendiam do processo conquanto instrumento de prestação soberana de justiça pelo Estado.

Nesse afã, a Comissão operou em duas frentes distintas: criou uma página virtual para recebimento de sugestões, mercê da realização de audiências públicas em pontos estratégicos do território nacional. A página virtual do Senado, destinada à Comissão, recebeu 13.000 (treze mil) sugestões. As audiências públicas ofereceram 240 (duzentos e quarenta) sugestões; tudo isso sem prejuízo das 200 (duzentas) sugestões recebidas da comunidade jurídica como um todo, aí compreendidos os vários segmentos judiciais da advocacia pública e privada e da comunidade científica através de seus institutos, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual. Complementando esse trabalho, a Comissão teve acesso a todos os projetos de lei das casas legislativas em tramitação, muitos coincidentes com as aspirações da Comissão. Enfim, o Brasil falou e foi ouvido.

Inúmeras sugestões encontravam-se incorporadas às proposições da Comissão convertidas em dispositivos legais; não resoando demasia afirmarmos que mais de 70% (setenta) das sugestões foram colhidas, legitimando democraticamente, sobremodo, o anteprojeto ora apresentado.

---

14 A perplexidade e o desafio são de todos os tempos, como demonstram as palavras de Chiovenda por ocasião da reforma italiana: “Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La riforma del procedimento civile*. Roma, 1911. p. 4).

15 Assim, a própria metodologia utilizada teve a preocupação de dialogar com o Estado Democrático de Direito vivenciado na atual conjuntura nacional. Neste particular, observando a lição de Goffredo da Silva Telles, para quem o Estado Democrático de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: “Por ser obediente ao direito, por ser guardião dos direitos e por ser aberto para as conquistas da cultura jurídica. É obediente ao direito, porque suas funções são as que a Constituição lhe atribui e porque, ao exercê-las, o governo não ultrapassa os limites de sua competência; é guardião dos direitos, porque o Estado de Direito é o Estado-meio, organizado para servir o ser humano, ou seja, assegurar o exercício das liberdades e dos direitos subjetivos das pessoas; é aberto para as conquistas da cultura jurídica, porque o Estado de Direito é uma democracia, caracterizado pelo regime de representação popular nos órgãos legislativos e, portanto, é um Estado sensível às necessidades de incorporar à legislação as normas tendentes a realizar o ideal de uma justiça cada vez mais perfeita” (TELLES Jr., Goffredo da Silva. Carta aos brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 2, p. 411, 1977).

## 1 – A COMISSÃO E O ENFRENTAMENTO DAS RAZÕES DA MOROSIDADE JUDICIAL

Vicenzo Vigoriti já afirmara que um dos males contemporâneos do processo era a sua duração<sup>16</sup> aqui e alhures, razão por que a lente pela qual passou a reforma foi exatamente essa.

Não foi preciso aprofundamento técnico intenso para a Comissão vislumbrasse três fatores que representavam as causas mais significativas da longa duração dos processos.

A primeira causa foi tributada ao excesso de formalidades do processo oriunda da era do iluminismo<sup>17</sup>, na qual o Judiciário, posto gozar de profunda desconfiança de comprometimento com o ancião regime, restou amordaçado

16 DIDONE, Antonio. *Durata del giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2002.

17 Ver: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.288-1.289: “Tratando-se de tutela cautelar que resguarda a utilidade prática do processo principal, como, v.g., a constrição de bens do arresto garantidor de futura execução, justifica-se exigir a propositura da ação principal em prazo peremptório. Afinal, o juízo terá concedido a medida urgente com base em mera aparência em razão da urgência e da promessa de que adviria o processo principal propiciando uma análise mais aprofundada do direito da parte.

Diferentemente, a tutela antecipada é satisfação antecipada na mesma relação processual em que se vai definir o direito ao final. Isto significa dizer que o juiz pode adiantar os efeitos práticos que advirão do pronunciamento final de procedência. Desta sorte, não há processo outro a instaurar e tudo se passa na mesma rela processual. Imperioso que se assente com clareza que a antecipação de tutela se opera no plano da realizabilidade prática, e não no plano normativo. É adiantamento dos efeitos práticos do provimento, como, por exemplo, a entrega de uma coisa ou o pagamento de alimentos provisionais, sem que haja uma ‘sentença provisória’, tanto mais que a própria lei explicita que, deferida a antecipação, o processo prossegue em direção ao seu destino, que é a prolação da sentença.

Não obstante as diferenças traçadas, a tutela cautelar e a tutela satisfativa antecipadas como subespécies do gênero tutela de urgência apresentam uma significativa característica comum, qual seja a da ‘mandamentalidade’ da decisão que encerram.

Ressalta claro que a tutela de urgência não se submete à ritualidade da execução tradicional. A sua efetivação se opera *simpliciter et de plano*, como sói exigir uma resposta judicial pronta. Não há execução ‘com intervalo’ senão sincrética, no mesmo processo, e imediatamente acompanhada de medidas de apoio que a tornem realidade. Esta mandamentalidade, mercê de restaurar a figura soberana do magistrado, abandonando aquela outra burocrático-judicial, criminaliza o descumprimento da ordem, diferentemente do que se observa na sentença condenatória, que encerra uma mera ‘declaração’ concitando o vencido para que cumpra a decisão. Há executividade intrínseca no comando decisório de urgência, como preconizava Liebman, de tal sorte que mais apropriado é denominar-se a sua realização prática de ‘efetivação ou atuação’, como o fazem os nossos matizes europeus.

Nesse ângulo, aproximam-se os sistemas da *civil law* e do *common law* ao eclipsarem na figura do magistrado o antigo pretor romano dos interditos e do *imperium iudiciis*.

Outrossim, muito embora não se possa afirmar a existência de uma unanimidade a respeito, a repercussão enérgica na esfera jurídica do seu destinatário faz com que o juízo da medida de urgência obedeça ao princípio da menor onerosidade possível e ao da proporcionalidade do provimento, conferindo solução adequada e sob medida, evitando criar um prejuízo maior do que se pretende evitar e, para tal, analisando a liceidade do sacrifício de um interesse à custa de outro, na visão metodológica de Karl Larenz.”

pela suposta “garantia das formas”. Trata-se do que Montesquieu preconizava, vale dizer: devem os juízes ser apenas “la bouche de la loi”<sup>18</sup>. Esse falso garantismo impregnou o processo de forma tão rígida de um excesso de etapas até o advento da solução judicial que as formas usuais de prestação de justiça alcançaram níveis alarmantes de insatisfação popular, arrastando, nesse quadro, o descrédito do Poder Judiciário.

A segunda causa detectada foi a litigiosidade desenfreada advinda, paradoxalmente, da conscientização da cidadania exurgente da Carta Pós-positivista de 1988<sup>19</sup>. O povo que passa a perceber os direitos que tem também se lança no exercício desses direitos a partir do momento em que adquire a ciência do instrumental jurídico colocado à sua disposição, como destaca John Mayhew<sup>20</sup> nos seus estudos empíricos sobre “law and society”. Neste sentido, o acesso à justiça tornou-se o direito dos direitos, o pressuposto inafastável de efetivação de todos os demais direitos<sup>21</sup>.

- 
- 18 Interessante passagem sobre a nova expectativa social sobre os juízes: “(...) Entre outras demonstrações deste ‘entulho’ individualista, lugar de destaque pertence às posições que defendiam dever ser reduzida a participação e os poderes do juiz, ficando o processo (e principalmente seus resultados) totalmente entregue à sorte decorrente da iniciativa (ou falta de iniciativa) das partes. Esta concepção, hoje ultrapassada, de repúdio ao juiz ativo e participativo, era corolário da filosofia preponderantemente liberal e individualista que dominava o pensamento do século passado e baseava sua visão de mundo nos conceitos de liberdade, igualdade formal e propriedade, os quais eram estudados sob o enfoque do indivíduo, ou seja, sem que houvesse uma maior preocupação com a repercussão que o exercício de tais direitos pudesse ter em relação à coletividade. Neste contexto, era deixada para o Estado uma função secundária que vinha sintetizada pelo ideal do Estado Mínimo” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 22).
- 19 Porém, à medida que aumentou enormemente a demanda pela tutela jurisdicional, diminui a capacidade estatal de “expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura então verificada”. E isto porque, consoante nos ensina *Boaventura de Sousa Santos*, esta explosão de litigiosidade se deu justamente na década de 1970, momento de crise do Estado-providência, de redução progressiva dos recursos financeiros estatais e da sua crescente incapacidade de arcar com os compromissos assistenciais e previdenciários assumidos para com as classes populares na década anterior. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. p. 44)
- 20 AMSTUTZ, Marc; ABEGG, Andreas; KARAVAS, Vaios. Civil society constitutionalism: the power of contract law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 14, Issue 2, p. 235-258 (Article), DOI: 10.1353/gls.0.0009, Summer 2007.
- 21 Neste sentido, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*: “Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo com relação a problemas, tais como aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los, adequadamente, na prática. Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só

A terceira causa revelou-se notória, posto decorrente da prodigalidade do sistema recursal brasileiro, como conseqüência da adoção do modelo francês, de reapuração da juridicidade da decisão através de inúmeros recursos, o que, segundo razões jusfilosóficas e históricas, tranquiliza a opinião pública, posto falíveis os magistrados nas suas apreciações judiciais<sup>22</sup>. Sob o enfoque dinâmico, os dados estatísticos comprovam o número excessivo de recursos utilizados, forjando-se um quadro inaceitável à luz dos sistemas comparados. A Corte Suprema americana, além do poder de eleição das impugnações que vai julgar, ocupa-se “anualmente de menos de uma centena (100) de recursos, ao passo que os Tribunais Superiores do Brasil têm no seu acervo 250.000 (duzentos e cinquenta mil) recursos para julgamento”<sup>23</sup>.

Ressoa evidente que as três causas importantes reclamavam ser enfrentadas: as excessivas solenidades processuais das quais o processo civil brasileiro encontrava-se prenhe; o excessivo número de demandas; e a prodigalidade recursal na ótica antes apontada<sup>24</sup>.

---

podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos... O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (...). À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (...). Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

- 22 Daí ter Ulpiano, há dois mil anos, preconizado no Digesto: “*Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat... (Ninguém ignora como o uso da apelação é frequente e como é necessário)... licet nonnunquam benelata sententiae in pejureformet Boehmer*” (pois corrige a iniquidade ou imperícia dos julgadores, embora às vezes reforme para pior as sentenças proferidas, porque o fato de julgar por último não implica julgar melhor)... “*licet nonnunquam benelata sententiae in pejureformet Boehmer*”.
- 23 Uma compreensão do tema encontra-se em: BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- 24 Como bem destacado na exposição de motivos pela Relatora, professora Tereza Alvim Wambier: “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Esta simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado”.

O desafio revelava-se tanto maior na medida em que se impunham supressões no sistema processual mercê de garantias constitucionais<sup>25</sup> dirigidas ao legislador ordinário, como, v.g., o contraditório, o devido processo legal, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, dentre outros.

Ainda assim, revelou-se possível superar as barreiras sem a mais tênue violação dessas cláusulas pétreas.

O excesso de formas foi enfrentado mediante a adoção de um procedimento padrão, comum e adaptável<sup>26-27</sup>, pelo juiz de acordo com o caso concreto<sup>28</sup>. Trata-se de estratégia processual conforme a nova leitura do princípio da inafastabilidade no campo infraconstitucional. A regra de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, reclama uma adaptação da realidade normativa à realidade prática, como leciona Nicolò Trocker (*Processo y Costituzione*)<sup>29</sup>. Sob esse enfoque, o juiz pode adequar o procedimento ao caso concreto, respeitadas as garantias do *due process of law*.

25 A constitucionalização do processo civil moderno é decorrência do pós-positivismo, aduzindo-se mesmo a um modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de: ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Turim: Giappicelli, 1990. O processo perpassa pelo tecido constitucional no afã de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais.

26 Consoante anota Tereza Alvim na exposição de motivos: No processo civil inglês, há regra expressa a respeito dos *case management powers*. CPR 1.4. Na doutrina, ver: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. São Paulo: RT, 2009. item 3.14. p. 74. Nestas regras de gestão de processos, inspirou-se a Comissão autora do anteprojeto.

27 Ver: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. *passim*.

28 A passagem doutrinária ilustra bem o que tentamos superar: “Quando o investimento no processo aparece aos olhos da pessoa como desproporcional ao proveito a postular e em face do risco assumido, ele constitui freio inibitório ao exercício da ação e possivelmente será mais um fator de permanência de insatisfações. A esses óbices, somem-se aqueles relacionados com o modo de ser dos processos (lentos na apresentação de resultados e fonte de incômodos para as próprias partes, testemunhas, etc.) e ter-se-á como avaliar todo o custo social a que eles estão sujeitos. (...) Causa jurídica de estreitamento da via de acesso à justiça e à disciplina da *legitimatio ad causam* ativa, no processo civil individualista que herdamos e praticamos. Em princípio, por expressa disposição legal, a cada um cabe defender em juízo somente os seus próprios direitos, reputando-se excepcionalíssimos e de direito estrito os casos de substituição processual. Tal disciplina consiste numa interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do Estado e do direito contemporâneos. Aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento ‘atômico’ tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da molecularização do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos, e não somente a indivíduos enquanto tais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. p. 340-341).

29 Ver, ainda: CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In: *Opere giuridiche*, 1965. v. 1. p. 618 e ss.; DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and State authority*. Yale University Press, 1986. p. 1-70. Tradução italiana: *I volti della giustizia e del potere*. Bologna: Il Mulino, 1991, com prefácio de Michele Taruffo.

A duplicidade de todas as ações<sup>30</sup>, observada sua conexão<sup>31</sup> com o fundamento da ação ou da defesa e a eliminação de processos incidentes, tornando todas as matérias suscetíveis em preliminares ou em simples petição, decididas, em regra, no final da causa e passíveis de impugnação ou juízo único, coadjuvaram outras técnicas utilizadas em favor da desformalização cuidadosa dos processos<sup>32</sup>.

O excesso de demandas é fruto de cultura exorbitante do fenômeno processual e encartável no aspecto filosófico e cultural que marca a tendência à beligerância judicial do povo brasileiro. Acresce a esses fatores o direito inafastável de acesso à justiça<sup>33</sup>, garantido pelo princípio constitucional de que nenhum direito ou ameaça a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário.

Esses possíveis entraves não impediram a Comissão de observar, por meio de dados empíricos, que o volume das demandas estava intimamente vinculado ao contencioso de massa<sup>34</sup>, isto é, milhares de ações em trâmite no território nacional versavam a mesma questão jurídica. Revelavam-se ações homogêneas, mas que não podiam ser tratadas como a litigiosidade de varejo nos dizeres de Sérgio Mencini, ao doutrinar sobre as pretensões isomórficas no cognominado Encontro de Pisa em 2007.

30 Acerca do tema, consulte-se: DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, 17/531-541.

31 O conceito de conexão do Anteprojeto do Código de Processo Civil partiu da premissa das “decisões inconciliáveis”, como se colhe dos artigos transcritos:

“Art. 39. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.

Art. 40. Consideram-se conexas duas ou mais ações, quando, decididas separadamente, gerarem risco de decisões contraditórias.”

32 Há sistemas que preconizam a ausência de preclusão e a possibilidade de revisão, ao final de todo o material decidido. Acerca de uma resenha sobre as vantagens e desvantagens, consulte-se, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. p. 488, n. 266. Nesses comentários o autor aponta para a via média de discriminar decisões agraváveis de pronto, tal como adotado pelo anteprojeto.

33 “Tornou-se lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais mais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p. 11-12).

34 ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 11, 2001.

A comissão, então, optou pela criação do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>35</sup>, instaurado em cada unidade da federação, perante o primeiro grau de jurisdição para o Tribunal, possibilitando ao juiz, às partes, à Defensoria Pública ou ao Ministério Público provocarem uma manifestação dos tribunais locais sobre as ações com identidade de questões jurídicas.

Uma vez instaurado o incidente, a sua admissibilidade impõe a suspensão das ações idênticas juridicamente, no âmbito da competência do Tribunal que vai admitir-lhe e, em caso positivo, apreciar o mérito da questão.

### 35 “Capítulo VII

Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Art. 902. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. 903. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 904. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. 905. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 902 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

Art. 906. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 907. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

Art. 908. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 320), que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de

Destarte, a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou recurso especial habilita esses Tribunais Superiores a suspenderem todas as ações em tramitação no território nacional, mediante análise de *simplex petitio* nesse sentido, formulável por qualquer interessado.

Uma vez decidida a questão jurídica homogênea, cada ação individual retoma a sua marcha em primeiro grau, obedecendo ao julgamento da *questio* comum.

O incidente<sup>36</sup> tem a vantagem de permitir a solução de milhares de demandas com idêntica questão jurídica, por meio de solução única, mercê de tornar obrigatória a norma adotada que vai influir, inclusive na admissibilidade de eventuais recursos para os tribunais locais ou superiores, porquanto fixada a tese, a sua adoção será obrigatória.

O registro eletrônico no CNJ dos incidentes de resolução de demandas repetitivas suscitados nas unidades federadas do país permitirá, nos juízos nos

documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 909. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 910. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.

Art. 911. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 1º Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 907.

Art. 912. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput*, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. 913. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal."

36 Consoante anota Antonio Passo Cabral: "O procedimento se inicia com um pedido de instalação do incidente-padrão (*Musterfeststellungsantrag*), seja pelo autor seja pelo réu, perante o juízo do processo individual (*Prozessgericht*, o juízo de origem), com indicação do escopo da tratativa coletiva, descrito e exigido pela lei como requisito do pedido. Não pode haver instauração de ofício pelo juízo.

A parte deve apontar os pontos litigiosos (*Streitpunkte*) que deseja ver resolvidos coletivamente, bem como os meios de prova que pretende produzir no incidente. Interessante notar que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares.

quais a questão não está sob o crivo da admissibilidade, adotar providências preventivas tendentes a evitar futuras decisões contraditórias mediante a suspensão preventiva dos processos.

O modelo de matiz germânica (*musterverfahren*)<sup>37</sup> e espanhola, este utilizado na jurisdição administrativa, encontra, também, paradigmas no sistema inglês nas *group litigation e test claims*<sup>38</sup>.

O incidente<sup>39</sup> é cercado de garantias, por isso que, apreciado no mérito pelo Tribunal, desafia recurso com efeito suspensivo com ampla sustentação oral interponível por todos os interessados, funcionando o Ministério Público como *custos legis* quando não é parte, assumindo a titularidade do incidente quando nas hipóteses de abandono.

A prodigalidade recursal recebeu da comissão, como resposta, a limitação da utilização do agravo de instrumento somente para as hipóteses de tutela liminar de urgência e da evidência (direitos líquidos e certos), decisões interlocutórias de mérito e decisões interlocutórias no processo de execução, porquanto este último não pode passar à sua fase seguinte sem a superação da anterior.

A tutela de urgência satisfativa (não cautelar) e a tutela da evidência comportam não só agravo de instrumento como, também, sustentação oral, por representarem verdadeiras sentenças liminares, como antevia o saudoso professor Ovídio Baptista da Silva.

Em contrapartida, eliminou-se o agravo retido com as suas perplexidades recorrentes, bem como os embargos infringentes<sup>40</sup>.

A jurisprudência assumiu o mesmo relevo característico dos sistemas da família da *common law*, vinculando juízes e Tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao precedente (*distinguishing*), a possibilidade de sua modificação (*overruling*), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, interdição que

---

37 Sobre o tema, interessante o trabalho de membro do corpo discente da pós-graduação da UERJ: CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

38 Ver: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 60-61.

39 Ainda que não se possa falar propriamente em processo coletivo para esta espécie de solução de conflitos, sua importância emerge na medida em que delinea parcialmente os limites de eficácia das demandas supraindividuais e apresenta soluções alternativas de conflitos coletivos.

40 Já o anteprojeto de Alfredo Buzaid, que antecedeu ao Código de 1973, prometia uma profunda racionalização do sistema recursal. Menos radical, o próprio Código extinguiu os agravos de petição e, no auto do processo, os embargos de alçada e o recurso de revista, mantendo os embargos infringentes com base em voto vencido. Acabou por adotar amplamente o princípio do duplo grau de jurisdição, tornando recorribéis todas as decisões de 1º grau.

conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétreia constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados e preservando em níveis aceitáveis o denominado “risco Brasil”. É que a mudança abrupta da jurisprudência desorganiza a vida de pessoas e empresas e, por via oblíqua, afasta os investimentos no país, cuja *ratio essendi* se situa exatamente na previsibilidade da legalidade da atividade empreendida.

Ademais, com o decorrer do tempo veio a acontecer o que Chiovenda preanunciara no primeiro quartel do século passado, vale dizer, a evolução do processo civil restaria por unir as famílias do *civil law* e da *common law*, permitindo uma interação capaz de institutos de um sistema serem úteis ao outro. Aliás, ao longo das últimas décadas, os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico vêm emprestando um ao outro a sua experiência. Assim é que o Brasil, país de tradição legalista, vem se curvando à força dos precedentes judiciais tão íntimos do sistema anglo-saxônico, fórmula apta a fazer justiça igual para cidadãos que estão na mesma situação jurídica; ao passo que a Inglaterra, desde 1999, país de tradição dos precedentes, adotou um complexo Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure*).

Esses novéis e eficientes meios minudenciados no Código timbram a tendência que se seguiu no alcance da duração razoável dos processos no novel ordenamento proposto.

## 2 – A NOVEL ESTRUTURA DO CÓDIGO<sup>41</sup>

O novo Código de Processo Civil é dotado de uma parte geral consoante as mais modernas legislações, porquanto o processo se assenta no trinômio ação-jurisdição-processo, cujos aspectos são gerais e incidentes sobre todas as formas de prestação judicial<sup>42</sup>.

41 Como destaca Tereza Alvim na exposição de motivos, calcada na doutrina de Egas Moniz de Aragão, a ausência de uma parte geral, no Código de 1973, ao tempo em que promulgado, era compatível com a ausência de sistematização, no plano doutrinário, de uma teoria geral do processo. E advertiu o autor: “Não se recomendaria que o legislador precedesse aos doutrinadores, aconselhando a prudência que se aguarde o desenvolvimento do assunto por estes para, colhendo-lhes os frutos, atuar aquele” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. II. p. 8). O profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileiro justifica, nessa oportunidade, a sistematização da teoria geral do processo no novo CPC.

42 Sobre o histórico e evolução das codificações nos sistemas jurídicos, consultar: (i) para a compreensão da evolução codicista francesa: HALPÉRIN, Jean-Louis. *Le Code de Procédure Civile de 1806: un code de praticiens?* In: CADIET, Loïc et CANIVET, Guy (Dir.). *De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Litec, 2006; BEIGNIER, Bernard. *Le nouveau Code de Procédure Civile: un droit des professeurs?* *Op. cit.*; CHADELAT, Catherine. *Point de vue – L’élaboration d’un Code de Procédure Civile: entre pratique judiciaire et droit savant*. *Op. cit.*; (ii) sobre a estrutura do Código alemão: WOLLSCHLÄGER, Christian. *Introduzione: la Zivilprozessordnung*

Assim é que tanto no processo cujo escopo seja a definição de direitos (processo de conhecimento) quanto naquele em que se pretende a satisfação do direito (processo de execução) há regras gerais e institutos comuns.

Sob esse ângulo, o código enumerou as disposições gerais no Livro I, relativo à Parte Geral, mercê da criação de um livro; o de número II referente ao processo de conhecimento, onde foram encartados os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária conquanto processos de sentença; o de número III relativo ao processo de execução de título extrajudicial; o de número IV acerca do processo nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, constando neste regras gerais sobre os recursos e os meios de impugnação em espécie, bem como as ações autônomas de impugnação (ação rescisória e ação anulatória de atos judiciais); e, por último, o Livro V das disposições finais e transitórias contendo as regras de direito intertemporal diante da *vacatio legis* eleita e a absorção dos procedimentos até então remanescentes do vetusto Código de 1939 não encampados.

### 3 – A PRINCIPIOLOGIA DO CÓDIGO<sup>43</sup>

O estágio atual da Ciência Jurídica Brasileira insere-se na era do pós-positivismo antecedida do jusnaturalismo, que pregava um direito natural e imutável e do positivismo, cuja ótica enxergava o justo na própria lei<sup>44</sup>.

---

del 1877/1898. In: *Ordinanza della procedura civile dell'Impero Germanico – 1877/1898*. Milano: Giuffrè, p. XI-XLI; (iii) sobre a arquitetura da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola: AROCA, Juan Montero. *Evolución y futuro del derecho procesal*. Bogotá: Temis, 1984; El viejo modelo procesal liberal y escrito (o el proceso de la LEC de 1881). In: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; e, por fim, (iv) o amadurecimento da técnica processual na Itália: CIPRIANI, Franco. Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà. In: *Scritti in onore dei padres*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 249-264; Quel lieto evento di tanto anni fa (una visita a Premosello-Chiovenda). *Op. cit.* p. 265-280; CHIOVENDA, Giuseppe. Il manifesto Croce e il fascismo. *Op. cit.* p. 281-286; Alla scoperta di Giuseppe Chiovenda. *Op. cit.* p. 287-296; TARELLO, Giovanni. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. In: *Dottrine del processo civile – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 241-261.

43 A Comissão observou os mais recentes movimentos de homogeneização do sistema processual, respeitando os “Princípios Transnacionais de Direito Processual”. No original: *Principles of Transnational Civil Procedure*, que tiveram como relatores os insígnis professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, com inúmeros consultores internacionais de renome. Os princípios foram elaborados em uma *Joint Venture* entre o *American Law Institute* (ALI) e o *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) e resultaram do amadurecimento da ideia inicial do ALI de formular um código (*Rules*) de direito processual transnacional focado nas disputas comerciais entre diferentes nações. Após o ingresso do UNIDROIT no projeto, chegou-se ao consenso de formular, em vez de um código de regras, um rol de *princípios gerais*, a serem seguidos por todas as nações em disputas comerciais internacionais.

Importante notar que os *princípios transnacionais* buscaram tomar forma que pudesse se adequar tanto ao sistema anglo-saxônico quanto ao sistema romano-germânico, com o escopo de servir como modelo a um movimento de *harmonização e aproximação* dos sistemas processuais.

44 Interessante passagem em texto de nossos alunos na pós-graduação da UERJ: “A evolução do jusnaturalismo culminou com a inauguração do Estado Liberal e a consolidação em textos escritos e codificados

O exurgimento dos princípios maiores, inseridos na Carta Federal de 1988, introduziu o sistema jurídico brasileiro no positivismo moderno que não mais se reduz a regras legais, senão, e principalmente, compõe-se de princípios maiores que representam o centro de gravidade de todo o sistema jurídico.

Nesse segmento, destacam-se os princípios da dignidade humana<sup>45</sup>, da razoabilidade, da impessoalidade, da eficiência, da duração razoável dos processos, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da efetividade, da tutela específica e tempestiva e do acesso à ordem jurídica justa, dentre outros, à luz da concepção jusfilosófica que os acompanham<sup>46</sup>.

O novel Código, seguindo a trilha exegética da Constituição Federal, erigiu normas *in procedendo* destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade. Em outras palavras, a Comissão preocupou-se

dos ideais até então reivindicados. Positivados os direitos conquistados, naturalmente passaram então a simbolizar o estático e conservador.

Foi esta a deixa para o positivismo filosófico, como verdadeiro ritual de veneração ao conhecimento científico, vir à tona sustentando a crença de que a mera atividade intelectual poderia engendrar leis invariáveis e autossuficientes às relações humanas. O movimento bem serviu ao nazismo e fascismo, e acabou, por isso mesmo, sendo desmascarado.

Pelas circunstâncias traumatizantes, o direito, a partir da segunda metade do século XX, já não mais poderia vangloriar-se do positivismo jurídico. As causas da humanidade não mais suportavam as letras frias sem qualquer compromisso com a justiça e a ética. Em contrapartida, o retrocesso ao jusnaturalismo e seu subjetivismo próprio seriam muito perigosos aos operadores ainda desestabilizados e impactados com os resultados do regime antecedente.

Nesse cenário, o pós-positivismo vem a lume reunindo valores sociais, princípios e regras, elementos que brincarão nova hermenêutica, instrumentalizando o filosófico e materializando princípios a serem estampados na Constituição, explícita ou implicitamente. A principiologia adotada não esconde querer ser efetiva e apta à produção de efeitos.

O caminhar do direito processual reflete essa evolução e, desde a instauração do pós-positivismo, se redesenha e repensa, paulatinamente, à luz da instrumentalidade.

A começar, deixa o processo de ser um negócio das partes assistido por um árbitro passivo. Perde o sentido o mito da neutralidade judicial, passando o juiz a ser alguém ativo e participativo no processo, hábil a equilibrar a diferença de forças entre as partes. O novo perfil judicante mostra-se ávido a aproveitar todos os poderes conferidos pelas novas leis. Leis essas abertas a escutar o que o magistrado considere seja “tempo razoável”, “boa-fé”, “moral”, “bons costumes”. O hodierno julgador, chamado a todo o tempo a decidir com equidade, não mais pode espelhar-se em Pôncio Pilatos que, diante do resultado de julgamento mais expressivo da humanidade, simplesmente lavou as mãos. Não está o juiz para dizer o direito, mas para lhe dar efetividade” (TUPINAMBÁ, Carolina. *Nova competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense).

45 A dignidade humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, um superprincípio pelo qual perpassa todo o sistema de normas.

46 O segundo pós-guerra marcou o renascimento dos princípios constitucionais do processo. O Estado de Direito que se reconstruiu após os nefastos regimes autoritários redefiniu as suas relações com os cidadãos, firmando o primado da dignidade humana e a eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à sua tutela pela Justiça.

em fazer do processo um instrumento de participação democrática, em que o juiz, ouvindo e dialogando com partes e interessados, promova uma decisão efetivamente apaziguadora<sup>47</sup>. Assim é que, v.g., na solução de uma questão humana deve assumir relevo a regra infraconstitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana; na solução de uma ação de improbidade é mister que a atividade de concreção da regra de direito administrativo venha coadjuvada pelos princípios da moralidade e da razoabilidade, e assim por diante.

### 4 – INOVAÇÕES PROCESSUAIS

A formatação atual com 970 artigos impede que numa apresentação sucinta seja possível enumerar todas as inovações.

Entretanto, algumas modificações são tão pontuais que merecem destaque a saber:

#### 4.1 – *O processo de conhecimento*

O processo de conhecimento é concebido de há muito como o instrumento de definição dos direitos em conflito<sup>48</sup>. Na versão ortodoxa, é denominado processo de sentença. Nessa classe, inserem-se, como objetos mediatos, todas as pretensões resistidas previstas no direito material, configurando essa constatação como a *ratio essendi* da inserção no novel processo de conhecimento, dos antigos procedimentos especiais<sup>49</sup>.

#### 4.2 – *Procedimento comum*

A simplificação do direito é fenômeno hodierno que se estende ao direito processual, por isso se adotou para o processo de conhecimento um procedimento comum, padrão, adaptável pelo juiz de acordo com as vicissitudes do caso concreto, permitindo-lhe ser o artesão da forma como proceder até o alcance da resposta judicial a ser cumprida. Assim é que o caso concreto há de demonstrar ao juiz a necessidade de convocação de terceiros interessados via edital, realizar provas em espécie, abreviar o rito e sentenciar antecipadamente, etc., tudo sob a obediência ao *due process of law*.

---

47 É o que Cappelletti, sob influência anglo-americana, denominou *fair hearing*, hoje também chamado de *processo justo*, como processo em que às partes são asseguradas todas as prerrogativas inerentes ao contraditório participativo.

48 Ver: CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *Il processo civile nello stato democratico* – saggi. Edizioni scientifiche italiane. Napoli, 2006. p. 27-68.

49 A natureza cognitiva dos procedimentos especiais vem ressaltada em FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988; REIS, José Alberto dos. *Processos especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

### 4.3 – Ações dúplices

A economia processual e a desformalização completam-se no novo Código, de forma que, expungindo controvérsias e minúcias desnecessárias da reconvenção, todas as ações são dúplices, possibilitando ao magistrado plasmar uma só decisão conhecendo e julgando as aspirações de ambas as partes, em processo único, no qual se discutem relações conexas, evitando a duplicação de feitos.

### 4.4 – Decisões e matérias cognoscíveis de ofício<sup>50</sup>

À semelhança da recente reforma italiana, o juiz, ao decidir matérias cognoscíveis de ofício, deverá ouvir as partes, reforçando-se o contraditório e evitando que o processo se transforme em instrumento de surpresa para o jurisdicionado<sup>51</sup>.

### 4.5 – Conexão

Alguns institutos básicos foram revisitados pelo novo Código no afã de redefini-los em atenção à criação jurisprudencial. Assim é que se concebeu a conexão de forma simples, como o fenômeno que impõe a reunião das ações propostas em separado, toda vez que houver possibilidade de decisões conciliáveis ou contraditórias.

### 4.6 – Litisconsórcio necessário e unitário<sup>52</sup>

O litisconsórcio necessário e o litisconsórcio unitário foram redefinidos em dispositivos distintos, porquanto na vetusta redação o conceito era emprestado

---

50 Nesse particular, a reforma italiana levada a efeito pela Lei nº 69/09, regulamentada em 2010, considera essas decisões de terceira via, aquelas que o juiz conhece de ofício, e permite-lhe decidir a causa nela embasado, ouvindo as partes, precedentemente (art. 101 no Nuovo Codice).

51 A redação do anteprojeto vem disposta *in verbis*:

“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 tenha que decidir de ofício.”

52 A comissão baseou-se na tese do professor José Carlos Barbosa Moreira acerca do litisconsórcio unitário e assim dispôs no anteprojeto:

“Art. 102. Será necessário o litisconsórcio:

I – quando, em razão da natureza do pedido, a decisão de mérito somente puder produzir resultado prático se proferida em face de duas ou mais pessoas;

II – nos outros casos expressos em lei.

Art. 103. Nos casos de litisconsórcio necessário, se não figurar no processo algum dos litisconsortes, o juiz ordenará a respectiva citação, dentro do prazo que fixar, sob pena de ser proferida sentença sem resolução de mérito.”

de um para o outro, sendo certo que as figuras são distintas, como diversos são os seus regimes jurídicos.

Sinteticamente, o litisconsórcio necessário foi concebido como aquele que, não formado, gera sentença nula, quer pela natureza jurídica da relação litigiosa, quer pela determinação de sua integração por força de lei; e o litisconsórcio unitário como sendo o fenômeno que impõe a decisão homogênea para as partes litisconsorciadas, em razão da relação *sub judice*, a qual não pode ser decidida diferentemente para cada litisconsorte, em razão da natureza do direito material debatido.

As modificações desta parte consideraram as doutrinas dos professores Barbosa Moreira e Frederico Marques, que sustentaram memoráveis teses a respeito.

#### 4.7 – *Questões preliminares e processos incidentes*

A Comissão, com o escopo de atingir a meta da “duração razoável dos processos” evitando dilações indevidas, investiu na reavaliação das questões preliminares e nos processos incidentes surgidos no curso da relação processual de cognição versando questões formais.

Em primeiro lugar, impunha-se reservar um só momento para a impugnação das questões preliminares<sup>53</sup>; e, em segundo, eliminar a formação de feitos incidentes que ensejam a interposição de inúmeros recursos, postergando a solução definitiva da lide.

Estabeleceu-se, então, que todas as questões que compunham processos incidentes, como, v.g., incompetência do juízo, impugnação ao valor da acusa, falsidade documental, etc., passariam a integrar as preliminares da contestação.

Por outro lado, conspirando em prol do mesmo benefício, eliminou-se a preclusão quanto à irrisignação em relação às questões preliminares formais, todas, a partir de então, decididas na sentença final, objeto de um só recurso.

Revela-se perceptível que, com a referida estratégia, eliminou-se a possibilidade de interposição de inúmeros recursos *in itinere*, viabilizando uma resposta final pronta e célere.

---

53 Essa estratégia é avaliada por José Carlos Barbosa Moreira ao confrontar o instituto do agravo e as preclusões, tecendo considerações sobre as vantagens dos sistemas que versam sobre o tema. In: *Commentários...* cit.

Destarte, conciliando essa novel técnica com o princípio da economia processual<sup>54</sup>, propiciou-se no anteprojeto que o juiz pudesse desprezar a preliminar julgando o mérito a favor da parte a quem aproveitaria o acolhimento da questão formal, realçando-se o princípio da instrumentalidade das formas (*pas des nullités sans grief*)<sup>55</sup>.

#### 4.8 – Prazos processuais

A unificação dos prazos processuais resultou do anseio da advocacia e da padronização dos mesmos em função da importância que estes revelam conquanto fenômeno processual.

A defesa e os recursos em geral ostentam o mesmo prazo, salvo pouquíssimas exceções, sendo certo que todos os prazos correm somente em dias úteis, permitindo a tantos quantos operam no processo dedicar-se às causas nos dias de labor diuturno, sem a contagem de dias não úteis no prosseguimento do lapso temporal.

A redução das formalidades compensou essa nova modalidade de transcurso dos prazos processuais.

#### 4.9 – Tutela de urgência e tutela de evidência<sup>56</sup>

O livro do processo cautelar foi substituído por um título que versa sobre a tutela de urgência cautelar e satisfativa e a tutela da evidência<sup>57</sup>.

54 Ver: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 31: “No processo de heterointegração assumem notável relevo a praxe judiciária e os princípios processuais. Desta sorte, a omissão legal que não preveja a manifestação de uma das partes no processo após a fala da outra será suprida à luz do princípio do contraditório, hoje constitucionalizado. Sob esse ângulo, é de extrema significação a gama dos princípios processuais de que se deve valer o aplicador da norma processual, devendo atentar, no atual estágio do processo, para os princípios da ‘economia processual’, segundo os quais o processo deve gerar um máximo de resultado em confronto com um mínimo de esforço processual das partes: da ‘efetividade’, que consagra a necessidade de uma tutela tempestiva, justa e realizável num espaço de tempo razoável; da ‘inafastabilidade da jurisdição’, que impõe que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escape ao Judiciário, e que deve conjurá-las através de provimento justo e adequado; e o da ‘tutela específica’, segundo o qual o Judiciário deve conceder à parte utilidade que ela obteria se a obrigação perquirida em juízo fosse cumprida voluntariamente, para que não sinta os efeitos da lesão ao seu direito, etc.”.

55 Sobre o tema, valem as consultas doutrinárias a: KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991; e CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

56 Acerca do tema: FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1995; e *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. I.

57 Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo, 1965. p. 34-35) já antevia a simplificação e a estreita ligação das cautelares e antecipatórias: “(...) Em outras hipóteses, trata-se de prover com urgência à manutenção do *statu quo*, como a assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua declaração. A essas provisões, com as quais se efetiva uma *tutela de conservação*, correspondem as *ações assecuratórias*”.

O processo cautelar, como preparatório da ação principal ou incidental, na verdade, é processo de sentença e encerra modalidade de tutela servil à demais formas de prestação judicial.

Ademais, a tutela cautelar reclama certa fungibilidade para que o juiz possa conferir à situação fenomênica retratada uma solução sob medida, nada justificando a existência de figuras abundantes de medidas cautelares, várias com o mesmo pressuposto e objetivo (construção de bens ou restrição de direitos), ostentando, apenas, *nomen juris* diferente.

Por outro lado, a tutela cautelar impunha a duplicação de processos quando antecedente.

A eliminação do livro próprio permitiu conferir o adequado tratamento à tutela cautelar, sendo certo que, quando antecedente, inicia o processo e na mesma relação processual instaura-se a ação principal<sup>58</sup>.

A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do *periculum in mora*, neste último caso, incidente sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte, por isso que Calamandrei aduzia à instrumentalidade ao quadrado da tutela acautelatória, submete-se ao mesmo regime quando antecedente.

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 revelaria justo, ao ângulo do 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. A tutela da evidência não é senão a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda no direito irretorquível da parte que inicia a demanda.

---

58 No dizer da Relatora professora Tereza Alvim: “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.

Ambas estas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares.

A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas *antes* ou *no curso* do procedimento em que se pleiteia a providência principal”.

4.10 – O cumprimento da sentença e as *astreintes*<sup>59</sup>

As *astreintes* ou multa como meio de persuasão devem ter eficácia imediata, malgrado o provimento seja passível de reforma<sup>60</sup>.

Acaso fixadas liminarmente, é desta data que se inicia a sua incidência; ao passo que, se fixadas na sentença, fluem a partir do prazo fixado na decisão transitada em julgado.

A multa fixada deve ser depositada judicialmente para evitar a irreversibilidade de seu levantamento; admitido este, porém, quando o grau de juridicidade da decisão que a fixou se exacerba com o julgamento em segundo grau de jurisdição, desafiado por agravo, posto inadmissível o recurso ao Tribunal Superior.

Outrossim, o valor das *astreintes* com o decurso do tempo pode ultrapassar aquele correspondente ao da obrigação principal. Nessa hipótese, o que sobejar pertence à unidade da federação por onde tramita o processo.

Destarte, tratando-se de ação movida contra o Poder Público, as *astreintes* são destinadas à parte adversa.

4.11 – O cumprimento da sentença declarada inconstitucional<sup>61</sup>

A impugnação ao cumprimento da sentença tida, *a posteriori*, como inconstitucional quando incluída na reforma da antiga execução de título judicial.

59 Uma evolução das *astreintes* como meio de coerção conducente ao cumprimento da obrigação encontra-se em BORRÈ, Giuseppe. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. 1966; e FUX, Luiz. *Curso...* cit., nota sobre o “pedido cominatório”.

O regime do levantamento, dentre outros, passou a reger-se no anteprojeto pelo que se segue:

“Art. 509. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.”

60 Na Itália, o CPC não prevê aplicação de multa por descumprimento de decisões. Todavia, a jurisprudência a tem aplicado com fundamento na Carta Constitucional, que garante a efetividade dos direitos. Se o Estado precisa dar efetividade e resposta adequada aos direitos que proclama, é legítimo que os juízes penalizem o descumprimento de suas decisões. Na Alemanha, o ZPO, parágrafo 888, elenca obrigações que não podem ser cumpridas por terceiros. A partir desta premissa, os germânicos desenvolveram técnica sancionatória com previsão de multa e até prisão para o descumprimento. Na Alemanha, a soma das multas é destinada ao Estado. Na França, a partir de intenso movimento jurisprudencial, o legislativo fez introduzir norma com fundamento geral para *astreintes*, aplicáveis de ofício pelos juízes. Para combater o enriquecimento ilícito, parte da multa imposta pelo *Conseil d'État* pode ser direcionada para os *fons d'équipement*.

61 Sobre o tema, ver os trabalhos de: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*; DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais*; e THEODORO Jr., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, todos eles publicados na coletânea organizada por Carlos Valder do Nascimento sob o título de *Coisa julgada inconstitucional*, e publicada através da Editora América Jurídica (Rio de Janeiro, 2002).

Inaugurou-se com aquela reforma a possibilidade de o vencido opor-se à sentença toda vez que a mesma se fundasse em “lei ou ato normativo” declarados inconstitucionais ou em aplicação de lei ou ato normativo tidos como incompatíveis com a Constituição Federal, assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal. A aplicação desse dispositivo sem qualquer limite carrega severas consequências para a parte vencedora do processo de conhecimento, máxime nas hipóteses em que, à época da decisão, o que imperava era a presunção de constitucionalidade da regra concretizada na decisão judicial. A jurisprudência procurou contornar a violação à segurança jurídica<sup>62</sup>, postulado constitucional pós-positivista, mas não se alcançou paz, nem na doutrina, nem nos casos julgados pelos Tribunais.

O anteprojeto, então, propõe a modulação dos efeitos da decisão que acolhe essa impugnação como forma de preservar a segurança jurídica e a higidez da sentença transitada em julgado<sup>63</sup>.

Para a consecução desse escopo, o juiz pode estabelecer que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, *v.g.*, seja aplicado apenas da decisão da Corte Suprema em diante (*ex nunc*), evitando a indesejável surpresa judicial<sup>64</sup>.

62 Os alemães usam a expressão princípio da “proteção”, acima referida por Canotilho (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert [Coords.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth Publishing Company, p. 19).

63 A segurança foi incluída nos direitos fundamentais constantes do art. 5º da CF 88: “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”. A Constituição da Espanha contém dispositivo semelhante (art. 9º, 3: 12 “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”). A Constituição da Alemanha não contém declaração explícita sobre a segurança, que é lida nas entrelinhas da cláusula do Estado Social.

64 O anteprojeto no art. 502 do CPC, ao tratar da inexecutividade do título executivo posto inconstitucional a lei na qual baseou-se a sentença, conciliou a segurança jurídica ao dispor:

“(…) § 4º Para efeito do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se também inexecutível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República.

§ 5º No caso do § 4º, a decisão poderá conter modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica e, se for contrária ao interesse da Fazenda Pública, sujeitar-se-á à remessa necessária.”

4.12 – A mandamentalidade das decisões judiciais<sup>65</sup>

O direito brasileiro sempre preconizou que a sentença do juiz constituía comando capaz de ser realizado noutra processo no qual continha etapas hábeis a permitir a infirmação do julgado por novo processo cognitivo introduzido na execução do pronunciamento judicial (embargos à execução de sentença).

A recente reforma do cumprimento da sentença tornou-a autoexecutável<sup>66</sup>, vale dizer: o seu comando é realizado pelo próprio juízo que declarou o direito. O juízo da cognição é também o juízo da execução imediata, sem necessidade de inaugurar-se novo processo.

É íngave que esse já foi um grande passo<sup>67</sup>.

Entretanto, a seriedade da função jurisdicional não se compadece com atentados à dignidade da justiça, os quais ocorrem sempre que a decisão é descumprida voluntariamente através de embaraços criados pela parte vencida.

Ressoa evidente que a parte que não cumpre a decisão judicial, podendo fazê-lo opondo-se à mesma suscitando argumentos já afastados, assume a conduta de afronta infundada ao comando judicial, postergando a satisfação do vencedor e mantendo abalada a paz social, valor de maior expressão para a função jurisdicional.

65 O anteprojeto contempla a mandamentalidade das decisões judiciais, a cujo respeito remetemos a: FUX, Luiz. *Curso...* acerca da origem do tema.

No anteprojeto, a consagração legislativa restou imprimida em mais de um dispositivo. *Ad exemplum, verbis*: “Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

§ 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa”.

66 Acerca das ações autoexecutáveis, regra hodierna do processo civil brasileiro, após a alteração da execução de sentença para o cumprimento das decisões judiciais, consulte-se, por todos: SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Sergio Antonio Fabris, 1990. v. II.

67 Consulte-se sobre as mais recentes reformas: CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 65, ano 17, jan./mar. 1992; TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: Giappichelli, 2005; GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: *Estudos de direito processual*. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

O anteprojeto, abandonando a velha postura burocrático-judicial do juiz, o investe dos poderes do magistrado do sistema anglo-saxônico, dotando-o do *imperium iudicii* da vetusta figura do pretor romano, habilitando-o a expedir ordens, medidas mandamentais capazes de assegurar a efetivação<sup>68</sup> da justiça prestada no caso concreto, criminalizando o seu descumprimento na percuciente visão de Aldo Frignani e John Merryman<sup>69</sup>.

#### 4.13 – O processo nos tribunais

A instituição de um recurso único da sentença abarcando todas as decisões incidentes<sup>70</sup> e a utilização limitada do agravo de instrumento às decisões interlocutórias de mérito (tutela de urgência, tutela da evidência e decisão de mérito *tout court*) vêm coadjuvadas por algumas modificações no plano recursal dos tribunais locais e dos Tribunais Superiores<sup>71</sup>. Assim é que foram suprimidos os embargos infringentes e, com os mesmos, os recursos correspondentes às várias fases por que passa esse meio de impugnação antes do julgamento final.

Os recursos, em regra, não têm efeito suspensivo, salvo *ope iudicis*<sup>72</sup>, isto é, se o relator do recurso concedê-lo.

68 Nesse teor, procuramos nos aprofundar no sentido da verdadeira realização da norma jurídica através do processo e partimos da premissa de que a efetividade da norma jurídica é a sintonia adequada entre as suas previsões abstratas e genéricas e o fato social que ela se propõe a normatizar. Destarte, há efetividade quando o juízo hipotético do *dever ser* equivale ao *ser* da realidade fática ou, em outros termos, quando o conteúdo abstrato da norma jurídica se concretiza no mundo social.

A questão torna-se ainda mais relevante diante da verdadeira *crise de eficácia do sistema jurídico* vivenciada nos sistemas contemporâneos. Assim, é ultrapassado o microuniverso da norma, enquanto mera crise pontual de certas normas no sistema jurídico. Na verdade, quando se discute a crise de eficácia do ordenamento jurídico, estar-se-á a refletir sobre os modos pelos quais o sistema em seu conjunto mostra-se incapaz de responder às necessidades sociais. O que se tem verificado nas últimas décadas é um problema estrutural, capaz de abalar os próprios fundamentos do direito vigente. O grande desafio ao direito contemporâneo é justamente buscar reaproximar as dimensões do normativo e do social ou, como diria Hans Kelsen, entre as instâncias do *ser* e do *dever-ser*.

69 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria del diritto italiano*. Milano, 1974.

70 A irrecorribilidade das interlocutórias é a regra no processo trabalhista desde seu nascedouro e certamente um dos fatores que lhe garante maior celeridade.

71 Sobre críticas ao sistema recursal contemporâneo, confira-se: TESHEINER, José Maria Rosa. Em tempo de reformas: o reexame de decisões judiciais. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil* – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 383-401; GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In: *Estudos de direito processual*. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 287-316; COHENDET, Marie-Anne. La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition? *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 68, p. 713-736 (13/11), out. 2006.

72 Para uma análise da *ratio essendi* dos efeitos dos recursos e sua aplicação comparatística e nacional, consulte-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...* cit.; e CALAMANDREI, Piero. *La cassación civil*. Tradução espanhola, 1945.

O juízo de admissibilidade passa a ser privativo dos Tribunais<sup>73</sup>, evitando-se que eventual decisão do juízo *a quo* propicie mais um meio de impugnação<sup>74</sup>.

Nos Tribunais Superiores adotou-se, em matéria de prequestionamento, a posição do egrégio Supremo Tribunal Federal, bastando, para esse fim, a interposição no tribunal local dos embargos de declaração, ainda que a omissão persista. Nessa hipótese, considera-se prequestionada a matéria<sup>75</sup>.

O recurso especial e o recurso extraordinário passam a ser fungíveis, por isso que, entendendo o Supremo Tribunal Federal que o recurso é inadmissível, porquanto não veicula lesão direta à ordem constitucional, mas ao sistema de normas infraconstitucionais, deve remeter os autos ao Superior Tribunal de Justiça que o apreciará. Diversamente, se o Superior Tribunal de Justiça verificar que o recurso especial está fundado em matéria constitucional, deverá remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal que, em decisão irrecorrível, determinará o destino da impugnação.

Os recursos, em todos os níveis, sujeitam-se ao regime da sucumbência, respeitado o limite de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício econômico obtido com a prestação jurisdicional, salvo se a matéria objeto do recurso não for pacífica nos Tribunais.

#### 4.14 – O incidente de resolução de ações repetitivas

Uma sociedade de massa<sup>76</sup>, no dizer de Mauro Cappelletti, gera litígios de massa, vale dizer, ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido. Assim, *v.g.*, o Brasil experimenta esse contencioso de massa através de milhares de ações, questionando a legalidade da assinatura básica, os índices de correção da poupança em confronto com as perdas geradas pelos planos econômicos, os índices de correção do FGTS, o pagamento de impostos por

73 O juízo de admissibilidade sujeita-se ao duplo grau de jurisdição, sem vincular o juízo *ad quem*. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...* p. 263, n. 146. No mesmo sentido, no direito alienígena: RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de los recursos ordinários y el proceso en las instancias superiores*. Buenos Aires. t. I. p. 116; e BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição*. São Paulo, 1956. p. 157.

74 Essa novel orientação coaduna-se com mais exatidão com a aperfeição da coisa julgada para ensejar o cabimento da ação rescisória. É que o juízo de admissibilidade é declaratório e a jurisprudência não o considerava assim, tanto que admitia ação rescisória nas hipóteses em que a declaração *ex tunc* já revelava a decadência. A esse respeito, consulte-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro, 1973. t. VIII. p. 271-272.

75 Consoante bem ponderou a professora Tereza Wambier na exposição de motivos: “Há dispositivo expresse determinando que, se os embargos de declaração são interpostos com o objetivo de prequestionar a matéria objeto do recurso principal, e não são admitidos, considera-se o prequestionamento como havido, salvo, é claro, se se tratar de recurso que pretenda a inclusão, no acórdão, da descrição de fatos”.

76 “Quem habita este planeta não é o homem, mas os homens. A pluralidade é a lei da Terra” (Hannah Arendt).

determinadas categorias, a base de cálculo de tributos estaduais, municipais, federais, etc.<sup>77</sup>.

Essas demandas, ao serem decididas isoladamente<sup>78</sup>, geram, para além de um volume quantitativo inassimilável por juízos e Tribunais, abarrotando-os, o risco de decisões diferentes para causas iguais, com grave violação da cláusula pétreia da isonomia, como adverte Dennis Lloyd.

O incidente criado pelo anteprojeto permite a seleção de causas piloto com base na experiência germânica do mercado de capitais (*musterverfahren*), as quais, uma vez julgadas, servem de paradigma obrigatório para as inúmeras

77 Consulte-se: TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, p. 19 e ss., 1994; TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista* citada, p. 411 e ss.; D. COLE, Charles. Precedente judicial – a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 23, n. 92, p. 71-86, out./dez. 1998; GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. In: *Estudos de direito processual*. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 401-422.

78 O projeto não regulamentou a tutela coletiva de direitos, o que continuará a cargo da legislação complementar. O incidente de coletivização, todavia, indiretamente alcança os conflitos potencialmente coletivos. Sobre o tema, a bibliografia mais recomendada: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003; ALPA, Guido. Interessi diffusi. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 81, p. 146-159, jan./mar. 1996; ANGIULI, Annamaria. *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*. Nápoles: Novene, 1986; BAUDEL, Jules-Marc; FOURVEL, Jacques. *Les recours collectifs: étude comparée*. Paris: Société de législation comparée, 2006; CALAIS-AULOY, Jean. Die regelung von rechtsstreiten auf gerichtlichem weg: die lage in Frankreich. In: *Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994. v. III; CAPPALLI, Richard B.; CONSOLO, Claudio. Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry. *Temple International and Comparative Law Journal*, 6.2 (1993): 217-292; CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 62, p. 205-220; CLARK, S. Stuart. *Class actions in Australia*. Texto e palestra apresentados na conferência sobre *class actions*, Genebra, jul. 2000.

COOPER, Edward H. Class-action advice in the form of questions. *Duke Journal of Comparative and International Law*. Spring, 2001; DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976; DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 100, out./dez. 2000.

FISCH, William B. European analoges to the class action: group action in France and Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v. 27, 1979; FRIEDMAN, Mark W. Constrained individualism in group litigation: Requiring class members to make a good cause showing before opting out of a federal class action. *The Yale Law Journal*, v. 100, 1990; GOLDSTEIN, Stephen. Class actions in Israel. In: *Israeli National Report Submitted to the XIII Congress of the International Academy of Comparative Law*. Montreal, August 1990; GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986; KRAMER, Larry. Choice of law in complex litigation. *New York University Law Review*, v. 71, 1996; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998; LINDBLOM, Per Henrik. Group actions in civil procedure in Sweden. *A national report for the XIII international congress of comparative law*. Montreal, august 19-25, 1990; MCKEE, S. Gordon. Class actions in Canada: a potentially momentous change to canadian litigation. *The Fraser Institute*. Out. 1999. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito nacional e comparado*. São Paulo: RT, 2002; WOOLF, Lord M. R. *Final report on access to justice*. Jul. 1996; ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: RT, 2007.

ações em curso na mesma base territorial da competência do tribunal local encarregado de admitir o incidente por provocação das partes, do juiz, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Deveras, quando a matéria revelar potencial de repetição em todo o território nacional e admitido o incidente no tribunal local, qualquer interessado poderá requerer ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, conforme a competência *ratione materiae*, a suspensão de todos os processos e recursos em curso no território nacional.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) manterá cadastro eletrônico dos incidentes que tramitam por todo o Brasil.

A decisão dos Tribunais Superiores em um dos incidentes impõe a adoção da tese jurídica por todos os juízos e Tribunais do país, evitando decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica, mercê de consagrar com largo espectro a isonomia judicial<sup>79-80</sup>.

O incidente traz na sua gênese a tendência de conferir força ao precedente judicial; justificação ímpar da teoria da argumentação, nas palavras de Chaim Perelman, seguindo a velha tradição luso-brasileira dos assentos das casas de suplicação<sup>81</sup> e dos verbetes sumulares inaugurados pelo esforço ímpar de Victor Nunes Leal.

Essas são as principais inovações do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, fruto do labor dos homens que compuseram a comissão e que nutriram a sensação de que os novos tempos reclamam novos direitos, de que é possível recomeçar várias vezes na mesma vida, de que é saudável sonhar o sonho de justiça, mas é impossível, como entreviu Fernando Pessoa: “Servir à sua época e a todas as épocas ao mesmo tempo; ou escrever para homens e deuses o mesmo poema”.

79 O preâmbulo da Constituição, em algumas poucas linhas, condensa o conteúdo e objetivos do Estado Democrático de Direito; fundamentalmente, em efetivar os direitos ali consagrados com vistas ao atingimento de uma sociedade mais justa, igualitária, solidária e fraterna. Assim, antes tudo, premente situar normativamente o preceito isonômico na Constituição. Inicia-se, como não poderia deixar de ser, pelo próprio preâmbulo constitucional, o qual, como já acima referido, entremostra a forte carga valorativa inserida no conceito da igualdade, *verbis*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

80 Alguns exemplos de desdobramentos do preceito igualitário ao longo da Constituição são o inciso I, do próprio art. 5º; os incisos XXX, XXXI e XXXII, todos do art. 7º; o inciso III do art. 19; art. 146, inciso III, alínea *d*; art. 151, inciso I; art. 170, incisos VII e IX; dentre muitos outros.

81 NEVES, António Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 669.