



ANO 3 - NÚMERO 1 - MAIO 2018
EDIÇÃO ESPECIAL

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB-PR





ANO 3 - NÚMERO 1 - MAIO 2018
EDIÇÃO ESPECIAL

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2016-2018

Jose Augusto Araújo de Noronha (Presidente)

Airton Martins Molina (Vice-Presidente)

Marilena Indira Winter (Secretária-Geral)

Alexandre Hellender de Quadros (Secretário-Geral Adjunto)

Fabiano Augusto Piazza Baracat (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Graciela I. Marins (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann, Fernando Previdi Motta e Graciela I. Marins

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia
Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú
80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Versão eletrônica disponível para download

<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná; Escola Superior de Advocacia; Coordenação Científica de Fernando Previdi Motta, Graciela I. Marins -- v.3, n.1 (maio. 2018) -- Curitiba: OABPR, 2018. 400 p.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE	9
APRESENTAÇÃO.....	11

DOCTRINA	13
-----------------------	-----------

Tutela atípica de prestações pecuniárias. por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”?	15
Sérgio Cruz Arenhart.	

Honorários de sucumbência no CPC de 2015: percentual sobre proveito econômico, apreciação equitativa e a lamentável aplicação inversa do art. 85, § 8º	59
Rogéria Dotti	

O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais - um precedente do STJ.....	85
Fredie Didier Jr & Ravi Peixoto	

O dever de fundamentação do magistrado no novo CPC: uma necessidade argumentativa/integrativa.....	99
Luiz Osório Moraes Panza	

Código novo, discussão velha, novas conclusões: embargos de declaração e erro de julgamento.	127
Sandro Gilbert Martins	

A reclamação nos tribunais locais: procedimento, contornos e perspectivas	145
Stela Marlene Schwerz	

**Normas fundamentais no CPC: ferramentas importantes
à disposição dos advogados 165**

Alexandre Barbosa da Silva

**Reflexos do atual código de processo civil na lei
de recuperação de empresas 207**

Maurício de Paula Soares Guimarães & Rafael Martins Bordinhão

**Direito intertemporal e honorários advocatícios
de sucumbência no CPC/15 233**

Clayton Maranhão

**Notas sobre as inovações nas causas de impedimento
e de suspeição do juiz..... 263**

Evaristo Aragão Santos

Produção de provas em fase recursal..... 283

Paulo Osternack Amaral

**Tutela provisória antecipada antecedente negada
e o prazo para aditamento e emenda da petição inicial. 309**

Sandro Marcelo Kozikoski

Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? 323

Rodrigo Mazzei & Bárbara Seccato Ruis Chagas

**A sobrevida da jurisprudência defensiva nos dois anos
de vigência do código de processo civil de 2015..... 351**

William Pugliese

**A impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis
no código de processo civil de 2015: interesse recursal
autônomo ou subordinado? 373**

Thaís A. Paschoal Lunardi

PALAVRA DO PRESIDENTE

Edição histórica

O êxito da Revista da ESA agora se materializa nesta edição especial, a primeira a trazer uniformidade temática. O motivo é mais que justificado: o Código de Processo Civil, o decantado novo CPC, acabou de completar, em março de 2018, dois anos em vigor, após o necessário período de vacatio legis. Antes, foram anos de debates e alterações, a partir do anteprojeto elaborado por uma comissão de notáveis juristas e encaminhado à apreciação do Congresso Nacional.

Após a aprovação da Lei pelo Senado Federal foram realizados em todo o país centenas de congressos, cursos, seminários, painéis e palestras sobre os dispositivos do Código. No Paraná, os eventos promovidos pela OAB e pela ESA reuniram milhares de participantes, entre advogados e acadêmicos interessados em desvendar os segredos do novo diploma legal. As Caravanas do CPC, que cruzaram o interior do estado em todas as direções, ajudaram ainda mais a disseminar o conteúdo.

E eram muitas as inovações entre as normas processuais, desde a simplificação de procedimentos até a forma

de contagem dos prazos judiciais, incluindo questões relevantes como a maior exigência para a motivação das ações e o respeito à ordem cronológica dos julgamentos.

Hoje o conteúdo do CPC mostra-se fundamental para a celeridade jurisdicional. Sua adoção como elemento de condução da rotina processual é uma demonstração da excelência de nossos juristas, em favor da contemporaneidade jurídica. A bibliografia gerada é extensa. A ela vem se somar esta edição especial, publicada pela nossa elogiada Escola Superior de Advocacia.

A Coordenação Científica da Revista da ESA merece os mais extensos elogios, pela constelação de autores que reuniu, permitindo a compreensão e a análise de eventuais pontos ainda obscuros por todos os leitores.

Tenha certeza de que será muito agradável a tarefa de esquadriñar este monumento do universo jurídico brasileiro que se chama Código de Processo Civil.

Boa leitura!

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

No dia 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.015, que tratou do Novo Código de Processo Civil Brasileiro e cujo trâmite legislativo ocorreu integralmente dentro de um regime democrático. E para comemorar o aniversário de 02 anos da vigência desta importante lei, a Coordenação da Revista buscou apresentar à comunidade jurídica uma edição especial.

Assim, a 6ª edição da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR foi integralmente voltada a temas do novo processo civil brasileiro, com artigos selecionados de notória novidade e atualidade.

Por se tratar de uma lei bastante recente, que trouxe diversas alterações em relação ao regime anterior, optou-se por trazer aos leitores apenas artigos de doutrina, até porque muitos dos novos preceitos, trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, ainda precisam ser devidamente interpretados e atravessam fase de consolidação, no que diz respeito à sua aplicação pelos Tribunais.

Fazemos um agradecimento especial a todos os autores que contribuíram enviando artigos para publicação

na nossa revista, à Diretoria da OAB-PR pela confiança franqueada a este projeto, aos colaboradores da ESA-PR e a todos aqueles que, de algum modo, concorreram para o êxito desta publicação.

Embora se trate de uma edição especial, o propósito de contribuir para o aprimoramento técnico e cultural da classe jurídica foi mantido. Trata-se de um periódico que tem por objetivo disponibilizar doutrina jurídica especializada em modelo de acesso livre para fins acadêmicos, para o magistério jurídico e, especialmente, para o uso do advogado e dos demais profissionais do Direito.

Uma boa leitura a todos.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenadores Científicos

DOUTRINA

TUTELA ATÍPICA DE PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS. POR QUÊ AINDA ACEITAR O “É RUIM MAS EU GOSTO”?

Sérgio Cruz Arenhart.

Mestre, doutor e pós-doutor em Direito.
Professor dos Cursos de Graduação e
Pós-graduação da UFPR. Ex-juiz Federal.
Procurador Regional da República.

1. A garantia da efetividade da prestação jurisdicional e a imposição constitucional de meios adequados para a tutela dos direitos

Dispensa demonstração a afirmação de que um processo judicial que careça de instrumentos para a efetiva e adequada implementação dos direitos reconhecidos é ainda mais injusto que um sistema que sequer disponha de um modelo de processo civil. Com efeito, pior do que um Estado que simplesmente abandona seus cidadãos à sua própria sorte, desinteressando-se pelo reconhecimento e proteção de direitos, é conviver com um Estado que, embora reconheça explicitamente que alguém teve um direito violado ou ameaçado, seja impotente para corrigir essa injustiça.

Por isso, não se pode menosprezar a importância do estudo das técnicas de implementação das decisões judiciais e dos direitos. O tema não envolve simples preciosismo, nem pode ser ligado – como às vezes ocorre em expressão de parte da doutrina – a alguma tentativa de expandir os poderes do juiz, tornando o processo algo “ilegítimo”, “autoritário” ou “despótico”.^{1/2} O exercício da auto-

1 Tem-se tornado comum a assimilação da ideia de que a ampliação dos poderes do juiz traz consigo a pecha do autoritarismo. Supõe-se, ao que parece, sem nenhuma razão, que o incremento dos poderes judiciais – ou, melhor dito, a possibilidade de que ele possa adequar o procedimento na busca da melhor proteção aos direitos envolvidos no processo – infringe a liberdade e, portanto, é algo que deve ser recusado. O processo não é o campo de embate entre as liberdades individuais e o poder do Estado. Ao contrário do que se supõe, não pode haver liberdade, sem que o Estado (-jurisdição) disponha de suficiente capacidade para fazer implementar aquelas liberdades e os direitos reconhecidos. Um Estado fraco, indubitavelmente, é incapaz de tutelar de forma adequada os direitos e as liberdades que promete aos indivíduos. Por isso, reconhece-se há muito tempo a natureza pública do processo civil (v., entre tantos outros, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1922, tomo I, p. 82-83), voltado, ademais da tutela dos direitos materiais, para fins públicos, a exemplo da atuação do Direito e da participação na gestão da coisa pública. Nessa medida, embora se dê as partes, de regra, a liberdade para buscar a tutela jurisdicional, é evidente, como lembrava Tissier há muito tempo, que a partir do momento em que a atuação judicial é provocada, a questão assume interesse público, sendo dever do Estado assegurar a realização da justiça, “*aussi rapide et aussi complete que possible*” (TISSIER, Albert-Anatole. “Le centenaire du code de procédure civile et les projets de réforme”. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Sirey. n. 3. 1906, p. 44).

2 Aliás, aqueles que qualificam o processo civil brasileiro atual como autoritário cometem a proeza de incidir em duplo equívoco. De um lado, esquecem-se de que, na orientação clássica da doutrina, um “processo autoritário” não é um processo despótico. Autoritário é o processo – conforme clássica lição de Calamandrei (*Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro. 1996, p. 393) – em que a

ridade jurisdicional, na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado. Do contrário, despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte. Como lembra Couture – defensor inquestionável de um processo civil democrático – “conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia”.³

autoridade (judicial) tem ampliados seus poderes de gestão do processo. Nesse passo, sem dúvida, um processo em que o juiz participa ativamente do desenvolvimento da relação processual é “autoritário”, sem, porém, que disso se possa extrair qualquer conclusão quanto ao caráter “antidemocrático” desse processo. Mas, a par desse equívoco terminológico, soa também rasteira a afirmação de que o processo atual é autoritário, apenas porque dá ao juiz poderes de intervir na relação processual. Como lembra, há muito tempo, Moacyr Amaral Santos, a outorga de poderes de direção do processo ao juiz, desde que não atrapalhe a defesa dos interessados, exclui que se possa supor o caráter “autoritário” da atividade judicial (SANTOS, Moacyr Amaral. “Contra o processo autoritário”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 54, n. 2, 1959, p. 222-223). Constitui erro grosseiro assimilar o respeito à autoridade da jurisdição com a noção de autoritarismo. Como já dito, o respeito à autoridade da atividade jurisdicional é fundamental para o respeito e a garantia das liberdades individuais, o que demonstra inexistir qualquer antagonismo entre a autoridade do Estado e as liberdades públicas. Ademais, o autoritarismo decorreria da inexistência de base jurídica para certa atitude, sendo patente que nada disso se verifica no processo atual.

3 COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil”. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I, p. 89.

Por outro lado, também é certo que a outorga desmesurada e ilimitada de poderes ao Estado para efetivar os direitos implica atentado injustificável a direitos fundamentais do “obrigado”. Como lembra Couture, se a democracia não pode contentar-se com o individualismo – já que este é, em suma, a negação da própria democracia – conferir excessivos poderes ao juiz é apenas fugir de resolver a questão, já que, nesse caso, o problema se torna o juiz. A ausência de limites aos poderes do juiz pode levar ao abuso e ao consequente despotismo judicial.⁴ Afinal, os juízes são também seres humanos e, portanto, sujeitos ao erro ou ao excesso.

Ademais, é imposição constitucional o respeito às liberdades e ao mínimo existencial.⁵ Por isso, só se justifica a agressão ao patrimônio ou à liberdade individual

4 “Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante. El juez es, al fin de cuentas, un hombre. Puede suponérsele bueno y bien intencionado. Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: *lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.*” (COUTURE, Eduardo. “El derecho procesal civil hispanoamericano”. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 339-340).

5 Sobre a questão, na parte que aqui interessa, v. entre tantos outros, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*. De modo mais geral, sobre a ideia do mínimo existencial, v. RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1995, esp. p. 217-218.

na medida em que isso seja tolerado pela legislação e no limite em que não se ofenda o núcleo essencial daquelas garantias fundamentais.

Afinal, o limite da atuação dos direitos – pelos próprios titulares ou pelo Estado – está exatamente na interferência a direitos de outros. Nesse passo, como lembra Couture, a chave do sucesso de um sistema processual está no equilíbrio entre a liberdade e a autoridade ou, por outras palavras, entre a preservação dos interesses individuais e sociais (representados pelo Estado-jurisdição).⁶

2. A importância da visão panprocessual para o correto dimensionamento dos poderes executivos

Porém, há outro dado que deve ser agregado a esta análise, ainda em seu momento introdutório. Trata-se da necessidade de adequar o balanceamento entre os valores autoridade e liberdade com o cânone da proporcionalidade pan-processual.

6 Segundo o mesmo autor, “Dos sistemas principales se disputan el campo. En uno, la libertad individual es soberana. (...) Apoyado en un finísimo sentido liberal, este proceso es el proceso del recelo y de la desconfianza en el juez. (...) En cambio en el otro sistema, la autoridad es suprema. Así en los procesos anglo-sajones y especialmente en el inglés, la fe en el juez es la base y el fundamento de la justicia. (...) Los dos sistemas tienen sus riesgos evidentes; el primero desnaturaliza la justicia; el segundo aniquila la libertad” (COUTURE, Eduardo. “La justicia inglesa”. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 112-113). Embora pareça exagerada a afirmação no sentido de que a justiça inglesa ou norte-americana aniquile a liberdade individual, é certo que é necessário encontrar equilíbrio entre o interesse das partes e o do Estado-jurisdição.

É sabido que as regras do processo civil tratam, na verdade, da concretização de princípios constitucionais processuais, amalgamados ao longo do tempo e da experiência, nas formas atualmente empregadas. Por isso, seria possível pensar o processo a partir dos princípios que iluminam essas regras, retornando à essência traduzida por esses procedimentos. Logicamente, quando o discurso é restituído para o campo dos princípios, duas noções básicas entram em cena: a ideia de que eles devem ser realizados na sua máxima expressão possível; e a provável colisão entre os vários princípios incidentes, decorrente da tentativa de maximização de todos eles.

O operador do Direito, sem dúvida, está familiarizado com esses conceitos e com as técnicas de ponderação empregadas para compatibilizar esses dois polos. Este é o campo da “proporcionalidade” (chamada aqui de proporcionalidade endoprocessual), tomado do direito administrativo e, em especial, do direito constitucional, e amplamente empregada pelo processo civil.

Porém, o tema oferece ainda outro ângulo de análise, ainda pouco explorado no direito brasileiro. Trata-se da chamada dimensão *pan-processual* da proporcionalidade, ideia mais enraizada no direito administrativo, e que toma em conta a necessidade de gestão adequada e eficiente de toda a massa de feitos judiciais existentes.⁷

7 Sobre o tema da proporcionalidade pan-processual, v. CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil”. *Revista de Processo*. n. 192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011; ARENHART, Sérgio

Não se trata aqui, apenas, de aludir à noção de “eficiência”, considerada por alguns apenas como uma razão de economicidade *interna ao processo*, ou seja, da economia no emprego de recursos observada sob uma perspectiva endoprocessual.⁸ É imprescindível que se veja o processo judicial como um “serviço público”, que demanda recursos que são escassos. É preciso, então, aplicar esses recursos de maneira eficiente, considerando não apenas a necessidade do processo singularmente visto, mas também o conjunto das demandas judiciais existentes. Por outras palavras, os recursos – humanos, estruturais, financeiros etc. – necessários à administração pública da Justiça precisam ser usados de forma racional. E esse uso exige que se considere não apenas as necessidades de cada processo, tomado de forma isolada, mas também do conjunto dos processos judiciais existentes, na medida em que o emprego desses recursos em cada um deles determina a quantidade remanescente, que poderá ser aplicada aos demais.⁹

Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 37 e ss.; OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 91 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. “Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation”. *International journal of procedural law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014, *passim*.

8 V., sobre esse viés, DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 5, p. 112-113.

9 O discurso poderia ir ainda mais longe, porque, afinal, os recursos públicos financiam todos os serviços e as políticas públicas. “If we lived in a Panglossian ‘best of all possible worlds’, our procedural system would enforce the substantive law costlessly and with perfect accuracy. But in our real world

Visto desse modo, resta claro que o serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade (em sentido substancial) e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existente, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público.

As garantias fundamentais processuais, sob esse enfoque, recebem mais um elemento de análise. Se, dentro do processo, o limite de uma garantia é a sua acomodação a outras garantias, impõem-se também considerações externas – que levem em conta o todo de processos existentes – a fim de dimensionar a extensão em que todas essas garantias podem ser satisfeitas, à luz dessa proporcionalidade *pan-processual*.

A análise *pan-processual* da proporcionalidade é hábil a oferecer visão mais adequada da realidade jurisdicional brasileira. Por colocar, ao lado da análise endoprocessual das garantias processuais, a inter-relação entre os vários processos, essa abordagem permite dosar de forma ótima a capacidade de atender aos interesses de todos os jurisdicionados de forma ótima, sem fazer com que o excesso de garantias dado

of scarcity and constraint, we have to settle for an imperfect system, on that creates its own costs at the same time as it reduces, though never eliminates, the risk of enforcement error. The challenge for procedural law is to find the right balance of benefit and cost, and to do so with less than perfect information about the likely effects. More extensive procedures can reduce the risk of error but also increase the cost of process and take resources away from other worthwhile social programs” (BONE, Robert G. *Civil procedure – the economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 2).

a um processo possa prejudicar os outros. Por outras palavras, o esforço estatal aplicado a um caso determinado deve ser dimensionado também a partir do esforço que poderá ser disponibilizado às outras pessoas, que, afinal, são também potenciais usuários desse serviço.¹⁰

Vale sublinhar que essa visão a respeito da proporcionalidade sequer pode ser vista como inovadora. O direito estrangeiro dá mostras de que esses critérios, em alguns sistemas, estão positivados, prestando-se como balizadores da atividade jurisdicional.

Assim ocorre, por exemplo, com a legislação inglesa. As *Civil Procedure Rules*, de 1997, em sua primeira parte (*Overriding Objective*), no seu art. 1.1, estabelece o dever de o juiz tratar a causa segundo a justiça, o que implica, na medida do possível, entre outras coisas “b) diminuir custos; c) lidar com a causa de forma que seja proporcional; (i) ao montante de dinheiro envolvido; (ii) à importância da causa; (iii) à complexidade dos temas; e (iv) à condição econômica de cada parte; d) assegurar que a causa seja tratada de forma expedita e justa; e e)

10 “Le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori le parti (attuali o potenziali: quindi anche i cittadini) nelle altre controversie indirizzate (o da indirizzare) alla cognizione del giudice statale.” (CAPONI, Remo. “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”, p. 390).

alocar à causa uma apropriada parcela dos recursos da corte, tendo em consideração a necessidade de alocação de recursos às outras causas” (item 2).¹¹

Também no direito italiano, o projeto de Código de Processo Civil, elaborado por Proto Pisani, previa semelhante preceito. Segundo o art. 0.8, do projeto, em cada causa deveria ser assegurado o emprego proporcional de recursos judiciais em relação ao escopo de justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos.¹² Essa orientação, aliás, encontra muito facilmente suporte no princípio da eficiência da atividade pública, e, em específico, no princípio da eficiência do serviço judiciário, que se pode, no sistema italiano, deduzir indiretamente da garantia da duração razoável do processo (art. 111, § 2.º, da Constituição italiana)¹³ e da garantia de acesso à Justiça (art. 24, da Constituição italiana).

11 “[D]ealing with a case justly includes, so far as is practicable: (...) b) saving expense; c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

12 “È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi”.

13 CAPONI, Remo. Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile. Il foro italiano. vol. I, p. 15. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, maio, 2008.

Na ordem jurídica brasileira, embora não exista preceito idêntico, é possível extrair essa mesma orientação da garantia constitucional de eficiência na administração do Estado, estampada no *caput* do art. 37, da Constituição.¹⁴ De fato, se a atividade jurisdicional pode ser enfocada – na visão do cidadão – também como um serviço público, é evidente que ele deve pautar-se pela eficiência, tomando em consideração o conjunto de demandas com que o Judiciário deve lidar.

De certo modo, uma releitura do princípio de eficiência, também previsto no art. 8º, do CPC, pode apoiar essa conclusão. Embora, como dito, alguns considerem essa eficiência apenas como a necessidade de “poupar recursos” no interior de um processo, considerado apenas em sua singularidade, é possível extrair dali muito mais, fixando nesse comando a essência da necessidade de consideração do serviço-justiça pensado como um todo.¹⁵

Assim, importa deixar claro que, no campo da efetivação dos direitos – embora o mesmo raciocínio se aplique a todos os outros pontos do processo civil – não se pode examinar as garantias processuais de maneira isolada, isto

14 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, ob. cit., p. 46.

15 “O juiz deve dirigir o processo de modo eficiente. Isso significa que deve alocar tempo adequado e dimensionar adequadamente os custos da solução de cada litígio. A necessidade de eficiência na gestão do processo guarda íntima relação com a ideia de proporcionalidade entre os meios e os fins que são visados pela administração da Justiça Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2017, p. 170).

é, olhando apenas *para dentro do processo*. É fundamental considerar o impacto que a “melhor” satisfação dessas garantias implica para todo o restante dos processos com que o Judiciário deve lidar.

3. O juiz-árbitro brasileiro. A interpretação correta do art. 139, IV, do CPC

O Código de Processo Civil de 2015 incluiu regra que, possivelmente, a par de constituir um dos comandos mais importantes ali presentes, altera significativamente o paradigma com que se trabalha neste campo.

Há muito tempo, denunciava Ovídio Baptista da Silva que o processo civil brasileiro padece com uma indelével herança – tomada do direito romano tardio – que o torna incapaz de reagir de maneira efetiva frente às ameaças e às violações a direitos. Trata-se da visão que exclui da figura do juiz qualquer traço de autoridade, tratando-o como se fosse simples árbitro da contenda existente entre as partes, recebendo todo e qualquer poder exclusivamente daquilo que lhe foi expressamente delegado pelas partes.

A discussão remonta a análise da natureza da sentença condenatória, no passado e no presente. Embora o tema seja muito amplo, já tendo sido analisado em outro lugar,¹⁶

16 V., sobre isso, com mais vagar, SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, *passim*; *Id.* *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-92; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 59 e ss.; *Id.* “Sentença condenatória

importa, para bem situar a discussão, rememorar alguns breves conceitos que envolvem essa apuração.

Sabe-se que o direito romano conhecia a figura da *condemnatio*, que era a consequência obtida diante da violação de uma *obligatio*. A condenação romana era proferida por um *iudex*, escolhido pelas partes e cuja função se assemelha à atualmente desempenhada pelo árbitro privado. Por outras palavras, o *iudex* não representava a “autoridade” romana; era um particular, escolhido pelas partes para o julgamento da controvérsia existente. Por isso, despida de autoridade que era, a violação da condenação não implicava qualquer reação do “poder público” romano. Porque essa condenação se limitava a uma “declaração de razão” para o autor da *actio*, inexistia ordem ao réu para cumprimento da *obligatio*. A consequência da violação da condenação romana era, simplesmente, a permissão para que o interessado regressasse a juízo, postulando a chamada *actio iudicati*, quando então seria possível a adoção de medidas mais enérgicas, pela intervenção do pretor.¹⁷⁻¹⁸

para quê?”. *Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento*. Org. Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2010, *passim*; *Id.* La eficacia condenatoria de las sentencias y el cumplimiento de prestaciones. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. V. 15, 2010, *passim*.

17 V., sobre isso, SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 285 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 8-11.

18 É fato que o regime era diverso, naquela época, para direitos absolutos, a exemplo dos direitos reais. Para estes, reservava-se procedimento

Embora essas breves linhas retratem situação ocorrida há muitos séculos, parece que são atualíssimas se a situação atual é bem examinada.

Ainda que se tenha eliminado a dicotomia presente no código anterior, entre processo de conhecimento e ulterior processo de execução de sentença, fato é que a essência daquela velha noção de condenação permanece latente em várias passagens do código.

Note-se, por exemplo, que o código indica, ao menos para o pagamento de soma em dinheiro, que o cumprimento de sentença se faz apenas “a requerimento do exequente” (arts. 513, § 1º e 523). Ou seja, sem que o exequente o requiera, fica o juiz manietado, como se não fosse sua a decisão desrespeitada. Quer isso dizer que, em realidade, o código não enxerga naquela decisão nenhum exercício de efetiva *autoridade estatal*. Vê ali apenas a concretização de uma obrigação (titularizada pelo autor da demanda) e cujo cumprimento se faz apenas se e quando interessar ao credor. Desobedecer uma sentença condenatória – ainda no direito vi-

mais expedito, presidido pelo pretor, que, com seu *imperium*, tutelava esses direitos evidentes através da imposição efetiva de ordens dirigidas ao réu. Tem-se, aí, pois, a divergência fundamental de tratamento que era concedida, em direito romano clássico, às obrigações e aos direitos reais. Enquanto a estes se aplicava o instituto da *vindicatio* (interdito) gerando uma ordem ao vencido — no sentido de que este não se opusesse à retomada privada do bem espoliado — à obrigação concedia-se o remédio da *condemnatio*, em sede de jurisdição (com a declaração do direito, pois não constituía direito evidente) que, caso não cumprida espontaneamente, gerava, como única consequência, a possibilidade ao credor de fazer uso da *actio iudicati* — tal como ocorre, *mutatis mutandis*, no direito moderno.

gente – não é infringir um comando do Estado. É apenas não adimplir uma obrigação e, portanto, sujeitar-se, *sempre pela iniciativa do credor*, a atos que tenderão ao adimplemento futuro. Afinal, mesmo depois de tanto tempo – e depois de tanto denunciado o compromisso do direito brasileiro com esse arcaico modelo romano – permanece válida a lição de Liebman, que afirmava que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente”.¹⁹ A sentença condenatória brasileira, para muitos autores, e aparentemente também pela lei processual, é vista como simples exercício de declaração, sem qualquer *imperium*. Daí a razão pela qual seu descumprimento não constitui ato ilícito, mas simples ato de inadimplemento obrigacional.

Não obstante sejam evidentes as reminiscências desse pensamento, parece que o sistema processual atual possui ferramentas que habilitam o operador do Direito a superar esse ranço e romper essa barreira que compromete a efetividade da prestação jurisdicional.

Trata-se do preceito contido no art. 139, inc. IV, do CPC, que confere ao juiz o poder de “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”. Embora mal se explique a razão pela qual o dispositivo foi alocado no preceito que

19 LIEBMAN, Enrico Tullio. Ob. cit., p. 13.

regula os poderes do juiz (e não naqueles que disciplinam o cumprimento de sentença e a execução) fato é que, se bem interpretado, o comando possui importância extraordinária na ruptura do velho modo de pensar a atuação executiva judicial.

Já há algum tempo, como visto, parte da doutrina vem denunciando o inexplicável arraigamento do direito nacional atual àquela visão antiga da função jurisdicional. Porém, o mais grave é notar que essa ligação, atualmente, *só se verifica no campo da efetivação de (algumas) prestações pecuniárias*. De fato, desde a introdução do art. 461, no CPC anterior, em 1994,²⁰ posteriormente acrescido do art. 461-A, as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa passaram a contar com um modelo radicalmente distinto para sua efetivação. O juiz passou a poder emitir ordens, cujo cumprimento se realizava *ex officio* e por meio de medidas de sub-rogação ou indução abertos, ou seja, não necessariamente regradados por lei. A mesma lógica foi mantida pelo código em vigor, como se vê dos arts. 536 e ss., que conferem amplo arsenal ao juiz para concretizar esses direitos, deixando evidente a presença do *imperium* nessa atividade.

Se essa inovação foi importantíssima, porém, criou ela verdadeiro abismo entre a situação desses interesses e as prestações pecuniárias. Enquanto se oferecia tutela

20 Vale recordar que o art. 461, do CPC/73, na redação dada pela Lei n. 8.952/94, nada mais consistiu do que uma ampliação de permissão anteriormente existente para situações pontuais, a exemplo do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor.

inveijável às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, para as prestações pecuniárias (com algumas exceções, a exemplo dos alimentos) ainda se reservava a velha “execução” por expropriação patrimonial, típica e com procedimento absolutamente regrado, cujo início sempre estava condicionado ao impulso do exequente. A violação à isonomia, ali, era gritante. Aparentemente, dava-se mais valor às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, não importando seu conteúdo, do que às prestações pecuniárias, também independentemente do bem jurídico por estas protegido.

Ao que parece, a nova regra do art. 139, IV, embora não de forma explícita e clara, é capaz de superar essa dicotomia de tratamento. É esse comando que permite corrigir aquela flagrante inconstitucionalidade, que autorizava tratar certas prestações por técnicas mais efetivas do que outras. Permite, ademais, como dito, romper com aquela ideologia que, inconscientemente, ainda trata o juiz como um *iudex* privado.

4. O art. 139, IV, CPC deve ser excepcional?

Parece claro que o dispositivo mencionado é importante, sendo um passo fundamental para que se possa cortar aquele cordão umbilical que liga a execução brasileira a modelo superado e inefetivo. Parece também evidente que essa regra poderia ser capaz de superar diversas barreiras tradicionalmente postas para que

os direitos possam ser adequadamente protegidos em juízo. Mas então, por que seu uso tem recebido tantas críticas e sua aplicação tem sido tão excepcionada, até mesmo pela doutrina nacional?

São comuns as críticas a decisões que impõem a apreensão de documentos (passaportes, habilitação de dirigir etc.) sob vários enfoques diferentes. Há desde aqueles que entendem que essas prerrogativas não estão contidas nos poderes oferecidos pelo art. 139, IV, do CPC, até aqueles outros que entendem que o emprego dessas medidas é excepcionalíssimo. Não parece, porém, que essas críticas – ao menos de forma generalizada – encontrem fundamento.

Primeiramente, é essencial recordar que há um direito fundamental, decorrente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, à efetivação judicial dos direitos, o que inclui o direito a mecanismos *adequados* de atuação da decisão judicial. Se o direito fundamental tem uma dimensão positiva – que exige do Estado a adoção de condutas para tornar o mais concreto possível os direitos fundamentais previstos – então é certo que a garantia de acesso deve impor que os interesses postos à apreciação do Judiciário sejam não apenas adequada, tempestiva e efetivamente examinados, mas também, se reconhecida sua existência, prontamente impostos àquele que resiste à sua satisfação.

Por isso, é decorrência natural da garantia de inafastabilidade a pré-ordenação de instrumentos que sejam ca-

pazes de garantir a eficácia das decisões judiciais.²¹ Se há esse direito, por parte daquele que busca a prestação jurisdicional, há o necessário dever, por parte do Estado, de oferecer esses instrumentos. É, portanto, inerente à prestação jurisdicional o poder-dever do Estado de garantir a imposição das suas decisões judiciais da forma mais pronta e adequada possível. Trata-se, portanto, de elemento intrínseco à atividade judicial do Estado a predisposição de mecanismos que sejam capazes de fazer observar as decisões judiciais. Afinal, de nenhuma utilidade seria a possibilidade de o Judiciário decidir sobre tudo, se as decisões por ele proferidas não precisassem ser obedecidas.

Conclui-se que, independentemente da previsão expressa, em dispositivo legal, dos instrumentos de atuação das decisões judiciais, esse poder-dever é consequência natural da atribuição constitucional dada ao Poder Judiciário para decidir as controvérsias. Vale recordar, nesse ponto, que o direito norte-americano, mesmo sem previsão expressa sobre todos os poderes de efetivação atribuídas ao Judiciário, sempre trabalhou nessa linha, por meio da doutrina dos *inherent powers* (poderes inerentes). Segundo essa concepção, os magistrados possuem poder amplo para a adoção de medidas capazes de impor as suas decisões. Afirma-se que os poderes inerentes consistem em todos os poderes razoavelmente exigidos para permitir a um tribunal o exercício eficiente de suas funções judiciais, para proteger sua dignidade, independência e in-

21 V., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2008, esp. p. 130 e ss.

tegridade e para tornar efetivas as suas decisões legítimas.²² Nos termos dessa teoria, os tribunais têm o poder de adotar as medidas necessárias à consecução de suas finalidades, ainda quando esses instrumentos não estejam expressamente previstos no direito positivo. Diante dessa prerrogativa, podem os tribunais editar e implementar regras para lidar com o litígio a ser examinado²³ e ainda determinar a punição em caso de desrespeito ao tribunal (*contempt of Court*).²⁴ Essa garantia opera como condição necessária para a realização da independência do Poder Judiciário, prevista constitucionalmente,²⁵ na medida em que torna a atuação jurisdicional autônoma, não dependente de qualquer intervenção das outras funções do Estado.²⁶

22 CARRIGAN, Jim R. "Inherent Powers and Finance". *Trial magazine* 7. N. 6, 1971, p. 22.

23 V. Thomas v. Arn, 474 U.S. 140, 146 (1985).

24 Cf. Young v. U. S. ex rel. Vuitton et Fils S.A., 481 U.S. 787 , 793 (1987); Michaelson v. United States ex rel. Chicago, St. P., M., & O. R. Co., 266 U.S. 42 (1924). V. tb., HAZARD JR., Geoffrey C. TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 204; VERDE, Giovanni. "Attualità del principio 'nulla executio sine titulo'". *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 70.

25 Cf. WEBB, G. Gregg, WHITTINGTON, Keith E. "Judicial independence, the power of the purse, and inherent judicial powers". *Judicature*. Vol. 88, n. 1. jul-ago 2004, p. 14. Essa doutrina estende-se aos poderes outorgados aos tribunais para determinar sua administração, àqueles que importam a indicação de salários adequados aos magistrados, aos que asseguram a independência do Poder Judiciário frente às outras funções do Estado e também, como se vê no texto, ao poder outorgado às Cortes para imporem suas decisões.

26 TRIBE, Lawrence H.. *American constitutional law*. 3. ed., New York: Foundation Press, 2000, vol. I, p. 466/467, esp. nota 2. V., tb., Young v. U. S., acima mencionado, p. 481.

Se, então, há um direito fundamental aos meios de efetivação adequados aos direitos, então parece pouco razoável que se sustentem as críticas acima vistas.

Em primeiro lugar, no que se refere à imposição de restrição a direitos – caso em que se inserem as decisões de apreensão de documentos acima mencionadas – não parece que haja aí nada de excepcional. Trata-se, sem dúvida, de medida indutiva e, portanto, subsumível ao contido no art. 139, IV, do CPC, cuja aplicação, ao menos abstratamente, encontra respaldo legal.

As críticas veiculadas normalmente acentuam eventual violação a direitos fundamentais (de ir e vir, ou algo semelhante) que estaria sendo violados por essas ordens judiciais. Ao que parece, porém, há evidente exagero nessa crítica. Afinal, há mesmo um direito fundamental a viajar para o exterior que estaria sendo violado pela ordem de apreensão do passaporte? Ou há um direito fundamental a dirigir veículos, que foi infringido pela determinação de retenção da habilitação de dirigir? Claro que não!

É evidente que pode haver situações específicas em que essas restrições a direitos possam atingir outros direitos específicos (o direito ao trabalho ou coisa parecida), mas aí o problema é pontual, e não deslegitima o emprego, ao menos *em abstrato*, dessas técnicas como importantes mecanismos de indução. A crítica, portanto, parece exagerada e sem fundamento.

Ademais, deve-se sempre recordar que os mecanismos de indução partem de uma premissa fundamental: o ordenado tem condições de cumprir a ordem e, portanto, sua resistência é desarrazoada. Como pondera John Dobbryn, esses mecanismos trabalham com a lógica de que o ordenado possui as chaves da prisão em seu próprio bolso.²⁷ Ou seja, não se pode ver nos meios de indução (ao menos *a priori*) algo de excessivo ou incivilizado, na medida em que sua incidência só ocorre diante da renitência *injustificada*²⁸ do ordenado em dar atendimento à ordem judicial.

Por isso, não parece excessiva ou ilegal (ao menos em abstrato) a ordem de apreensão do passaporte, da carteira de habilitação ou de outro documento semelhante, até porque essa determinação só ocorreu porque o requerido, embora tenha recebido uma ordem, com prazo para seu cumprimento, entendeu (injustificadamente) que seria melhor descumprir o comando. A incidência na sanção, portanto, é consequência exclusiva de sua própria resistência.

O emprego dessas técnicas, portanto, é ferramenta posta à disposição do Judiciário e deve ser empregada, até mesmo por conta das vicissitudes do uso da multa coercitiva na prática nacional. Com efeito, como ponderado em outro lugar,²⁹ a forma como tem sido praticada a multa

27 *Injunctions in a nutshell*. Minnesota: West, 1974, p. 225

28 Logicamente, se há justificativa para a resistência, então o debate assume outro contexto, a ser adiante examinado.

29 ARENHART, Sérgio Cruz. “A doutrina brasileira da multa coercitiva: três

coercitiva no sistema nacional desvirtuou totalmente sua finalidade. De um instrumento de coerção, transformou-se ela, praticamente, na mais violenta forma de “indenização premiativa”. Não raras vezes, credores preferem receber o valor da multa a obter a efetiva satisfação da obrigação original – a cuja proteção se destinava a imposição das *astreintes*. Perdeu-se, em grande medida, o cunho coercitivo da medida, que se transformou em uma grande catapulta de indenizações vultosas e sem relação com o dano sofrido.

Seja como for, se o sistema desvirtuou o papel coercitivo da multa, impõe-se encontrar outras ferramentas que possam ocupar essa função. E a restrição a direitos sem dúvida encontra campo fértil nesse ambiente.

Desde que essas ordens não violem direitos fundamentais, nem constituam ato ilícito, nem exorbitem seu papel coercitivo, merecem ser elas empregadas amplamente. Logicamente, porém, seu emprego estará sempre condicionado a um elemento essencial: sua efetividade, ou seja, sua real capacidade de induzir o ordenado a cumprir com o comando judicial.

Parte da doutrina sugere que o emprego dessas medidas só deva ser admitido quando a medida tiver alguma correlação com a obrigação a ser tutelada. Assim, por exemplo, uma ordem de proibição de funcionamento de certa empresa só deveria ser expedida se o funcionamento da empresa violasse algum direito, mas jamais

questões ainda polêmicas”. *Revista forense*, n. 396, mar-abr./2008, *passim*.

para o adimplemento de uma obrigação qualquer; uma ordem de apreensão da habilitação de dirigir só poderia ocorrer se o hábito de dirigir fosse a causa da inobservância do direito.³⁰

Não parece, porém, que essa exigência tenha fundamento.

Afinal, jamais se exigiu qualquer nexo de relação entre as técnicas coercitivas “típicas” (a exemplo da multa coercitiva ou da prisão civil) e a prestação cuja tutela se pretende. De fato, qual a relação entre o dever de pagar alimentos e a prisão do devedor? Qual a relação entre a prestação de devolver um veículo e o montante em dinheiro representado pela multa coercitiva? Absolutamente nenhuma!

A “pertinência” ou correlação, portanto, entre o meio de indução e a prestação tutelada é requisito injustificável e que só se presta para colocar mais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e, portanto – como visto – à preservação dos direitos fundamentais do exequente.

30 Ao que parece, essa é a visão adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves, a partir dos exemplos que emprega. Diz o autor que seria possível a “suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário” (*Manual de direito processual civil*. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1075).

Grande parte da doutrina brasileira, ademais, considera que o emprego das técnicas atípicas de efetivação – sobretudo em se tratando de obrigação pecuniária – só pode ocorrer de forma subsidiária. Por outras palavras, só se deve permitir ao magistrado lançar mão desses instrumentos se as medidas típicas previstas tiverem seu resultado frustrado.³¹ Haveria uma “tipicidade *prima facie*” para a efetivação de prestações de pagar soma em dinheiro, só afastada excepcionalmente, quando ela se mostre inviável a obter a satisfação do interesse do exequente.

Em essência, os argumentos para essa conclusão são de cunho legal e hermenêutico. Afirma-se, nesse passo, que a subsidiariedade da atipicidade vem assentada nos arts. 921, III e 924, V, do CPC, que trata da ausência de bens penhoráveis e da suspensão da execução.³² Argumenta-se ainda que supor a atipicidade como regra na efetivação de prestações de pagamento implicaria a violação do sistema do código e poderia conferir demasiados poderes ao juiz, ao arrepio da intenção do legislador.³³

31 Nesse sentido, entre tantos outros, v., especialmente, DIDIER JR., Fredie. *et alli. Curso de direito processual civil.*, vol. 5, p. 107 e ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, ob. cit., p. 1076.

32 DIDIER JR., Fredie *et alli. Curso...*, ob. cit., p. 107.

33 “O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regime da execução por quantia. Essa interpretação *retiraria* o princípio do *sistema* do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa *interpretação* é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador

Embora respeitáveis, os argumentos não parecem convencer.

Inicialmente, repise-se, como feito em vários momentos deste texto, que existe um direito fundamental, outorgado ao exequente, à tutela efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos. Logo, ainda que se supusesse a insuficiência da legislação infraconstitucional, esse defeito *deve, obrigatoriamente, ser sanado pelo aplicador do direito*, sob pena de se gerar manifesta inconstitucionalidade.³⁴

Porém, não parece ser este o caso. O sistema não é insuficiente. Insuficiente tem sido, isso sim, a leitura que se tem emprestado ao texto.

Tome-se como ponto de partida a questão da preservação do sistema do código.

Como se sabe, a ideia de um sistema implica um conjunto de elementos unidos por um mesmo critério ou princípio. Ou, na ponderação de Luhmann, o sistema se compõe por elementos e pela relação entre eles, chamada de estrutura.³⁵ No caso, o critério (ou a relação) que orienta o sistema de efetivação de direitos do código é, como sempre

fez questão de, exaustivamente, pré-determinar” (*ob. loc. cit.*).

34 Nesse mesmo sentido, v. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 48 e ss.; *Id. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 82 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. *Ob. cit.*, p. 130 e ss.

35 LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana, 1996, p. 61.

recordado pela doutrina nacional, o princípio da efetividade, ou seja, a busca pela satisfação do exequente da melhor maneira possível. É, aliás, o que explicitamente indica o art. 797, do CPC, a afirmar que “...realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.³⁶ Em que será que essa noção pode ser comprometida ao se admitir a predominância da atipicidade (e não da tipicidade no campo das técnicas executivas? Parece claro que em nada.

Com efeito, como justificar que o sistema perca sua essência *precisamente quando almeja oferecer resposta mais efetiva aos interesses do exequente*? É evidente que a oferta de um modelo de atipicidade para a efetivação das prestações de pagar soma em dinheiro, bem ao contrário de ofender a integridade do sistema, vem exatamente a *restabelecer* essa integridade, dando tratamento homogêneo a situações que não têm nenhuma razão para receber disciplina diversa. A violação ao sistema estava, como parece óbvio, quando se oferecia sistema atípico para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (com todas as suas vantagens para o exequente), mas não se ofere-

36 Como lembra Araken de Assis, “a localização do art. 797, situado na abertura do Título II – Das Diversas Espécies de Execução – e integrando suas disposições gerais, embora trate do princípio da prevenção, ou preferência decorrente da penhora, justifica-se pela sua cláusula intermediária: ‘realiza-se a execução no interesse do exequente’. Essa disposição consagra a diretriz ideológica da realização dos créditos, autêntico princípio heurístico da execução marcadamente individualista, e explica o princípio da prevenção” (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016, tomo XIII, p. 23)

cia idêntico tratamento ao beneficiário de prestação pecuniária. Havia razão para esse tratamento diferenciado? As prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa são mais relevantes do que as prestações pecuniárias, a ponto de o “sistema” permitir que se lhes oferte instrumentos de tutela privilegiados?

Parece evidente que não. Apenas para exemplificar, veja-se que dentre as prestações de fazer podem enquadrar-se obrigações de reparação de um móvel ou de um eletrodoméstico qualquer; por outro lado, estariam dentre as prestações pecuniárias as obrigações de pagamento de alimentos por ato ilícito (às quais a jurisprudência sempre resistiu em oferecer o mesmo regime dos alimentos fundados em relação de família). É possível dizer que as primeiras espécies de obrigação merecem, na ordem jurídica brasileira, tratamento preferencial em relação às últimas?

Demais disso, é bom lembrar que o mesmo fenômeno hoje vivenciado em relação às prestações pecuniárias ocorreu, no passado, em relação às outras prestações. A predominância da atipicidade para a proteção das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, foi tida *como regra*, e não como forma subsidiária de efetivação, *mesmo com a preservação da disciplina típica previstas para a concretização dessas prestações*. De fato, recorde-se que, quando da inserção do art. 461, no CPC/73, o código contava com um regime típico para a realização das prestações de fazer e não fazer. Este consistia no Capítulo III, do Título II, do Livro referente ao Processo de Execução (arts. 632-643). O

mesmo ocorreu quando foi incorporado o art. 461-A, que tratava das prestações de entrega de coisa, e vinha a oferecer novo panorama para a velha disciplina prevista entre os arts. 621 a 631 daquele código. Na época, a doutrina não teve nenhuma dificuldade em aceitar que, a partir de então, o “sistema” passava a trabalhar com a lógica da atipicidade (como regra, e não apenas subsidiariamente), *ainda que os instrumentos “típicos” para a efetivação daquelas prestações continuassem existindo*.³⁷

Não parece, por tudo isso, que a ideia de integridade do sistema perca qualquer consistência em razão da passagem de um modelo de tipicidade, para um de atipicidade da tutela das prestações de pagar soma em dinheiro.

Tampouco convence o argumento de que esse regime de atipicidade conferiria ao magistrado poderes excessivos,

37 Apenas para que não reste dúvida da identidade entre aquela situação e a presente, relembre-se que, na época da introdução do art. 461, no CPC/73, regravando a efetivação das prestações de fazer e não fazer, por meio da Lei n. 8.952/94, a Lei n. 8.953/94, da mesma data, realizou modificações nos artigos que regravam a tutela de prestação de fazer e não fazer. Ou seja, no mesmo momento, houve a inclusão do art. 461 e modificações no regime “típico” para a tutela de prestações de fazer ou não fazer. Mesmo assim, isso jamais impediu que a doutrina considerasse que, a partir de então, as prestações de fazer e não fazer haviam recebido novo modelo de tutela, com sistema aberto e atípico de proteção. Jamais se cogitou, então, que a aplicação dos poderes abertos do art. 461 aos títulos judiciais fosse excepcional, ou dependesse, primeiramente, do esgotamento da via “típica” dos arts. 632 e ss. Tudo isso, frise-se, mesmo diante da redação então imposta ao art. 632, que afirmava claramente que o regime disciplinado a partir daquele artigo se aplicava a qualquer título executivo, ou seja, aos judiciais e aos extrajudiciais.

não desejados pelo legislador. Ora, foi o próprio legislador que incluiu o art. 139, inc. IV, no CPC em vigor. Foi ele também quem deixou explícito no texto legal que esses poderes atípicos aplicam-se, inclusive, a prestações de pagar soma em dinheiro. Diante disso, pode haver alguma dúvida da intenção do legislador?

Vale sublinhar que, caso o legislador entendesse como excessivos os poderes de efetivação atípicos, conferidos pelo art. 139, IV, nem de forma subsidiária ele os conferiria ao magistrado. Se esses poderes foram outorgados, é para serem usados; é porque esses poderes são importantes para que se possa ter resposta efetiva e adequada aos direitos e, enfim, para que se possa realizar a promessa constitucional do acesso à Justiça.

Não há, portanto, nada de excessivo ou exagerado no emprego dos poderes (que, diga-se, são na verdade deveres-poderes) a que se refere o art. 139, IV, do CPC.

Finalmente, resta o argumento da disciplina legal, trazida entre os arts. 921, III e 924, V, do código atual, que regula a forma de satisfação da obrigação pecuniária. O primeiro dos preceitos afirma que a execução deve ficar suspensa, se não forem encontrados bens do executado para serem penhorados; já o segundo alude à extinção da execução em razão da prescrição intercorrente. A doutrina que entende pela aplicação meramente subsidiária do art. 139, IV, do CPC, defende que as regras acima apontadas indicariam que o regime padrão da efetivação das pres-

tações pecuniárias é por meio da penhora de bens, tanto que, na sua falta, o procedimento deveria ficar suspenso, ocorrendo posteriormente – se não localizados bens – a extinção do cumprimento por prescrição intercorrente.

O argumento também não impressiona.

Em primeiro lugar, se fosse o caso de tomar literalmente as regras apontadas, considerando-as como a essência do regime do cumprimento de prestações pecuniárias, *então simplesmente não haveria nenhum espaço para outros caminhos*. Assim, nesse caso, sequer de forma subsidiária teria cabimento o emprego do art. 139, IV, do CPC, na medida em que, sempre, a falta de bens penhoráveis deveria implicar a suspensão do processo e, eventualmente, sua posterior extinção, por prescrição intercorrente.

Além disso, parece que as regras indicadas (arts. 921, III e 924, V) estão integradas, *exclusivamente*, à hipótese em que a técnica a ser empregada seja a expropriação de bens. Por outras palavras, não parece haver antinomia entre o art. 139, IV, e os dispositivos mencionados, na medida em que os arts. 921, III e 924, V só serão aplicados caso o juiz – elegendo, com base no art. 139, IV, do código, a técnica a ser empregada para a satisfação da prestação pecuniária – entenda por impor a prestação sob pena de expropriação de bens. Do contrário, tendo ele eleito outra técnica, os preceitos serão inaplicáveis – como, de resto, serão inaplicáveis também à tutela das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, ainda

que essas regras estejam inseridas como cláusulas gerais que deveriam governar a efetivação dos direitos (Títulos IV e V, do Livro II, do CPC).

Vale dizer: sabendo que o juiz pode escolher, entre as diversas técnicas possíveis, aquela que melhor atende ao interesse do processo, tem-se que, eventualmente, pode ele escolher como técnica adequada a expropriação patrimonial. Se esse for o caso, entram em ação as regras dos arts. 824 e ss. (aí incluídos os arts. 921, III e 924, V) do código, como procedimento a ser seguido para a implementação dessa expropriação. Nessa hipótese, ademais, justifica-se que o início da fase do cumprimento da sentença *só se dê por iniciativa da parte exequente*, tal como prevê o art. 513, § 1º, do CPC.

Com efeito, há harmonia entre a exigência de iniciativa da parte para que comece o cumprimento de sentença por expropriação patrimonial e os comandos presentes nos arts. 921, III e 924, V, do código. A exigência de iniciativa para encetar o cumprimento por expropriação se põe *exatamente* porque, ausentes bens do executado, há risco concreto de paralisação do curso da execução e, eventualmente, de sua extinção, com a perda da pretensão à execução. O exequente, por isso, tem que ter o exato domínio da situação patrimonial do executado, de modo a saber o melhor momento em que deve ter início o cumprimento de sentença (por expropriação patrimonial), sob pena de ter frustrada a satisfação de seu crédito. Na verdade, é o regime de suspensão e extinção do cumpri-

mento diante da falta de bens penhoráveis que explica a exigência de iniciativa da parte exequente para inaugurar a fase do cumprimento *quando empregada a técnica de expropriação patrimonial*, nos termos exigidos pelo art. 513, § 1º, do código.

Quando, porém, a efetivação da prestação pecuniária se dê pelo emprego de alguma outra técnica – medida sub-rogatória ou de indução – então não se justifica a exigência de iniciativa da parte para o começo da fase de cumprimento. Ninguém imagina que, se a sentença impôs o pagamento de soma em dinheiro sob pena de sequestro de numerário, sob pena de multa coercitiva ou sob pena de restrição a direito, a efetividade dessa ordem fique condicionada a um prévio requerimento do exequente. Tampouco se há de imaginar que, nesses casos, a falta de bens penhoráveis do executado tenha algum reflexo para o prosseguimento da fase de cumprimento.

Em síntese, caso o magistrado indique, na sentença ou na decisão que imponha o pagamento de soma, o emprego da expropriação patrimonial como técnica idônea à obtenção do resultado, então a efetivação do cumprimento depende da iniciativa da parte interessada, até mesmo porque essa fase só deve iniciar-se caso haja certeza da existência de patrimônio responsabilizável, sob pena de ocorrer a suspensão do cumprimento, com eventual prescrição intercorrente da pretensão executória. Caso, porém, entenda o juiz por empregar outra técnica de indução ou de sub-rogação para impor a prestação, então todo esse regime (dos arts.

824 em diante, aí incluídos os arts. 921, III e 924, IV) é inaplicável, sendo viável a imposição da técnica *ex officio*,³⁸ até a obtenção do resultado esperado.

Sendo assim, parece claro que os preceitos indicados pela doutrina não são hábeis a apoiar a conclusão de que a efetivação de provimentos de pagar por meio de técnicas de sub-rogação ou de indução tenha caráter subsidiário no direito brasileiro. Ao contrário, aqueles artigos aplicam-se exclusivamente ao regramento de uma das técnicas empregáveis (a expropriação patrimonial), havendo outros preceitos que incidem quando outras forem as técnicas aplicadas. A existência daqueles comandos, portanto, não permite de forma alguma concluir pela subsidiariedade da aplicação do art. 139, IV, do CPC, no sistema atual.

Em verdade, a discussão a respeito da necessidade de prevalência de técnicas regradas ou não para a tutela dos direitos não é nova, mesmo em outros países. Discussão semelhante, por exemplo, já foi travada no direito norte-americano, embora sob outro enfoque. Debatendo a questão do cabimento da tutela específica naquele ordenamento, chegou-se a esboçar alguns critérios para seu emprego, em detrimento do ressarcimento por equivalente. Sugeriu-se basicamente quatro critérios para a predomi-

38 Em todo caso, porém, parece razoável a aplicação da fungibilidade de técnicas, de sorte que o magistrado pode, notando a inidoneidade do meio originalmente imposto, modificá-lo, sempre no intuito de obter de forma mais rápida, efetiva e eficiente (e, na medida do possível, com a menor restrição possível ao executado) a satisfação do crédito.

nância da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente: a) deve-se exigir do autor a demonstração de que sofreu uma lesão irreparável; b) deve-se apurar se os instrumentos previstos regularmente (*at law*), como a reparação de danos, são inadequados para compensar aquele gravame; c) deve-se ponderar os gravames causados ao autor e ao réu com a concessão (ou não) da tutela específica; e d) deve-se considerar se o interesse público não será prejudicado com a concessão da medida.³⁹ Tais critérios, embora sejam considerados relevantes naquele ordenamento, não têm, jamais caráter absoluto na outorga de provimentos de tutela específica. Em verdade, como alerta a doutrina mais abalizada, tem-se confiado mais na discricionariedade judicial para a determinação do melhor instrumento para a proteção da situação posta *sub judice*.⁴⁰ Aliás, naquele ordenamento, tem sido alvo de acirrado debate a questão da necessidade de se verificar a *inadequação* dos instrumentos tradicionais, como requisito para a concessão da ordem judicial. Muitos autores têm sustentado que essa exigência não pode mais se sustentar, porque ela remonta a origem do direito processual inglês da *Court of Chancery*, não tendo, porém, mais cabimento perante o ordenamento atual. Esse tribunal de equidade, em sua origem, só poderia ser acionado se as tutelas previstas no regime “geral” (*at law*) se mostrassem inadequadas. Aí

39 Assim, U.S. Supreme Court, *Weinberger v. Romero-Barcelo*, 456 U.S. 305 (1982); *Amoco Production Co. V. Gambell*, 480 U.S. 531, 542 (1987).

40 V., RENDLEMAN, Doug. Ob. cit., p. 81 e ss.

reside a gênese do requisito da inadequação dos instrumentos tradicionais, como pressuposto para que se pudessem recorrer às *injunctio*ns. Todavia, essa dualidade no sistema processual anglo-americano está superada, de modo que não se justifica impor a inadequação das tutelas tradicionais para que o regime das *injunctio*ns seja aplicado.

A discussão havida naquele sistema, *mutatis mutandis*, pode ser transposta para o direito nacional. Parece que apenas o apego à tradição justifica a imaginada subsidiariedade do sistema atípico oferecido pelo art. 139, IV, do CPC. Nada, além disso, explica (e muito menos justifica) que ainda na atualidade seja necessário discutir sobre a prioridade do meio mais idôneo ou menos idôneo, na efetivação dos direitos.

5. Esboçando alguma conclusão

Concluído, então, que o regime de atipicidade não pode ser subsidiário – pouco importando a espécie de prestação a que deve proteger – a questão a ser respondida é: como deve o juiz orientar-se na escolha da ferramenta a ser empregada para a satisfação dos direitos?

Partindo da premissa de que *todos os meios de indução ou de sub-rogação* (e também a expropriação patrimonial) estão disponíveis, sem que se possa falar em subsidiariedade deste ou daquele meio, parece que o primeiro critério hábil a determinar a escolha do meio seja o da efetividade da medida a ser usada.

Se a “execução”, como já dito, se faz no exclusivo interesse do exequente, então a técnica a ser empregada deve considerar o caminho mais efetivo para a satisfação do crédito. Porém, também como visto, essa efetividade não pode ser vista apenas diante do processo, singularmente considerado. Deve-se também considerar, dentre outros aspectos, o esforço que aquele meio exigirá do Poder Judiciário especialmente no cotejo com os outros processos que também demandam a atenção do órgão jurisdicional.

Não há, então, como se falar de forma abstrata em medida adequada. Também, não se pode pretender estabelecer regras genéricas de adequação. De forma apriorística, pois, os poderes-deveres dos magistrados para impor as suas decisões são atípicos e amplos. O juiz não está preso a formas pré-ordenadas de efetivação (princípio da atipicidade das formas de execução), sendo livre para determinar o mecanismo mais adequado para o caso concreto. A escolha dos instrumentos a serem empregados para a efetivação de certa decisão somente poderá ser examinada diante do caso concreto.⁴¹

41 Recorde-se, a esse propósito, a controvérsia surgida na praxe brasileira, em relação à efetivação das sentenças que impunham o pagamento de expurgos inflacionários de cadernetas de poupança. Alguns juízes, entendendo que se tratava de obrigação de pagar, entendiam que a forma correta de execução deveria ser a “execução por quantia certa”; outros, por concluir que se tratava de obrigação de entrega de coisa (já que o dinheiro em questão era de propriedade do poupador, mas não havia sido repassado a este) entendiam por aplicar o regime da execução para a entrega de coisa; finalmente, havia juízes que entendiam que a prestação devida envolvia o “dever de creditar” (que seria operação meramente contábil e não abarcaria

Há, nesse sentido, certo âmbito de discricionariedade atribuído ao juiz para a determinação da técnica a ser empregada. Essa discricionariedade judicial⁴² na eleição dos meios de imposição da decisão judicial será orientada, especialmente, por quatro critérios básicos: *a)* o dever de máxima efetividade; *b)* o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; *c)* o critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes; *d)* em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado.⁴³

de fato a entrega de dinheiro) e por isso aplicavam o regime da execução de fazer. Qual a solução mais adequada? Aplicado o raciocínio do texto, a lógica das decisões mencionadas parte de premissa equivocada. Não se deve buscar a forma de execução segundo um “tipo abstrato” de prestação. Ao contrário, devem-se buscar as informações do caso concreto (as peculiaridades da prestação que se queira impor, ou seja, *in casu*, as particularidades envolvidas nessa restituição dos valores de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança) para, a partir daí, determinar os instrumentos mais adequados à proteção do interesse.

42 Vale relembrar que a noção de discricionariedade judicial não tem nenhuma relação com a ideia de discricionariedade administrativa. Deveras, não há espaço, em juízo, para considerações a respeito de conveniência e oportunidade. A noção de discricionariedade judicial envolve apenas a consideração de que há uma margem de liberdade para o juiz empregar a solução ótima diante do caso concreto. Como acentua Giovanni Verde, é necessário “una qualche discrezionalità nella maniera di corredare gli ordini con misure coercitive; una discrezionalità che si collega alla necessità che il giudice in qualche modo colleghi queste sanzioni alla specificità del caso” (VERDE, Giovanni. “Replica”, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 141/142).

43 V., sobre isso, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*, ob. cit., p. 323 e ss.

Substancialmente, os dois primeiros critérios são decorrência da aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao caso concreto. O primeiro deles (a máxima efetividade) decorre da característica, essencial a todos os direitos fundamentais, que impõe que a interpretação dada a essas garantias seja sempre otimizada. Os direitos fundamentais (dentre os quais se insere, por óbvio, a garantia de acesso à Justiça, que, como visto, é a base do direito à efetivação dos provimentos judiciais) devem sempre ser lidos de modo a extrair-se deles a maior efetividade possível. O Estado tem, portanto, o dever de oferecer o mais amplo espectro de instrumentos de efetivação das decisões judiciais imaginável.

Por outro lado, a garantia de acesso à Justiça pode contrastar com outras garantias, dadas ao “executado”. Logicamente, diante dessa colisão, não se pode sempre supor que o direito fundamental à inafastabilidade (e, consequentemente, os poderes de efetivação das decisões judiciais) deva prevalecer. Deve haver uma acomodação desses valores, de forma que ambos possam conviver de maneira harmônica, na maior amplitude possível de suas extensões. É nesse sentido que se põe, então, o segundo critério, acima indicado: *respeitar* as garantias dos que sofrerão a efetivação da decisão judicial, especificamente daquelas que possam entrar em colisão com o direito fundamental à efetividade da jurisdição.⁴⁴

44 Seriam impensáveis no Brasil, por exemplo, a imposição de penas ou sanções que denigram a imagem do infrator (ditas *shaming punishments*). São famosas, nos Estados Unidos, condenações impostas pelo juiz Mi-

Respeitar não significa, necessariamente, fazer sempre prevalecer essas garantias. Isso porque, quando houver colisão de garantias fundamentais (a garantia de inafastabilidade e alguma outra garantia), a noção de “respeito” indica a necessidade de perceber a existência desse outro valor constitucional, dando aos valores envolvidos a devida ponderação. As técnicas de solução da colisão de direitos fundamentais, e em particular o *critério da proporcionalidade*, terão papel decisivo aqui, na tarefa de determinação da amplitude a ser dada, no caso concreto, a cada um desses interesses.⁴⁵

A avaliação da proporcionalidade, ademais, deve pautar-se não apenas pela consideração da proporcionalidade endoprocessual – com a consideração dos valores constitucionais postos em jogo *dentro* de cada processo – mas também pan-processual, com a avaliação das consequên-

chael A. Cicconetti, da *Municipal Court of Painesville* (Ohio). Apenas como exemplo, tem-se o caso em que ele condenou um réu acusado de solicitar favores sexuais a uma prostituta a, entre outras coisas, desfilar pela cidade, vestido de galinha, com uma placa com a frase “não há Galinheiro em Painsville” – referência a bordel famoso no Estado de Nevada – EUA. Em outro caso, o mesmo magistrado condenou uma senhora (Michelle M. Murray – caso n. CRB0502125) a passar uma noite na floresta, sozinha, sem alimento ou qualquer entretenimento, como punição por ela ter abandonado 35 filhotes de gatos. Obviamente, sanções como estas, ainda que com função coercitiva, não caberiam no ordenamento nacional.

45 Nesse sentido, v. ARENHART, Sérgio Cruz. “Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner”. In http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda_a_im_penhorabilidade_de_altos_salarios_e_imoveis_de_elevado_valor_-_ponderacoes_sobre_a_critica_de_Jose_Maria_Tesheiner, acessado em 09/03/18.

cias que a adoção de certo mecanismo terá para a gestão do serviço “justiça” como um todo. Assim, por exemplo, um instrumento pode parecer *a priori* muito eficiente, ou muito balanceado na ponderação exclusiva do caso concreto, mas mostrar-se totalmente desarrazoado se considerado o universo de processos que estão sob a administração do magistrado. Tome-se o caso da penhora por meio eletrônico: muitos magistrados ainda se mostram adversos ao seu emprego, sob o argumento de que a medida toma muito tempo para ser realizada; pensado, porém, sob a perspectiva do conjunto dos processos, e mesmo da demora da específica execução, vê-se que o instrumento poupa um tempo imenso da atividade jurisdicional. O tempo “global” poupado – do Judiciário como um todo, aí incluídos os serviços auxiliares, como o trabalho cartorário e o do oficial de justiça – e a economia gerada com a penhora por meio eletrônico – para o Judiciário e para as partes – evidentemente superam a pontual complexidade maior do procedimento, de modo a indicar o seu emprego.

Finalmente, deve entrar em cogitação, também, a máxima estabelecida pelo art. 805, do CPC, que afirma que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Este critério, parece desnecessário dizer, aplica-se apenas diante da *multiplicidade de meios identicamente idôneos*. Não se trata, portanto, de optar por meio *menos idôneo*, apenas porque ele implica menor onerosidade para o executado. Como claramente de-

termina o art. 805, parágrafo único, do CPC, a alteração do meio (em razão do princípio da menor onerosidade) depende da demonstração pelo executado da existência de algum meio “mais eficaz” e “menos oneroso”. Logo, se os outros meios disponíveis são *menos eficazes*, então o princípio da menor onerosidade não se aplica.

De toda sorte, não deve haver solução tida como correta para todos os casos. Somente a avaliação da situação concreta demonstrará qual o caminho melhor para a tutela de cada interesse, especificamente informado pela situação do requerido e pela observância de suas garantias fundamentais.

O juiz, assim, não tem uma liberdade para eleger o mecanismo de atuação que mais lhe aprouver. Está ele vinculado à observância das garantias mencionadas, devendo sempre escolher o instrumento que gere a maior efetividade para a sua decisão, sempre que possível com o menor sacrifício possível para eventuais garantias do requerido. Logicamente, essa ponderação há de passar por uma adequada justificação da decisão judicial, de modo a se ter expressa ponderação dos valores constitucionais envolvidos, o que permitirá o controle da legitimidade da atuação jurisdicional.

Sem dúvida, não é fácil determinar o ponto de equilíbrio entre a preservação das liberdades e os poderes a serem dados ao juiz. Não parece, porém, que a desconfiança na autoridade judicial – que se traduz na resistência ao em-

prego do art. 139, IV, do CPC, ou na compreensão de que essa técnica só pode ser aplicada subsidiariamente, diante da absoluta falha do meio tradicional – apresente a resposta adequada para que o processo de fato possa cumprir com sua promessa constitucional: oferecer ao jurisdicionado a proteção adequada, tempestiva e efetiva de seus direitos.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CPC DE 2015:

PERCENTUAL SOBRE PROVEITO ECONÔMICO, APRECIÇÃO EQUITATIVA E A LAMENTÁVEL APLICAÇÃO INVERSA DO ART. 85, § 8º

Rogéria Dotti

Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR. Ex-Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná. Ex-Coordenadora Geral da Escola Superior de Advocacia (ESA/PR) e Ex-Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná. É Secretária-Geral Adjunta do IBDP (Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Processual) no Estado do Paraná.

A nação quer juízes que sejam tão sensíveis como os grandes intérpretes da música, que seguem obedientemente a partitura – não a violam, não a

ultrapassam, não a abandonam – , mas a cada execução superam-se a si mesmos e revelam novos e maravilhosos sons, como somente os grandes virtuosos são capazes de fazer para o fascínio dos ouvintes (Egas Dirceu Moniz de Aragão)¹.

Resumo: Este artigo examina a fixação dos honorários de sucumbência de acordo com as novas regras do Código de Processo Civil de 2015. Ele aborda, especialmente, a chamada *aplicação inversa* do art. 85, § 8º, mediante a qual alguns juízes e tribunais vem desconsiderando a regra da estipulação de percentual sobre o proveito econômico (art. 85, § 2º) por entender que o valor dos honorários ficaria demasiadamente alto. Questiona-se, assim, a possibilidade dessa interpretação, diante dos valores impostos pelo novo sistema processual.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Fixação equitativa. Art. 85, § 8º do CPC 2015. *Aplicação inversa*. Interpretação *contra legem*.

1. Introdução

A palavra *honorário* advém da expressão latina *honorarius*, a qual carrega o sentido de algo ou alguém que tem

1 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação”, in *Revista de Processo*, vol. 108, Out-Dez 2002, p. 9-22.

honras, ou seja, que possui um título honorífico². Honorário, portanto, em sua primeira acepção, é um adjetivo que qualifica de forma positiva a pessoa ou o trabalho prestado. Há aqui também a ideia de uma atividade realizada por designação honorífica, sem efeito pecuniário.

A expressão adquire uma outra concepção quando se torna um substantivo, o qual passa a denominar a própria remuneração dos serviços dos profissionais liberais. Observe-se, contudo, que há uma profunda ligação entre os dois sentidos da palavra. Mesmo em sua função mais moderna, voltada a denominar a contraprestação pelo trabalho realizado, a palavra não deixa de significar algo de valor, com grande importância humana e social. E é natural que assim o seja. A atividade da advocacia só existe em função da escolha de alguém para representá-lo na defesa de seus interesses. Como muito bem disse Piero Calamandrei, trata-se de uma verdadeira *missão de honra*, pela qual o advogado *se sente pessoalmente vinculado a quem teve tanta confiança nele que o encarregou da tutela do seu direito*³.

Não é à toa, aliás, que a Constituição Federal considera o advogado *indispensável à administração da justiça*, assegurando-lhe a inviolabilidade por seus

2 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 391.

3 CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução de Ary dos Santos do original *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 7ª ed, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977, p. 129.

atos e manifestações no exercício da profissão⁴. Trata-se, sem dúvida, de uma preocupação do constituinte em destacar a importância do trabalho do profissional da advocacia, o qual em seu ministério privado exerce verdadeiro *múnus* público. É o que expressamente reconhecem os parágrafos 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)⁵.

2. A valorização dos honorários no CPC/2015

De modo coerente com a importância do trabalho desenvolvido pelos advogados, o Código de Processo Civil de 2015 procura assegurar e valorizar a sua forma de remuneração.

Em primeiro lugar, a nova lei define a titularidade dos honorários de sucumbência, esclarecendo que estes pertencem ao próprio advogado e não à parte vencedora (art. 85, *caput* e § 14). Alinha-se assim ao que já vinha disposto no art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)⁶, declarando o seu caráter remuneratório e afastando

4 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

5 Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem um *múnus* público.

6 Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para

de forma definitiva a já superada ideia reparatória que alguns juízes ainda acolhiam.

Além disso, o legislador de 2015 positivou a orientação do STJ quanto ao cabimento de honorários na reconvenção, na execução (resistida ou não) e no cumprimento definitivo de sentença. Saliente-se que quando a Lei nº 11.232/2005 criou mudanças estruturais na execução, surgiu um intenso debate sobre o cabimento ou não de honorários nessa fase de cumprimento da decisão. Em 2011, porém, no julgamento do *Recurso Especial Repetitivo* nº 1.134.186/RS, a Corte Especial pacificou a regra segundo a qual os honorários seriam devidos, mas desde que transcorrido *in albis* o prazo de 15 dias para o pagamento voluntário⁷.

De qualquer forma, o Código de 2015 não se ateve a esses pontos. Foi além. Previu, inclusive, a estipulação de honorários no cumprimento provisório de sentença, contrariando assim o entendimento que já havia sido consolidado no STJ em sentido oposto. Com efeito, no sistema anterior, por força do julgamento do *Recurso Especial Repetitivo* nº 1.291.736/PR, a Corte Especial rejeitava a fixação de honorários no cumprimento provisório⁸. O novo Código afastou-se, portanto, desta orientação e ampliou o cabimento dos honorários.

executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

7 STJ, REsp nº 1.134.186/RS, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.08.2011.

8 STJ, REsp nº 1.291.736/PR, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.11.2013.

Outra mudança relevante foi a criação dos honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11)⁹, o que sem dúvida garante uma remuneração mais justa aos advogados e, ao mesmo tempo, gera um importante desestímulo à interposição de recursos procrastinatórios e infundados.

Destaque-se ainda a isonomia estabelecida entre particulares e Fazenda Pública, na medida em que os honorários serão sempre estabelecidos em percentuais (art. 85, § 3º), pouco importando se a Fazenda seja a parte vencedora ou vencida.

O Código acolheu também a orientação jurisprudencial quanto à natureza alimentar dos honorários advocatícios, inovando, porém, ao impedir a sua compensação em caso de sucumbência parcial (art. 85, § 14)¹⁰. Outro avanço importante foi a possibilidade de cobrança mediante ação autônoma, nos casos de omissão da decisão já transitada em julgado (art. 85, § 18)¹¹.

9 Art. 85, § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

10 Art. 85, § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

11 Art. 85, § 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

O legislador previu igualmente a fixação de honorários para os profissionais que atuem em causa própria (art. 85, § 17), assim como a possibilidade de pagamento em favor da sociedade de advogados, gerando uma evidente economia fiscal (art. 85, § 15). Reconheceu também a incidência do princípio da causalidade como um verdadeiro norte nas hipóteses em que não existir a sucumbência. Dessa forma, nos casos de perda de objeto, os honorários serão pagos pela parte que deu causa à instauração do processo (art. 85, § 10).

Todas essas regras demonstram um claro compromisso do legislador com a justa remuneração pelos serviços prestados na advocacia.

3. A regra geral de fixação em percentual sobre o proveito econômico e a apreciação equitativa como exceção

Mas, talvez o maior avanço esteja no fato do Código estabelecer a regra geral de que os honorários sucumbenciais devem ser fixados em percentual sobre o benefício econômico. A letra expressa da lei estabelece o parâmetro mínimo de 10 e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º).

Esse é um ponto muito relevante. Percebe-se a preocupação do legislador em criar uma correspondência entre a vantagem auferida pela parte e a remuneração do advo-

gado. Isso fica claro no § 6º do mesmo dispositivo, o qual estabelece que o percentual deve ser aplicado inclusive nas hipóteses de improcedência ou extinção do processo sem julgamento do mérito. Observe-se que há aqui uma mudança significativa em relação ao sistema do Código anterior. O art. 20, § 4º do Código de 1973 estipulava que nas causas de pequeno valor, de valor inestimável, quando não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários seriam fixados conforme apreciação equitativa do juiz. Agora, contudo, independentemente da existência de uma sentença condenatória, e mesmo nos casos em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados em percentual sobre a vitória econômica alcançada.

Importante destacar que continua prevista a hipótese de fixação mediante apreciação equitativa do magistrado. Mas isso agora se aplica apenas às hipóteses nas quais o proveito econômico seja inestimável ou irrisório, ou ainda o valor da causa seja muito baixo, consoante prevê o art. 85, § 8º do Código de 2015¹². Ou seja, a regra geral é a fixação em percentual equivalente à expressão financeira da vitória alcançada.

Logo, o referido § 8º do art. 85 nada mais é que uma exceção criada pelo legislador justamente para assegurar um patamar mínimo e adequado de remuneração. Nunca

12 Art. 85, § 8º. Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

para estabelecer um teto ou fixação máxima. Nesse sentido, Luiz Henrique Volpe Camargo afirma tratar-se da imposição pela lei de um *padrão mínimo de honorários, tendo presente a importância e a dignidade da profissão de advogado* (CF/1988, art. 133)¹³.

De igual modo, Humberto Theodoro Junior destaca que o objetivo da norma é *evitar o aviltamento da verba honorária*, salientando que apenas nessas hipóteses poderá o juiz fixar os honorários por apreciação equitativa¹⁴. Em outras palavras, a fixação fora da regra geral (art. 85, §§ 2º e 3º) somente é possível quando a utilização dos percentuais gerar um valor muito baixo ou irrisório.

O intuito da norma, portanto, é valorizar o serviço prestado, evitando com isso uma estipulação de honorários demasiadamente pequena. Ela, aliás, está em coerência com os demais parágrafos do art. 85, todos no sentido de assegurar a justa remuneração aos advogados.

Consequentemente, jamais se poderia extrair do texto do art. 85, § 8º uma conclusão no sentido inverso, isto é, uma autorização para a apreciação equitativa quando o valor se mostrasse alto. Esse é também o entendimento de

13 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Breves comentários ao novo código de processo civil/ coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier ...[et al.]*, 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 337.

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, vol. I, 57ª ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316.

Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, André Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. Segundo eles, há uma evidente opção do legislador em favor da fixação não irrisória, razão pela qual a aplicação desse dispositivo para reduzir os honorários seria algo diametralmente oposto ao previsto na legislação¹⁵.

Lamentavelmente, contudo, não é essa a interpretação que vem sendo adotada por alguns juízes e tribunais, na denominada *aplicação inversa* do dispositivo, como se verá a seguir.

4. A aplicação inversa do art. 85, § 8º do CPC/2015

É bastante conhecida a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ainda à luz do Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que a verba honorária não poderia ser arbitrada em valores exorbitantes, sob pena de desrespeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Merece destaque, nesse aspecto, o entendimento adotado pela 4ª Turma, no julgamento do AgRg no REsp 1538693-MG¹⁶, em 18.02.2016. Tratava-se de caso em que ocorrera a extinção do processo por perda de objeto, logo após o ajuizamento. Com efeito, a ação havia sido proposta

15 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral/Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque, Zulmar Duarte de Oliveira Jr, São Paulo: Forense, 2015, p. 297.*

16 STJ, AgRg no REsp 1538693/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 18.02.2016.

em 26 de fevereiro de 2013 e a satisfação do crédito ocorrera poucos dias depois, mais precisamente em 1º de março do mesmo ano. E, como o valor da causa era muito alto (R\$ 6.150.924,30), os honorários de 10% fixados pelo Tribunal *a quo* correspondiam a R\$ 615.092,43 (seiscentos e quinze mil, noventa e dois reais e quarenta e três centavos). Concluiu então o STJ que a quantia era excessiva e gerava enriquecimento indevido. Por tais razões, reduziu o montante para R\$ 20.000,00. Importante destacar que o relator, Ministro Marco Buzzi, esclareceu no acórdão que adotava essa decisão *diante das peculiaridades do caso em análise*.

Como se vê, tratava-se realmente de uma situação particular, na qual o valor dos honorários realmente ultrapassava os limites do razoável.

Ocorre, contudo, que alguns julgados recentes do Tribunal de Justiça do Paraná vêm utilizando o referido precedente como se ele autorizasse a aplicação inversa do art. 85, § 8º, ou seja, para reduzir os honorários advocatícios. Tais decisões consideram que, se o referido dispositivo permite a apreciação equitativa nos casos em que os percentuais de 10 a 20% conduzem a valores irrisórios, o mesmo poderia ser feito quando a quantia se mostrasse muito alta. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento das *Apelações Cíveis* nºs 1639925-0¹⁷ e 1677288-6¹⁸, ambas da 17ª Câmara Cível do TJ/PR.

17 TJ/PR, Ap. 1639925-0, 17ª CC, j. 26.07.2017.

18 TJ/PR, Ap. 1677288-6, 17ª CC, j. 30.08.2017.

O equívoco é evidente. Em primeiro lugar, porque o precedente do STJ foi proferido sob a égide do Código anterior (com base no art. 20, § 4º), o qual permitia a fixação equitativa sempre que não houvesse condenação. Como se sabe, a redação do art. 85, § 8º do CPC de 2015 é bem distinta. Agora só é possível tal forma de fixação quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório, ou ainda quando o valor da causa for muito baixo.

Além disso, tratava-se de uma situação absolutamente peculiar, como destacado pelo relator, Ministro Marco Buzzi. Por outro lado, nos recursos julgados no Paraná, não havia essa exorbitância de honorários a autorizar a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Basta dizer que no primeiro julgado (Ap. 1639925-0), o valor da causa era de R\$ 15.107,63, o que importava em honorários em torno de R\$ 1.510,76 a R\$ 3.021,52, ou seja, entre 10% a 20%. Considere-se ainda que o referido processo tramitou durante 01 ano e 4 meses. Assim, a redução dos honorários para a quantia de apenas R\$ 500,00, sob o fundamento de aplicação inversa do art. 85, § 8º do CPC, implicou na fixação de verba honorária mensal de apenas R\$ 31,25 (trinta e um reais e vinte e cinco centavos), computando-se os 16 meses de tramitação.

Já na segunda decisão (Ap. 1677288-6), os honorários foram reduzidos para R\$ 600,00 (seiscentos reais), por se entender que 10% sobre o valor da causa (R\$ 23.647,20) importaria em honorários excessivos de R\$ 2.364,72 (dois

mil, trezentos e sessenta e quatro reais e setenta e dois centavos). Observe-se que nesse caso a ação fora ajuizada em 12 de março de 2013 e o julgamento ocorrera em 30 de agosto de 2017, ou seja, 4 anos e 5 meses depois.

Há ainda equívoco na medida que ambos os julgados utilizam como fundamento o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁹, sob o pressuposto de que haveria omissão no art. 85, § 8º do CPC. Na verdade, ao contrário do que ali se sustenta, o referido dispositivo não é omissivo. Ele é bastante claro, aliás, ao prever que sua aplicação só ocorre quando os honorários forem irrisórios ou muito baixos.

De igual forma, adotando a denominada *aplicação inversa* do art. 85, § 8º do CPC, podem ser citados os acórdãos proferidos nas *Apelações* 1625961-7²⁰ e 1641395-3²¹, assim como nos *Embargos de Declaração* 1668313-5/01²² e 1691988-3/01²³, todos do Tribunal de Justiça do Paraná.

Por outro lado, o próprio STJ, em decisão sob a égide do novo Código, entende que havendo proveito econômico, devem ser aplicados os percentuais previstos no art. 85, §§ 2º e 3º. Com efeito, no julgamento do REsp 1.657.288, a 2ª Turma assim se pronunciou: *forçoso reconhecer que*

19 Art. 4º da LICC. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

20 TJ/PR, Ap. 1625961-7, 18ª Câmara Cível, j. 10.05.2017.

21 TJ/PR, Ap. 1641395-3, 17ª Câmara Cível, j. 13.09.2017.

22 TJ/PR, ED. 1668313-5/01, 17ª Câmara Cível, j. 02.08.2017.

23 TJ/PR, ED. 1691988-3/01, 17ª Câmara Cível, j. 20.09.2017.

o proveito econômico obtido nessa hipótese corresponde ao valor do crédito cobrado, motivo pelo qual não incide a previsão contida no § 8º (“Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º), como entenderam as instâncias ordinárias, sendo imperativa a observância dos limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º²⁴.

Logo, a Corte, que tem a responsabilidade de uniformizar a aplicação da lei federal em todo o país, reconhece que o § 8º do art. 85 não pode ser aplicado quando houver possibilidade de se aferir o proveito econômico da demanda.

5. A aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pelos magistrados

Registre-se que a observância do art. 85, §§ 2º e 3º do CPC/2015 não impede que, diante de situações de enriquecimento ilícito, o Poder Judiciário reduza o valor de honorários exorbitantes. Isso é evidente.

E para tanto não há que se falar em *aplicação inversa* do art. 85, § 8º. Basta lembrar o que dispõe o art. 8º das normas fundamentais do mesmo Código: *Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da*

24 STJ, REsp 1.657.288, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.09.2017.

pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Em outras palavras, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade por si só já autorizam a adequação de patamares de honorários que ultrapassem os limites impostos por um sistema justo de remuneração.

Não há como se defender, logicamente, a fixação de honorários extremamente altos em causas que tramitam durante pouco tempo e com pouquíssimo esforço profissional. O exemplo do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.538.693-MG²⁵, é bastante significativo. Como já exposto, o valor da causa era de R\$ 6.150.924,30 (seis milhões, cento e cinquenta mil, novecentos e vinte e quatro reais e trinta centavos) e ocorrera a extinção do processo, por perda de objeto, em poucos dias de tramitação. Daí porque os honorários fixados em R\$ 615.092,43 (seiscentos e quinze mil, noventa e dois reais e quarenta e três centavos) mostrava-se excessivo. Observe-se que a redução nesse caso decorreu da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e não da *aplicação inversa* de qualquer dispositivo legal. Isso porque, na visão da Corte, a verba havia sido arbitrada em flagrante ofensa aos referidos princípios. Ainda que proferida sob a égide do Código anterior, tal decisão mostra que os valores exorbitantes ou irrisórios podem ser revistos em fase recursal.

25 STJ, AgRg no REsp 1538693/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 18.02.2016.

Por outro lado, é importante que se tenha em mente que a fixação dos honorários, assim como sua redução ou aumento, deve ser feita dentro dos parâmetros estritamente legais, mais especificamente dos §§ 2º e 3º do art. 85. Essa é a regra geral. Apenas excepcionalmente – em casos extremos – é que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade podem ser aplicados para evitar injustiças ou excessos. Caso contrário, abrir-se-á uma porta para o descumprimento e o desrespeito àquilo que foi expressamente previsto na lei.

Não há, portanto, qualquer discricionariedade na fixação dos honorários. Segundo Renato Beneduzi, ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo (10 a 20%), a lei não confere ao juiz discricionariedade. Ao contrário, lhe impõe a observância destes limites, independentemente do conteúdo da decisão²⁶.

Daí porque, obviamente, não se mostra possível a denominada *aplicação inversa* do art. 85, § 8º do Código. A propósito, caberia aqui a indagação: onde está prevista essa possibilidade de se inverter o comando normativo? A não previsão, no § 8º, de honorários excessivos é, portanto, um silêncio eloquente do legislador. Se ele quisesse a aplicação desse dispositivo para as hipóteses de honorários muito altos, tê-la-ia expressamente previsto.

26 BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187/Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.*

Em outros termos, a não aplicação dos parâmetros legais impostos pelo art. 85, §§ 2º e 3º do Código é medida excepcionalíssima, só admitida em casos extremos e em virtude da incidência dos valores da razoabilidade e proporcionalidade (art. 8º). Não se pode deixar de lembrar que as normas fundamentais contidas nos arts. 1º a 12 orientam a aplicação de todas as demais normas do CPC.

O que jamais se pode permitir, por outro viés, é a criação pelo julgador de uma *aplicação inversa* do comando normativo. A propósito, Cândido Rangel Dinamarco afirma que embora o advogado não seja parceiro do cliente no exercício de seu *mínus* público, ele tem direito a uma remuneração compatível com o *valor econômico da questão*, conforme prevê o art. 22, § 2º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94)²⁷.

Em suma, o Poder Judiciário sempre poderá atuar para impedir situações extremas e indesejadas de honorários irrisórios ou exorbitantes. Esta, aliás, é uma das funções do juiz na aplicação da lei: zelar pela coerência, isonomia e segurança jurídica. Para tanto, conta ele com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tal como exposto no art. 8º das normas fundamentais²⁸. Mas,

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, 7ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 778.

28 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.

sob outro prisma, não poderá desconsiderar uma regra expressa apenas porque em seu juízo particular o resultado seria indesejado.

6. O respeito à lei e à isonomia como garantia da segurança jurídica

A banalização da denominada *aplicação inversa* do art. 85, § 8º do Código, ou seja, a apreciação equitativa dos honorários nas hipóteses em que a lei prevê fixação por percentuais, constitui um grande risco à isonomia e à segurança jurídica.

Observe-se que, em alguns julgados recentes, os honorários vêm sendo reduzidos mesmo não havendo qualquer quantia exorbitante e, portanto, qualquer situação excepcional. Ou seja, simplesmente por entenderem que os honorários são “altos”, alguns juízes vêm reduzindo-os, sob o pretexto de *aplicação inversa* do referido dispositivo. Isso gera situações absolutamente díspares e injustas pois a fixação deixa de se basear no parâmetro legal e passa a decorrer do livre arbítrio do magistrado. Assim sendo, advogados que prestam serviços similares terão valores de honorários distintos, dependendo da pessoa do magistrado que esteja conduzindo o processo. Isso obviamente não condiz com o Estado Democrático de Direito.

A propósito da necessária obediência à lei, Richard Posner ensina que um dos significados da multifacetada

expressão *Estado de Direito* é o de *um governo de leis, não de homens*. Isso implica que é a lei quem deve conduzir a nação e fixar regras, não os servidores públicos. O termo designa então um sistema em que todos os agentes oficiais são – assim como as pessoas do setor privado – completamente sujeitos à lei, não estando nunca acima dela²⁹.

Há, portanto, todo um cuidado necessário quando se admite a fixação por equidade. Como muito bem alerta Cândido Rangel Dinamarco, a *apreciação equitativa ou o emprego do juízo de equidade não devem servir de pretexto para decisões arbitrárias*³⁰. Decisões distintas para casos semelhantes, ainda que sob o argumento da *apreciação equitativa*, geram inevitável violação à isonomia e à segurança jurídica.

Saliente-se que a segurança jurídica é um dos ideais buscados pelo novo sistema processual. Isso fica muito claro na adoção dos precedentes obrigatórios, na exigência de um contraditório efetivo e na imposição do dever de fundamentação das decisões judiciais. E, para que haja segurança, não se pode admitir o que Norberto Bobbio chamou de

29 São essas as palavras do autor: “Corrective justice is also one meaning of the term “rule of law”. Another meaning of that multifaceted term is “a government of laws not men” – that is, that law is the ruler of the nation, rather than officials being the rulers. The term “rule of law” is also used to designate a political system in which all public officials are, just like private persons, fully subject to legal process rather than being above it”. POSNER, Richard A. *How Judges Think*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 89.

30 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, 7ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 780.

fantasia legislativa. Para ele, se o juiz pudesse modificar a lei com base em critérios equitativos, o princípio da separação de poderes de Montesquieu seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro ou próprio e o juiz que colocaria suas normas, tornando vãs aquelas do legislativo. Com efeito, *a subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito*³¹.

Procurando evitar justamente a insegurança jurídica e a desigualdade, a lei criou parâmetros objetivos que devem ser seguidos. O que o legislador de 2015 quis, na verdade, não foi afastar o poder de fixação equitativa dos juízes, mas sim reduzir tal possibilidade aos casos estritamente necessários, diminuindo consequentemente as indesejáveis disparidades subjetivas. Como destaca Luiz Guilherme Marinoni, se o direito produzido pelos magistrados é fragmentado, ele se torna um *sinal aberto à insegurança jurídica* e um *obstáculo ao desenvolvimento do homem na sociedade*³².

Busca-se então, acima de tudo, coerência na aplicação da lei. Ao indagar o que é o direito, Dworkin lembra que ele é construtivo e cita o denominado *pressuposto regulador*. Segundo ele, *ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão*³³.

31 Norberto Bobbio. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 40.

32 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 4ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 314.

33 Nas palavras do autor: “The protestant character of law is confir-

7. Conclusões

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um sistema com parâmetros bem objetivos para a fixação dos honorários de sucumbência. Ao invés da velha e subjetiva apreciação equitativa, o art. 85, §§ 2º e 3º privilegiou o estabelecimento de percentuais que deverão incidir sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa. Essa constitui a regra geral, independentemente do conteúdo da decisão, abrangendo inclusive os casos de improcedência ou de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 85, § 6º).

É verdade que a apreciação equitativa não desapareceu do sistema. Ela continua autorizada, mas agora está restrita às situações em que o valor da causa é inestimável ou, ainda, quando a regra geral conduzir a valores irrisórios ou demasiadamente baixos. Esse é o texto expresso do art. 85, § 8º do Código de Processo Civil.

Saliente-se que o Código de 1973 permitia essa fixação por equidade nos casos de improcedência, o que gerava uma odiosa desigualdade entre os advogados. Isto porque, quando a ação fosse procedente e houvesse condenação, os honorários seriam fixados com base em percentual. Por outro lado, quando a decisão fosse de

med, and the creative role of private decisions acknowledged, by the backward looking, judgmental nature of judicial decisions, and also by the regulative assumption that though judges must have the last word, their word is not for that reason the best word.” (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing Ltd, 1998, p. 413).

improcedência, os honorários decorreriam da apreciação equitativa e inexoravelmente restariam estabelecidos em valores bem menores. Tal *gritante violação à isonomia* foi denunciada por Cândido Rangel Dinamarco, ao se referir ao superado método do *processo civil do autor*. Segundo ele, o que se espera agora, com o novo Código, é que os *juízes abandonem essa postura*³⁴.

Lamentavelmente, contudo, tem sido proferidas decisões judiciais que deixam de observar os percentuais definidos pelos §§ 2º e 3º do Código, apenas porque segundo uma apreciação subjetiva do magistrado os valores não seriam condizentes com o trabalho prestado. Destaque-se que esses honorários, supostamente excessivos aos olhos de alguns, estão absolutamente dentro dos padrões de normalidade e não chegam nem perto de ser considerados exorbitantes. Os exemplos expostos no item 4 bem demonstram isso.

Tal atitude, de flagrante desrespeito à lei federal, tem sido adotada sob as vestes da denominada *aplicação inversa* do art. 85, § 8º do Código. Trata-se de uma lógica de violação à lei, segundo a qual o magistrado estaria autorizado a fixar os honorários consoante a apreciação equitativa não apenas nos casos de valores irrisórios (como expressamente ali previsto), mas também quando os honorários se tornassem “altos”.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, 7ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 779.

A indagação que merece ser feita pela doutrina é: onde está a previsão legal que autoriza essa chamada *aplicação inversa*? Isso porque se o legislador apenas previu a hipótese de honorários irrisórios, logicamente não há autorização legislativa para se aplicar a mesma *ratio* em outras situações. Ainda mais a partir da visão subjetiva do magistrado com relação a honorários “excessivos”.

Obviamente, não se está a defender a fixação de honorários exorbitantes e que caracterizem enriquecimento indevido. Para combater esse mal – que atinge não apenas os jurisdicionados, mas também os advogados que trabalham honestamente – o Poder Judiciário já tem um remédio bastante eficaz. Há tempos o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser possível rever honorários irrisórios ou claramente excessivos. Isso é feito mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, previstos agora também no art. 8º das normas fundamentais do Código.

O cerne da questão, contudo, é que a apreciação equitativa deve ocorrer em caráter excepcional, apenas diante desses casos de manifesto excesso. E sempre com base nos princípios, de maneira fundamentada. Não como vem ocorrendo, de forma banalizada e em flagrante desrespeito à lei.

Vale aqui lembrar as lições do professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, um de nossos maiores processualistas, quanto à obediência à lei: *A nação quer juízes que sejam*

*tão sensíveis como os grandes intérpretes da música, que seguem obedientemente a partitura – não a violam, não a ultrapassam, não a abandonam –, mas a cada execução superam-se a si mesmos e revelam novos e maravilhosos sons, como somente os grandes virtuosos são capazes de fazer para o fascínio dos ouvintes*³⁵.

Os juízes terão assim, sempre, a última palavra. Isso é extremamente positivo para o sistema. Afinal, deve se ter confiança na prudência e na sabedoria dos magistrados. São eles que farão a adequação da norma à realidade concreta, aplicando-a de forma justa. Um sistema que não confia em seus juízes não tem como prosperar.

Mas isso não permite o distanciamento entre o julgador e a lei, nem muito menos a aceitação de ilegalidades sob o manto ou pretexto de *aplicação inversa* do comando normativo. A razão é óbvia: em qualquer Estado de Direito, exige-se a séria obediência à lei. Basta lembrar aqui as palavras de Calamandrei: *litigar pode querer dizer (como para o famoso moleiro de Sans Souci) ter fé na seriedade do Estado*³⁶.

De tudo o que foi exposto, resta claro que o ideário do Código de 2015 não autoriza a *aplicação inversa* do art. 85, § 8º. Isso contraria o pressuposto de valorização

35 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação”, in *Revista de Processo*, vol. 108, Out-Dez 2002, p. 9-22.

36 CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução de Ary dos Santos do original Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 7ª ed, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977, p. 126.

dos honorários, que está na base da criação do dispositivo legal. Uma aplicação coerente do direito, portanto, não compactua com essa clara violação à norma. Mas, como é natural, tudo dependerá da atitude que o Poder Judiciário vier a adotar. Vale aqui lembrar as perguntas que sintetizam todas as ideias desse texto: *as regras são entidades linguísticas ou fenômenos de comportamento? A força de uma regra está em seu significado, em suas sanções ou na atitude de seus destinatários?*³⁷

37 SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la tomada de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, p. 66.

O ART. 489, §1º, DO CPC E A SUA INCIDÊNCIA NA POSTULAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS - UM PRECEDENTE DO STJ

Fredie Didier Jr

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Mestre (UFBA). Doutor (PUC/SP). Livre-docente (USP). Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

Ravi Peixoto

Doutorando em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP),

do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador do município de João Pessoa. Advogado.

O¹ CPC/2015 realizou um sem número de importantes alterações no processo civil brasileiro. Dentre elas, é possível destacar a exigência de justificação analítica das decisões judiciais, prevista no art. 489, §§ 1º e 2º, e a proposta de construção de um modelo cooperativo de processo, a partir de diversos dispositivos normativos, como os arts. 5º, 6º, 9º, 10, 76, caput, 77, VI, 321, 932, parágrafo único etc.

Há uma nítida imbricação entre o modelo cooperativo e a exigência de justificação analítica. Uma das decorrências do processo cooperativo é o aumento do diálogo entre os sujeitos processuais, havendo necessidade de revalorização do contraditório, saindo de um contraditório formal para um contraditório substancial. Isso significa que não basta mais a mera ciência e a possibilidade de manifestação pelos sujeitos processuais. Impõe-se que essas manifestações sejam devidamente levadas em consideração pelos magistrados. Não se admitem mais posições no sentido de que o juiz pode escolher os fundamentos que irá analisar em sua decisão para que ela esteja devidamente justificada.

1 Este texto é um desenvolvimento do editorial n. 191, com o mesmo título e publicado em: [<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>].

Por mais que caiba ao juiz decidir, havendo o exercício de um efetivo poder jurisdicional, esse poder, em um processo cooperativo, possui um novo condicionamento ao seu exercício, que é justamente a consideração da argumentação dos demais sujeitos processuais. Nesse novo modelo cooperativo, em que o juiz deve ser paritário no diálogo, mas volta a haver a assimetria no momento da decisão,² esta passa a ser condicionada à consideração dos argumentos desenvolvidos pelos sujeitos processuais. Ou seja, tem-se uma “assimetria condicionada”³ a valorização do diálogo ocorrido durante a condução do processo.

Essa é, de forma bastante resumida, a fundamentação da exigência de justificação analítica por parte do órgão julgador. No entanto, o processo cooperativo não opera em uma via de mão única, estabelecendo novas situações jurídicas apenas ao órgão julgador.⁴ Simplesmente não faria muito sentido que se aumentem os deveres de um sujeito processual, exigindo uma justificação analítica e tão somente se criem novos direitos para os demais. Se as partes devem cooperar entre si (art. 6º, CPC) e atuar de acordo com a boa-fé (art. 5º, CPC), um dos ônus que podem ser extraídos de tais normas jurídicas é a de uma justificação

2 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 64-65.

3 PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 219, mai-2013, p. 96.

4 DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 352.

analítica em suas postulações. Como um dos papéis das partes é o de orientar a formação da decisão jurídica,⁵ o exercício deste papel deve refletir aquele que é exigido do responsável por tal decisão.

Do mesmo jeito que são muitas as críticas às decisões judiciais, ora por apenas citarem determinado dispositivo legal sem a devida justificativa de sua relação com o caso concreto, ora por serem tão genéricas, que se prestariam a justificar qualquer outra, não se pode ignorar que muitos desses problemas não são exclusivos da atuação do órgão jurisdicional. Igualmente, as manifestações dos demais sujeitos processuais se concretizam em postulações tão problemáticas quanto as criticadas decisões judiciais. Tal postura não está de acordo com o modelo de processo cooperativo, que tem por objetivo, dentre outros, justamente evitar que os processos se pautem por monólogos, para ser efetivamente dialético. Ocorre que, se as manifestações das partes são completamente genéricas, não parece possível se exigir uma decisão específica, inclusive porque provavelmente o juiz sequer terá condições de vislumbrar efetivamente o que ocorreu naquele caso concreto.

Mesmo antes do CPC-2015, Candido Dinamarco já alertava para a necessidade da justificação adequada do ato de demandar, destacando que, “como quem pede há de jus-

5 MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novoprocesso civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 207.

tificar o petitum alinhando uma causa petendi, só demanda adequadamente quem fundamenta de modo adequado”.⁶ A necessidade de uma adequada fundamentação das postulações ganha ainda maior relevância com do CPC/2015 e o fortalecimento do processo cooperativo.

Tudo isso parece significar que o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, que exige uma justificação analítica das decisões judiciais, compreendido a partir do art. 6º do CPC, serve como base normativa para o reconhecimento de um ônus de justificação analítica de todas as postulações formuladas pelos demais sujeitos processuais. As partes – autor, réu, amicus curiae, Ministério Público na função de fiscal da ordem jurídica, todos que participam do processo – devem, igualmente, justificar analiticamente cada uma de suas postulações.⁷ Esse ônus, no entanto, não existirá nos casos em que se reconhece capacidade postulatória à parte leiga, como nos Juizados Especiais: não deve ser exigido da parte o mesmo conhecimento de argumentação jurídica exigido de um advogado, defensor público ou membro do Ministério Público.

Isso permite uma revisão do conteúdo dogmático de diversos ônus que já existiam na legislação e que agora pre-

6 DINAMARCO, Candido Rangel. Causa de pedir e ônus de afirmar. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2000, t. II.

7 Pioneiramente, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 154. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 571.

cisam passar por uma nova leitura, assim como ocorreu com a justificação das decisões judiciais.

A legislação processual menciona a necessidade de indicação, na petição inicial, do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III, CPC), a vedação da contestação genérica, ao exigir a exposição das razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor (art. 336, CPC) e, nos dois casos, as provas que pretende produzir (arts. 319, VI, e 336, CPC), ônus que se refletem na réplica do autor (art. 350, CPC). Igualmente é possível mencionar a regra da dialeticidade recursal, exigindo-se que o recorrente impugne especificamente os fundamentos da decisão recorrida (art. 932, III, CPC), o que, por decorrência do princípio da igualdade (art. 5º, I, CFRB e art. 7º, CPC) deve se exigir igualmente das contrarrazões recursais.

Todos esses exemplos de regras que exigem a justificação nas postulações dos sujeitos processuais passam a ser integrados pelo comando do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, impondo-se uma necessidade de justificação analítica, sendo possível um maior rigor na análise da argumentação de todos os sujeitos processuais. Apenas se pode exigir uma justificação analítica do juiz se a parte, em sua postulação, também desenvolve uma argumentação igualmente analítica.

É preciso lembrar que sempre se exigiu que as partes fundamentassem as suas postulações – isso não é nenhuma novidade. A diferença na proposta ora defendida é

apenas a de que essa fundamentação seja adequada e específica ao caso concreto, não se admitindo postulações completamente genéricas.

O autor, ao elaborar a petição inicial, por exemplo, tem o ônus de apresentar sua fundamentação de forma analítica, sob pena de inépcia do instrumento da demanda. A parte não poderá valer-se de meras paráfrases da lei (art. 489, § 1º, I, CPC); não poderá alegar a incidência de conceito jurídico indeterminado ou de cláusula geral sem a devida demonstração das razões de sua aplicação ao caso concreto (art. 489, § 1º, II, CPC) e assim por diante. Concretizando os exemplos, seria possível exigir-se que a parte, ao argumentar com base em um precedente, deveria identificar a *ratio decidendi* e realizar o juízo analógico de forma a demonstrar a norma jurídica da decisão utilizada como precedente e a razão pela qual ela será aplicável ao seu caso.⁸

Tais exigências são igualmente aplicáveis às demais postulações. Uma contestação que se limita a apontar que determinado fato não ocorreu, sem justificar as razões pelas quais o faz, terá, sobre tais fatos, uma presunção de veracidade (art. 340, CPC). Se um determinado agravo interno se limita a repetir os argumentos utilizados em recurso especial inadmitido monocraticamente (art. 1.021, § 1º, CPC), não ultrapassará a regra da dialeticidade, não de-

8 MACÊDO, Lucas Buril de. *Os precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 392.

vendo sequer ser admitido. Na ação rescisória na qual seja alegada a distinção, exige-se expressamente, sob pena de inépcia, que a parte, de forma fundamentada, demonstre que o seu caso concreto é uma situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica (art. 966, § 6º, CPC).

Existem postulações que não possuem exigência expressa de argumentação específica para serem conhecidas. É o caso, por exemplo, das contrarrazões. Mas, mesmo assim, elas devem ter a mesma exigência de justificação das razões recursais, afinal o equilíbrio isonômico do processo exige que se atribuam encargos semelhantes a ambas as partes – além disso, é possível aplicar por analogia o disposto no art. 341, CPC.⁹ Além disso, mesmo para aquelas sujeitas à regra expressa, a exemplo da petição inicial, pode ser que apenas um dos argumentos não tenha sido formulado de maneira analítica, como a exposição de que um determinado texto normativo serve como base para determinada pretensão. Nesse exemplo, não se tem uma petição inicial inepta.

No entanto, nas duas situações mencionadas, é possível pensar em consequências para a ausência de justificação analítica da argumentação nas postulações: a desnecessidade de uma resposta específica do Poder Judiciário. Bastaria ao órgão julgador indicar – de forma também es-

9 Com ese mesmo raciocínio, embora fazendo referencia ao espelhamento entre a petição inicial e a contestação, cf.: DINAMARCO, Candido Rangel. Causa de pedir e ônus de afirmar, cit., p. 929.

pecífica, não se admitindo argumentação genérica – que determinada argumentação não foi realizada de forma analítica, afirmando-se que a utilização de um texto normativo como base para um pedido não foi acompanhada da demonstração da sua relação com o caso concreto.¹⁰ Assim, haveria uma exigência de argumentação analítica dos sujeitos processuais para que se possa, igualmente, exigir-se uma justificação analítica dos respectivos argumentos por parte do órgão julgador.

Não se pode ignorar o conteúdo do art. 489, § 1º, IV, segundo o qual não se considera fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Se uma determinada argumentação da parte não é devidamente justificada, ela não possui, por óbvio, aptidão de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Portanto, não se pode dizer que a decisão é omissa em considerar um argumento sem qualquer relação com o caso concreto.¹¹ Do contrário, as partes estariam em uma situação de completo conforto argumentativo, bastando citar diversos dispositivos normativos, colacionar diversas

10 Nesse mesmo sentido, muito embora focando na argumentação com base em precedentes, no sentido de que “ocorrendo uma invocação de precedente que não atenda aos requisitos mínimos, o juiz fica desobrigado a avaliar a argumentação da parte, bastando apontar o descumprimento do ônus de alegar típico dos precedentes”, (MACÊDO, Lucas Buril de. *Os precedentes judiciais e o direito processual civil... cit.*, p. 392).

11 Também nesse sentido: SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanormativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 255, mar.-2016, p. 51.

ementas, sem qualquer especificação em relação ao caso concreto e, caso não esteja satisfeita com o teor da decisão, apontará que ela é omissa.

É evidente que a exigência de uma justificação analítica para as partes requer, do lado do Poder Judiciário, a devida aplicação das exigências de justificação constantes do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Esse ônus das partes apenas pode ser exigido se o Judiciário se tornar efetivamente parte do diálogo, respondendo aos argumentos das partes, não se podendo admitir que seja criado um novo filtro recursal para, por meio de decisões genéricas, não se admitir recurso sob o fundamento de violação do ônus da dialeticidade.¹² Se as postulações das partes precisam ser justificadas e específicas, há o correlato dever do Poder Judiciário expresso no art 489, § 1º, do CPC/2015.

Também não se pode imaginar que essa nova leitura da fundamentação das postulações das partes possa gerar uma mitigação do dever de justificação judicial. O órgão julgador sempre precisará, ao menos, indicar as razões pelas quais um argumento não possui qualquer especificidade ao caso concreto e, por isso, não tem qualquer aptidão de alterar a conclusão alcançada.

12 Alertando para o risco de transformação do ônus da dialeticidade em um filtro recursal indevido por parte do STJ, ao exigir, de uma parte, a justificação analítica das partes, mas, de outro, não aplicar adequadamente o art. 489, § 1º, do CPC/2015 às próprias decisões, (NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Ônus da dialeticidade: nova «jurisprudência defensiva» no STJ?*. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj>]. Acesso em: 06.06.2017, às 22 horas).

Embora uma decisão judicial não seja omissa, por não analisar um argumento da parte sem fundamentação, ainda será permitida a interposição de recurso sob a alegação do *error in judicando*. Afinal, decisão omissa e eventual erro na avaliação dos fatos ou do direito são situações diversas. A argumentação pode vir a ser desenvolvida no recurso, afirmando-se que a decisão não avaliou bem o Direito ou os fatos. Imagine-se que a parte alegue uma série de textos normativos sem fazer a devida demonstração de sua relação com o caso concreto e o órgão julgador acaba por não os considerar pertinentes. Nada impede que a parte, em sede de apelação, alegue que houve *error in judicando*, desde que, agora, de forma específica, demonstre que ele é diretamente relacionado com o caso concreto e possui aptidão de alterar a conclusão do julgado. Essa possibilidade, no entanto, seria mais difícil em sede de recurso especial e extraordinário em face da exigência do prequestionamento.

Em um ambiente de diálogo, como é o proposto pelo CPC, parece viável que se permita, igualmente, uma ampla possibilidade de emenda de argumentações confusas, para além da permitida expressamente para a petição inicial (art. 321, CPC). Caso o magistrado entenda que determinada argumentação é pertinente ao caso concreto, mas é confusa ou ininteligível, deverá intimar a parte para que se esclareça.¹³ Trata-se de uma decorrência do

13 Também nesse sentido, mas voltado a argumentação com base em precedentes: MACÊDO, Lucas Buril de. *Os precedentes judiciais e o direito processual civil... cit.*, p. 395.

dever de esclarecimento, que é extraído do princípio da cooperação. Portanto, para que se tenha uma decisão devidamente justificada, caberia ao juiz intimar as partes para esclarecer a argumentação.

A revalorização da argumentação das partes, inclusive no âmbito jurídico, e a construção de um ambiente dialético tornam ainda mais importante o momento de saneamento do processo. Isso porque é nessa decisão que o juiz deve delimitar as questões de fato e de direito relevantes (art. 357, II e IV, CPC), tendo as partes a possibilidade de requerer esclarecimentos ou de solicitar ajustes no prazo de cinco dias (art. 357, § 1º, CPC), em que se pode eventualmente apontar, justificadamente, omissão de alguma questão fática ou jurídica não mencionada pelo magistrado.

Pois bem.

Em recente decisão, o STJ reconheceu expressamente a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, às partes ao analisar um agravo interno em que o recorrente se teria limitado, literalmente, a repetir os argumentos trazidos no recurso especial;¹⁴ teria, inclusive, se utilizado dos mesmos precedentes invocados no recurso especial que fora inadmitido. A decisão monocrática teria obedecido aos ditames do art. 489, § 1º, VI, ao demonstrar que os precedentes invocados não se aplicavam ao caso concreto, por meio da utilização da técnica da distinção.

14 STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13.12.2016, DJe 19.12.2016.

Consta do voto da relatora que a “decisão ora agravada deveria ter sido combatida com o enfrentamento dos fundamentos determinantes do julgados apontados como precedentes, ou com a demonstração de que não se aplicariam ao caso concreto, ou de que haveria julgados contemporâneos ou posteriores do STJ, em sentido diverso, e não com a mera afirmação de que “a parte suscitou divergência jurisprudencial, em seu recurso e juntou acórdãos deste Superior Tribunal de Justiça que demonstram entendimento diverso da jurisprudência apontada pela Relatora”.. Em outros termos, deveria o recorrente alegar a possibilidade de distinção ou de superação dos precedentes utilizados pela decisão monocrática.

A decisão segue um caminho correto, eis que, em um modelo cooperativo de processo, não se pode pensar apenas em deveres de justificação analítica por parte do órgão julgador. Se o objetivo é o de estabelecer uma comunidade de trabalho que efetivamente dialoga entre si, todos os sujeitos processuais têm de fundamentar analiticamente as suas postulações. Do contrário, ter-se-á a continuação de um modelo que se limita a reproduzir monólogos, em que o contraditório substancial é apenas um faz de conta.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO NO NOVO CPC: UMA NECESSIDADE ARGUMENTATIVA/ INTEGRATIVA

Luiz Osório Moraes Panza

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba - e professor assistente da Universidade Positivo. Desembargador da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. Introdução

Quando o professor Carlos Maximiliano¹, no auge do seu conhecimento nas primeiras décadas do século XX, manifestou-se no sentido da importância acadêmica da

1 Nesse sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vide em especial seus apontamentos nas páginas 1 a 4.

hermenêutica como uma ciência capaz de buscar, em especial, as necessárias soluções para os problemas jurídicos, isso foi um passo para uma reflexão aprofundada no campo dos doutrinadores acerca da essencialidade dessa ciência como um fator indispensável para a arte da compreensão das relações sociais.

Precisamos compreender e interpretar para transformar o mundo em que vivemos. O homem não vive só, mas age com o mundo e para o mundo. Toda interpretação baseia-se num objeto e almeja um resultado válido para o questionamento levantado.

Se compreender e interpretar são atos essenciais para a condição humana, então é preciso vencer a barreira da inércia e interagir a todo o momento.

Sobre tal importância, Inocêncio Mártires Coelho bem fundamentou:

Até hoje os filósofos não fizeram mais do que *interpretar* o mundo de diversas maneiras, quando o importante é *transformá-lo*. Até o presente, os filósofos acreditaram *descrever* o mundo: está na hora de *interpretá-lo*. A interpretação é a forma explícita da compreensão. Interpretar significa explicitar a compreensão subjacente. É mais difícil *interpretar as interpretações* do que *interpretar as próprias coisas*; há mais livros sobre livros do que sobre qualquer outro assunto, nós não fazemos mais do que nos entreglosar.²

2 COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica filosófica à Hermenêu-

Interpretar é a ferramenta imprescindível que todo o hermenauta deve ter para buscar a solução dos problemas que surgem nos diversos campos do conhecimento do ser humano, sendo que, por ora, nos interessa a sua dimensão voltada para as discussões jurídicas.

O homem, um ser gregário por natureza, relaciona-se diversas vezes por dia com outras pessoas, situação que, em muitos momentos, se resolve pelo diálogo e pela compreensão. Porém, em outras oportunidades, as relações sociais perdem-se nos embates travados entre os participantes dialógicos, não se permitindo, *prima face*, que a solução advenha por uma simples conciliação pós ruptura. Necessário que terceiros resolvam os problemas entre as partes, o que demanda, não raras as oportunidades, a participação do Estado como ente mediador ou solucionador dos problemas.

Por isso, o Estado tem o Poder Judiciário como baliza harmonizadora dos litígios, buscando soluções que, muitas vezes, não agradam uma das partes, mas que são necessárias para a manutenção da estabilidade social.

Todavia, somente se alcança o intento da pacificação social com a decisão proferida pelo respectivo julgador, terceiro isento e distante, além de ser membro componente daquele Poder dentro do Estado, o que, certamente, legitimará a sua decisão, valendo entre as partes e, eventualmente, para terceiros, o que enseja na constatação de uma responsabilidade pautada no binômio poder/dever daquele julgador.

Porém, para que legitimemos a sua conduta e a sua solução, o sistema jurídico normatiza o procedimental necessário, estabelecendo um rito em que teremos o direito de ação versus direito de resistência, isso numa demanda padrão.

Assim, o magistrado, cuja função neste espaço é resolver o conflito, deve decidir a questão não apenas no campo objetivo do resultado em si, mas, acima de tudo, justificar e fundamentar a sua decisão à luz da Constituição Federal³, que lhe impõe o ônus laboral de demonstrar para as partes de que forma chegou ao resultado da demanda.

Nesse universo jurídico, em que somos membros participantes, o sistema inseriu, para fins de decisão, o apontamento da essencialidade que é o dever de fundamentação, reiterado pelo novo Código de Processo Civil, que dispõe no seu artigo inaugural sobre a matéria: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Dessa forma, no atual ordenamento jurídico, o dever de fundamentação, mais do que uma simples nor-

3 Dispõe a Constituição Federal: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...) (Grifei).

matização, é uma realidade cogente e indispensável para, dentre outras coisas, legitimar o Poder Judiciário como o braço responsável na construção do Estado Democrático de Direito.

2. A hermenêutica no papel interpretativo

Não é de hoje que o homem, no afã do conhecimento e percepção dos objetos que tem ao seu alcance, busca na arte da interpretação um caminho e uma resposta para os problemas e desafios que lhe surgem. Quer “decifrar” o enigma do desconhecido e do inalcançável, utilizando-se dos meios necessários para compreender as coisas.

Quer, com isso, encontrar as soluções para os problemas que surgem a partir da busca de significados para os objetos em geral, passando pelos elementos de compreensão que fazem parte da cognição do sujeito.

O papel da hermenêutica se concentra na exata dimensão que se tem a partir dos objetos estudados. Assim, no caso do magistrado que tem que decidir as questões postas em discussão, cabe a ele compreender os fatos e as normas, dando-lhes um contorno de valor a ser aferido. É basicamente a adoção da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale⁴, em que o valor final será, na situação

4 Nesse sentido: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed., 9. tir., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 497-616. Vale destacar a seguinte passagem: “*Fato, valor e norma* devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente no momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas

judicial, a solução encontrada pelo julgador.

Desde o século XIX – momento em que o positivismo nasce como elemento de objetivação da norma – o julgador centra-se na exata estruturação de decidir a partir da norma, pela norma e para a norma. É uma contraposição específica da arbitrariedade desenvolvida nos séculos anteriores, em que o magistrado era apenas um reproduzidor da norma apresentada pelo governante, o que ficou mais do que apontado na Idade Moderna sob o manto do absolutismo.

Mesmo após Montesquieu dizer que o juiz era apenas a ”boca da lei” na sua obra “O Espírito da Leis”, o certo é que ao magistrado cabe dizer o direito (*jurisdictio*) pautado num estado normativo inicial a ser seguido.

Com o crescimento do positivismo, essa experiência de ter o texto como fator primordial de interpretação passa a ser uma realidade no mundo do direito, não obstante alguns modelos críticos tenham se desenvolvido, criando etapas de pensadores, como, v.g., a “jurisprudência dos conceitos” de Friedrich Karl von Savigny, Georg Friedrich Puchta e Rudolph von Ihering, a “jurisprudência dos interesses” de Philipp Heck, ou

da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização *normativa dos valores* no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o *fato* da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, enquanto tal, considera *valor e fato* em razão da *normatividade*, a qual é o seu objetivo específico. O filósofo do Direito, por outro lado, indaga as condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia.” (P. 613).

ainda a “jurisprudência sociológica” de Eugen Ehrlich. Em todos eles, a norma era o referencial, porém, o seu respectivo desdobramento dependeria do referencial paradigmático, que variava do próprio conceito de norma, passando pelo elemento de intenção e interesse, até desaguar numa perspectiva sociológica, de qualquer sorte, o julgador deveria apoiar-se num desses elementos valorativos, ampliando ou diminuindo o campo de atuação da norma em relação ao ambiente social. Aqui variavam os movimentos jurídicos.

Ora, a gênese da sentença insere-se precipuamente no dever de fundamentação pelo magistrado como forma de argumentar para o destinatário poder interpretar.

Há, assim, uma sintonia bem definida entre a arte da interpretação pela hermenêutica com o poder de persuasão da argumentação. Temos que nos centrar na relação sujeito/objeto, ou seja, entre o ser da interpretação em si com o elemento objeto, fazendo com que a interpretação recaia sobre aquilo que realmente se pretende desvendar (no caso, o fato apreciado na ação judicial sob a ótica da decisão judicial), demonstrando cientificamente que o resultado a ser alcançado é exatamente aquele considerado pela norma em abstrato em relação ao conteúdo concreto final.

Para isso, a arte hermenêutica harmoniza-se com a arte da persuasão, hipótese em que o papel do intérprete deve ser considerado essencial como fator determinante do resultado.

Os signos postos em discussão (a norma, o fato, a compreensão, o valor, etc.) devem interagir por completo dentro do patamar da decisão judicial.

Desde os primórdios das civilizações ocidentais, a arte da interpretação teve o seu momento aplicativo, variando da simples descrição dos gregos, passando pelo ambiente bíblico medieval, alcançando o caráter racional da Idade Moderna, até o cientificismo da nossa contemporaneidade. Todavia, em qualquer desses ambientes, o homem busca na linguagem o subsídio necessário para o bom desenvolvimento da interpretação quanto ao objeto.

E esse pensamento alcançou o espaço contemporâneo, em especial no campo do direito, ao trabalhar com a teoria da decisão dos fatos em consonância com as normas, dando o real valor para cada uma das situações.

No atual contexto, o intérprete deve guiar-se por quatro estruturas fundantes de uma hermenêutica jurídica a ser aplicada pelo Poder Judiciário em especial, aqui no que se refere ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Esses quatro pilares são formados pelos valores, onde se deve estender o sentido das normas às novas relações que por ventura sempre estão surgindo no contexto social; pelas regras sociais, conferindo a aplicabilidade da norma jurídica imersa no mundo das relações humanas; pela compreensão, dando o alcance do preceito normativo que corresponda às respectivas necessidades; e pelo processo

de construção e re-construção do intérprete, garantindo, assim, a intersubjetividade entre os agentes participantes.

3. A arte da fundamentação

Vencidos os pilares, o magistrado tem, no seu conteúdo cognitivo, a qualidade indispensável para bem interpretar as relações jurídicas postas ao seu conhecimento, o que foi pensado pelo novo Código de Processo Civil, ao trazer, para dentro do sistema, um conjunto normativo capaz de alinhar o antecedente com o consequente (ação judicial e posterior sentença), em especial quanto ao modelo voltado para a sentença e os seus fundamentos.

Para tanto, no capítulo XIII, a sentença é tratada como um componente de importância crucial para o resultado dos litígios judiciais, permitindo-se observar, na sua Seção II, os elementos e os efeitos da sentença, principalmente no art. 489.

Ora. Com isso, o que se quer é garantir, quando da prolação de uma sentença, que ela se apoie em alguns princípios, como o da segurança jurídica e o da proteção à confiança entre as partes, o que foi bem abordado por Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – se-

gurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”.⁵

O que se alcançará com isso? Uma estabilidade nas decisões judiciais, eis que caberá ao julgador fundamentar a sua decisão a partir de uma prévia interpretação dos fatos e das normas.

E a arte da fundamentação tem como mote central o poder de persuadir os seus interlocutores, pois argumentar não deixa de ser uma arte, de onde se procura, através de situação basicamente comunicativa, persuadir os interlocutores.

Segundo Victor Gabriel Rodríguez:

A argumentação é tão imprescindível ao operador do Direito quanto o conhecimento jurídico. Como atividade provinda do raciocínio humano, o Direito não se articula por si só, daí porque somente

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Almedina: Coimbra, 2000, p. 256.

pode ser aplicado *através de argumentos*. São os argumentos os caminhos, os trilhos da articulação e da aplicação do Direito.

No Direito, nada se faz sem explicação. Não se formula um pedido a um juiz sem que se explique o porquê dele, caso contrário diz-se que o pedido é desarrazoado. Da mesma forma, nenhum juiz pode proferir uma decisão sem explicar os motivos dela, e para isso constrói raciocínio argumentativo.⁶

Mesmo no processo mecânico da sentença em muitos momentos (v.g., ações cíveis basilares e muitas com decisões meramente homologatórias, ou ainda aquelas pautadas em prévia revelia do réu), a argumentação judicial torna-se primordial para justificar o que o novo legislador reservou para a sentença: o dever de fundamentação.

Isso porque se busca obter ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhe são apresentadas em determinada situação, pretendendo o eventual assentimento, sendo, pois, um poderoso instrumento de produção racional de decisões. E quando se fala em adesão dos espíritos, nós nos referimos na compreensão por parte do interlocutor judicial, no caso, as partes.

Assim, os argumentos trazidos pelo magistrado no momento da sentença são elementos linguísticos que visam à persuasão. Argumentos não são verdadeiros ou falsos, mas fortes ou fracos, conforme o seu poder de convencimento.

6 RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5-6.

É dessa força que o magistrado extrai o conteúdo da sua decisão. Ele aponta os elementos fáticos e jurídicos para justificar o resultado judicial, eis que no Direito não prevalece a lógica formal, mas a lógica argumentativa, aquela em que não existe propriamente uma verdade universal, não existe uma tese aceita por todos em qualquer circunstância, como na Física, por exemplo.

E na lógica argumentativa, o legislador brasileiro, quando da construção do novo Código de Processo Civil, deu a este corpo jurídico um conteúdo argumentativo/integrativo, na medida em que, além de justificar pelo discurso o resultado da escolha, também integra este resultado ao mundo dos fatos, dando-lhe um contorno de validade jurídica.

Para tanto, é possível ao magistrado, quando do momento de proferir a sua sentença, utilizar-se de categorias fundamentais para argumentar a sua produção jurídica. O jurista polonês Chaïm Perelman⁷, em companhia de Lucie Olbrechts-Tyteca, apresentou quais seriam essas categorias para que o orador (no caso, o magistrado) pudesse argumentar a contento e justificar a sua produção, fazendo com que o sujeito intersubjetivo acolha os seus argumentos (mas não necessariamente aceitando, pois sabemos que as partes litigantes têm interesse próprio e específico sobre o resultado).

7 Nesse sentido: PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado na argumentação. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Em especial o primeiro capítulo da obra, em que se apontam os âmbitos das argumentações.

Seriam as seguintes categorias.

A argumentação em si, com o fim de influenciar o seu interlocutor através do discurso, sendo que este pode ocorrer de diversas formas, inclusive mediante a elaboração de uma sentença.

O contato dos espíritos, servindo de uma linguagem comum (sendo possível a própria estrutura jurídica com os termos e expressões ligados ao uso coloquial) e através de uma sociedade igualitária (aqui são as partes da ação judicial).

O auditório, considerando-se aqui o conjunto daqueles nos quais o orador quer influenciar pela argumentação, eis que ela sempre se dá em função de um auditório (poderíamos considerar a sociedade mediata que toma conhecimento da decisão e, eventualmente, sofra algum tipo de consequência jurídica – sendo muito comum nas ações coletivas e abstratas).

Persuasão e convencimento, mediante o nível de aceitação das teses, pois estas determinarão o grau de eficácia da argumentação. Em outras palavras, toda decisão judicial tem que estar amparada e sedimentada não apenas na norma (regras e princípios), mas sim em linhas fundamentais do próprio sistema jurídico, podendo ser a Civil Law ou ainda a Common Law, v.g., com suas bases fincadas na teoria geral do direito e na sua filosofia.

O acordo, sendo a seleção de fatos e valores, escolha dos elementos e a ordem na qual se apresentam, modo de

apresentação e os julgamentos de valor. É o próprio procedimental argumentativo, como se fosse a evolução da decisão judicial nos capítulos que se desenrolam ao longo dos argumentos.

Por fim, as técnicas argumentativas, através das categorias de linguagem, podendo ser os argumentos quase-lógicos (raciocínios não-formais), argumentos fundados na estrutura do real (ligação entre premissas e conclusões) e argumentos que fundam a estrutura do real (analogias e possibilidades combinatórias de argumentação).⁸

Com todas essas categorias, o magistrado desenvolve a estruturação da sua decisão judicial, dando-lhe corpo e conteúdo.

Vemos, pois, que o ato de julgar tem que, indubitavelmente, passar, primeiramente, pela arte da compreensão (no caso, a hermenêutica), na sequência, pela argumentação (a arte da persuasão), finalizando com a integração do direito (fatos e normas correlacionadas) e, assim, construindo o julgamento pautado não apenas na legalidade do sistema, mas, também, na sua própria legitimação (em especial quanto aos litigantes).

Não deixa de ser um ato de natureza social muito importante, pois o julgador, assim que profere a sua decisão, traz para o mundo dos fatos e da realidade jurídica um conteúdo de reflexos macrossistêmicos, pois o resultado

8 Nesse sentido: PERELMAN, Chaïm. Op. Cit., em especial os capítulos I, II e III da 3ª parte.

passará a validar as relações sociais e, eventualmente, as posteriores, servindo de paradigma cognitivo para casos similares, por exemplo.

Dessa forma, o ato de julgar é essencial no mundo do direito, cujas palavras de Paul Ricoeur dão o contorno da sua importância:

Portanto, considero que o ato de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que aparta minha parte da sua e o que, por outro lado, faz que cada um de nós tome parte da sociedade.

É essa justa distância entre os parceiros defrontados, próximos demais no conflito e distantes demais na ignorância, no ódio e no desprezo, que resume bem, a meu ver, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, deslindar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer que cada um reconheça a parte que o outro toma na mesma sociedade, em virtude da qual o ganhador e o perdedor do processo seriam considerados como pessoas que tiveram sua justa parte nesse esquema de cooperação que é a sociedade.⁹

As partes cooperam com o ato de julgar, pois contribuem para a construção da compreensão através da linguagem que apresentam para o Poder Judiciário e este, por sua vez, colabora na construção do Direito.

9 RICOEUR, Paul. O Justo. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 181.

4. Fundamentação e interpretação

Considerando que o ato de julgar revela a face final do processo de construção do Direito, na medida em que os atores participantes contribuem com os argumentos, os nossos legisladores apresentaram no novo Código de Processo Civil artigos que apontam sobre a necessidade não apenas de justificar o porquê do Direito, mas, principalmente, como o Direito se apresentará frente ao resultado final. E o processo é o marco primordial para isso, trazendo, dentro do procedimento, os comandos normativos necessários para o bom desenvolvimento linguístico/argumentativo.

É o que Jürgen Habermas aponta com o agir comunicativo entre os agentes mediante o procedimento de validade dos atos praticados. Para ele, três momentos abordam essa importância: a racionalidade comunicativa, uma sociedade em dois níveis (ação e sistema) e uma abordagem teórica de construção desse caminho.¹⁰

Nessa perspectiva, o procedimento comunicacional passa a ser uma parte essencial no processo da construção do resultado mediante fundamentos plausíveis de validade.

Valores jurídicos – e também emocionais – constroem uma linha de raciocínio que possibilitam o alcance do resultado útil para a sociedade.

10 Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Trad, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Apontamos estes dois componentes (jurídico e emocional) para justificar sobre a essencialidade de qualquer decisão judicial no mundo das coisas e dos fatos, transformando as relações multifacetárias mediante um processo intersubjetivo de diálogo.

Para Neil Maccormick, nós temos que propor a racionalidade no Direito como algo essencial para os procedimentos jurídicos, sendo aquela a primeira virtude. Porém, ainda afirma o autor, se não houver bom juízo, compaixão e sentimento de justiça, a pura racionalidade (então apontada como fator primordial) vai apresentar uma aparência de irracionalidade, pois o homem também é movido por emoções.¹¹

E dessa emoção também vive o ser humano. Por essa razão, o juiz, ao decidir qualquer questão judicial, deverá ter em mente que ele está trabalhando com vida, não necessariamente humana, mas qualquer forma de vida jurídica, como um direito personalíssimo, por exemplo, que pode ter ou não reflexo econômico, mas certamente terá efeito fático.

Os fundamentos são a essencialidade da justificativa, uma vez que colocam em qualquer decisão o caráter axiológico que compõe a sua estrutura fundante.

O homem, assim, é fruto da sua própria capacidade cognitiva de pensar, agir e justificar os seus comportamen-

11 Conforme MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

tos. É ele o centro das atenções de qualquer ação judicial, permitindo-nos lembrar que o que se apresenta é a construção dos fundamentos de validade de uma decisão judicial. Aqui reside o conteúdo axiológico ditado por qualquer decisão. Lembremos, não somos máquinas, mas sim pessoas de carne e osso com sentimentos, anseios e necessidades reais.

5. O conteúdo axiológico do art. 489, CPC: bases e premissas

O parâmetro a ser seguido pelo julgador nessa nova sistemática do processo civil brasileiro apoia-se no contido no art. 489 e seus parágrafos e incisos do CPC, que tem a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

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

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

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

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Não há dúvidas sobre os primeiros incisos do caput desse artigo, eis que aqui se apresenta uma estrutura mais formal do que propriamente material, apontando o que exatamente deve conter a sentença.

A questão central reside no parágrafo primeiro, pois aqui o legislador cuidou de indicar quais são as hipóteses em que não se considera fundamentada a sentença, dando, portanto, a entender que qualquer outra situação caracteriza o fundamento apropriado.

Buscou o legislador trabalhar com o sentido inverso da questão, ao deixar claro quais seriam as hipóteses de fragilidade de fundamento, permitindo-se concluir que, nos demais casos, o magistrado cumpriu com o seu mister.

Retiramos, também, da conclusão estrutural do referido artigo, que o juiz deve, sim, obrigatoriamente sempre apontar os fundamentos com o qual se embasou para chegar ao resultado judicial apresentado.

A título ilustrativo, a Constituição Peruana, uma das mais modernas do mundo atual, no seu art. 139, item 5, diz expressamente:

Artículo 139. – Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La motivación estricta de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Isso demonstra que os Estados atuais estão preocupados com a dinâmica da fundamentação, exigindo que os seus membros, no caso, os juízes, cumpram com o papel da necessidade de motivar os seus atos.

Marcial Rubio Correa, sobre a Constituição Peruana, apresentou o seguinte comentário para o artigo acima mencionado:

La motivación escrita de las resoluciones judiciales es fundamental porque mediante ella las personas pueden saber si están adecuadamente juzgadas o si se ha cometido una arbitrariedad. Una sentencia que solo condena, o solo absuelve, puede ocultar arbitrariedad de parte del juez o del tribunal. Si se expresa las razones que han llevado a dicha solución y, más aún, si se menciona expresamente la ley aplicable, la persona que está sometida al juicio tiene mayores garantías de recibir una adecuada administración de justicia.¹²

Dessa forma, não basta apenas reproduzir texto de lei, ou conceitos abertos ou indeterminados, mas efetivamente apontar e justificar “onde” nasce o Direito. E certamente a decisão tem que passar pelo uso da linguagem, dos argumentos jurídicos e axiológicos, perfazendo o resultado como elemento de integração do Direito.

Foi, por evidência, um avanço na arte da compreensão em direção à arte da persuasão, cujo resultado é a integração de todas as etapas constituintes do processo judicial.

Por mínimo que seja, o magistrado sempre deverá dizer sobre os motivos da solução alcançada, deixando de lado os achismos e decisões abertas, sem um respaldo cognitivo.

12 CORREA, Marcial Rubio. Para Conocer la Constitución de 1993. 5. ed., Lima: Fondo Editorial, 2015, p. 234.

A concretude da ação judicial deve ter em mente que isso somente será possível se, à toda evidência, o julgador sempre conciliar fundamentação com valoração, cujas palavras de Robert Alexy aprofundam o tema e enaltecem o trabalho do intérprete:

É essa escolha feita pelo intérprete que determina qual enunciado normativo singular é afirmado (por exemplo, em uma investigação da Ciência do Direito) ou é ditado como enunciado. Tal enunciado normativo singular contém uma proposição ou determinação sobre o que está ordenado, proibido ou permitido a determinadas pessoas. A decisão tomada em qualquer nível de fundamentação é, assim, uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido. Com ela, a ação ou comportamento de uma ou várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamentos seus, isto é, um estado de coisas é preferido em detrimento de outro. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma *valoração ou juízo de valor*.¹³

O resultado deve, portanto, ser algo de valor mensurável na estrutura do Direito e não necessariamente na estrutura dos fatos ou das coisas, dentro aqui de um mundo material. O que importa é o fundamento jurídico, que entrará para o campo do conhecimento.

13 ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008. P. 27-38.

Não há motivos específicos, por ora, para detalharmos cada um dos incisos do referido parágrafo, por não ser esta a pretensão da presente discussão, mas sim de abordar como se interligam interpretação, argumentação e integração.

São ideias distintas, mas intimamente ligadas no mundo do Direito, pois mantém, nas palavras de Paul Ricoeur, uma simetria de imbricação:

Chegando ao fim dessa discussão, o leitor talvez convenha comigo que a imbricação entre a argumentação e a interpretação, no plano judiciário, é realmente simétrica à imbricação entre explicação e compreensão no plano das ciências do discurso e do texto. Em contraposição a uma abordagem puramente dicotômica da polaridade famosa, no passado em concluíra minha defesa do tratamento dialético com uma fórmula em forma de aforismo: Explicar mais para compreender melhor¹⁴. Como conclusão do debate entre interpretação e argumentação, proponho uma fórmula parecida que restitui à epistemologia do debate judiciário sua unidade complexa.¹⁴

Em qualquer debate judicial, o julgador deverá apontar, sem qualquer sombra de dúvida, sobre essas premissas, sendo certo que já existem vários julgados da superior corte de justiça reafirmando sobre a necessidade de fundamentar, mas não há necessidade de um esgotamento material à exaustão para justificar, bastando apenas o comando argumentativo/integrativo. Eis um exemplo:

14 RICOEUR, Paul. Op. Cit., p. 172.

(...)

3. Não viola o art. 489, incisos I e II, e § 1.º, inciso IV, do CPC/2015, o acórdão que contém relatório e fundamentação e que enfrenta todos os argumentos deduzidos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada anteriormente, dando-lhes, no entanto, deslinde que não atende aos interesses da parte.

(...)¹⁵

São os novos caminhos avançados pelo legislador em favor das partes, mas que já estão recebendo a devida atenção pelos julgadores, ensejando na qualificação das decisões, não quanto a um esgotamento infundável de argumentos, mas quando a decisão aponta o pronto crucial das razões do Direito, passando, repetimos, pela compreensão, argumentação e integração do Direito.

Ainda sobre argumentação e interpretação, Paul Ricoeur conclui o seu raciocínio:

O ponto no qual interpretação e argumentação se interseccionam é o ponto no qual se cruzam o caminho regressivo e ascendente de Dworkin e o caminho progressivo e descendente de Alexy e Atienza. O primeiro tem como ponto de parti-

15 STJ, AREsp 1230444/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1667009/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018; AgInt no AREsp 962.824/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

da a questão espinhosa proposta pelos hard cases e daí se eleva para o horizonte ético-político da “empreitada judiciária” considerada em sua estruturação histórica. O segundo começa de uma teoria geral da argumentação válida para toda e qualquer forma de discussão prática normativa e encontra a argumentação jurídica como província subordinada. O primeiro caminho atinge a encruzilhada comum no momento em que a teoria da interpretação depara com a questão proposta pelo próprio modelo narrativo dos critérios de coerência do julgamento em matéria jurídica. O segundo a atinge quando para dar conta da especificidade da argumentação jurídica, os procedimentos de interpretação encontram pertinência a título de *órganon* do silogismo jurídico em virtude do qual um caso é colocado sob uma regra. Ademais, arrisquei-me a sugerir outra analogia, além da analogia da dialética entre explicar e compreender, a saber, a do juízo reflexivo no sentido da *Critique de la faculté de juger*, sendo a interpretação o caminho seguido pela imaginação produtora quando o problema já não consiste em aplicar-se uma regra conhecida a um caso que se suponha corretamente descrito, como no juízo determinante, mas em “encontrar” a regra *sob* a qual seja apropriado colocar um fato que exija interpretação.¹⁶

É a ligação dos três elementos essenciais na busca do melhor resultado, pois o Direito é feito pelos homens, com os homens e para os homens.

16 RICOEUR, Paul. Ibid, p. 172-173.

6. Conclusão

O que verdadeiramente visualizamos é que não há um controle absoluto envolvendo a racionalidade na e para as decisões judiciais, com o fito de permitir a obtenção da melhor resposta possível e alcançável pelos participantes do processo jurídico.

O discurso prático feito pelo magistrado ao proferir a sua decisão sobre determinado caso não pode e não deve ser visto como algo plenamente irracional, pelo contrário, deve ter fiscalização capaz de interagir com o mundo da fundamentação jurídica.

Nos dias atuais, a prática jurídica tem demonstrado que a racionalidade das decisões judiciais é apenas parcial, ensejando, portanto, na construção de um modelo normativo cogente e que faça do magistrado uma arma para efetivamente “dizer o Direito”. Por isso, o dever de fundamentar sempre e cada vez melhor.

Outrossim, nas decisões conflitantes fica clara a ideia de que sempre haverá diferentes valores entre pessoas participantes do processo judicial, cujo papel central do Poder Judiciário será o da efetividade da sua prestação. É a constante busca da melhor resposta.

Democracia, liberdade e tolerância deverão caminhar juntas ao longo do árduo caminho dos litígios. Somente assim, o julgador, quando responder às perguntas das partes durante a tramitação da ação penal, poderá com segurança dar a resposta esperada pelos contendores.

Ora, assim, é de se lembrar do grande jurista Hans Kelsen, que sempre afirmada que “Nenhuma doutrina pode ser reprimida em nome da ciência, pois a alma da ciência é a tolerância.”

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Almedina: Coimbra, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica. Fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREA, Marcial Rubio. Para Conocer la Constitución de 1993. 5. ed., Lima: Fondo Editorial, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Trad, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado na argumentação. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. ed., 9. tir., São Paulo: Saraiva, 2011.

RICOEUR, Paul. O Justo. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CÓDIGO NOVO, DISCUSSÃO VELHA, NOVAS CONCLUSÕES: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E ERRO DE JULGAMENTO.

Sandro Gilbert Martins

Advogado. Mestre e Doutor em Direito
Processual Civil pela PUC-SP. Professor
da UNICURITIBA.

1. Apresentação

A disciplina do recurso de embargos de declaração no CPC/2015 foi, inegavelmente, aprimorada.

Para além das três hipóteses de cabimento dos embargos de declaração antes já contempladas na redação do art. 535 do CPC/73 (obscuridade, contradição e omissão),¹

¹ Convém lembrar que, em relação ao texto originário do CPC/73, a Lei n. 8.950/1994 suprimiu a *dúvida* do rol dos possíveis fundamentos dos embargos de declaração, o que foi considerado um avanço por José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, 7ª ed., Ed. Forense, 1998, p. 536-538. Lamentavelmente, mesmo depois dessa supressão, a Lei n. 9.099/95, a respeito dos Juizados Especiais Cíveis, acabou por repetir a expressão *dúvida* no art. 48, o que somente foi reparado pelo art. 1.064 do CPC/2015.

o novel legislador adicionou outra: o erro material, consagrando na redação do art. 1.022 do CPC/2015 o entendimento que já vinha se formando entre os operadores do sistema processual.²

Questão mais complexa, entretanto, e sobre a qual já existia divergência na vigência do CPC/73, diz respeito à possibilidade de, por meio de embargos de declaração, obter-se a modificação de uma decisão formalmente perfeita – isto é, sem obscuridade, contradição, omissão ou inexatidões materiais –, para correção de erro de julgamento.³

Aqueles que negavam e negam o uso de embargos de declaração para correção de erros de julgamento entendem que este recurso é daqueles de fundamentação vinculada, ou seja, o seu cabimento exige a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão, conforme especificações delineadas na lei, as quais não ensejam rediscutir

2 Mesmo na vigência do CPC/73 e a despeito da falta de previsão expressa, tanto doutrina quanto a jurisprudência já reconheciam, ainda que de forma excepcional, que o erro material era corrigível por meio de embargos de declaração, especialmente porque tal erro também podia ser conhecido de ofício ou a requerimento da parte, a qualquer tempo. Neste sentido, por exemplo, Teresa Arruda Alvim, *Omissão judicial e embargos de declaração*, 1ª ed., Ed. RT, 2005, p. 94-100. Da mesma forma: STJ – 1ª T. – EDcl nos EDcl no RMS 16.993/RJ – Rel. Min. Luiz Fux – j. em 03/02/2005 – DJ 21/03/2005 e STJ – 4ª T. – EDcl no AgRg no AREsp 44.793/RS – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – j. em 18/12/2012 – DJe 01/02/2013.

3 O aspecto foi muito bem observado por Manoel Caetano Ferreira Filho, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, 1ª ed., Ed. RT, 2001, p. 310-313.

questões tratadas e devidamente fundamentadas na decisão embargada a fim de provocar novo julgamento da lide.⁴

Portanto, o objetivo do presente trabalho é revelar se, à luz do CPC/2015, é possível dar novas orientações/conclusões a essa velha discussão sobre o cabimento, ou não, dos embargos de declaração em caso de erro de julgamento.

2. Erro de julgamento: erro de direito e erro de fato

É assente em doutrina que por meio de um recurso, a impugnação pode apontar que a decisão recorrida contém um vício de atividade (*error in procedendo*) e/ou um vício de juízo (*error in judicando*). Vale dizer, respectivamente, o pecado da decisão pode ter decorrido de “uma desatenção do juiz para com as disposições do ordenamento jurídico que regulam o processo e o seu modo de atuar na condução do feito” ou pode estar relacionado “com a má interpretação e aplicação das disposições do ordenamento jurídico (questões de direito) ou com a errônea apreciação do contexto fático submetido à apreciação do órgão julgador (questões de fato) ou com ambas as coisas”.⁵

O erro de julgamento (*error in judicando*) constitui um pronunciamento injusto que se traduz num *erro de direito*, quando consiste na errônea aplicação do direito à es-

4 STJ – 2ª T. – EDcl no AgRg no REsp 1.510.585/CE – Rel. Min. Herman Benjamin – j. em 17/09/2015 – DJe 09/11/2015.

5 Luis Guilherme Aidar Bondioli, *Embargos de declaração*, Ed. Saraiva, 2007, p. 142-143.

pécie (p. ex.: aplicar fundamento legal revogado) ou num *erro de fato*, quando decorre da má valoração do contexto fático dos autos (p. ex.: quando admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, CPC/2015, art. 966, §1º).

No caso dos embargos de declaração, segundo sua regulação legal, somente é permitido a alegação e apreciação de vícios (*error in procedendo*) específicos, quais sejam, obscuridade, contradição, omissão ou erro material. Vale dizer, não obstante a injustiça do pronunciamento judicial que não reflete o previsto no ordenamento jurídico e/ou a realidade fática demonstrada nos autos, esse erro de julgamento (*error in judicando*) – que revela erros de leitura, de raciocínio, de critério ou de interpretação –, não está entre os vícios que admitem o uso dos embargos de declaração.⁶

3. Erro material

Como visto, o erro material é considerado um *error in procedendo*. Entende-se configurado um erro material quando fica facilmente perceptível que o pronunciamento judicial contém falha de expressão escrita porque foram usadas palavras e/ou algarismos que não refletem o verda-

6 STF – Pleno – RE 194.662/BA ED-ED-EDv – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 14/05/2015 – DJe 03-08-2015 e STJ – 5ª T. – EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.074.870/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. em 13/12/2016 – DJe 01/02/2017.

deiro conteúdo do ato judicial,⁷ frente à “concreta vontade da norma”.⁸ Em suma, erro material não é engano na formulação de raciocínios.⁹

Em que pese a distinção entre erro de julgamento (de direito e/ou de fato) e erro material, não se descarta ser possível verificar que sejam esses tipos de erros baralhados, associando-se um tipo de erro ao outro. Não por outra razão, inclusive, se disse antes ser o tema complexo.

7 Eis o conceito formulado por Estefânia Viveiros: “Erro material é um ato involuntário, notório, patente, um descuido, um engano, um equívoco, um lapso que não atinge o conteúdo da decisão judicial ou do despacho, além de ser, aliás, característica predominante, perceptível a olho nu. É o erro material uma inconsistência perceptível à primeira vista e que não está inserida no conteúdo da decisão judicial” (*Os limites do juiz para correção do erro material*, Ed. Gazeta Jurídica, 2013, p. 47).

8 Eduardo Talamini esclarece que a expressão costumeiramente apresentada em doutrina de que o erro material é aquele manifesto que não corresponde à *intenção/ideia do julgador*, precisa ser bem compreendida, afinal, “não há dúvidas de que se o juiz, clara e intencionalmente, assumiu uma escolha, formulando um juízo errado ou uma afirmação despropositada, não há como qualificar isso como erro material” (*Coisa julgada e sua revisão*, Ed. RT, 2005, p. 528). Por isso, segue o autor dizendo que essa expressão “funciona como um limite negativo à caracterização (e consequentemente possibilidade de correção a qualquer tempo) do erro material. Se está claro que o erro deriva do próprio conteúdo do julgamento, não há como considerá-lo mera falha de expressão” (ob. cit., p. 529).

9 Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil*, Ed. Malheiros, 2003, p. 193. Esse mesmo autor prossegue: “comete erro de conta (ou de tabuada), que é erro material e se situa no campo da correção aritmética da sua conclusão; o mesmo, quando ele manda entregar determinado imóvel, quando as partes litigavam sobre outro perfeitamente identificado; ou ainda quando troca o nome das pessoas, condena o autor a pagar em vez de condenar o réu, inclui o nome de litisconsorte ativo que desistira da ação etc.” (ob. cit. p. 193).

Por isso, não raro, se verifica que o erro material é associado ao erro de fato, seja por doutrina,¹⁰ seja por jurisprudência.¹¹

Sendo esta a situação, todavia, o uso dos embargos de declaração estaria em conformidade com sua atual disciplina legal, pois, apesar do eventual erro de nomenclatura ou mesmo de conceito, no caso, estar-se-ia corrigindo uma inexatidão material ou um erro de cálculo, muito embora possa estar sendo associado a um erro de julgamento ou erro de fato.

A situação inversa, entretanto, de admitir o uso de embargos de declaração para impugnar outros tipos de erros que extrapolam a noção de erro material e envolvem algum juízo de valor sobre questões de fato e/ou de direito (erro de julgamento) é que, como já apontado, constituem o motivo da divergência e de nosso estudo.

10 Eis o que leciona Nelson Nery Jr.: “A utilização dos embargos de declaração para a correção de erro de fato também é possível. Aliás, nem haveria necessidade da interposição dos embargos, pois, como determina o CPC 463 [CPC/2015, art. 494, I], o juiz pode, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, corrigir erros materiais ou erros de cálculo da sentença, sem que isso signifique inovação proibida. Assim, se houver erro de fato, pode ser corrigido *ex officio* ou por meio de embargos de declaração.” (*Teoria geral dos recursos*, 7ª ed., Ed. RT, 2014, p. 417).

11 STJ – 3ª T. – EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 659.484/RS – Rel. Min. Castro Filho – j. em 08/06/2007 – DJe 05/08/2008 e STJ – 5ª T. – EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 256.846/SP – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. em 01/04/2003 – DJ 28/04/2003.

4. Erros de julgamento “embargáveis”

Ao se observar a jurisprudência dos tribunais, mesmo os superiores, ainda que de forma excepcional e, resalte-se, muitas vezes sendo nítida a necessidade legítima de atribuição de efeito modificativo (infringente),¹² têm-se casos em que os embargos de declaração são/foram admitidos fora das hipóteses legais, em erros de julgamentos considerados absurdos ou teratológicos¹³ ou com erro a toda evidência¹⁴ ou com lapso manifesto.¹⁵

Enquanto parcela da doutrina admite o uso excepcional dos embargos de declaração nessas hipóteses,¹⁶ há,

12 Tem-se efeito modificativo ou infringente quando o julgamento dos embargos de declaração, a pretexto de esclarecer, corrigir ou complementar a decisão embargada, produzir a modificação substancial da mesma, com alteração total ou parcial do julgamento.

13 Essas expressões são de Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil*, Ed. Malheiros, 2003, p. 181 e 183.

14 Essa expressão é de Luis Guilherme Aidar Bondioli, *Embargos de declaração*, Ed. Saraiva, 2007, p. 145. Mencionando erro evidente como hipótese de embargos de declaração: STJ – 2ª T. – EDcl no REsp 1.359.259/SE – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. em 02/05/2013 – DJe 07/05/2013.

15 Essa expressão é de Rodrigo Mazzei, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., coord. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Ed. RT, 2016, p. 2530.

16 Neste sentido: Humberto Theodoro Jr., *Recursos – direito processual ao vivo*, Ed. Aide, 1996, p. 85; Antonio Janyr Dall'agnol Junior, *Embargos de declaração*, *RePro 102*, Ed. RT, abr./jun. 2001, p. 103-104; Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, *Embargos de declaração com efeitos infringentes em ação rescisória*, *RePro 121*, Ed. RT, março de 2005, p. 206-207; Wendel de Brito Lemos Teixeira, *Aspectos polêmicos dos embargos de declaração com enfoque na sua utilização em caso de erro de fato*, *RePro 135*, Ed. RT, maio de 2006, p. 25-28; Araken

também, aqueles que defendem sua aplicação rígida às hipóteses legais.¹⁷

Analisando a jurisprudência, percebe-se que se tem admitido o uso dos embargos de declaração para correção de qualquer equívoco relevante identificado na decisão embargada, especialmente quando esse equívoco serviu de fundamento ou de premissa para a conclusão alcançada na decisão embargada.

Assim, por exemplo,¹⁸ tem-se admitido embargos de declaração para corrigir: a) erro na contagem de algum

de Assis, *Manual dos recursos*, 3ª ed., Ed. RT, 2011, p. 628; Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil*, Ed. Malheiros, 2003, p. 181 e 183; Luis Guilherme Aidar Bondioli, *Embargos de declaração*, Ed. Saraiva, 2007, p. 145-153; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. RT, 2015, p. 2126; Rodrigo Mazzei, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., coord. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Ed. RT, 2016, p. 2530-2531.

17 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, 3ª ed., Ed. Forense, 1999, p. 319; João Batista Lopes, Alteração do julgado em embargos de declaração, *RT* 643, Ed. RT, maio de 1989, p. 226; Luís Eduardo Simardi Fernandes, *Embargos de declaração*, Ed. RT, 2003, p. 91-94.

18 É extensa a lista de exemplos colacionada por Theotônio Negrão e outros, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 47ª ed., Ed. Saraiva, 2016, nota 11 ao art. 1.022, p. 948-950.

prazo;¹⁹ b) erro na avaliação sobre o preparo recursal;²⁰ c) nulidade absoluta havida no curso do processo;²¹ d) julgamento que se fundou em questão diversa da discutida nos autos;²² e) erro de fato ou premissa equivocada;²³ f) erro de

19 STF – 1ª T. – AI 796.359/PA AgR-ED – Rel. Min. Dias Toffoli – j. em 19/06/2012 – DJe-155 DIVULG 07-08-2012 PUBLIC 08-08-2012 e STF – Pleno – STA 446/CE MC-AgR-ED – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 14/09/2011 – DJe-201 DIVULG 18-10-2011 PUBLIC 19-10-2011; STJ – 6ª T. – EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 947.520/SP – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – j. em 06/02/2018 – DJe 15/02/2018; STJ – 2ª T. – EDcl no REsp 1.679.383/SP – Rel. Min. Herman Benjamin – j. em 05/12/2017 – DJe 19/12/2017; STJ – 2ª Seção – EDcl na AR 4.374/MA – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 08/05/2013 – DJe 01/08/2013; STJ – 4ª T. – REsp 13.100/GO – Rel. Min. Athos Carneiro – j. em 29/06/1992 – DJ 03/08/1992 e STJ – 4ª T. – REsp 6.739/BA – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. em 13/08/1991 – DJ 09/09/1991.

20 STJ – 4ª T. – EDcl no AgRg no AREsp 550.619/AL – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 02/02/2017 – DJe 10/02/2017; STJ – 3ª T. – EDcl no AgRg no AREsp 668.918/RJ – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. em 08/03/2016 – DJe 14/03/2016 e STJ – 3ª T. – EDcl no Ag 386.876/BA – Rel. Min. Castro Filho – j. em 15/10/2002 – DJ 16/12/2002.

21 STJ – 1ª T. – EDcl no REsp 1.644.846/RS – Rel. Min. Gurgel de Faria – j. em 28/11/2017 – DJe 16/02/2018; STJ – 2ª T. – EDcl no REsp 1.649.658/MT – Rel. Min. Herman Benjamin – j. em 22/08/2017 – DJe 13/09/2017 e STJ – 4ª T. – REsp 19.564/SP – Rel. Min. Barros Monteiro – j. em 18/05/1992 – DJ 22/06/1992. Sobre o tema, v. Helena de Toledo Gonçalves Coelho, *Embargos de declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 10, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim, Ed. RT, 2006, p. 164-167.

22 STJ – 2ª T. – EDcl no AgInt no AREsp 935.132/BA – Rel. Min. Og Fernandes – j. em 16/03/2017 – DJe 22/03/2017 e STJ – 1ª T. – EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.096.314/SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. em 24/03/2015 – DJe 17/04/2015.

23 STF – monocrática – ACO 1610/PB ED – Rel. Min. Teori Zavascki – j. em 05/11/2015 – DJe-229 DIVULG 13/11/2015 PUBLIC 16/11/2015; STF – 2ª T. – RE 550.218/SP ED – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 19/08/2014 – DJe-166 DIVULG 27-08-2014 PUBLIC 28-08-2014; STF

direito;²⁴ etc.

Nesses casos, e em tantos outros que a riqueza da experiência forense pode gerar,²⁵ desde que se verifique a existência de erro (de fato ou de direito) considerado *evidente*, os embargos de declaração tem se mostrado um útil mecanismo para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, justa e tempestiva.

– 2ª T. – ARE 641.007/DF AgR-ED – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 27/09/2011 – DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011; STF – Pleno – SS 4119/PI AgR-ED – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 09/12/2010 – DJe-026 DIVULG 08-02-2011 PUBLIC 09-02-2011; STF – Pleno – RE 203.981/PE ED – Rel. Min. Carlos Velloso – j. em 22/11/2001 – DJ 22-03-2002; STF – 1ª T. – RE 174.285/ES ED – Rel. Min. Moreira Alves – j. em 14/12/1999 – DJ 03-03-2000; STJ – 4ª T. – EDcl no AgRg no AREsp 853.791/RJ – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 06/04/2017 – DJe 03/05/2017; STJ – 1ª Seção – EDcl no MS 15.828/DF – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. em 14/12/2016 – DJe 19/12/2016; STJ – 3ª T. – EDcl nos EDcl no REsp 1.550.544/SP – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. em 01/12/2016 – DJe 19/12/2016; STJ – 2ª T. – EDcl no AgRg no REsp 1.407.546/RN – Rel. Min. Og Fernandes – j. em 22/09/2015 – DJe 14/10/2015; STJ – 5ª T. – EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.279.249/PE – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. em 12/08/2014 – DJe 15/08/2014; STJ – 5ª T. – EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.271.015/RS – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. em 07/08/2014 – DJe 14/08/2014; STJ – 5ª T. – EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg no REsp 912.620/SC – Rel. Min. Jorge Mussi – j. em 20/05/2014 – DJe 26/05/2014; STJ – 1ª Seção – EDcl no AgRg nos EREsp 720.186/AL – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. em 10/11/2010 – DJe 19/11/2010 e STJ – 3ª T. – EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 632.184/RJ – Rel. Min.^a Nancy Andrichi – j. em 19/09/2006 – DJ 02/10/2006.

24 STF – 1ª T. – RE 236.273/RJ ED – Rel. Min. Sydney Sanches – j. em 05/11/2002 – DJ 21-02-2003 e STJ – 1ª T. – EDcl no AgRg no Ag 429.890/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. em 25/03/2003 – DJ 14/04/2003.

25 Manoel Caetano Ferreira Filho, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, 1ª ed., Ed. RT, 2001, p. 312.

5. Neoprocessualismo e CPC/2015: novos horizontes de interpretação

Em regra, a doutrina aponta que a evolução histórica da ciência processual é composta por três fases: sincrética, autonomista ou conceitual e teleológica ou instrumentalista.²⁶ Há, todavia, quem já fale numa atual quarta fase: a do *neoprocessualismo*, também chamada de *formalismo-valorativo*.²⁷

Segundo essa corrente de pensamento, o processo deve ser desenvolvido de acordo com os valores constitucionalmente protegidos pelos direitos fundamentais, com especial atenção aos aspectos éticos e morais.

É inegável que essa estreita relação entre constituição e processo serviu de base para a construção da nova codificação processual de 2015 e isso se observa em diversas disposições legais nele contidas. Não por outra razão, por exemplo, o art. 1º do CPC/2015 é claro e didático em enunciar regra óbvia: qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser construída e interpretada de acordo com a Constituição Federal.

À luz desse compromisso com a força normativa da Constituição, é que se deve interpretar as disposições ine-

26 Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, Ed. Malheiros, 2016, p. 17-19.

27 Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, Ed. RT, 2009, p. 115 e ss. e Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 17ª ed., Ed. JusPodivm, 2015, p. 44-46.

rentes aos embargos de declaração, em especial suas hipóteses de cabimento.

Realmente, como já identificou a doutrina,²⁸ estando o ato decisório judicial atrelado a uma série de garantias fundamentais, servem os embargos de declaração para controlar e corrigir a decisão que não atendeu a essas exigências constitucionais, a fim de propiciar uma decisão justa e ética.

Em verdade, ao fundamento de acesso à justiça, do devido processo legal, da economia processual, da instrumentalidade e da efetividade do processo, da razoável duração do processo, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, da boa-fé e do contraditório, além da cooperação (CPC/2015, arts. 4º a 12); buscando extrair do processo o resultado útil compatível com a satisfação do direito material, não descuidando de uma realidade forense que multiplica os casos de jurisdição em massa numa estrutura judicial deficitária, é que, por vezes, conclui-se que o instrumento disponível às partes para que a causa seja julgada com atenção às suas peculiaridades são os embargos de declaração.²⁹

28 Joaquim Felipe Spadoni, A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 8, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim, Ed. RT, 2005, p. 231-241.

29 Roberto Luis Luchi Demo, Embargos de declaração. Aspectos processuais e procedimentais, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 5, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim, Ed. RT, 2002, p. 444.

Por isso mesmo, cumpre ao órgão julgador apreciar os embargos de declaração com espírito aberto, entendendo-os como meio indispensável à segurança nos provimentos judiciais.³⁰ Em outras palavras, não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal.³¹

Com efeito, invocar as garantias constitucionais inerentes à tutela do processo “permite estabelecer uma linha de equilíbrio capaz de abrir caminho a correções indispensáveis, sem transgredir a sistemática da legislação infraconstitucional contida no Código de Processo Civil. Essa linha de equilíbrio consiste na *superlativa excepcionalidade* dos embargos de declaratórios como meio de corrigir certos erros graves de decisão, apensar de não se caracterizarem como meras omissões, obscuridades ou contradições, nem erros puramente materiais.”³²

Não se trata, pois, de estimular o uso indevido do recurso dos embargos de declaração para permitir veicular toda e qualquer irresignação contra o *decisum*, mas de via-

30 Nelson Luiz Pinto, *Manual dos recursos cíveis*, Ed. Malheiros, 1999, p. 155.

31 STF – 2ª T. – AI 163.047/PR AgR-ED – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 18/12/1995 – DJ 08-03-1996.

32 Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil*, Ed. Malheiros, 2003, p. 190.

bilizar que o próprio órgão judicial que proferiu a decisão embargada possa sanear o erro de julgamento e, por conseguinte, prestar um serviço jurisdicional de acordo com os parâmetros do modelo constitucional traçado.³³

Aliás, sendo o uso dos embargos de declaração plenamente admitido para correção de erros de julgamento pelos Tribunais, inclusive Superiores, pode-se dizer se tratar de

33 Ao tema, assinala Luis Guilherme Aidar Bondioli: “Contribuem para o desafogamento dos tribunais, na medida em que se tornam desnecessários outros recursos para a extirpação dos tais erros, e para a tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional, livrando a parte de trilhar os tortuosos caminhos dos recursos especial e extraordinário e até mesmo da ação rescisória” (*Embargos de declaração*, Ed. Saraiva, 2007, p. 152-153). No mesmo sentido (grifo nosso): “**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ERRO DE FATO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA E NÃO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FRAUDE. DOCUMENTOS FURTADOS. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.**

1. No caso dos autos, a Corte local incidiu em verdadeiro erro de fato, pois supôs ser a ora embargante, uma mera papelaria, uma instituição financeira, aplicando ao caso jurisprudência inadequada, além de ignorar os fatos desde sempre alegados e debatidos nos autos.

2. Diante da ocorrência de erro de fato, que ensejaria até mesmo o ajuizamento de ação rescisória, e da alegação de existência de omissão, parece mais consentâneo com os princípios da economia processual e da segurança jurídica a excepcional superação da imperfeição formal do recurso especial, para acolher-se a omissão apontada, anulando-se o v. acórdão local e determinando-se o retorno dos autos à origem para suprimimento dos vícios apontados.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial” (STJ – 4ª T. – EDcl no AgRg no AREsp 419.171/MG – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 16/04/2015 – DJe 16/06/2015).

outra (excepcional!) hipótese de cabimento do recurso, uma vez que o CPC/2015 valoriza os precedentes judiciais e a jurisprudência, que deixaram de exercer mera influência no espírito dos aplicadores da lei e passaram a integrar o conjunto normativo a ser considerado de forma vinculativa nos julgamentos, constituindo verdadeira fonte de direito.³⁴ Vale dizer, o previsto nos art. 489, §1º, VI, art. 926 e art. 927, IV todos do CPC/2015, podem servir de fundamento legal para o cabimento dos embargos de declaração fora das hipóteses descritas no art. 1.022 do mesmo diploma processual.³⁵

6. Conclusão

Apesar de a discussão ser velha acerca da possibilidade do uso de embargos de declaração fora das hipóteses previstas no CPC, o novo diploma processual de 2015, construído sob maior influência e proximidade dos valores constitucionais, sepulta de vez aquele entendimento em sentido negativo, uma vez que a valorização à criação judicial permite admitir o cabimento dos embargos de declaração para além das hipóteses previstas em seu art. 1.022, comportando a possibilidade de ser admitidos em situações outras, como para a correção de erros de julgamento que se mostrem evidentes.

34 Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, Ed. Malheiros, 2016, p. 43.

35 No mesmo sentido, Nelson Monteiro Neto. Embargos de declaração. Problema da fixação dos honorários advocatícios. Existência de erro de fato. Importância da Jurisprudência no Código de Processo Civil de 2015. *RePro* 252, Ed. RT, fevereiro de 2016, p. 270-272.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*, 1ª ed., Ed. RT, 2005.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*, 3ª ed., Ed. RT, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, 7ª ed., Ed. Forense, 1998.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*, Ed. Saraiva, 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, Ed. RT, 2009.

COELHO, Helena de Toledo Gonçalves. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 10, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim, Ed. RT, 2006.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Embargos de declaração, *RePro 102*, Ed. RT, abr./jun. 2001.

DEL PRÁ, Gustavo Rodrigues. Embargos de declaração com efeitos infringentes em ação rescisória, *RePro 121*, Ed. RT, março de 2005.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Embargos de declaração. Aspectos processuais e procedimentais, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 5, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim, Ed. RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 17ª ed., Ed. JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, Ed. Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, 1ª ed., Ed. RT, 2001.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*, Ed. RT, 2003.

LOPES, João Batista. Alteração do julgado em embargos de declaração, *RT 643*, Ed. RT, maio de 1989.

MAZZEI, Rodrigo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., coord. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Ed. RT, 2016.

MONTEIRO NETO, Nelson. Embargos de declaração. Problema da fixação dos honorários advocatícios. Existência de erro de fato. Importância da Jurisprudência no Código de Processo Civil de 2015. *RePro 252*, Ed. RT, fevereiro de 2016.

NEGRÃO, Theotônio. e outros. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 47ª ed., Ed. Saraiva, 2016.

NERY JR., Nelson. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. RT, 2015.

_____. *Teoria geral dos recursos*, 7ª ed., Ed. RT, 2014.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*, Ed. Malheiros, 1999.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, 3ª ed., Ed. Forense, 1999.

SPADONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 8, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim, Ed. RT, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, Ed. RT, 2005.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração com enfoque na sua utilização em caso de erro de fato, *RePro 135*, Ed. RT, maio de 2006.

THEODORO JR., Humberto. *Recursos – direito processual ao vivo*, Ed. Aide, 1996.

VIVEIROS, Estefânia. *Os limites do juiz para correção do erro material*, Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

A RECLAMAÇÃO NOS TRIBUNAIS LOCAIS: PROCEDIMENTO, CONTORNOS E PERSPECTIVAS

Stela Marlene Schwerz

Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professora da UNICURITIBA.

1. Noções gerais

A Reclamação é instituto constitucional, prevista no art. 102, I, *l* e no art. 105, I, *f* da CF, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ, respectivamente). A Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o artigo 103-A, § 3º na CF, tornou indubitável o cabimento da reclamação ao STF contra decisão judicial ou ato administrativo que contrariar a súmula vinculante ou aplicá-la indevidamente. Recentemente, a EC 92/2016 acrescentou o § 3º ao art. 111-A da CF para atribuir competência ao TST para processar e julgar a reclamação com o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade de suas decisões.

Ante à ausência de normas procedimentais no CPC/73 sobre a reclamação, a Lei 8038/90 a regulava, mas revogada esta expressamente pelo art. 1072, IV do CPC e substituída pelas regras dos arts. 988 ao 993 do CPC/2015. Analisaremos as hipóteses de cabimento, sua utilização e a polêmica resolução 3 do STJ de 2016, que alterou a competência para julgamento da reclamação quando a decisão atacada for proveniente de turma recursal estadual.

2. Natureza jurídica da reclamação

É antiga a discussão sobre a natureza jurídica da Reclamação, havendo relativo consenso na doutrina sobre constituir-se “ação”, especialmente com a localização, no atual CPC, de seu regramento no Livro III, Título I, como meio autônomo de impugnação.¹ Trata-se de “pretensão à tutela jurídica do Estado, formando-se relação processual autônoma, e processo objeto litigioso próprio. Essa relação desenvolver-se-á entre partes (reclamante e reclamado) e admite a defesa do ato impugnado por qualquer interessado (art. 990).”² Como adverte Fredie Didier Jr, “contra-

1 “Porém, com a ressalva de entendimentos diversos, antes mesmo do advento do CPC/2015, a reclamação vinha sendo equiparada à condição de ação autônoma. O CPC vigente enquadrou a reclamação no Capítulo IX, do Título I, do Livro III, situando-se como meio impugnativo autônomo das decisões judiciais.” (CAMBI, EDUARDO, ROGÉRIA DOTTI, PAULO EDUARDO d’ARCE PINHEIRO, SANDRO GILBERT MARTINS, e SANDRO MARCELO KOZIKOSKI. *Curso de Processo Civil Completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1660).

2 ASSIS, ARAKEN DE. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 1070.

riamente ao que entende o STF, a reclamação não deve ser enquadrada como manifestação do direito de petição. Na reclamação, há exercício de pretensão à tutela do Estado, que se faz por meio de uma ação ou demanda judicial cujos elementos estão presentes”³. De fato, na ADIn 2212-1/CE o Supremo Tribunal entendeu a reclamação como uma manifestação do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, *a* da CF, adotando as lições de Ada Pellegrini Grinover.

Recentemente, o STF expôs novo posicionamento ao julgar a Rcl 1.728-DF ⁴, em acórdão lavrado pelo Min. Luiz Fux, assentando que a decisão proferida na reclamação transita em julgado, o que revela sua natureza de ação autônoma. E, efetivamente, entender-se a reclamação como ação e não como reflexo do direito constitucional de petição, recurso ou incidente processual tem repercussões importantes para o operador do direito.

3. Procedimento

Tratando-se de ação, a reclamação deverá ser proposta por petição inicial dirigida ao presidente do tribu-

3 JÚNIOR, FREDIE DIDIER, e LEONARDO CARNEIRO CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 614.

4 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: Rcl 532 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1996, DJ 20- 09-1996. (1ª T. do STF, REcl 1.1728-DF, 24.11.2015, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 18.04.2016).

nal, incumbindo seu julgamento ao “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir⁵”. O reclamante deverá observar os requisitos do artigo 319 do CPC, com exceção da indicação da realização de audiência de conciliação e mediação constante do inciso VII,⁶ pois não há previsão do ato para este procedimento, tampouco dilação probatória⁷, admitindo-se a produção de provas apenas documentais a serem juntadas com a petição inicial para demonstrar os fundamentos da reclamação (CPC, art. 988 § 2º).

A peça inicial deverá ser subscrita por advogado e compete ao reclamante a antecipação das custas para a propositura da ação, a serem ressarcidas ao final pelo vencido, incluindo honorários de sucumbência fixado por ocasião do seu julgamento.

Alertam Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha que se entendermos a reclamação, como o fez o

5 Esta é a redação do artigo 988, § 1º do CPC que define a competência para o julgamento da reclamação. Os órgãos fracionários em segundo grau serão responsáveis pela análise das reclamações, para proteção da autoridade das suas decisões anteriormente proferidas ou preservação de competência.

6 Como ensinam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha: “O procedimento da reclamação é especial, afastando-se do procedimento comum previsto no CPC, que está estruturado de modo a ter, em sua fase postulatória, uma audiência de mediação ou de conciliação.” (JÚNIOR, FREDIE DIDIER, e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 614).

7 ASSIS, ARAKEN DE. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 1077.

STF outrora, decorrente do exercício do direito de petição, “não se deve exigir custas para o seu ajuizamento”⁸.

No Tribunal, a reclamação será autuada e sempre que possível distribuída ao relator do processo principal (CPC, art. 988, § 3º). Figurarão como legitimados ativos na reclamação, de acordo com o *caput* do art. 988, a parte interessada, compreendida esta como o “titular da situação substancial que será atingida pelo ato de usurpação da competência do tribunal ou desafiador da autoridade da decisão vinculativa”⁹ ou o Ministério Público.

Será legitimado passivo ou reclamado “a autoridade judiciária a quem for imputada a prática do ato impugnado”¹⁰ e como esclarece Araken de Assis “de hierarquia inferior ao tribunal competente para processar e julgar a reclamação, podendo ser órgão fracionário do tribunal de segundo grau, tratando-se de reclamação perante o STF ou o STJ”¹¹.

Sendo positivo o juízo de admissibilidade da reclamação, “o relator requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado”¹², que deverá prestá-las no prazo de 10 (dez) dias. O beneficiário do

8 JÚNIOR, FREDIE DIDIER, e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 615.

9 ASSIS, ARAKEN DE. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 1075.

10 CPC, art. 989, inciso I.

11 ASSIS, ARAKEN DE. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 1075.

12 Redação do CPC, artigo 989.

ato impugnado será citado para contestar a reclamação no prazo de 15 (quinze) dias, mas qualquer outro interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Por previsão expressa do CPC, artigo 989, II o relator poderá, ao despachar a reclamação, conceder tutela provisória para suspender o ato impugnado, presentes os requisitos da tutela de urgência para evitar dano irreparável.

Após manifestação do Ministério Público que terá vistas pelo prazo de 5 (cinco) dias, se não for o autor da reclamação, e não sendo o caso de apreciação monocrática, competirá o julgamento ao órgão desafiado ou que teve a competência usurpada. O CPC, art. 992, prevê que sendo procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante ou determinará a medida adequada à solução da controvérsia. Entretanto, “embora o verbo cassar seja drástico, o efeito da procedência da reclamação consiste na invalidação do provimento exorbitante, e, não, na respectiva reforma.”¹³ O reconhecimento de que a instância inferior desrespeitou decisão anterior ou invadiu a competência do Tribunal, exige restabelecimento e cumprimento imediato do *decisum*, antes mesmo da lavratura do acórdão.

Da decisão proferida na reclamação caberá o recurso de embargos de declaração e, proferida por Tribunal de segundo grau, recurso especial ou extraordinário, conforme a hipótese. Esta decisão tem aptidão para formação de

13 ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 1079.

coisa julgada evitando reprodução da mesma reclamação e disso decorre a possibilidade de ingresso com ação rescisória para desconstituí-la.

4. Cabimento

As hipóteses de cabimento da reclamação para os Tribunais Superiores estão previstas na Constituição Federal: ao Supremo Tribunal Federal no art. 102, I, *l*, para o Superior Tribunal de Justiça, no art. 105, I, *f* e para o Tribunal Superior do Trabalho no § 3º do art. 111-A. Estes dispositivos preveem a reclamação como instrumento para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos tribunais. A Emenda Constitucional 45/2004, que incluiu o § 3º do art. 103-A da CF, deixou clara a possibilidade de reclamação para o STF contra ato administrativo ou decisão judicial que contraria súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar.

A redação do artigo 988 do CPC,¹⁴ especialmente os incisos I e II, evidencia que a reclamação caberá a qualquer tribunal e não se restringe aos Tribunais Superiores. A discussão doutrinária que se estabeleceu antes da vigência do novo CPC, da reclamação ser possível para os Tribunais locais apenas se houvesse previsão na respectiva Constituição Estadual, está, ao nosso ver, superada. Compartilha-

14 Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

mos do mesmo entendimento do Prof. Nelson Nery Júnior que entende “a competência para legislar sobre processo civil é, primordialmente, do Poder Executivo Federal (CF 22, I), uma vez que existe lei federal prevendo o instituto, não faz sentido que os institutos previstos regimentalmente devam prevalecer sobre a regulamentação do CPC.”¹⁵ Além do mais, “o CPC 988 fala genericamente em “tribunal”, não discriminando um ou outro órgão, mas dando a entender que em todos os tribunais, dentro das condições delineadas por esse artigo, é possível a reclamação”.¹⁶ Freddie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha apontam que o entendimento restritivo do cabimento da reclamação apenas para os Tribunais Superiores “não é o correto, pois limita indevidamente a possibilidade de o legislador criar reclamação, cujo fundamento repousa na teoria dos poderes implícitos”¹⁷, que decorre da Constituição Federal.

Superado o entendimento de que a reclamação apenas poderá ser proposta perante os Tribunais Superiores, analisemos as hipóteses de cabimento, pois trata-se de demanda típica ou de fundamentação vinculada, segundo o CPC, apenas poderá versar, segundo o art. 988 para: i - preservar a competência do tribunal; ii - garantir a autoridade das decisões do tribunal; iii – garantir a obser-

15 JÚNIOR, NELSON NERY, e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 1979.

16 Ibidem, pág. 1979.

17 JÚNIOR, FREDDIE DIDIER, e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 607.

vância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; iv – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. O rol é taxativo e cada uma de suas hipóteses independentes e cada uma delas poderá ser fundamento suficiente para uma reclamação.

É de se observar que a decisão que usurpa a competência ou que atinja a autoridade do Tribunal, objeto de reclamação, não pode ter transitado em julgado, como dispõe o CPC, § 5.º, I, do art. 988 e Súmula 734 do STF, não servindo de medida substitutiva de ação rescisória. Tampouco há necessidade de se interpor recurso desta para a utilização da reclamação, ou mesmo se tendo utilizado da via recursal concomitantemente para impugnar a decisão, seu julgamento ou eventual não conhecimento em nada prejudica a reclamação (art. 988, § 6º).

5. Perspectivas de utilização

A reclamação “passou a desempenhar relevante função no sistema instituído pelo CPC de 2015”¹⁸, diante da lacuna jurídica para corrigir invasões de competência por órgãos de primeiro grau. A ampliação de sua utilização,

18 EDUARDO, José da Fonseca Costa. “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.” Em Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, 2199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

perante os tribunais locais, soluciona o problema da inadmissão de recursos que, interpostos perante o juízo “a quo”, não poderão ter seus requisitos de admissibilidade analisados nesta esfera, apenas pelo Tribunal “a quo”. Podemos apontar algumas hipóteses de utilização decorrentes dessa nova regulação, algumas já bastantes comuns na vigência do CPC revogado, sem pretensão de esgotá-las:

5.1 Inadmissão de recursos

O CPC atual deslocou a apreciação do juízo de admissibilidade do recurso de apelação, anteriormente efetuado provisoriamente pelo juiz de primeiro grau, agora de competência exclusiva do Tribunal, mas, mantendo-se sua interposição perante aquele. Vale dizer, a competência estabelecida pelo CPC, art. 1.010, §3º, para apreciação dos requisitos de admissibilidade da apelação é do Tribunal de Justiça. A equívoca apreciação pelo juiz de primeiro grau, denegando seguimento ao recurso, não poderá ser atacada por meio de agravo de instrumento, diante das hipóteses taxativas de cabimento deste recurso previstas no CPC, art. 1015, restando ao prejudicado a propositura da reclamação com fundamento na invasão de competência do Tribunal pelo juízo de primeiro grau.

Pelo mesmo fundamento, poderão ser atacados os atos de inadmissibilidade do recurso ordinário e do agravo em recurso especial e extraordinário pelos Tribunais de Justiça, visto que a competência para análise da admissibilidade desses recursos é exclusiva dos Tribunais Superiores.

5.2 Desrespeito a súmula vinculante do STF, precedente advindo de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos

O desrespeito à súmula vinculante do STF é hipótese de reclamação prevista no CPC, inciso III do art. 988. A observância e vinculação dos Tribunais, juízes e administração às decisões do Supremo foi inserida pela Emenda Constitucional 45/2004.

Como bem observa Osmar Mendes Paixão Cortes¹⁹ “A experiência brasileira com a vinculação das decisões, historicamente, nunca foi grande. Os países de tradição de *common law* é que sempre prestigiaram mais a vinculação, numa valorização do papel dos magistrados, notadamente de Cortes Superiores”. No nosso país, entretanto, sem a tradição de respeito às decisões dos Tribunais Superiores pelos órgãos inferiores, “preferiu-se criar mecanismos para corrigir erros de julgamento e para uniformizar a interpretação acerca da legislação”.²⁰

A reclamação é o instrumento adequado para garantir a observância das Súmulas do STF, previsto na Constituição Federal, art. 103-A, § 3º, observando-se que deve ser proposta antes do trânsito em julgado.

19 CÔRTEES, OSMAR MENDES PAIXÃO. “A RECLAMAÇÃO PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES NO NOVO CPC, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI 13.256/2016.” *Revista de Processo*, 257/2016: 255-266.

20 Ibidem.

Neste caso, é essencial a demonstração de que o pressuposto fático de incidência da súmula é o mesmo na decisão objeto da ação e na súmula vinculante, ou “se a dúvida recair sobre o pressuposto fático de incidência da súmula - a polêmica gira em torno de ser a hipótese da súmula ou não - as partes dispõem de recurso (e a lei deixa claro isso)”²¹, mas não havendo dúvida sobre o pressuposto de incidência da súmula é cabível a reclamação, pois há ofensa ou desrespeito ao entendimento sumulado.

Na aplicação da técnica de julgamento de casos repetitivos e resolução de demandas repetitivas forma-se o precedente, tornando-se obrigatória sua observância que poderá ser exigida por meio de reclamação, com fundamento no CPC, art. 988, inciso I.

Precedentes são decisões proferidas pelos Tribunais Superiores que, “individualmente, exercem grande influência prospectiva. Tais decisões, que podem ser designadas pelos demais juízes, os quais, inclusive, apontam-na na fundamentação de suas decisões.”²²

5.3 Inobservância de decisão em incidente de assunção de competência

21 Ibidem.

22 CIMARDI, CLÁUDIA APARECIDA. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A assunção de competência é novidade trazida pelo CPC, artigo 947, e ocorrerá por “órgão jurisdicional superior à Câmara ou à Turma (superior ao órgão fracionário, portanto), no julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, que envolva relevante questão de direito, dotada de repercussão social expressiva e que não se repita em múltiplos processos”²³, diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas ou recursos repetitivos, prevenindo ou resolvendo divergência entre os órgãos fracionários do Tribunal.

A decisão do incidente de assunção de competência possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, conforme previsão do CPC, § 3.º, do art. 947 e o inciso IV do artigo 988, e caberá a reclamação para a observância do entendimento firmado.

5.4 Reclamação contra decisões proferidas em Juizados Especiais Cíveis e a polêmica Resolução 3 do STJ de 2016

Ao julgar Recurso Extraordinário²⁴, o STF, em sede de

23 WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, e EDUARDO TALAMINI. *Curso Avançado de Processo Civil - Vol. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 44.

24 Ementa do acórdão da lavra da Min Ellen Gracie: “Embargos de declaração. Recurso extraordinário. Ausência de omissão no acórdão embargado. Jurisprudência do STJ. Aplicação às controvérsias submetidas aos juizados especiais estaduais. Reclamação para o STJ. Cabimento excepcional enquanto não criado, por lei federal, o órgão uniformizador.

embargos de declaração opostos do acórdão que conheceu em parte o recurso extraordinário, assentou a possibilidade de propor-se reclamação constitucional para o STJ contra decisão proferida por juizado especial estadual, para a observância de sua jurisprudência.

O entendimento do STF fundamentou-se em duas premissas “(a) o não cabimento de recurso especial em face

1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do STJ, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional”. (RE 571572 ED/BA – BAHIA EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 26/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.)

das decisões proferidas nos juizados especiais, em razão da disposição do art. 105, III, da CF, bem como da Súmula 203 do STJ, com a consequente impossibilidade do exame das questões infraconstitucionais levadas para apreciação nos juizados especiais em geral; e (b) a inexistência de Turmas de Uniformização, tal como existem no âmbito dos juizados especiais federais (Lei 10.259/2001), o que possibilita a existência de decisões divergentes da jurisprudência no STJ no âmbito dos juizados especiais estaduais.”²⁵

Ao STJ - órgão responsável pela aplicação da legislação federal infraconstitucional – não caberia analisar e uniformizar as decisões proferidas pelos juizados especiais estaduais e permitiria a existência de decisões divergentes sobre um mesmo tema, o que não é saudável e desejável para o sistema, concluindo-se pelo cabimento da reclamação constitucional para afastar esta divergência jurisprudencial.

Nesta senda, o STJ ao julgar a reclamação Rcl 3.752/GO, (em que foi relatora a Min. Nancy Andrighi), considerou cabível a reclamação com a demonstração de divergência entre o acórdão proferido por Turma Recursal de juizado especial estadual e a jurisprudência do STJ, submetendo a questão à Corte Especial, editou a Resolução 12 de dezembro de 2009, admitindo expressamente a reclamação com esse objetivo com a possibilidade de liminar para suspender outros casos similares em trâmite nos Juizados Estaduais.

25 CORTEZ, CLÁUDIA HELENA POGGIO. “O cabimento de reclamação constitucional no âmbito dos juizados especiais estaduais.” *Revista de Processo*, 188/2010: 253-263.

Referida resolução, em seu art. 1º, esclarecia que a reclamação, nesta hipótese, deveria ser proposta no prazo de 15 dias contados da ciência da decisão impugnada.

Mesmo revogada a resolução 12 de 2006 do STJ, admite-se a reclamação do âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, no prazo de 15 dias da intimação da decisão da Turma recursal, para garantir a autoridade de suas decisões se houver desrespeito a enunciado de súmula e, especialmente após previsão do CPC, art. 988, IV para a observância de precedente firmado em assunção de competência e recurso repetitivo, esgotados os recursos nas instâncias ordinárias, conforme CPC, art. 988, § 5º, II.

Em 07 de abril de 2016 o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução 3, para alterar a competência de julgamento das reclamações propostas para dirimir divergências entre acórdãos proferidos pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e a jurisprudência do STJ.²⁶

Por esta resolução caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça o processamento e julgamento de reclamações interpostas das deci-

26 Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

sões das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis e foi claramente criada “no intuito de diminuir o fluxo de reclamações para o STJ, desobstruindo o congestionamento que o grande número delas tem causado na rotina do tribunal. Há, nitidamente, uma delegação de competência para os tribunais de justiça.”²⁷

Inobstante a justificativa, a competência que a Resolução 3 do STJ alterou está estabelecida no artigo 105 da Constituição Federal, sendo flagrante a sua inconstitucionalidade. A delegação de processamento e julgamento tribunais de justiça, não se faz por meio de resolução, tratando-se de competência constitucional absoluta, inderrogável e improrrogável.

Portanto, caberá ao STJ garantir e impor a autoridade de suas decisões, se a decisão das turmas recursais dos juizados especiais cíveis contrariar suas Súmulas ou não observar precedentes, e não aos Tribunais de Justiça dos Estados.

6. Conclusão

A previsão da reclamação em nosso sistema jurídico aponta para a existência de desvios praticados por órgãos do próprio poder judiciário que usurpam a competência de outros hierarquicamente superiores ou que não cumprem a decisão proferida por estes, portanto, não seria desejável sua previsão, muito menos sua utilização.

27 JÚNIOR, FREDIE DIDIER, e LEONARDO CARNEIRO CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 635.

Entretanto, constatada a ocorrência desses males, a reclamação, prevista inicialmente nos regimentos internos, como aponta o Min. Marco Aurélio Mello²⁸, tornou-se relevante e útil instrumento ao operador do direito na medida em que permite “suprir lacuna jurídica ameaçadora”²⁹ no novo sistema processual, pois ao estabelecer força vinculante aos precedentes e à jurisprudência dos tribunais, deverá garantir mecanismo para que as instâncias inferiores a respeitem.

Trata-se da nossa pouca tradição no respeito às decisões dos Tribunais Superiores.

As hipóteses de utilização da reclamação estão restritas às previsões constitucionais e aos tribunais locais conforme o CPC, art. 988 que se reduzem a corrigir invasão de competência por juízes ou Tribunais inferiores ou assegurar o cumprimento das decisões de Tribunais, estendendo-se às súmulas e precedentes. A utilização da reclamação tornou-se bastante comum, visto a impossibilidade de ingressar-se com recurso especial das decisões das turmas recursais dos juizados especiais cíveis quando

28 MELLO, Marco Aurélio. “A reclamação no Código de Processo Civil de 2015 e a jurisprudência do Supremo.” Em *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*, por BRUNO DANTAS, CASSIO SCARPINELLA BUENO, CLAUDIA ELISABETE SCHWERZ CAHALI e RITA DIAS NOLASCO, 411. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

29 EDUARDO, José da Fonseca Costa. “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.” Em *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, 2199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

estas não observavam as súmulas do STJ. A perspectiva é de ampliação de seu manejo.

Diante da avalanche de reclamações, sob o argumento de desrespeito às suas decisões sumuladas e precedentes, o STJ editou a Resolução 3 2016 que inobstante ter o intuito de diminuir o fluxo de reclamações, fere frontalmente a nossa Constituição por quem deveria também guardá-la.

Bibliografia

ASSIS, ARAKEN DE. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMBI, EDUARDO, ROGÉRIA DOTTI, PAULO EDUARDO d'ARCE PINHEIRO, SANDRO GILBERT MARTINS, e SANDRO MARCELO KOZIKOSKI. *Curso de Processo Civil Completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CIMARDI, CLÁUDIA APARECIDA. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. “A Reclamação para os Tribunais Superiores no Novo CPC, com as Alterações da Lei 13.256/2016”. *Revista de Processo*, 257/2016: 255-266.

CORTEZ, CLÁUDIA HELENA POGGIO. “O cabimento de reclamação constitucional no âmbito dos

juizados especiais estaduais.” *Revista de Processo* , 188/2010: 253-263.

EDUARDO, José da Fonseca Costa. “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.” Em *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, 2199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JÚNIOR, FREDIE DIDIER, e LEONARDO CARNEIRO CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil* . Salvador: JusPodivm, 2017.

JÚNIOR, NELSON NERY, e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, MARCO AURÉLIO. “A reclamação no Código de Processo Civil de 2015 e a jurisprudência do Supremo.” Em *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*, por BRUNO DANTAS, CASSIO SCARPINELLA BUENO, CLAUDIA ELISABETE SCHWERZ CAHALI e RITA DIAS NOLASCO, 411. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, e EDUARDO TALAMINI. *Curso Avançado de Processo Civil - Vol. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORMAS FUNDAMENTAIS NO CPC: FERRAMENTAS IMPORTANTES À DISPOSIÇÃO DOS ADVOGADOS

Alexandre Barbosa da Silva

Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense. Professor de direito civil na graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” da UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

1. Considerações iniciais

O CPC de 2015 inovou ao trazer uma parte geral e uma parte especial, tal qual os Códigos Civis de 1916 e de 2002, com a intenção de marcar fortemente a necessidade de parâmetros gerais que norteiem a atuação do ator processual.

Em verdade, as normas descritas como fundamentais no Capítulo I, do Título Único, do Livro I, são verdadeiros comandos de obrigação das partes, do julgador e dos demais participantes, tendentes a promover o que sempre se desejou no processo: agilidade, ética e compromisso.

O presente texto tem por finalidade dimensionar algumas nuances dos princípios e regras que regem a processualística atual, sob um viés de utilidade prática ao dia a dia do advogado.

Sem a pretensão de exaurir as temáticas, tratar-se-á, em termos interpretativos, das disposições constantes dos artigos 1º ao 12 do CPC.

2. Os motivos das normas fundamentais no CPC de 2015

Boa parte do que está agora contido no capítulo das Normas Fundamentais já era de conhecimento de todos e de larga utilização, mas pareceu necessário ao legislador ordenar e concentrar em um lugar específico, de destaque,

que “inaugurasse”¹ um novo modo de ver e conduzir o processo, fulcrado na hermenêutica constitucional.

Trata-se de avançar em relação às clássicas lições de Chiovenda e Carnelutti, ligadas à função da jurisdição de atuar a vontade concreta da lei, e da criação pelo juiz de uma norma individual, com a justa composição da lide.

Os princípios de justiça e dos direitos fundamentais presentes na Carta Maior devem impregnar o processo de tal forma que garanta a todos o acesso a um processo adequado e coerente, no tempo e no espaço.

Isso parece simples e já usual no cotidiano da lida jurídica, até pelo fato de muito se repetir que a Constituição é a lei maior e deve imperar sobre as normas infraconstitucionais, sobre as partes e sobre o juiz, assim como que o processo deve ser rápido e eficiente.

O que se vê na prática, no entanto, é um processo que não respeita a Constituição, uma advocacia enfraquecida e subserviente ao um sistema judicial que nem sempre ga-

1 Usa-se esse termo tendo em vista que a ideia de constitucionalização do processo civil não é nova. Vide, a propósito, a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “O direito processual constitucional, antes considerado na obra de Calamandrei e de Liebman, hoje é de grande moda entre os processualistas italianos, destacando-se Mauro Capelletti, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo Comoglio, Vittorio Denti, Nicoló Trocker, Giuseppe Tarzia, Giovanni Giacobbe. No Brasil, sem contar a antecipação desse pensamento constitucionalista em passagens de João Mendes Jr., ele foi implantado por José Frederico Marques e extraordinariamente desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe.” In: DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 24 nr.

rante o cumprimento dos postulados de agilidade, eticidade e comprometimento.

Parece fazer sentido, então, que exista uma normatividade expressa no CPC a demonstrar a preocupação com todo esse estado de coisas, e positive elementos que se bem aplicados serão fundamentais para o bom andamento dos processos.

Faz-se mister, portanto, que se entenda de uma vez a necessidade de superação do paradigma da modernidade que se regia pelo “império da lei”, do juiz “boca de lei”, e se compreenda o princípio da legalidade a partir da substância do que é razoável a um processo dinâmico e inclusivo. A normatividade aberta, típica dos princípios, é um dos caminhos para a concretização dos ideais da Constituição, quando utilizada a partir de critérios e coerência.

Luigi Ferrajoli deixa claro que o império da lei, sem reflexão e crítica, é responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas dos juízes, promotores, advogados, professores, a qual torna mecânica a aplicação das normas.² E é exatamente essa aplicação mecânica da lei ao fato, sob o fundamento da subsunção, que tem gerado alguns dos grandes problemas de efetivação de direitos na contemporaneidade.

O processo no Estado Democrático de Direito, para além de fundamentos como pós-positivismo, neoconsti-

2 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 15-20.

tucionalismo, dentre outros, deve ter por objetivo a realização dos propósitos de vida das pessoas, da satisfação de suas necessidades de direito material e de suas pretensões lícitas e jurídicas.

O CPC, nesse duto de ideias, deve ser lido à luz da Constituição, de forma a resgatar-se a substância da lei conformando-a com os princípios de justiça e dos direitos fundamentais. A lei, assim, deixa de ser absoluta, geral e abstrata, por meio do sopesar dos princípios e regras constitucionais³.

Por isso que, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni, a jurisdição não é mais voltada à atuação da lei, mas a compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.⁴

Nessa perspectiva, cabe novamente lembrar Luigi Ferrajoli quando menciona que a segunda revolução acontece com a legalidade substancial. A primeira foi a do Esta-

3 No dizer de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. O mesmo vale para o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição.” In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 15.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2015. p. 80.

do Liberal. Agora, Estado Constitucional de Direito.⁵

Ao inserir no CPC de 2015 a referência expressa de que será “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, o legislador faz forte e marca em definitivo a nova ideologia do processo brasileiro como de um processo democrático.

Isso, não obstante, de nada adiantará se for mantida a mesma leitura e a mesma postura dos tempos do CPC de 1973. Mais do que a alteração de uma lei, é preciso modificar o modo de compreendê-la, privilegiando suas intenções e seus objetivos.

Possível afirmar que a nova lei processual deseja ser aplicada conforme o conteúdo das Normas Fundamentais que de maneira muito clara fixou bem no início de seu texto, dos artigos 1º ao 12.

A compreensão de todo o Código deve se dar a partir desses fundamentos, em uma análise sistemática, que conduza os fins do processo civil brasileiro a uma concretude democrática e efetiva.

Poder-se-ia indagar: mas é preciso que o CPC diga que seu texto deve ser lido em sintonia com a Constituição? Isso não é óbvio em um Estado de Direito? A resposta é bem conferida por José Miguel Garcia Medina ao descre-

5 FERRAJOLI, Luigi. Dieci Aporie nell'opera di Hans Kelsen. Roma: Editori Laterza, 2016.

ver o caráter didático e estimulante da norma, ou seja, sua pretensão pedagógica.⁶

Não se olvide que as Normas Fundamentais integram o Código sob a forma de princípios e regras, ambos concebidos a partir da valoração constitucional. Não é demais lembrar que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto que as regras são objetivas e contém determinações jurídicas específicas⁷.

A maioria dos temas fixados como Normas Fundamentais no CPC estão sob o postulado de princípios. A afirmação leva a entender que a compreensão do direito por meio de princípios significa flexibilizar o positivismo exegético do Estado Liberal, com a possibilidade de uma razoável dose de subjetivismo ao juiz, que deixa de ser o “boca de lei”.

Não se entenda “razoável dose de subjetivismo” como discricionariedade do juiz em decidir conforme desejar. Já é corrente no direito brasileiro que o juiz não julga conforme sua consciência⁸, mas conforme o direi-

6 Veja o que diz o autor: “Longe de ser mera redundância, a referência a princípios constitucionais ao longo do texto do Código tem importante papel pedagógico.” In: MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: RT, 2015. p. 80

7 Sobre a temática dos princípios e regras, dentre outros autores muito importantes, leia-se: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

8 Sobre o equívoco da ideia de “decidir conforme sua consciência”, vide: STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?

to. Isso vem muito reforçado no novo CPC, em especial nos arts. 11 e 489, § 1º.

Veja-se, por fim, que o processo civil brasileiro deve ser aplicado sob uma perspectiva de constitucionalização e de efetivação das necessidades da pessoa de carne e osso, da pessoa real, que busca o judiciário porque precisa e tem que ser atendida com presteza e efetividade.

Para que tudo isso se concretize, relevante entender-se cada um dos postulados que se revelam por meio das Normas Fundamentais do CPC, quais sejam: a) Iniciativa e desenvolvimento do processo (art. 2º); b) Acesso à justiça (art. 3º); c) Razoável duração do processo (art. 4º e 12); d) Boa-fé objetiva (art. 5º); e) Dever de Cooperação (art. 6º); f) Paridade de tratamento: Isonomia processual (art. 7º); g) Fins sociais do processo e bem comum (art. 8º); h) Contraditório e não surpresa (art. 9º e 10); i) Dever de fundamentação das decisões (art. 11).

3. As normas fundamentais uma a uma: comandos obrigatórios aos atores do processo

As Normas Fundamentais são comandos que vinculam os atores do processo a uma atuação de índole constitucional, baseada nos direitos fundamentais, no dia a dia de suas atuações na lida jurídica.

Tem por intuito garantir que o processo será palco de

4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ética, agilidade e compromisso. Todos (juízes, partes e demais participantes) tem o dever de agir de forma integrada, colaborativa, com alteridade, respeito e seriedade.

Siga-se, então, a cada um desses fundamentos propiciadores de uma jurisdição mais justa e coerente.

3.1 Iniciativa e Desenvolvimento do Processo

O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Este é o teor do art. 2º do CPC, ou seja, trata-se de quase repetição do art. 262 do CPC anterior, com o adendo das exceções previstas em lei.

A regra geral da iniciativa da parte em instaurar o processo civil garante que ninguém será acionado por mera vontade do Estado-Juiz. Há, portanto, a necessidade de manifestação de uma pretensão não cumprida pelo outro no campo das realidades da vida.

Não se olvide, por certo, que o processo é uma conjunção de iniciativas ao longo do tempo, sob a supervisão e impulso do juiz, que organiza o procedimento e decide como deve ser seu seguimento. O autor começa, mas tanto ele quanto o réu podem alterar o objeto litigioso do processo.

Questão interessante está vinculada à possibilidade de o juiz inserir no polo passivo alguma pessoa “*ex officio*”. Tem-se algumas experiências no âmbito da Justiça Federal em que juízes inserem o Estado do Paraná no polo

passivo de ações que discutem concessão de diplomas em cursos superiores, sob o argumento de que o ente público é sujeito processual.⁹

Entende-se, para fins deste texto, que a delimitação das partes é dever do autor, na medida em que sugere a lide e os envolvidos, não cabendo ao juízo realizar isso de ofício. Afinal, é dever das partes indicar contra quem ajuíza a ação, nos limites da pretensão posta em juízo, sob pena de inépcia da inicial ou sujeição de ver a ilegitimidade da parte ré ou improcedência da ação.

Não cabe ao juiz “corrigir” o polo passivo em uma ação judicial que a parte autora tem a disponibilidade de optar contra quem deseja manejar seus pedidos. Se o autor errar, ainda que em caso de litisconsórcio passivo necessário, verificável a extinção do feito, caso não se atenda aos termos do art. 115, parágrafo único do CPC. É dever do autor, portanto, requerer a citação do pretense réu (leia-se: incluí-lo no polo passivo).

Ademais, o texto legal é claro em estabelecer que a iniciativa foge à parte autora somente em casos excepcionais descritos em lei. Veja alguns deles: arrecadação de bens em herança jacente (art. 738); ausência (art. 744); cumprimento de sentença (art. 536 e 538),

A regra, portanto, é que a parte autora inicie o processo e em seguida o juízo oriente os demais atos até a decisão final.

9 A título de exemplo: RECURSO CÍVEL Nº 5002842-88.2016.4.04.7005/PR.

3.2 Acesso à Justiça

O art. 3º do CPC reitera a intenção do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que todos devem ter amplo acesso à justiça, com inafastabilidade da jurisdição.

Este acesso, no entanto, como se percebe do contexto do artigo, mormente os seus parágrafos, não é somente judicial, mas faz-se relevante incentivar e fomentar a busca por meios extrajudiciais de solução dos conflitos.

A conciliação, a mediação e a arbitragem configuraram-se como mecanismos adequados à fuga do judiciário e que propiciam, no mais das vezes, melhor remédio para curar o mal da litigiosidade. As duas primeiras, inclusive, por vezes acontecem no próprio espaço do judiciário, sendo preferível a manter-se a pendência judicial por longos anos.

Há que se estimular a população a buscar esses caminhos de extrajudicialização para a satisfação de seus interesses. É passada a hora do advogado perceber que a judicialização não é a única forma de percepção de honorários.

O profissional que incentivar seus clientes à conciliação ou às mediações extrajudiciais pode arbitrar seus honorários demonstrando que, inclusive, os custos serão mais reduzidos do que os valores envolvidos em custas e despesas de um processo judicial. Sem falar nos traumas naturais e dos ônus emocionais de anos de envolvimento em juízo.

O acesso à justiça, portanto, não está somente no acesso ao judiciário, mas na possibilidade de buscar em diversos modelos a solução do problema jurídico em debate.

Pode-se falar, então, que se está a pensar em um acesso mais qualitativo do que quantitativo à justiça, ou seja, não se quer tão somente ingressar em juízo, mas, sim, solucionar a pendência.¹⁰

A ideia de acesso à justiça vem em sua origem de uma perspectiva de acesso quantitativo, ou seja, de facultar-se às pessoas buscarem o judiciário de maneira mais fácil, com menor custo e simplificação.

Pode-se remontar ao Projeto Florença, da década de 1970, em que Mauro Capelletti em sintonia com outros estudiosos, principalmente ingleses, apontavam como solução três pilares: a) assistência jurídica integral e gratuita; b) proteção jurisdicional dos interesses difusos e coletivos; simplificação de procedimentos e incentivo de métodos privados de composição (exemplo: mediação).¹¹

No Brasil, os juizados especiais de pequenas causas da década de 1990 são lembrados como embriões da facilitação e informalização processual do acesso à justiça. Hoje, os juizados especiais cíveis e criminais atendem

10 É o acesso à ordem jurídica justa. Vide sobre o tema: MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015. p. 114-115

11 Para essa e outras informações relevantes, leia: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

bem à perspectiva constitucional de democratização da admissão em juízo.¹²

Não obstante, o que parece melhor é a conscientização de que se resolvam as questões bem longe do judiciário. Cabe, também, aos advogados essa formação de pensamento, que pode beneficiar a todos.

Voltando ao acesso à justiça na sua perspectiva judicial, mister que se pense, no pós CPC 2015, em um acesso substancial e qualitativo, ou seja, dotado da garantia de um processo democrático, norteado pelo devido processo legal constitucionalmente assegurado, com previsibilidade, não surpresa, coerência e tempestividade.

3.3 Razoável Duração do Processo

Quem nunca deixou de buscar o judiciário para satisfazer uma pretensão sob o argumento de que o processo demora excessivamente e que compensa mais suportar o prejuízo do que se desgastar com um litígio?

A consideração sobre o tempo razoável de trami-

12 Sobre o tema, a lição de Paulo Roberto Pegoraro Junior: “Por outro lado, a ampliação do acesso à justiça e a própria expansão da litigiosidade, seja em decorrência da simplificação verificada com a adoção dos Juizados Especiais, seja pela tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado ativismo judicial, cuja gênese se encontra no próprio controle incidental (difuso) da constitucionalidade.” In: PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Unidade entre o processo civil e o processo penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 62-63.

tação do processo é um dos temas mais instigantes e interessantes do direito processual em todos os lugares, não somente no Brasil.

Afinal, o que é um tempo razoável não pode ser descrito no relógio, posto que cada caso tem sua peculiaridade. Já se disse que o processo não pode ser rápido demais e nem demorado demais. Ele tem seu tempo de maturação para que a decisão seja jurídica e justa, de acordo com a complexidade dos fatos e as especificidades de cada situação.

Mas isso não significa que cartorários, juízes e advogados possam postergar o término da discussão sobre a lide ao seu talante. Importante atentar que a garantia de um processo tempestivo é constitucional (art. 5º, LXXVIII – Incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Algumas pessoas têm direito a tempo de tramitação preferencial por conta de condições especiais e legalmente tuteladas, como por exemplo idosos, crianças e adolescentes.

Em resposta à pergunta sobre o que é um tempo razoável, utilize-se a pertinente lição de Antonio do Passo Cabral:

“A duração razoável do processo é aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita uma tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado, sem descuidar da qualidade e sem que as formas do processo representem um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a litispendência impõe às partes.”¹³

13 CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a ges-

Essa determinação de que o processo deva tramitar em um tempo razoável não é nova, no entanto. Já estava prevista na Constituição de 1934, no art. 113, nº 35, com o seguinte teor: “A lei assegurará rápido andamento dos processos nas repartições públicas.”¹⁴

Tudo isso, contudo, não nos fornece uma resposta sobre como administrar melhor o tempo do processo. Há interessante estudo disponível, de lavra de Alessandra Mendes Spalding, que indica que com todos os prazos e tempos do processo, seria razoável que durasse no máximo 6 meses.¹⁵

A prática, como de todos perceptível, não é essa na maioria dos casos. Há locais em que os processos tramitam de forma breve, mas outros nem tanto. Alguns fatores podem ser prevenidos para efetivar a garantia de um processo rápido:

1 – Indeferimento pelo Juiz de requerimentos protelatórios.

2 – Não agendamento de audiências de conciliação

tão do tempo no novo código de processo civil. In: Normas Fundamentais. Coord. Didier Junior, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Salvador: Ed. Juspodium, 2016. p. 98.

14 Constatou também da CF de 1846 (art. 141, § 6º). Veja, também, no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7.5 e 8.1) e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º, 1).

15 SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal inserido pela emenda constitucional nº 45/2004. Veja a íntegra em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/631> Acesso em 15/03/2018.

quando as partes não tiverem autorização legal para transigir (Exemplo: ações que envolvem Entes Públicos).

3 – Sanções pessoais às autoridades responsáveis pela demora:

3.1 – CNJ – Juízes e Serviços Extrajudiciais Delgados (Art. 103-B, § 4º, III e § 5º, I, da CF); Art. 143, II e parágrafo único do CPC.

3.2 – CNMP – Ministério Público (Art. 130-A, § 2º, III e § 3º, I, da CF).

4 – Concessões de Tutelas Provisórias: Evidência; Antecipada; Cautelar.

5 – Formalização de Calendário Processual: Art. 191.

6 – Coibir-se o Abuso do Direito de Defesa.¹⁶

Veja-se que outro mecanismo criado pelo CPC para promover a agilidade e fomentar a transparência está no art. 12: “Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.” Esta a redação original do CPC de 2015, mas que teve seu texto alterado e inserido o termo “preferencialmente”, facultando, em verdade, ao juiz desobedecer a ordem cronológica.¹⁷

16 Sobre o tema, vide: MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2007.

17 O texto ficou assim: Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

No parágrafo primeiro do aludido artigo consta que deverá ficar à disposição para consulta pública a lista de processos aptos a julgamento. Trata-se de proposta a conferir transparência na atividade judiciária, para acompanhamento dos interessados.

Para finalizar, recomenda-se a leitura do clássico “Tempo e Processo” de José Rogério Cruz e Tucci, que em determinada altura aponta:

“À luz da atual legislação brasileira não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, consequentemente, o *direito ao processo*. Delinha-se inafastável, também, a absoluta *regularidade deste (direito no processo)*, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça (*due process of law*), *em um breve porazo de tempo*, isto é, dentro de um *tempo justo*, para a consecução do escopo que lhe é reservado;”¹⁸

Essas tessituras todas, com absoluta certeza, somente serão construídas se for efetivo o empenho dos envolvidos em preservar e trabalhar para que a boa-fé prevaleça. É o próximo tema a ser abordado.

3.4 Boa-fé Objetiva Processual

Assunto que tem merecido atenção especial dos juristas desde o advento do Código Civil de 2002 é a boa-fé

18 TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo. São Paulo: RT, 1997. p. 145.

objetiva, que agora vem como comando obrigatório no art. 5º do CPC de 2015.

Veja-se que quando o CPC trata do pedido, igualmente fala da boa-fé objetiva no art. 324, § 2º: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”

A boa-fé está ligada à ética e, no dizer de Miguel Reale, conforma o conceito de eticidade.¹⁹ O ser ético é o que respeita o próximo e age em conformidade com o que a sociedade, e o outro, esperam dele. Não se trata de perfeição, mas do esforço envidado para o cumprimento dos compromissos juridicamente relevantes no convívio social.

É de todos conhecido que a boa-fé se manifesta juridicamente em duas formas: objetiva e subjetiva. Judith Martins-Costa, em suma, explica que a subjetiva denota um “estado de consciência”, que conduz o intérprete a considerar a intenção da pessoa em seus aspectos psicológicos e íntimos. Já a boa-fé objetiva está qualificada como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na valorização dos interesses do outro. Esta, portanto, encontra-se na seara da externalidade e reflete a lealdade na participação das atividades cotidianas.²⁰

19 REALE, Miguel. O projeto do novo código civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8.

20 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 2. tir. São Paulo: RT, 2000. p. 409-413.

A postura ética, de boa-fé, que se espera na condução dos negócios jurídicos também é ansiada para o processo. A retidão de conduta, também configurada na lealdade, que tem seu espaço delineado na solidariedade e na alteridade é o comportamento que se espera das partes envolvidas em um procedimento judicial.²¹

É de se compreender, de tudo isso, que quando se fala em litigância de má-fé, em verdade, quer-se falar em quebra da boa-fé, tendo em vista que a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva, pretendida pelo legislador do CPC/15.

Em termos práticos, quando se falava em má-fé era difícil a prova da atitude pela outra parte, posto que era necessário demonstrar objetivamente um comportamento prejudicial que, em verdade, se situava no íntimo daquele que agia. Era preciso, em verdade, provar a intenção de prejudicar a outra parte no processo. Isso era demasiado difícil, pois a prova da intenção é complexa e subjetiva.

Ao falar-se, agora, em quebra da boa-fé objetiva, a comprovação que se exige é a do comportamento prejudicial que, comparado com as atitudes do “homem médio”, fica demonstrada pela comparação. Em outras palavras, o ato processual praticado em quebra de boa-fé não precisa ter demonstrada a intenção do outro,

21 Sobre a boa-fé objetiva no processo civil, leia: SANTOS, Leide Maria Gonçalves. Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea. Curitiba: Juruá, 2012.

mas sim que em condições normais e semelhantes não se agiria daquela forma.

Toda essa construção não era alcançada no Brasil na década de 1970, motivo pelo qual o CPC anterior nem a cogitava, falando simplesmente em litigar de má-fé.

Confira-se que o art. 489, § 3º, do CPC/15 determina que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Fica claro, assim, que não basta a boa-fé subjetiva (ausência de má-fé) no processo, constituindo como necessária a boa-fé objetiva (comportar-se da maneira que se espera das pessoas).²² Exemplos para aferição da boa-fé objetiva são a vedação ao comportamento contraditório, a segurança de comportamentos duradouros, o agir conforme a confiança depositada, o dever de lealdade, de probidade e de respeito, entre outros a serem configurados no caso concreto.

Flávio Tartuce lembra que a boa-fé objetiva tem três funções que decorrem de sua origem legislativa no Código Civil, a função de interpretação (art. 113 CC), a de controle (art. 187 CC) e a de integração (art. 422 CC).²³ Isso significa que a temática deve ser levada em conta no momento

22 Sobre o tema, leia: CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

23 TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2016. p. 40-44.

de se interpretar um pedido (art. 322 CPC) e para basear a sentença (art. 489 CPC). Cabe, ainda, para controlar abusos no processo, tais como lides temerárias e assédio judicial. Serve, por fim, para integrar uma boa atuação das partes em todo o processo.

A descrição geral dos comportamentos que geram a quebra da boa-fé, ainda que sob a rubrica de litigância de má-fé, estão descritos no art. 80, com a sanção de possível responsabilidade por perdas e danos (art. 79) e outras determinadas pelo art. 81.

Ainda que os artigos mencionados falem da quebra de boa-fé por autor e réu, a interpretação do art. 5º (CPC/15) faz claro que “aquele que de qualquer forma participa do processo” é obrigado a comportar-se conforme a boa-fé. Isso envolve também magistrados, membro do ministério público, cartorários, peritos, entre outros.

O assento constitucional do princípio da boa-fé no processo está na constatação do devido processo legal que ele auxilia a construir.²⁴

O dever de comporta-se conforme os primados da boa-fé objetiva ao longo de todo o processo, liga-se de forma umbilical com o dever de cooperação, novidade legislativa trazida pelo CPC 2015.

24 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea. Curitiba: Juruá, 2012. p. 149-169.

3.5 Dever de Cooperação

A disposição do art. 6º do CPC trata do dever de cooperação, que para alguns alemães é princípio, mormente pela força que se dá naquele país aos comportamentos solidários e à solução compartilhada dos litígios. Anote-se que o estilo cooperativo de condução do processo na Alemanha é discutido desde 1877.²⁵

Não escapou de crítica a inserção desse dever na lei processual, tendo em vista argumentos de que o processo é combate e que ninguém vai auxiliar o outro a vencer a demanda. Nada se espera no sentido de que alguém abra mão de direito seu para ajudar o do outro.

O que se quer é que as partes caminhem em sintonia com o objetivo comum de que o processo seja finalizado em tempo razoável e com a melhor e mais eficaz prestação jurisdicional possível.

Tanto isso é verdade que o CPC português revela a pretensão de que por meio da cooperação os litigantes alcancem brevidade, eficácia e justa composição da lide.

O modelo cooperativo está em sintonia com a proposta democrática da Constituição de 1988 (art.1º, caput) e com o devido processo legal (art. 5º, LV). A cooperação faz nascer deveres de conduta para as par-

25 Sobre isso, e mais, vide: GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: Normas Fundamentais. Coord. Didier Junior, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Salvador: Ed. Juspodium, 2016. p. 311-344.

tes e para o juiz, uma vez que este deve ser paritário na condução do processo, trazendo as partes para o diálogo edificante, cuja participação será fundamental para uma decisão jurídica e justa.

O que se pretende com a cooperação é que as partes e o juiz se unam para propiciar um processo bem conduzido, sem nulidades, com eficiência e com resultado. Não significa abrir mão de direitos em prol do outro, mas de auxiliar que o melhor direito seja predominante.²⁶

Exemplos de cooperação estão na concordância com a prova emprestada que evita a demora na produção probatória desnecessária, no não arrolamento de testemunhas com informações repetidas, na juntada de documentos a disposição e que seriam requisitados via ofício, ou seja, as partes auxiliam o juízo a julgar bem.

As partes esperam de seus advogados o máximo de combatividade e sagacidade na busca pelo seu direito. Isso, nada obstante, pode ser conseguido com urbanidade, pacificidade e alteridade. Advogados não são inimigos, mas profissionais comprometidos com o Direito e com a Justiça.

A cooperação é, por fim, elemento a auxiliar na igualdade de tratamento das partes, pelo juiz.

26 Para José Miguel Garcia Medina: “O dever de cooperação é inter-subjetivo, dizendo respeito a deveres entre as partes, destas para com o órgão jurisdicional, e também do órgão jurisdicional para com as partes.” In: MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: RT, 2015. p. 124.

3.6 Paridade de Tratamento: Isonomia Processual

A igualdade de tratamento das partes no processo é tema reservado ao art. 7º do CPC, no contexto das Normas Fundamentais. Significa o prestígio ao exercício dos direitos e faculdades processuais propiciado pelo contraditório substancial (e, portanto, efetivo).

Entenda-se aqui isonomia como paridade, para além da necessidade de se distinguir igualdade de isonomia. O que se quer neste texto um tanto prático é que fique frisado o intuito da norma: tratar as partes de forma a conceder os mesmos acessos que o sistema determina, com as mesmas oportunidades (e possibilidades) de participação no processo.

Não que se esteja a falar de tratamento idêntico, posto que algumas pessoas têm prerrogativas legais, como por exemplo os idosos, as crianças, e os adolescentes. Essa distinção é possível a partir de argumentos racionais²⁷, determinados na Constituição quando dá prioridade de tratamento a alguma população específica.²⁸

Nem se duvide que este comando deriva do princípio

27 Orienta Celso Antonio Bandeira de Melo que a isonomia absoluta pode ser desconsiderada quando existirem argumentos racionais que justifiquem diferenciar as situações. In: MELO, Celso Antonio Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 38.

28 Sobre o tema, vide: TONIN, Marta Marília. Crianças, adolescentes, jovens e idosos. In: Direito constitucional brasileiro: Constituições econômica e social. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: RT, 2014. p. 605.

insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição: o princípio da igualdade. O que se pretende, portanto, é que aos envolvidos no processo sejam possibilitadas as mesmas oportunidades, os mesmos ônus e as mesmas sanções.

Busca-se alcançar semelhantes possibilidades de diálogo e de influência na relação processual, com vistas à construção da melhor e mais efetiva decisão judicial.

Quando, por exemplo, o juiz defere a possibilidade de prova a uma parte, deve abrir a mesma possibilidade de demonstração para a outra. Da mesma forma, quando o juiz recebe em seu gabinete uma parte, deve aceitar o agendamento também da outra.

Com esse comportamento, o magistrado terá a possibilidade de aplicar o direito ao caso concreto, tal qual determina o art. 8º do CPC, respeitando a dignidade da pessoa humana e os fins sociais da norma.

3.7 Fins sociais do processo e bem comum

O art. 8º do CPC replica o conteúdo do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução do Código Civil), orientando uma hermenêutica social no exercício do juiz em interpretar, integrar e aplicar o Direito aos casos concretos.

Trata-se de conceber parâmetros principiológicos que orientem o julgador tanto na forma (para presidir o procedimento), quanto na substância (para decidir a lide).

Essa orientação se densifica quando esclarece que ao julgar o caso, atendendo aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum, o juiz deve resguardar e promover a dignidade, através da observação da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Em outras palavras, o art. 8º determina como atender aos fins sociais e ao bem comum, visto que temas abertos que demandam o preenchimento de seus sentidos através da fundamentação completa de cada qual dessas atitudes.

Atender aos fins sociais e ao bem comum decorre do objetivo constitucional do art. 1º, III, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária.

E para conseguir isso, deve-se agir para a conservação da dignidade da pessoa humana, por meio dos demais princípios ali insculpidos, sempre, como adverte Lenio Luiz Streck, atuando com “padrão racional decisório”, pois não é dado ao juiz decidir conforme a sua consciência, a sua escolha.²⁹ Deve ele, repita-se, julgar conforme o Direito. Vejamos cada qual dos princípios que devem nortear este agir.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio universal e que em sua órbita giram todos os demais. É o verdadeiro núcleo dos direitos fundamentais.

29 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 107-108.

Até por isso, é de difícilima conceituação e densificação, tendo servido de base a toda sorte de argumento, no mais das vezes superficiais e generalizantes. Deve-se evitar fundamentar toda e qualquer situação nesse princípio, sob pena de enfraquecer o fundamento se não houver base forte no fato, na demonstração do caso concreto.

Nesse sentido, a lição do jurista português Jorge Miranda, que orienta compreender-se a dignidade como individual e concreta.³⁰ Considerando-se que precisa ser sempre preenchido seu vazio normativo, deve sobre ela incidir a proposta de trabalhar-se um fundamento para o fundamento.

Caso prático de evidente aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é a garantia do direito à saúde. O princípio é utilizado como fundamento para o acesso a determinado medicamento (por exemplo) e vem completado com a necessária garantia do direito à vida do paciente.

Não se fundamenta a dignidade em vão. É preciso ser completo e demonstrar sua realização concreta e indispensável, v.g., à garantia da vida do paciente.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, por relevante, veja-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade

30 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo IV. p. 167.

de, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.”³¹

O art. 8º ora em análise, determina que para resguardar e promover a dignidade deve ser observada a proporcionalidade e a razoabilidade, além da legalidade, da publicidade e da eficiência. Analise-se as duas primeiras.

A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios cujos conceitos são próximos, mas não se confundem. O razoável é o que tem pertinência ao caso concreto a partir de uma visão de lógica estrutural, ou seja, é o que se ajusta à situação de fato, satisfazendo a pretensão do sujeito, nem para mais, nem para menos.³²

Já a proporcionalidade, no dizer de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, em leitura a Robert Alexy, se completa em três subprincípios: adequação, ne-

31 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

32 Para José Miguel Garcia Medina: “Razoabilidade, de sua vez, diz respeito à compatibilidade entre meios e fins de uma medida. Atos imoderados e abusivos, ferem a razoabilidade.” In: MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: RT, 2015. p. 110.

cessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³³ A proporcionalidade lida com direitos fundamentais cotejados, ou seja, em comparação, ao passo que a razoabilidade analisa meios e fins.

Nesse duto de ideias, agir pautando-se pelo princípio da razoabilidade e pelo da proporcionalidade significa, em termos práticos, exercitar o bom senso diante de cada caso concreto, decidindo o rumo a seguir sem exageros, com pertinência lógica, certificando-se de que, diante das escolhas possíveis, o menor prejuízo acontecerá aos envolvidos na atitude eleita.

O art. 8º do CPC ainda determina que a legalidade deva ser objeto de obediência na realização do ordenamento jurídico em face dos fatos. Decorrencia do art. 5º, II, da Constituição de 1988, o princípio está vinculado à previsão normativa expressa de um comportamento ou uma abstenção.

Anote-se, ainda, que o juiz não pode deixar de julgar sob o argumento de falta de lei (art. 140 do CPC/15), devendo buscar no restante do ordenamento a solução mais coerente ao caso posto à sua apreciação.

Pode o julgador, ao contrário, deixar de aplicar a lei em casos específicos e sob forte fundamentação. Ve-

33 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 471.

ja-se, resumindo o pensamento de Lenio Luiz Streck³⁴, algumas hipóteses:

1. Quando a lei for inconstitucional;
2. Quando for necessária a resolução e antinomias (identifica norma valida dentre as possíveis à atividade interpretativa);
3. Quando for necessária a interpretação conforme a CF.
4. Quando houver a necessidade de interpretar pela nulidade parcial sem redução de texto, que exclui a incidência de determinadas hipóteses da aplicação da lei, sem mudar a literalidade.
5. Quando houver inconstitucionalidade com redução de texto, diminuindo-se o sentido da expressão de lei.

Dessa forma, é de se ponderar, nos casos concretos em que se atue, se a aplicação da lei é adequada – sob o ponto de vista da adequação constitucional – à solução da hipótese em discussão, ainda que muitas vezes haja uma aparência de legalidade.³⁵

34 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

35 Sobre o tema, leia a tese de doutoramento deste autor, sobre a possibilidade de alcançar propriedade sem registro. In: Silva, Alexandre Barbosa da. A propriedade sem registro: o contrato e a aquisição da propriedade imóvel na perspectiva civil-constitucional. Orientador: Eroulths Cortiano Junior. – Curitiba, 2014. Acesse em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/36411> Acesso em 20/03/2018.

Sobre o princípio da publicidade, marque-se a vinculação com os art. 5º, LX e 93, IX, da Constituição de 1988, art. 11 e 189 do CPC de 2015, vez que a transparência nos atos do poder público é a regra. Somente é possível restringir a publicidade nos processos em casos pontuais e justificados pela proteção à intimidade, regularidade do processo, devidamente explicitados em lei.

Por fim, o princípio da eficiência, descrito também no art. 37 da Carta Maior, é comando geral para a administração pública e sua intenção no CPC/15 é determinar comportamentos que promovam a agilidade na gestão processual.

A eficiência, portanto, tem ligação com a razoável duração do processo, mas, também, com a administração do judiciário, para que seja menos burocrático, mais econômico e mais acessível.

De tudo o que se pretendeu tratar sobre o 8º do CPC, frise-se, por fim, que o julgador deve ter em mente a necessidade de, ao decidir, privilegiar a concretude do caso, mas sempre atento aos resultados sociais de sua atuação.

3.8 Contraditório e Não surpresa

O princípio do contraditório tem natureza constitucional (art. 5º, LV) e decorre do princípio da isonomia (paridade de “armas”) e deve ser substancial. Em outras palavras, não é mais possível simplesmente entender o princípio como o oportunizar a palavra no processo em resposta a algum argumento (contraditório formal).

O que a lei determina é que a parte realmente influencie na decisão por meio de sua participação ativa no desenvolvimento do processo. Quer-se que as manifestações de autor e réu sejam consideradas pelo juiz e auxiliem na formação do fundamento do julgado (contraditório substancial).

Nesse sentido, analise-se a lição de Rui Portanova:

“Assim, não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isso, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até criar dúvida em seu convencimento.”³⁶

Isso parece óbvio, mas não é o que se percebe na atuação cotidiana no foro. Boa parte dos julgamentos sequer analisam pedidos e provas produzidos nos autos. Todos os argumentos devem influenciar e ter peso na decisão. Devem ser analisados pelo juiz e acatados ou rechaçados.

Um contraditório em que os argumentos das partes são base para a sentença, é meramente formal e, atualmente, deve servir de fundamento recursal para a nulidade do julgado.

Outra nuance a ser considerada, nesse mesmo contexto, é o significativo art. 10 (CPC/15) que esclarece

36 PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161.

a impossibilidade de se decidir contra alguém que não teve oportunidade de manifestação. Havendo negativa de intimação ou falha nos mecanismos de justiça que impeça a parte de participar de cada fase do processo, a formação da decisão está viciada.

Tudo isso demonstra que são vedadas as “decisões surpresa” (de “terza via”, na Itália), em que o juiz inova decisoramente sem a participação dos atores do processo.³⁷

A oportunidade de dialogar e influenciar na decisão existe ainda que a matéria em debate seja unicamente de direito ou daquelas em que o juiz deva sobre ela atuar de ofício.

O contraditório, hoje, é garantia dinâmica e o núcleo do processo, pois se apresenta como corolário do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto de direito à ampla defesa e ao contraditório é natural que se trate dos objetivos dessas manifestações, ou seja, que sejam auxiliares na formação do fundamento das decisões. E sobre a obrigatoriedade de que as decisões sejam fundamentadas, veja-se o próximo tópico.

3.9 Dever de Fundamentação das Decisões

Todos, absolutamente todos, os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentados.

37 Sobre a vedação de decisões surpresa, confira o julgado do STJ no RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.027 – PR.

Não se pode mais falar, como outrora, em decisões simples de mero “indefiro”, “mantenho a decisão por seus próprios fundamentos”, “por economia, adoto como razões de decidir a manifestação do MP” ou, ainda, meras reproduções de letra de lei.

Essa determinação não é nova e não tem berço no CPC de 2015. Em que pese já fosse determinação constitucional (art. 93, IX) e já se existisse o dever de fundamentar no CPC de 1973, na prática era ignorado por alguns juízes.

O Estado Democrático de Direito impõe limites à atuação de seus agentes, que devem agir invariavelmente nos limites da Constituição e das normas jurídicas pautadas por ela, sempre de maneira fundamentada técnica e faticamente.

O dever de fundamentar garante que a decisão não será arbitrária e propicia seu controle por meio de recurso. Além da garantia das partes, deve ser salientada a função política da motivação dos atos judiciais, cujos destinatários são, também, todas as demais pessoas, pois afere-se em concreto a imparcialidade do juiz, a legalidade e a justiça das decisões.³⁸

Luiz Guilherme Marinoni expõe com clareza a importância da fundamentação das decisões:

38 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 69.

“A fundamentação das decisões judiciais é ponto central em que se apoia o processo civil do Estado Constitucional e constitui o parâmetro mais fiel da reta observância do direito ao contraditório como dever ao diálogo no processo. A bem acabada densificação de seus contornos na legislação infraconstitucional é uma das tarefas fundamentais dentro de um processo realmente preocupado com a sua qualificação como justo.”³⁹

A fundamentação das decisões é a resposta ao que as partes afirmaram no contraditório. É o resultado do diálogo e da necessária influência que as partes devem exercer para o julgamento (contraditório substancial), conforme se percebe do art. 489, § 1º, IV do CPC.

Revela-se, também, como demonstração do que se apreendeu das provas colhidas no processo, visto que o juiz deve apreciar a prova e indicar as razões de seu convencimento, em conformidade com os art. 371 e 479 do CPC.

A decisão fundamentada, igualmente, expressa como o julgador interpretou e aplicou a norma ao caso posto à submissão, justificando a eleição do texto normativo a ser usado em subsunção, para conferência da adequação constitucional e legal ao caso.

Exatamente por esse motivo é que o art. 489, § 1º, I, do CPC/15 torna nula a decisão que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem

39 MARINONI, Luiz Guilherme. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 128.

explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Nula também será a decisão que se valer de normas de conteúdo aberto – exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana – sem a adequada densificação, ou seja, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, a teor do inciso II do mesmo artigo.

Não basta também invocar precedente ou enunciado de súmula de tribunal sem identificar os fundamentos determinantes a demonstrar que o caso se ajusta ao que a corte decidiu (art. 489, § 1º, V, do CPC).

A fundamentação correta e que atende à Constituição e ao CPC gera segurança jurídica (substancial), imparcialidade e confiança.

Pode-se resumir como uma adequada fundamentação – uma fundamentação racional – aquela que desenvolve claramente os seguintes elementos: 1) deixa evidente o motivo da escolha do argumento; 2) individualiza a norma aplicada; 3) explica e qualifica as alegações de fato; 4) realiza a ligação causal entre fato e norma; 5) esclarece os motivos da conclusão.

A fundamentação coerente e racional, por fim, é a que a parte do pressuposto constitucional, passa pela análise da norma infraconstitucional, justifica a aderência desse conjunto normativo aos fatos em concreto e desemboca na clara fixação da parte dispositiva da decisão, sem deixar dúvidas.

4. Considerações finais

De tudo o que foi desenvolvido, ainda que sem a pretensão de absoluta cientificidade, mas com o intuito de uma tentativa de auxílio ao dia a dia do advogado, quer-se deixar muito bem frisado que o processo civil brasileiro atual é constitucionalizado, ou seja, deve ser um palco democrático que sirva para a efetivação das necessidades das pessoas que procuram o judiciário visando a solução dos seus conflitos. Sem vaidades, sem proprietários, sem exclusão.

Cabe ao advogado manusear bem o “novo” conjunto normativo processual a disposição, influenciando na qualidade das decisões judiciais e, sobretudo, no seu atributo de entrega do direito prometido ao cliente.

E reitera-se: é indispensável que se busque alternativas ao judiciário, criando-se uma cultura de não judicialização do que for possível, através das técnicas de conciliação, mediação e arbitragem. O judiciário é caro, lento e burocrático, por mais que exista e esteja clara a boa vontade de seus membros em alterar esse estado de coisas.

É passada a hora de parcela da advocacia compreender que os honorários podem (e devem) ser fixados, pela via contratual, para a solução do problema da parte e não para unicamente ingressar em juízo. Ajuizar ações deve ser a “ultima ratio”, quando não se tem mesmo mais possibilidade de solução extrajudicial.

Essas atitudes viabilizam uma melhor prestação da atividade advocatícia, bem como qualidade de vida para as pessoas e seus advogados.

O CPC de 2015, portanto, procura abrir novos caminhos e precisa ser visto com os olhos do novo, sem equiparações desnecessárias com o sistema anterior, sob pena de não evolução de seus postulados. Com a participação de todos é possível que se torne instrumento de eficiência e de coerência na aplicação do Direito.

Referências

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil. In: Normas Fundamentais. Coord. Didier Junior, Freddie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 24 nr.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: Normas Fundamentais. Coord. Didier Junior, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.

_____. Dieci Aporie nell'opera di Hans Kelsen. Roma: Editori Laterza, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.

_____. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2007.

_____; Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 2.a tir. São Paulo: RT, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: RT, 2015.

MELO, Celso Antonio Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo IV. p. 167.

PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Unidade entre o processo civil e o processo penal. Curitiba: Juruá, 2011.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. Ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005.

REALE, Miguel. O projeto do novo código civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Alexandre Barbosa da. A propriedade sem registro: o contrato e a aquisição da propriedade imóvel na perspectiva civil-constitucional. Orientador: Eroulths Cortiano Junior. – Curitiba, 2014. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/36411>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição federal inserido pela

emenda constitucional nº 45/2004. <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/631>

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência. 4. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

TONIN, Marta Marília. Crianças, adolescentes, jovens e idosos. In: Direito constitucional brasileiro: Constituições econômica e social. Coord: CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: RT, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo. São Paulo: RT, 1997.

REFLEXOS DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Maurício de Paula Soares Guimarães

Advogado. Especialista em Direito Empresarial, pela Faculdade de Direito de Curitiba

Rafael Martins Bordinhão

Advogado. Especialista em Direito Empresarial e Civil, pela ABDConst

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar os reflexos do atual Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) na aplicação da lei 11.101/2005, a qual regula a recuperação e falência de empresas. Para tanto, o artigo aborda a contagem de prazos em dias úteis, as hipóteses de cabimento de interposição de Agravo de Instrumento em processos de Recuperação Judicial e de Falência e as hipóteses de cabimento de interposição de Agravo de Instrumento em decisões relativas a Conflitos de Competência.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Lei 13.105/2015; Lei de Recuperação de Empresas. Lei 11.101/2005; Prazos processuais; Prazos materiais; Dias

úteis; Dias corridos; Agravo de Instrumento; Recuperação Judicial; Falência; Competência.

1. Introdução

A entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) trouxe reflexos às mais diversas áreas do direito, na medida em que regula o processo, instrumento de realização do direito material.

O atual Código de Processo Civil previu, em seu art. 1.045, sua entrada em vigor “*após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial*”. A publicação ocorreu no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015, e após divergências doutrinárias surgirem quanto à data de vigência, a Ordem dos Advogados do Brasil consultou o Conselho Nacional de Justiça, tendo este por seu Plenário decidido que passaria a vigorar em 18 de março de 2016¹.

Portanto, no momento em que escrito o presente artigo, o atual Código de Processo Civil está prestes a completar dois anos de vigência. Tal período compreendeu um espectro razoável de tempo para que surgissem controvérsias e debates acerca da aplicabilidade dos mais diversos dispositivos da nova norma, bem como para que alguns temas obtivessem o status de “pacificados” por doutrina e jurisprudência.

1 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81698-cnj-responde-a-oab-e-decide-que-vigencia-do-novo-cpc-comeca-em-18-de-marco>, acesso em 01.02.2018.

Feito este introito, cuida-se, no presente artigo, da análise de algumas implicações da atual legislação processual sobre a lei 11.101/2005, a qual “*Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*”.

A prática forense no campo recuperacional e falencial revelou, ao nosso sentir, três temas que se destacaram, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, quando se fala de aplicação da atual legislação processual às Recuperações Judiciais e Falências, e é deles que se tratará adiante.

O primeiro, e que provavelmente afeta mais áreas do direito, é a contagem dos prazos em dias úteis. O segundo é a questão da aparente irrecorribilidade das decisões interlocutórias em processos de Recuperação Judicial e de Falência. O terceiro, que a princípio não parece ter relação direta com o tema da recuperação judicial mas em verdade tem larga comunicação, é a inexistência de previsão de cabimento de Agravo de Instrumento face à decisões interlocutórias referentes à definição de competência.

2. Contagem dos prazos em dias úteis

A lei 11.101/2005 traz em seu bojo diversos prazos, como por exemplo o prazo de *stay* (suspensão das ações e execuções em face do devedor, na forma do art. 6º), o prazo para apresentação de impugnações e habilitações ao Administrador Judicial (art. 7º. § 1º), o prazo para apre-

sentação de impugnações e habilitações judiciais (art. 8º, *caput*), entre muitos outros.

Todavia, a lei 11.101/2005 nada diz acerca de como se deve dar a contagem dos prazos processuais e, portanto, aplica-se a regra segundo a qual a lei geral (neste caso o atual Código de Processo Civil) é aplicada de forma supletiva e subsidiária.

Pois bem. O atual Código de Processo Civil consigna, em seu art. 219, *caput*, que “*na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis*”.

A partir de tais premissas, a jurisprudência passou a entender pela possibilidade de contagem dos prazos da lei 11.101/2005 em dias úteis, com algumas ponderações.

Visando uma análise das interpretações dadas a este tema, reputamos pertinente buscar inspiração em decisões de primeira instância, em especial aquelas proferidas pelas Varas Especializadas da cidade de São Paulo. Isto porque tratam-se dos magistrados há mais tempo especializados no país, e lá tramitam as Recuperações Judiciais mais complexas e vultosas, em termos de passivo, do Brasil.

Ademais, são os Juízos de primeira instância os primeiros a se depararem e enfrentarem questões novas na área das recuperações judiciais, como a aplicabilidade do atual Código de Processo Civil, o que transforma suas decisões em “obras de referência”.

Assim, sobre o tema, nos parece que deve ser enfrentado através da análise de cada prazo previsto na lei 11.101/2005, tal qual decidido nos autos de recuperação judicial 1080871-98.2017.8.26.0100 (Grupo Heber), da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, onde o magistrado João de Oliveira Rodrigues Filho consignou:

Diz o art. 219, “caput”, do NCPC que “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”.

Nesse sentido, tem-se que todos os prazos processuais previstos na Lei nº 11.101/05, previstos em dias, deverão ser contados em dias úteis.

[...]

Entretanto, deve-se atentar que regra do art. 219 do NCPC aplica-se apenas a prazos processuais e que são contados em dias. Nesse sentido, as situações tratadas abaixo não estão abrangidas pela nova forma de contagem de prazo.

Os prazos estabelecidos na lei ou no plano de recuperação judicial para cumprimento das obrigações e pagamento dos credores não são considerados prazos processuais e, portanto, não são atingidos pela regra do art. 219 do NCPC. Assim, por exemplo, o prazo estabelecido no art. 54, §único, da LRF, para pagamento de créditos trabalhistas deve continuar a ser contado em dias corridos.

Os prazos previstos em horas, meses ou anos também não são atingidos pela regra do art. 219 do NCPC, vez que a nova forma de contagem de prazos se aplica apenas e tão somente aos prazos

contados em dias. Portanto, por exemplo, o prazo de fiscalização do cumprimento do plano de recuperação judicial, previsto no art. 61 da LRF, continua sendo de dois anos, sem qualquer alteração na forma de sua contagem.

Questão interessante surge em relação ao prazo de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a empresa em recuperação judicial (*automatic stay*).

O prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções movidas contra a recuperanda (*automatic stay*), previsto no art. 6º, §4º e no art. 53, III, ambos da LRF, deve ser considerado, tecnicamente, como prazo material. Isso porque, esses dispositivos não determinam tempo para a prática de ato processual. Assim, em tese, tal prazo não seria atingido pela nova regra do art. 219 do NCPC.

Entretanto, deve-se considerar que o prazo de *automatic stay* tem origem na soma dos demais prazos processuais na recuperação judicial. O prazo de 180 dias foi estabelecido pelo legislador, levando em consideração que o plano deve ser entregue em 60 dias, que o edital de aviso deve ser publicado com a antecedência mínima, que os interessados tem o prazo de 30 dias para a apresentação de objeções e que a AGC deve ocorrer no máximo em 150 dias. A lei considerou, ainda, que o prazo para apresentação da relação de credores do administrador judicial seria de 45 dias após o decurso do prazo de 15 dias para a apresentação das habilitações e divergências administrativas. Nesse sentido, a intenção do legislador foi estabelecer um prazo justo e suficiente para que a recuperanda pudesse

submeter o plano de recuperação judicial aos seus credores já classificados de forma relativamente estável, vez que promovida a análise dos créditos pelo administrador judicial e para que o juízo pudesse fazer sua análise de homologação ou rejeição. Vale dizer, foi a soma dos prazos processuais que determinou o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra a empresa devedora.

A teoria da superação do dualismo pendular afirma que a interpretação das regras da recuperação judicial não deve prestigiar os interesses de credores ou devedores, mas a preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável. Nesse sentido, diante das várias possibilidades interpretativas oferecidas pela técnica jurídica, deve-se acolher como a mais correta aquela que prestigiar de forma mais importante a finalidade do instituto da recuperação judicial. No caso, o prazo do automatic stay não se estabelece em função da proteção dos interesses de credores, nem da devedora. A razão de existir da suspensão das ações e execuções contra o devedor é viabilizar que a negociação aconteça de forma equilibrada durante o processo de recuperação judicial, sem a pressão de credores individuais contra os ativos da devedora que devem ser preservados para o oferecimento de plano de recuperação judicial que faça sentido econômico como forma de proteger o resultado final do procedimento, qual seja, a preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da manutenção das atividades da devedora (empregos, recolhimento de tributos, circulação de bens, produtos, serviços e riquezas).

Diante disso, a interpretação de que o prazo de automatic stay deva ser contado em dias corridos, quando os demais prazos processuais na recuperação judicial se contarão em dias úteis, poderá levar à inviabilidade de realização da AGC e da análise do plano pelos credores e pelo juízo dentro dos 180 dias. Em consequência, duas situações igualmente indesejáveis poderão ocorrer: o prazo de 180 dias será prorrogado pelo juízo como regra quando a lei diz que esse prazo é improrrogável e a jurisprudência do STJ diz que a prorrogação é possível, mas deve ser excepcional; ou o juízo autorizará o curso das ações e execuções individuais contra a devedora, em prejuízo dos resultados úteis do processo de recuperação judicial.

Nesse sentido, tendo em vista a teoria da superação do dualismo pendular, a circunstância de que o prazo do automatic stay é composto pela soma de prazos processuais e a necessidade de preservação da unidade lógica da recuperação judicial, conclui-se que também esse prazo de 180 dias deve ser contado em dias úteis.

A interpretação acima transcrita nos parece a mais razoável, criando-se “regra” no sentido de que prazos processuais, desde que contados em dias, devem ser contados em dias úteis, e prazos materiais contados em dias devem ser contados em dias úteis acaso revelem-se ser a soma de outros prazos, estes processuais.

É interessante destacar que parece ser via de regra reconhecido por doutrina e jurisprudência que o prazo do

stay é a soma de outros prazos de natureza processual, na medida em que no período do *stay* o devedor deve praticar diversos atos de natureza processual, sendo que os prazos da lei 11.101/2005 foram pensados com este viés, para que seja possível a superação da crise econômico-financeira do devedor. O professor André Pagani de Souza ainda pontua que²:

Nesse sentido, em artigo publicado no jornal “Valor Econômico” de 31.05.2016 sob o título “A recuperação judicial e o novo CPC”, ensina o mestre Manoel Justino Bezerra Filho que “(...) já o prazo previsto no parágrafo 4º do art. 6º, embora material (ou misto), depende, sem dúvida, da contagem de outros prazos de natureza processual e, por isto, este seria o típico prazo material relativo, pois será completado a partir de uma série de atos processuais, para os quais o prazo será contado em dias úteis”.

Assim, o que se propõe é que o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da LREF seja contado em dias úteis pois tem *natureza mista* e, apesar de impactar no direito material, foi criado pelo legislador para tornar possível a prática de uma série de atos *processuais* dentro dos 180 (cento e oitenta dias).

Todavia, conquanto a jurisprudência tenha estabelecido certo consenso em relação à contagem em dias úteis em referência aos prazos da lei 11.101/2005 que são pro-

2 <http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI259327,11049-Natureza+do+prazo+de+180+dias+de+suspensao+das+acoes+e+execucoes>, acesso em 02.02.2018.

cessuais e são contados em dias, há ainda dissenso acerca do prazo do *stay*, sendo comum encontrarem-se decisões que não autorizam seu computo em dias corridos por se tratar de prazo material, ainda que derivado da soma de prazos processuais³.

3 STAY PERIOD – PRAZO EM DIAS CORRIDOS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DO CURSO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES PELO PRAZO DE 180 DIAS. NATUREZA MATERIAL DO STAY PERIOD. CONTAGEM EM DIAS ININTERRUPTOS.

1. Preambularmente, releva ponderar que o prazo suspensivo previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101/05, possui evidente cunho material, embora a Lei de Recuperação Judicial de Falências tenha disposições de ambas as naturezas, tanto processual como material.

2. Portanto, em razão de o prazo em tela ter natureza material, deve ser contado em dias corridos e não apenas em dias úteis, conforme a metodologia introduzida pelo novel Código de Processo Civil, prevista em seu art. 219. Ademais, a norma processual precitada afasta expressamente a possibilidade de cômputo de prazo material apenas em dias úteis, ao estabelecer em seu § 1º que, o disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

3. Releva ponderar, ainda, que a lei especial precitada tem incidência imediata no caso em análise, aplicando-se o diploma processual geral apenas na lacuna daquela e de forma subsidiária, o que não é o caso dos autos. Dado provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70072927510, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/06/2017).

(TJ-RS - AI: 70072927510 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 28/06/2017, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2017).

--

Recuperação judicial. Contagem do prazo do stay period previsto no art. 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005. Prazo de natureza material. Contagem que deve ocorrer em dias corridos e não em dias úteis. Inaplicabilidade do art. 219 caput do CPC/2015. Precedentes desta C. Câmara. Decisão reformada.

Agravo provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2047108-98.2017.8.26.0000; Relator (a):

Outrossim, válido citar decisão recente, proferida em 09.02.2018 na Recuperação Extrajudicial de TPI - TRIUNFO PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A. e outros (autos 1071904-64.2017.8.26.0100, da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo), onde o magistrado Marcelo Barbosa Sacramone, ao homologar o Plano de Recuperação Extrajudicial, aplicou a contagem de prazos, indistintamente, em dias úteis, asseverando:

Prazo em dias úteis para o procedimento da recuperação extrajudicial.

Fls. 8332: houve a aplicação analógica do prazo de suspensão de recuperação judicial aos credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial. Com o advento do novo CPC, que estabelece a contagem dos prazos em dias úteis (art. 219), e não havendo na LRF uma regra específica sobre contagem de prazos em dias corridos, o novo regime geral é o que deve ser aplicado aos atos do procedimento da recuperação judicial e, por analogia, também ao procedimento de recuperação extrajudicial, por força do art. 189 da LRF.

Consequentemente, o prazo de suspensão das ações e execuções (“stay period”), conforme decidido anteriormente, deverá ser o de 180 dias úteis.

Sem buscar exaurir o tema, elaboramos tabela de prazos, destacando que a tabela traz apenas os prazos mais re-

Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 03/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017)

levantes da lei 11.101/2005 e que a indicação do caráter do prazo – se processual ou material – não consta na legislação e baseia-se nas interpretações comumente encontradas em doutrina e jurisprudência, havendo casos de prazos que são processuais e que não são contados em dias úteis (visto que contados em horas ou anos):

Art. (lei 11.101/2005)	Prazo	Caráter do Prazo	Contagem
Art. 6º, § 4º	180 dias - <i>Stay</i>	Processual	Dias úteis
Art. 7º, §1º	15 dias - prazo para habilitação e/ou divergência administrativa	Processual	Dias úteis
Art. 7º, §2º	45 dias - prazo para o administrador judicial apresentar a relação de credores	Processual	Dias úteis
Art. 8º, <i>caput</i>	10 dias - prazo para apresentação de habilitações e/ou impugnações judiciais	Processual	Dias úteis
Arts. 11 e 12	05 dias - prazos previstos na regulação do procedimento das impugnações de crédito	Processual	Dias úteis
Art. 18, par. único	05 dias - prazo para publicação do quadro geral de credores	Processual	Dias úteis
Art. 36, <i>caput</i>	15 dias - prazo de antecedência mínima de publicação do edital de realização da assembleia geral de credores	Processual	Dias úteis
Art. 36, inciso I	05 dias - prazo de intervalo mínimo entre a primeira e a segunda convocação da assembleia geral de credores	Processual	Dias úteis

Art. 37, § 4º	24 (vinte e quatro) horas - prazo para o credor que deseja ser representado na assembleia geral por mandatário ou representante legal entregar ao Administrador Judicial documento hábil que comprove seus poderes	Material	Horas corridas
Art. 37, § 7º	48 (quarenta e oito) horas - prazo para lavratura e entrega ao juiz do contido em assembleia geral	Processual	Horas corridas
Art. 53, <i>caput</i>	60 dias - prazo para apresentação do Plano de Recuperação Judicial	Processual	Dias úteis
Art. 55, <i>caput</i>	30 dias - prazo para apresentação de objeção ao plano de recuperação judicial	Processual	Dias úteis
Art. 56, § 1º	150 dias – prazo máximo para a realização da assembleia geral de credores	Processual	Dias úteis
Art. 61, <i>caput</i>	02 anos - prazo de fiscalização do cumprimento do plano de recuperação judicial	Material	Dias corridos
Art. 54, <i>caput</i>	01 ano – prazo máximo de pagamento dos credores trabalhistas	Material	Dias corridos

3. A aparente irrecurribilidade das decisões interlocutórias em processos de Recuperação Judicial e de Falência

O art. 1.015 do atual Código de Processo Civil prevê hipóteses taxativas de cabimento de Agravo de Instrumen-

to⁴. Desde a vigência do atual CPC, não houve relevante dissenso quanto à taxatividade do rol, tendo a doutrina convergido para tal interpretação.

Assim, sob o aspecto estritamente legal, a partir da vigência do atual Código de Processo Civil, não é cabível a interposição de Agravo de Instrumento em face de decisões proferidas em processos de Recuperação Judicial e de Falência, salvo as expressas exceções previstas na lei 11.101/2005, na medida em que o inciso XIII do art. 1.015 traz a previsão de cabimento em “*outros casos expressamente referidos em lei*”.

Diante disto, a princípio caberia Agravo de Instrumento apenas nas hipóteses expressamente previstas na

4 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 desconconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou 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.

lei 11.101/2005, a saber: aquelas do art. 17, *caput*⁵, do art. 59, § 2º⁶ e do art. 100⁷.

Antes de se discutir o acerto da opção legislativa, cabe reconhecer que o atual CPC tornou algumas decisões não recorríveis de modo autônomo e imediato, mas não pretendeu torná-las efetivamente irrecorríveis. O renomado processualista Eduardo Talamini ensina que tais decisões não são efetivamente “irrecorríveis”, mas apenas tem sua possibilidade de revisão postergada⁸:

Desse panorama extrai-se que existem inúmeras outras questões resolvidas na fase cognitiva, mediante interlocutória, que não comportam agravo de instrumento, pois não estão elencadas no rol do art. 1.015 nem há qualquer outra previsão legal expressa. Tais situações não são acobertadas pela preclusão, podendo ser suscitadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões (art. 1.009, § 1º).

Há um fundamento lógico para tal opção, consagrada no § 1º do art. 1.009 do CPC/2015 (*“As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são*

5 Art. 17. Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.

6 Art. 59. [...]

§ 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

7 Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.

8 Em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>, publicado em 21.03.2016, acesso em 01.02.2018.

cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”), a saber, a redução da litigiosidade em primeira instância, possibilitando o trâmite mais célere das demandas e sendo assim uma forma de se alcançar a promessa constitucional de duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Assim, como dito, o art. 1.015 do atual CPC não pretendeu tornar algumas decisões interlocutórias irrecorríveis, mas somente passíveis de revisão em sede de apelação cível, prevendo a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Quando determinada demanda não admite a interposição de apelação cível, não admitir a interposição de agravo de instrumento face às decisões interlocutórias proferidas em tal demanda acabaria por torná-las irrecorríveis, contrariando a lógica sistêmica do atual Código de Processo Civil.

Diante deste fato, a prática pós-vigência do atual CPC revelou uma opção equivocada do legislador, visto que, em uma leitura estrita, mesmo sem assim pretender, teria tornado irrecorríveis as decisões proferidas no processo de recuperação judicial e falência. Ora, se de uma sentença caberá apelação e se *“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 ape-*

lação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões” (atual CPC, art. 1.009, § 1º), como seria recorrível uma decisão em um processo onde não haverá nova sentença, como a falência (salvo a sentença de encerramento, proferida depois de finalizada a arrecadação dos ativos e depois de pagos os credores, conforme art. 156 da lei 11.101/2005, quando será inviável rever decisões interlocutórias anteriores).

Assim, a jurisprudência passou a interpretar que o parágrafo único do art. 1.015 do atual CPC, ao prever o cabimento de Agravo de Instrumento contra decisões interlocutórias proferidas no processo de execução, abrange o processo de falência, tido como uma “execução coletiva”⁹.

Portanto, em relação à falência, a jurisprudência que vem se consolidando é no sentido de ser cabível agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida no processo de falência¹⁰.

9 O clássico autor falencista José da Silva Pacheco realça o caráter executório da sentença falimentar ao afirmar que pelo conteúdo e eficácia da sentença pode-se concluir que se tratará de uma sentença executiva (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 305). Diz ainda o renomado escritor, em outra obra de referência, que “Os credores da massa passam a ser credores, após a falência, em virtude dos atos e operações necessárias ou úteis a que se leve a bom termo a execução coletiva [e] A falência, como execução coletiva universal, abrange todos os bens e todos os credores existentes à data da falência. São todos credores pré-existentes, credores da falência (PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata*. v. III. Arts. 124 a 217. 2.ed. p. 862).

10 A princípio, o rol constante do art. 1.015 do CPC/2015 pode levar à conclusão apressada de não cabimento do Agravo de Instrumento contra

Em relação à recuperação judicial, o mesmo problema surgiu após a vigência do CPC atual. Há temas decididos ao longo do processo que devem permitir revisão imediata por instância superior, mas o art. 1.015 do atual CPC afastaria tal possibilidade recursal. O exemplo clássico é a decisão que prorroga o *stay*, decisão bastante comum, a despeito de o § 4º do art. 6º da lei 11.101/2005 estatuir que “*Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação*”.

Além disso, o art. 59, § 2º da lei 11.101/2005 prevê que “*Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público*”. Têm-se aí dois problemas.

Primeiramente mesmo que qualquer credor ou o Ministério Público possam interpor agravo de instrumento, ainda assim estariam obstados de discutir decisões inter-

decisões proferidas em processo de recuperação judicial, exceto aquelas expressamente previstas na lei 11.101/2005. A exemplo dos artigos 17, e 59, §2º, da LRE., por força do inciso XIII do dispositivo em questão;. Entretanto, reputo razoável a construção doutrinária segundo a qual, para efeito de cabimento do Agravo de Instrumento, muitas das decisões proferidas nos processos de recuperação judicial guardam, por analogia, estreita similitude com aquelas proferidas na fase de cumprimento de sentença stricto sensu e, conseqüentemente, atraem a incidência do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015; (TJPE; AI 0013898-76.2016.8.17.0000; Rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes; Julg. 8/3/2017; DJEPE 22/3/2017)

locutórias anteriores, na medida em que tais decisões são passíveis de suscitação em preliminar de apelação e não de agravo de instrumento.

Em segundo lugar, o art. 59, §2º da lei 11.101/2005 não legitima a sociedade empresária em recuperação judicial a interpor agravo de instrumento face à decisão que concede sua recuperação judicial. Não obstante, é comum que a decisão que concede a recuperação judicial homologue o plano de recuperação judicial aprovado em Assembleia de Credores mas declare a nulidade de determinadas cláusulas, mesmo que aprovadas, ao realizar o controle de legalidade. Há, nesta hipótese, claro interesse recursal por parte do devedor, mas em tese este estaria impedido de recorrer via agravo de instrumento.

A jurisprudência pátria tem resolvido o problema simplesmente aceitando a interposição do agravo de instrumento, sem maiores questionamentos¹¹, ou enfrentando o tema e entendendo pelo cabimento amplo

11 Preliminar de não conhecimento do recurso, suscitada pelo ministério público (procuradoria de justiça), firme na ausência de previsão legal. Rejeição. Causa regida pelo novo código de processo civil. Hipóteses previstas no seu art. 1.015, parágrafo único, que não admitem a apelação. Impossibilidade de incidência do art. 1.009, §§ 1º e 2º, do mesmo diploma legal. Dispositivos que devem ser interpretados em conformidade com a lei Federal 11.101/2005. Cabimento do agravo de instrumento, sempre que a decisão agravada puder comprometer o soerguimento da empresa ou trazer prejuízo aos credores. Precedente do e. Tribunal de justiça do estado de São Paulo. (TJRJ; AI 0066126-71.2016.8.19.0000; Rio de Janeiro; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Gilberto Campista Guarino; Julg. 5/7/2017; DORJ 07/07/2017; Pág. 419).

do agravo de instrumento, o fazendo ao conferir interpretação extensiva à enumeração taxativa do art. 1.015 do atual CPC¹², e consignando que entendimento diverso levaria à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que não se admite seja sob o prisma processual, seja sobre o prisma constitucional¹³.

Como argumento secundário a autorizar o cabimento do agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória no processo de falência ou de recuperação judicial, estão os incisos I e II do art. 1.015 do atual CPC (*“Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] tutelas provisórias [e] mérito do processo;”*).

12 Note-se que a interpretação extensiva não viola o caráter taxativo do rol do art. 1.015 do atual CPC, como pontua a professora Teresa Arruda Alvim ao aduzir que “no entanto, apesar de se tratar de enumeração taxativa, nada impede que se dê interpretação extensiva aos incisos do art. 1015. Por isso, é que, muito provavelmente, as exigências do dia a dia farão com que surjam outras hipóteses de cabimento de agravo, que não estão previstas expressamente no art. 1015, mas podem-se considerar abrangidas pela via da interpretação extensiva.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 1614.)

13 AGRAVO INTERNO. Violação ao princípio da dialeticidade. Ausência. Recurso que embora reapresente argumentos já expendidos, se volta contra a decisão agravada. Recuperação judicial. Processo que visa a preservação da empresa, por meio de plano de execução concursal das obrigações do devedor. Cabimento de agravo de instrumento. Interpretação extensiva do parágrafo único, do art. 1.015, do CPC. Possibilidade. Recurso provido. (TJPR; Rec. 1617783-8/02; Arapongas; Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Vitor Roberto Silva; Julg. 7/6/2017; DJPR 26/6/2017; Pág. 508)

A decisão que defere o processamento da recuperação judicial e concede o *stay* (suspensão das ações e execuções em face do devedor, na forma do art. 6º da lei 11.101/2005) é revestida de cautelaridade, na medida em que defere o pedido inicial, o qual por sua vez traz a exposição das causas concretas da situação patrimonial e das razões da crise, pedindo proteção judicial (demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*). A decisão que prorroga o *stay* é uma decisão cautelar relacionada à utilidade (tutela cautelar de urgência). Assim, em relação à essas decisões, cabe agravo de instrumento, além dos demais fundamentos, na medida em que versam sobre “tutelas provisórias”.

As demais decisões interlocutórias proferidas em processos de falência e de recuperação judicial podem ser tidas como decisões de “mérito do processo”, sendo também agraváveis, portanto.

Finalizando, o tema parece ter encontrado consenso em agosto de 2017, quando elaborados os enunciados da I Jornada de Direito Processual Civil (na qual participaram ministros do Superior Tribunal de Justiça e processualistas renomados), e onde se aprovou o Enunciado 69, segundo o qual “*A hipótese do art. 1.015, parágrafo único, do CPC abrange os processos concursais, de falência e recuperação*”.

Não obstante, não é difícil encontrar Tribunais que, ainda nos dias atuais, não admitem o Agravo de Instrumento em processos de falência e recuperação, salvo nas

hipóteses expressamente previstas na lei 11.101/2005¹⁴.

14 Exemplificativamente, tem-se:

TJSC. Decisão que não concede recuperação judicial não pode ser objeto de recurso de agravo de instrumento.

Neste norte, verifica-se que a decisão que não concedeu a recuperação judicial das agravantes não está prevista no rol taxativo do art. 1.015 do CPC. Sabe-se, pois, que o art. 59, § 2º, da Lei n. 11.101/2005 somente ressalta que será cabível o recurso de agravo de instrumento contra decisão que conceder a recuperação judicial.

Agravo n. 4006265-14.2017.8.24.0000/50001, de Palhoça

Data: 05/09/2017

Relatora: Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho

--

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 1.015 DO CPC DE 2015. RELAÇÃO NUMERUS CLAUSUS. DECISÃO NÃO CONTEMPLADA NA LEI 11.101, DE 2005. INCISO XIII, DO ART. 1.015 DO CPC DE 2015. INAPLICABILIDADE. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. É taxativa a relação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento contidas no art. 1.015, de 2015. 2. O inciso XIII, do referido dispositivo legal, dispõe que em outros casos expressamente disciplinados em Lei, o recurso é cabível. 3. A lei 11.101, de 2005 não prevê o cabimento do agravo de instrumento contra o ato judicial que a declaração de não essencialidade de bens em ação de recuperação judicial. 4. Neste caso, portanto, revela-se inaplicável a hipótese aludida no inciso XIII, do art. 1.015, do CPC de 2015, o que panteia a inadmissibilidade do recurso interposto. 5. Agravo de instrumento não conhecido mediante acolhimento de preliminar da agravada. (TJMG; AI 1.0290.15.000902-2/019; Rel. Des. Caetano Levi Lopes; Julg. 4/4/2017; DJEMG 10/04/2017). No mesmo sentido, TJMG; AgInt 1.0042.15.004292-9/002; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 07/03/2017; DJEMG 15/3/2017.

--

À exceção das hipóteses taxativamente previstas no art. 1015 do CPC, as decisões interlocutórias não serão recorríveis de imediato, mas apenas como um capítulo preliminar do recurso de Apelação interposto contra a sentença ou nas contrarrazões recursais. Cuidando-se de decisão referente ao deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial da empresa Agravada, é descabida a interposição de Agravo de Instrumento, haja vista que tal matéria não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no rol taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil. A pre-

O tema, portanto, ainda carece, nesses quase dois anos de vigência do atual CPC, de consolidação de interpretação pelos Tribunais Superiores.

4. Inexistência de previsão de cabimento de Agravo de Instrumento face às decisões interlocutórias referentes à definição de competência

Outra tema problemático trazido pelo atual CPC, e “conexo” à recuperação judicial, é a impossibilidade de oposição de agravo de instrumento contra decisões referentes à competência. Ora, se proposta a recuperação judicial perante juízo potencialmente incompetente, e se o juízo assim não reconhecer em Exceção de Incompetência, não caberia a discussão do tema em instância superior? Além disso, em processos de conhecimento, mesmo que o reconhecimento de eventual incompetência do Juízo possa se dar por ocasião do julgamento de apelação, seria inócuo, na medida em que o processo já teria tramitado perante o Juízo incompetente.

É importante notar que as sociedades empresárias em recuperação judicial, em especial aquelas com maior passi-

visão legal específica de cabimento de agravo de instrumento, quanto à recuperação judicial, contempla apenas a decisão judicial que conceder a recuperação judicial, nos termos do art. 59, § 1º, da lei 11.101/2005. Recurso desprovido. (TJDF; Proc 0707.74.2.732017-8070000; Ac. 104.5097; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Ângelo Passareli; Julg. 8/9/2017; DJDFTE 18/09/2017). No mesmo sentido, TJDF; Proc 0708.03.2.882017-8070000; Ac. 106.0478; Oitava Turma Cível; Relª Desª Nídia Corrêa Lima; Julg. 17/11/2017; DJDFTE 6/12/2017

vo sujeito, via de regra se veem envolvidas em discussões de competência, seja para discutir o foro competente para processamento da recuperação judicial, seja para discutir o foro competente para o processamento de execuções relativas a créditos não sujeitos à recuperação judicial, seja para analisar a possibilidade de constrição de bens vis a vis de sua essencialidade, etc. As hipóteses são muitas.

Sobre a competência, já são encontradas, nos Tribunais brasileiros, decisões que aplicam o inciso III do art. 1.015 do atual CPC (*“Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] rejeição da alegação de convenção de arbitragem”*), como o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento 20796163420168260000, julgado em 14/06/2016, segundo o qual há a *“Possibilidade de interpretação extensiva para enquadrar o caso no inciso III, do art. 1015 do CPC/2015, que dispõe sobre rejeição de convenção de arbitragem, na medida em que tal inciso trata de competência, pois o juiz quando rejeita a arbitragem, na verdade declara a sua competência para julgar o feito”*.

O Superior Tribunal de Justiça seguiu na mesma linha recentemente, concluindo que *“Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que*

ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda”¹⁵.

Tal tema deve encontrar pacificação em breve, na medida em que ao fim de fevereiro de 2018 o Superior Tribunal de Justiça decidiu por afetar o Recurso Especial 1.704.520/MT ao rito dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036 e seguintes). Da ementa de tal decisão consta que a delimitação da controvérsia é *“definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC”*.

O REsp trata justamente da possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento em face de decisões referentes à competência, denotando-se da decisão de afetação que o STJ irá definir se o rol do art. 1.015 do CPC, reconhecidamente taxativo, é também passível de extensão, como já se decidiu no supra citado REsp 1.679.909/RS.

A tendência é pelo reconhecimento da possibilidade de interpretação extensiva do rol constante do art. 1.015 do CPC, sendo este um primeiro passo para que as Cortes Estaduais, em encontrando nos incisos do art. 1.015 do CPC hipóteses análogas, passem a admitir Agravo de Ins-

15 REsp 1679909/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018.

trumento para decisões não expressamente contempladas (como a analogia entre “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”, do inciso III, e a competência, e a analogia entre as “decisões interlocutórias proferidas [...] no processo de execução”, do parágrafo único, e a falência).

Tem-se, portanto, que também em relação às decisões referentes à definição de competência, decisões estas que muitas vezes afetam diretamente processos de recuperação judicial, a jurisprudência, e assim também a doutrina, aparentemente adotarão o caminho da interpretação extensiva, permitindo o cabimento de agravo de instrumento face à tais decisões.

5. Conclusão

Na forma acima exposta, nota-se que passados dois anos de vigência do atual Código de Processo Civil, diversos temas referentes à sua aplicabilidade em face da lei 11.101/2005 ainda suscitam debates doutrinários e jurisprudenciais, sendo certo que em breve tais questões aportarão nas Cortes Superiores, quando então se acredita será definido um norte para sua interpretação.

Ainda, nos dias atuais, passados mais de dez anos da vigência da lei 11.101/2005, muito se fala em reforma de seu texto, reforma esta que seria bastante abrangente, pelo que em sobrevindo a mudança legislativa, quiçá os temas antes tratados poderão então receber tratamento adequado e explícito na norma especial.

DIREITO INTERTEMPORAL E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CPC/15

Clayton Maranhão

Desembargador titular da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Frequentou o Curso de Direito Processual Civil na Universidade de Milão. Professor Adjunto e Coordenador do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da UFPR. Membro da Comissão Permanente de Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

1. Da natureza jurídica dos honorários de sucumbência

No que se refere aos honorários advocatícios de sucumbência, a legislação processual civil traz inovações substanciais, surgindo o problema relativo à definição da regra aplicável ao processo em curso, como também após o trânsito em julgado.

É certo que na nova codificação o legislador andou melhor que outrora em termos de disposições de direito intertemporal, não se limitando à regra geral e, assim, pro-

curando regular com especificidade alguns institutos processuais atingidos pela ultra atividade da lei velha ou pela imediata aplicação da lei nova.

Porém, apesar das densas inovações na matéria de honorários advocatícios de sucumbência, de ampla aplicação no dia a dia forense, nenhuma atenção foi dispensada ao período de transição, relegando-a às regras gerais. Por isso, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15 já se notava séria divergência doutrinária acerca do tema, a qual certamente exigirá da jurisprudência a construção de um entendimento coerente e íntegro, na forma do novo art. 926, sob pena de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Deveras, dada a relevância do tema, seria desejável que o CPC/15 tivesse regulação específica tanto quanto, de modo a obviar questionamentos no que tange à incidência ou não da lei nova aos processos pendentes, inclusive no tocante à majoração dos honorários em sede recursal.

Em vista disso, algumas premissas devem ser aqui estabelecidas. Inicialmente, cumpre definir se os honorários advocatícios de sucumbência decorrem de norma de direito material ou processual.

A respeito, Marcelo Barbi Gonçalves posicionou-se pelo caráter material da norma do art. 85 do CPC/15, argumentando que esta é responsável por atribuir um bem da vida, trazendo “*critério para solução do conflito de interesses representado pela responsabilidade das despesas processuais*”, constituindo os honorários uma “*extensão*

do objeto litigioso para além da vontade da parte”. Deste modo, entende que a lei vigente à época do ajuizamento da ação é que deveria pautar a condenação a título de honorários advocatícios de sucumbência. Interessante notar que, segundo esse ponto de vista, mesmo considerada como norma processual e aplicada a teoria do isolamento dos atos, a verba seria consectário da propositura da ação, já que a ela reportar-se-ia a causalidade, a qual reputa como norteadora da matéria.¹

Em linha semelhante, colhe-se entendimento no sentido de que “*por contemplar características de direito material e processual*” a norma do art. 85 é de direito processual material, em transposição do conceito desenvolvido por Cândido Rangel Dinamarco, de sorte que sua aplicação seguiria o critério de soluções de conflitos intertemporais relativos ao direito material.²

1 “(...) resulta inequívoco que o capítulo que disciplina os honorários advocatícios no NCPC não é de direito processual, pois é responsável por, primariamente, atribuir um bem da vida. Traz, por conseguinte, um critério para a solução do conflito de interesses representado pela responsabilidade pelas despesas processuais. Ressalte-se, ademais, que esse critério não é – como por vezes se supõe, e até mesmo pode decorrer de uma leitura açodada do código – o da sucumbência. O real parâmetro para determinação do dever (não ônus, como também equivocadamente se diz) de custear as despesas processuais em sentido lato advém da causalidade, sendo certo que a sucumbência é apenas um indicio daquela.” Marcelo Barbi Gonçalves, *Honorários advocatícios e Direito Intertemporal*, p. 3.

2 Nesta linha de raciocínio, Lucas Rister de Souza Lima discorre que “quando se estiver diante dos chamados direitos processuais materiais, que se tratam de institutos que contemplam características tanto da lei processual como da lei material, aplicar-se-á – para fins de direito intertemporal – o mesmo efeito imediato previsto para a legislação civil,

Importante destacar que os honorários advocatícios de sucumbência se prestavam, inicialmente, a ressarcir a parte pelo dispêndio com a contratação de advogado para defendê-la em juízo contra a indevida resistência à sua pretensão material. Tratava-se, portanto, de espécie de indenização à parte vencedora, não de remuneração ao advogado. Tinham, assim, certamente natureza de direito material.

Todavia, especialmente a partir do art. 23 da Lei nº 8.906/1994³, os honorários de sucumbência passaram a ser verba devida ao advogado da parte, inclusive com natureza

pois o processo seria considerado como o próprio direito material, dada a proximidade entre este e aquele.” Lucas Rister de Sousa Lima, *Direito Intertemporal e Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Novo CPC*, p. 183. Calha a observação de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes no sentido de que “(...) *Dinamarco* não inclui os honorários advocatícios entre os institutos de natureza processual material e, dos argumentos expostos para traçar esta disciplina diferenciada, conclui-se que ela não deve ser aplicada a esse instituto. A ação, a competência e a prova estão relacionadas ao reconhecimento do direito material, a coisa julgada e à sua estabilidade e a responsabilidade patrimonial à sua satisfação. Ou seja, tais institutos estão voltados à atuação do direito material em juízo. Os honorários advocatícios não interferem no modo como a tutela jurisdicional será prestada no processo. (...) *Trata-se, no entanto, de condenação imposta em face de situação diversa daquela discutida no mérito do processo, que se sujeita a fatos constitutivos distintos e dá azo à formação de outro direito material, pertencente ao advogado e não à parte.*” Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *O direito intertemporal e as novidades do novo Código de Processo Civil em tema de honorários advocatícios*, p. 106.

3 Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

alimentar como expressamente consagrado no art. 85, § 14, do CPC/15. Criou-se, desde então, um ônus à parte, decorrente tão somente do processo, sem relação direta com o direito substancial objeto do litígio e com os honorários contratuais - ainda que excepcionalmente o princípio da causalidade influa na distribuição deste ônus.

Neste prisma, tanto o art. 20 do CPC/73,⁴ como o art. 85 do CPC/15, traduzem a mesma ideia, segundo a qual *“a sentença condenará o vencido a pagar honorários (...)”*, sendo, portanto, os honorários advocatícios uma consequência da sucumbência definida na sentença. Vê-se, pois, que foi mantida a sucumbência como princípio norteador. De forma secundária é que se adota a causalidade, seguindo a linha de entendimento doutrinário⁵ e jurisprudencial

4 Discorrendo acerca da norma disposta no Código de 1973, leciona Humberto Theodoro Junior: *“Adotou o Código, assim, o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo. Assenta-se ele na ideia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte (...). É que o pagamento dessa verba (honorários de advogado) não é o resultado de uma questão submetida ao juiz. Ao contrário, é uma obrigação legal, que decorre automaticamente da sucumbência, de sorte que nem mesmo ao juiz é permitido omitir-se frente à sua incidência.”* Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 205-208.

5 *“Como se pode notar da redação do dispositivo o Novo Código de Processo Civil, a exemplo do que já fazia o CPC/1973, continua a consagrar a sucumbência como critério determinante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Ocorre, entretanto, que nem sempre a su-*

para hipóteses específicas de demandas repetitivas.⁶

Nesta perspectiva, diferentemente de quando se pres-tavam a indenizar a parte vencedora, os honorários não se constituem em um direito material objeto do litígio, mas mera consequência da sucumbência no processo, apenas como regra do processo.

Além disso, ainda que considerada norma de direi-to material, tem-se nesta perspectiva como fato gerador o pronunciamento judicial no qual é fixada a sucumbência e, por consequência, a verba honorária. Não há direito ad-quirido aos honorários com a simples propositura da ação,

cumbência é determinante para a condenação, devendo ser também apli-cado a determinadas situações o princípio de causalidade, de forma que a parte, mesmo vencedora, seja condenada ao pagamento de honorários ao advogado da parte vencida por ter sido o responsável pela existência do processo, como corretamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. ” Cf. Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de Direito Pro-cessual Civil, p. 216.

6 Na vigência do CPC/73, houve ajuizamento repetitivo de demandas veiculando pretensão de exibição do contrato, aforadas sem demonstração de necessidade da tutela jurisdicional; contudo, face à asserção do autor e à conduta do réu em exibir o documento, sem resistir à pretensão, não obstante julgadas procedentes, houve aplicação da teoria da causalidade, condenando-se o autor às verbas de sucumbência. Nesse sentido, profe-rimos inúmeras decisões no exercício da judicatura. Por exemplo, TJPR, 6a. Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.222.668-1, DJe de 28/07/2016, onde constam os seguintes motivos determinantes: “[...] constata-se que no caso em mesa a parte autora, na inicial, não narrou ter havido recusa de crédito em função do sistema de scoring mantido pela ré, razão pela qual se me afigura ausente o interesse de agir, a partir do primeiro dos requisitos defi-nidos no Resp. Repetitivo [n. 1.304.736/RS]. Outrossim, sequer existe nos autos prova de pedido administrativo, motivo pelo qual não houve resistên-cia da ré no âmbito extrajudicial [...]”.

mas mera expectativa de direito, posto exsurgente da decisão judicial proferida no desate da lide.

Linha de raciocínio semelhante apresentou o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki ao relatar o REsp. 727.265/RS, afirmando que *“no que diz respeito à aplicação dessas normas no tempo, independentemente de seu caráter material ou processual, há de se observar o princípio de direito intertemporal de que a lei nova aplica-se aos fatos geradores futuros. Ora, o fato gerador do direito a honorários é a sucumbência, evento processual que ocorre, não com a propositura da demanda, mas com o trânsito em julgado da sentença. Há de se dar guarida, conseqüentemente, à orientação jurisprudencial segundo a qual ‘a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe’”*.⁷

Pode-se afirmar, em reforço, que as normas relativas às verbas de sucumbência constituem regras de julgamento. Definido que os honorários são regidos pela lei vigente ao tempo da decisão que determinou a sucumbência, cumpre observar que a decisão é tornada pública no momento em que acessível em cartório físico ou digital.

7 Cf. STJ, REsp 727.265/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22/08/2005. Na mesma ordem de ideias: *“Sob esse ângulo, é imperioso o entendimento no sentido de que a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe. Isto porque, o tema confina com a questão da eficácia processual da lei no tempo.”* STJ, REsp 542.056/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 22/03/2004. Não se trata, porém, de entendimento pacífico naquela Corte, cf., p. ex., STJ, EREsp. 440.046/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 19/12/2003.

Ou seja, entre o momento da entrega em cartório ou disponibilização no processo judicial eletrônico e o da efetiva veiculação em Diário Oficial (art. 224, §2º, do CPC/15) há, normalmente, um interregno de tempo. Por evidente, nas decisões colegiadas proferidas nos tribunais, essa publicidade se dá por ocasião da proclamação do resultado na sessão de julgamento.

Sobre essa questão já se debruçou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1591, concluindo o Ministro Sepúlveda Pertence pelo nascimento do direito ao recurso na data em que proclamado o julgamento impugnado.⁸

Seguindo esta *ratio*, o ato processual se perfectibilizou no momento em que a decisão tornou-se pública, não comportando mais alteração pelo magistrado ou pela Corte que a proferiu, senão por meio de recurso cabível.

Razoável cogitar, ademais, que decisões proferidas e tornadas públicas pouco antes da vigência do CPC/15

8 “O caso vertente tem a particularidade de o julgamento ser anterior e a publicação do acórdão, posterior ao início da vigência da lei que tornou irrecorrível a decisão definitiva na ação direta (...). Encontrei no douto Galeno Lacerda a distinção que intuía necessária e a solução de cujo acerto me convenci. De seu opúsculo precioso, extrato: ‘.... Proferida a decisão, a partir desse momento nasce o direito subjetivo à impugnação, ou seja, o direito ao recurso autorizado pela lei vigente nesse momento.’ Tendo em conta, por conseguinte, que, ao tempo do julgamento da ADIn, a decisão – considerados os votos vencidos –, era susceptível de embargos infringentes, rejeito a preliminar e deles conheço.” STF, Tribunal Pleno, EI na ADI 1591, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12/09/2003.

tenham aplicado preceitos nele previstos quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, e notadamente os parâmetros objetivos da tabela posta no §3º do art. 85 do CPC/15, nas causas de valor líquido e determinado em que vencida a Fazenda Pública.

Neste sentido, destaca-se a possibilidade de pré-eficácia da norma de modo que a proximidade da nova lei e a expectativa de sua incidência, posto inexistir projeto de lei tendente a modificá-la ou mesmo ação direta de constitucionalidade a respeito⁹, permitiria ao magistrado

9 Acerca do tema, "(...) é possível pensar que a *pré-eficácia interpretativa* possa, de um lado, sinalizar os rumos da evolução do direito, um desenvolvimento que pode apontar inclusive para a iminente modificação do direito positivo; e que tenha como efeito, de outro lado, permitir um interessante diálogo interinstitucional entre Legislativo e Judiciário, ou entre o Judiciário e a sociedade, algo imprescindível nos arranjos político estruturais do Estado contemporâneo. Ao tomar em consideração o projeto de lei ou a lei em período de *vacatio legis*, o aplicador do direito vigente dialoga com a norma projetada ou ineficaz, contribuindo para evidenciar a tendência evolutiva do sistema, ou mesmo para revelar-lhe alguma inconsistência prática, que eventualmente leve até à alteração do projeto ou da lei aprovada no próprio período de *vacatio legis*.(...) 3. O critério adequado para verificar o peso da *pré-eficácia interpretativa* na tarefa de aplicação do direito vigente é a expectativa de incidência da norma projetada ou em período de *vacatio legis*; 4. Para verificar a expectativa de incidência, a novidade da norma não pode ser o único parâmetro. Fatores como o tempo restante para a entrada em vigor, a necessidade de regulamentação complementar posterior, a (in) existência de ação de controle abstrato da constitucionalidade ajuizada no período de *vacatio*, a (in)existência de projetos de lei que possam abrogar ou derrogar a norma, dentre outros, somam-se à inovação no ordenamento para que se possa corretamente formular um prognóstico da maior ou menor probabilidade de sua entrada em vigor, fazendo crescer em importância sua utilização na tarefa de interpretação e

aplicá-la pouco antes de sua entrada em vigor. Para tanto, mister que a aplicação esteja restrita às hipóteses em que a regra em período de *vacatio legis* não contrarie diretamente o CPC/73 ou que imponha ônus até então inexistente a uma das partes.

Dito isso, o valor da causa como critério de fixação dos honorários ou mesmo as limitações previstas para a Fazenda Pública, por exemplo, seriam desde logo aplicáveis, até porque nestes casos, por força do art. 20, §4º, do CPC/73, o arbitramento dar-se-ia por apreciação equitativa do juiz, não estando o magistrado adstrito, na hipótese de fixação da verba contra a Fazenda Pública, aos limites do parágrafo 3º. Por outro lado, a fixação da verba extrapolaria a pré-eficácia da norma para circunstâncias não admitidas na vigência do CPC/73.

Do exposto, conclui-se que as novas normas relativas aos honorários advocatícios de sucumbência possuem caráter processual, incidindo imediatamente aos processos em curso na forma do art. 14, conjugado ao art. 1.046, *caput*, do CPC/15, atentando-se ao sistema do isolamento dos atos.¹⁰ Tal postura, todavia, não implica olvidar as de-

aplicação do direito vigente". Antônio Passos Cabral, *Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis*, p. 335-345.

10 "(...) isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais." Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 105.

mais normas que constituem o novo sistema processual, como o princípio da não surpresa e da segurança jurídica, quando houver conflito na sua adoção.

Registre-se mais um ponto. Ao logo deste estudo, será recorrente a diferenciação entre a *aplicação* do dispositivo normativo e a sua *incidência*.¹¹ No plano da intertemporalidade, importa saber, antes de tudo, a data da publicação da decisão com vistas à de definição de qual o dispositivo-regra *aplicável* (CPC/73 ou CPC/15) e, uma vez resolvida essa questão, simplesmente *incidirá* o dispositivo-regra tido por aplicável, independentemente de requerimento da parte, considerando a natureza jurídica das verbas de sucumbência.

2. Fixação dos honorários de sucumbência e sua recorribilidade

Uma primeira hipótese que se antevê é a da sentença publicada sob a égide do CPC/73 e recorrida na vigência do CPC/15, questionando-se a verba honorária de sucumbência. Neste caso, poderia a parte pretender a alteração do *quantum* antes arbitrado na forma do parágrafo 4º do art. 20 do CPC/73 para percentual do valor da causa conforme previsão do art. 85 do CPC/15?

11 Dados os limites deste trabalho, não será possível adentrar a essa importante questão teórica. Reenvio o cortês leitor ao seguinte texto e bibliografia ali reportada: Adriano Soares da Costa, *Teoria da incidência da norma jurídica: Crítica ao realismo-lingüístico* de Paulo de Barros Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Tornada pública a decisão, tem-se a consumação de um ato processual, o qual só poderá ser alterado para correção de erros materiais, omissão, contradição, obscuridade ou, eventualmente quanto ao mérito, por meio de recurso ao órgão *ad quem*.

Na hipótese aventada, não há como se distanciar da regra geral, devendo ser aplicada o sistema do isolamento dos atos, de sorte que se ao tempo da consumação do ato vigia o CPC/73 e com base nele foram fixados os honorários de sucumbência, resulta inviável acolher-se a pretensão de reforma que vise a aplicação da nova disposição, já que o ato se perfez na vigência da lei anterior e, assim, eventual reanálise da verba de sucumbência em sede de recurso dar-se-ia com base na lei vigente à época, considerando que a parte tem direito adquirido processual e a lei nova não retroage para atingir situações jurídicas consolidadas.

Registre-se que a nova legislação apenas explicitou a possibilidade de decisões parciais de mérito no art. 356, para as quais defende-se que o mesmo entendimento deve ser adotado quanto aos honorários sucumbenciais respectivos, não havendo razão para distinção.

3. Reforma da sentença com redistribuição da sucumbência

Interessante desfecho se dá como corolário da reforma do mérito da sentença, proferida na vigência do CPC/73, com redistribuição dos ônus da sucumbência. Neste caso,

diante do efeito substitutivo do acórdão, cuja proclamação se deu na vigência do CPC/15, com inversão da sucumbência, entende-se como aplicável a lei nova.

4. Honorários advocatícios e a denominada “sucumbência recursal”

Importante novidade reside na possibilidade de imposição dos honorários recursais, havendo divergência doutrinária a respeito do momento de incidência do art. 85, §11, do CPC/15.

Pela primeira corrente, argumenta-se que a incidência da nova regra sobre honorários recursais deve levar em consideração a data de interposição do recurso.¹²

12 Neste sentido: “(...) se não houvesse interposição do recurso poderia haver a condenação em honorários recursais? Parece-nos que não; logo, o efeito condenatório decorre da interposição em si - e não de algum fato jurídico ao longo da tramitação do recurso ou mesmo do acórdão que o julgará. Nessa perspectiva, sendo os honorários recursais um efeito do ato de interposição (e havendo uma nítida relação de causalidade que deflagra a condenação honorária) é de se concluir que nos recursos interpostos na vigência do CPC/73 não poderá haver condenação em honorários recursais previstos no CPC/15, visto que o efeito do ato realizado sob a égide do CPC/73 deve, também, ser regulado por este estatuto. Esse entendimento se mostra como o mais adequado, pois, além de harmonizar-se com a teoria do isolamento dos atos processuais, protege legítimas expectativas e a boa-fé objetiva (art. 5º) do jurisdicionado (de que o ato de interposição, no momento em que foi realizado, não deflagraria a condenação em honorários recursais).” Dierle Nunes, Victor Barbosa Dutra, Délio Mota de Oliveira Jr, *Honorários no recurso de apelação e questões correlatas*, p. 642-643. Adotando mesma linha de raciocínio: “(...) a aplicação da nova regra somente deverá ocorrer para os recursos interpostos na vigência do novo Código. Partindo sempre do critério de que a atividade jurisdicional deve ser previsí-

Para outra linha doutrinária, o marco temporal que define a incidência da nova regra é a data de publicação da sentença ou do acórdão.¹³ Assim como os honorários de sucumbência decorrem diretamente do ato processual rela-

vel e segura, até para que possa nortear o agir dos litigantes (notadamente aqueles habituais), tem que se entender que a fixação dos 'novos' horários (sic) apenas poderá ocorrer no caso dos recursos interpostos na vigência da nova lei, quando a parte recorrente terá tido condição, antes de manejar seu recurso, de avaliar a amplitude, bem como as possíveis implicações e consequências do seu agir.” Lucas Lima, op. cit., p. 192.

13 “(...) enquanto a sentença não for proferida, não haverá uma situação jurídica consolidada quanto ao direito aos honorários ou um direito adquirido do advogado, e os arts. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal e 14 do Novo CPC não protegem situações pendentes e meras expectativas de direito, mas apenas situações consolidadas e direitos adquiridos. Ou seja, a condenação de honorários deve ser proferida à luz da legislação vigente na data da sentença, não havendo qualquer direito adquirido à aplicação da lei da data em que a demanda foi proposta. De solução diversa decorreria o resguardo de uma mera expectativa das partes e dos advogados, o que é inadmissível. Pelas mesmas razões, aplica-se aos honorários recursais a lei vigente na data do julgamento do recurso. Ou seja, se o recurso for julgado na vigência do Novo CPC, deve haver o arbitramento de honorários recursais, pouco importando o fato de o recurso ter sido interposto na vigência do CPC de 1973.” Bruno Lopes. op. cit., p. 108. Ainda, traçando críticas à primeira corrente, Luiz Henrique Volpe Camargo argumenta que “(...) se sob a vigência do CPC/1973, o trabalho adicional em grau recursal não é remunerado, mas, sob a vigência do CPC/2015, o será essa nova opção legislativa deve ser respeitada e aplicada aos recursos ainda não julgados, independentemente da data de sua interposição. O segundo ponto de discordância diz respeito ao argumento da surpresa. Como diz Cesar Cipriano de Fazio “não há direito adquirido a um processo regido imutavelmente pelas mesmas leis, por conseguinte, não há direito adquirido a regime de honorários sucumbenciais. O CPC/2015, fiel à tradição do direito brasileiro de respeito ao princípio do *tempus regit actum*, diz no art. 14 que suas disposições aplicar-se-ão imediatamente aos processos em curso (...)” Luiz Henrique Volpe Camargo, *Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015*, p. 240.

tivo à sentença, a majoração advém apenas da decisão pelo Tribunal, até porque neste ponto o parágrafo 11º do art. 85 é claro ao dispor, também no imperativo, que o “*Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários*”; incumbência que lhe cabe, pois, de ofício.

Esta última corrente, em linha de princípio, melhor se coaduna com o até aqui exposto, especialmente com a teoria do isolamento dos atos, como também pelo fato de a fixação da verba honorária se tratar de regra de julgamento.

Note-se, inclusive, que considerada fosse a interposição como fato gerador dos honorários recursais, haveria de se aceitar a tese segundo a qual os honorários sucumbenciais são efeitos da propositura da ação e pela data desta regidos, como defendido por Marcelo Barbi Gonçalves,¹⁴ entendimento com o qual não se concorda.

Não obstante inicialmente se afigure a data do julgamento pelo Tribunal como o marco temporal adequado, é certo que a aplicação da norma se dá em um contexto jurídico dela indissociável, havendo de se harmonizar a regra do art. 14 com os princípios que lhe são correlatos.

14 Ainda que não se coadune com a proposta do autor, ele destaca a coerência que exigiria a adoção da tese de que os honorários recursais são efeitos da interposição do recurso, afirmando que “*Esse raciocínio – ainda que aborde diretamente a sucumbência recursal prevista no § 11 do art. 85 do NCPC – aplica-se a todo o capítulo que disciplina as despesas processuais lato sensu, pois, analogicamente, o efeito condenatório que gera os honorários decorre da propositura da ação, e, não, da sentença.*” (Marcelo Barbi, op. cit.)

É que a aplicação irrestrita dessa corrente de pensamento importaria em ofensa ao princípio da não surpresa e da segurança jurídica. Isso porque, além de visar a remuneração do advogado pelo trabalho realizado em sede recursal, é certo que a regra de honorários recursais objetiva, também, inibir a interposição de recursos infundados e protelatórios, atribuindo consequência pecuniária a tal conduta, como sanção jurídica repressiva, destinada a dissuadir o abuso do direito de recorrer da parte que não tem razão.

Assim, caso iniciado o prazo recursal e interposto o recurso na vigência da lei anterior, seria inesperada, ou ao menos incerta, a utilização da nova legislação a respeito e a imposição de ônus até então inexistente, mesmo porque, como se disse inicialmente, não há regra de transição específica quanto ao tema. Ressalte-se que não se trata de mera alteração do critério de arbitramento, mas nova previsão de despesa processual.

Por outro prisma, considerar a data da interposição como marco temporal deixaria ao alvedrio da parte recorrente optar pela legislação a ser aplicada, permitindo, inclusive, a manipulação circunstancial da regra legal aplicável no seu exclusivo interesse privado, supondo uma decisão publicada às vésperas da entrada em vigor do novo Código, mas cuja fluência e termo final do prazo recursal se consumasse já na vigência da nova lei processual.

Imagine-se hipótese, que pode ser considerada gravíssima, em que há dois ou mais recursos, cada qual interposto na vigência de um Código: aplicar-se-ia regra distinta a eles? E quanto ao recurso adesivo, qual o diploma legal aplicável?

Diante destas ponderações, vê-se que o meio de garantir a máxima eficácia à norma do art. 14 do CPC/15 sem importar em ofensa à segurança jurídica é considerar a data em que feita pública a sentença, uma vez que assim poderá a parte recorrente se manifestar a respeito dos honorários recursais e, principalmente, ponderar (diante do caráter sancionatório repressivo da sucumbência recursal) acerca conveniência e pertinência do recurso, mesmo porque a natureza ontológica da incidência da norma não tem como não estar fora do alcance da vontade dos seus destinatários.

A reforçar a conclusão ora exposta, o Superior Tribunal de Justiça formulou enunciado administrativo no sentido de que apenas nos recursos interpostos contra decisões publicadas na vigência da nova legislação é que se afigura cabível a majoração dos honorários de sucumbência.¹⁵

Assim, nesta hipótese, compatibilizando-se a aplicação do art. 14 do CPC/15 com a vedação a decisões surpresa e com o princípio da segurança jurídica, en-

15 *Enunciado administrativo 7 (STJ)* - Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

tende-se que a aplicação da norma do art. 85, §11, deve ser, antes de tudo, norteada pela data em que se fizer pública a decisão recorrida. Uma vez que se considere *aplicável*, a regra somente *incide* para sancionar o recorrente que não tem razão. Provido o recurso, ainda que em parte, descabe aplicar a regra.

5. Honorários advocatícios e cumprimento de sentença

Dispõe o parágrafo 1º do art. 85 do CPC/15 que são devidos honorários advocatícios no cumprimento, provisório ou definitivo, de sentença.

Quanto a este aspecto, a legislação destoa do entendimento sufragado pelo STJ no REsp. 1.291.736, no sentido de que *“Não é cabível o arbitramento de honorários advocatícios, em benefício do exequente, na fase de cumprimento provisório de sentença. Isso porque, conforme entendimento do STJ, somente incidem honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença se não houver pagamento voluntário da condenação, e tal pagamento não é exigível na fase de execução provisória, sob pena de estar configurado ato incompatível com o direito de recorrer.”*

A nova regra, portanto, contraria tal tese, restando saber a partir de que momento dar-se-á sua incidência.

Escoado o prazo para o pagamento voluntário, nos termos do art. 523, §1º, do CPC/15 são devidos os honorá-

rios advocatícios relativos ao cumprimento de sentença, o que se mostra compatível com a Súmula 517 do STJ. O que muda, portanto, é a possibilidade de que sejam cobrados já em sede de cumprimento provisório, conforme destacado no art. 520, §2º, quando seguido o procedimento previsto para o cumprimento definitivo¹⁶.

Assim, mesmo que iniciado na vigência do CPC/73, diante do caráter processual da norma, entende-se pela possibilidade de aplicação imediata, pois que sendo provisório o cumprimento não há falar em situação jurídica consolidada. Note-se que não há ofensa à segurança jurídica, porquanto apenas adianta-se o dever de pagamento de honorários advocatícios cuja condenação ao final já era prevista no ordenamento anterior, obrigando-se o credor a reparar os danos eventualmente causados, na forma do art. 520, I, do CPC/15.

6. Remessa necessária e honorários de sucumbência

Relevantes alterações verificam-se no tocante à sucumbência da Fazenda Pública em juízo, havendo disposições específicas nos parágrafos 3º a 5º do art.

16 Destaque-se, acerca do tema, o *Enunciado 528* do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) sobre o CPC/15, assim redigido: “*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. 520, §2º, 523, §1º e 525, caput.*”

85, destacando-se o tabelamento dos honorários e a necessidade de aferição do valor em sede de liquidação quando ilíquida a condenação.

Para a hipótese de a Fazenda Pública restar vencida, o CPC/15 manteve a prerrogativa de reapreciação da sentença pelo Tribunal como condição de eficácia desta através da remessa necessária, nos termos do art. 496, com efeito devolutivo amplo conforme consagrado pela Súmula 325 do STJ¹⁷.

Nada obstante, não se vislumbra que tal prerrogativa possa influir no direito intertemporal relativo aos honorários de advogado. Tornada pública a sentença sob o manto do diploma de 1973, ainda que a remessa se dê na vigência do CPC/15, eventual incorreção ou excesso no pronunciamento de primeiro grau devem ser vistos à luz da lei então aplicada.

7. Honorários advocatícios em ação monitória

Nos moldes do parágrafo 1º do art. 1.102-C do CPC/73¹⁸, o devedor ficaria isento do pagamento de honorários caso pagasse voluntariamente o débito, enquanto que a teor do art. 701 do CPC/15 haverá de arcar com

17 Súmula 325: A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.

18 Art. 1.102-C. (...) § 1º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

honorários advocatícios de 5% sobre o valor corrigido da condenação, o que embora corresponda à metade do mínimo previsto no art. 85, §2º, impõe um ônus inexistente na legislação anterior.

Neste caso, vê-se que a decisão proferida na vigência do CPC/15 que determinar a expedição do mandado de pagamento deverá fazer constar, além da obrigação de adimplemento do principal, os honorários advocatícios, dispositivo normativo que *incide*, sendo irrelevante haver ou não requerimento da parte, assim como a data da propositura da demanda, para fins de direito transitório.

Com efeito, a nova regra passa a ser aplicável apenas nos casos em que for proferida a decisão deferindo a expedição do mandado de pagamento na vigência do CPC/15, ou seja, quando perfectibilizado o ato processual previsto no art. 701 de referido diploma processual. Nota-se, aqui, uma vez mais, a diferenciação entre a aplicação do dispositivo normativo e a sua incidência. No plano da intertemporalidade, importa saber a data da publicação da decisão que expede o mandado de pagamento para fins de definição de qual o dispositivo-regra *aplicável* e, uma vez proferida na vigência do CPC/15, *incide* o dispositivo-regra que impõe arbitramento de honorários de advogado, independentemente de requerimento da parte.

8. Juros de mora incidentes nos honorários advocatícios

No Superior Tribunal de Justiça prevalecia o entendimento segundo o qual os juros de mora sobre os honorários advocatícios de sucumbência tinham sua incidência a contar da intimação do executado para o pagamento¹⁹. O CPC/15, porém, dispõe no parágrafo 16 do art. 85 que se fixada a verba honorária em quantia certa, os juros fluirão a partir do trânsito em julgado.

Portanto, em se tratando de regra relativa aos juros legais, a nova norma tem aplicabilidade imediata, respeitado, porém, o título executivo judicial no qual conste termo inicial diverso, sob pena de ofensa à coisa julgada.

19 A título de exemplo, o AgRg no REsp 1516094/RS, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE SE FIRMA EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRESERVAÇÃO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS. INCLUSÃO DE JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO DO EXECUTADO. (...) 3. A jurisprudência majoritária do STJ possui entendimento de que é legítima a inclusão de juros de mora na condenação em honorários, ainda que não postulados na inicial ou não previstos na sentença executada. 4. A Súmula 254 do Supremo Tribunal Federal assegura a possibilidade de inclusão de juros moratórios não previstos na sentença executada. 5. In casu, o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, segundo a qual, na execução de honorários advocatícios, os juros moratórios incidem a partir da intimação do devedor para efetuar o pagamento. Agravo regimental improvido. STJ, AgRg no REsp 1516094/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29/05/2015.

9. Compensação de honorários advocatícios e a superação da Súmula 306 do STJ

Dispunha o art. 21 do CPC/73²⁰, corroborado pela tese representada na Súmula 306 do STJ²¹, que era possível a compensação de honorários advocatícios de sucumbência, o que a partir do parágrafo 14 do art. 85 do CPC/15 passa a ser vedado. Acerca de tal ponto não se divisa grande dificuldade.

Deve-se seguir a tese até aqui sustentada, de sorte que a data da consumação do ato processual em que fixada a sucumbência é que definirá qual a legislação aplicável. Ou seja, determinada a compensação em sentença publicada na vigência do CPC/73, inviável será sua reforma com base na nova regra.

10. Omissão de pronúncia a respeito dos honorários advocatícios e a superação da Súmula 453 do STJ

A teor do enunciado na Súmula 453 do STJ²², os honorários advocatícios de sucumbência, quando omitidos

20 Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

21 Súmula 306. Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

22 Súmula 453. Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.

em decisão transitada em julgado, não poderiam ser objeto de ação autônoma para seu arbitramento²³.

Todavia, o § 18 do art. 85 do CPC/15 implica em que se tenha por superado o entendimento sumulado, expressando a possibilidade de manejo de ação autônoma para fixação dos honorários advocatícios de sucumbência omitidos em decisão transitada em julgado.

Questão que se coloca, em termos de direito intertemporal, é a de saber se em relação às ações transitadas em julgado antes do advento CPC/15 caberia o ajuizamento de ação para “suprir” a omissão do julgado, sendo razoável esperar a propositura de diversas ações com esse fim.

Entende-se, porém, que tal previsão é capaz de alcançar apenas as demandas transitadas em julgado na vigência da nova norma. Com efeito, embora não houvesse expressa previsão legislativa a respeito do tema, entendia-se, com base em norma emanada da Corte responsável pela uniformização nacional da interpretação atinente

23 Na fundamentação do precedente que originou referida Súmula, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, destacou o Ministro Luiz Fux que: *“(...) a condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da sucumbência no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação expressa do autor, porquanto trata-se de pedido implícito, cujo exame decorre do art. 20 da lei processual civil. Não obstante, por ocasião do julgamento do EREsp 462.742/SC, acórdão publicado no DJ de 24/03/2008, a CORTE ESPECIAL firmou o entendimento no sentido de que é inadmissível o ajuizamento de ação objetivando a fixação dos ônus sucumbenciais, em virtude do trânsito em julgado de sentença omissa quanto à fixação dos honorários”* STJ, Resp. 886178, Corte Especial, Rel. Min. Luis Fux, j. 02/12/2009.

à legislação federal, que a coisa julgada alcançava a omissão relativa aos honorários de sucumbência, impossibilitando a propositura de ação autônoma, consolidando-se, desta forma, a situação jurídica.

Sem adentrar no mérito da formação de coisa julgada quanto ao capítulo omissivo dos honorários advocatícios de sucumbência — objeto de debate nos Embargos de Divergência nº. 462.472/SC, que antecederam o recurso repetitivo referido —, tem-se que afrontaria o disposto no art. 14 do CPC/15 e, inclusive, o princípio da segurança jurídica admitir o manejo de ação autônoma, aforada nos termos de regra apenas agora positivada, para alterar uma situação jurídica consolidada na vigência do sistema normativo anterior.

Destarte, apenas nos casos em que o trânsito em julgado se der na vigência da nova lei é que se reputa cabível o ajuizamento da ação franqueada pelo art. 85, § 18, do CPC/15.

11. Gratuidade da justiça e honorários de sucumbência

A Lei nº 13.105/2015 traz previsão no parágrafo 5º do art. 99 no sentido de que o recurso que verse pretensão exclusiva de majoração de honorários de sucumbência não prescinde de preparo se o próprio advogado não for beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Tal disposição acaba por consolidar entendimento já sustentando por parte da jurisprudência pátria, como se vê,

a título de exemplo, da Súmula 47 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.²⁴

Neste sentido, a previsão normativa incide no período de *vacatio* como um reforço argumentativo da interpretação que já era adotada por parcela dos Tribunais, revelando uma possível hipótese de pré-eficácia normativa.²⁵

24 Súmula nº 47: *considera-se deserto o recurso que visa exclusivamente a modificação da verba honorária de sucumbência, quando interposto sem o devido preparo, ainda que a parte patrocinada pelo advogado interessado seja beneficiária da assistência judiciária gratuita. A ratio da tese representada no enunciado sumular pode ser extraída da seguinte passagem do respectivo precedente: “Se é real que os direitos individuais lhe são devidos por força legal estatutária de classe, também os deveres lhe devem alcançar de forma igualitária. Em havendo discussão exclusiva sobre a verba honorária, o advogado tem legitimidade pessoal para interpor recurso e buscar, no recurso, o seu interesse pecuniário. A assistência judiciária pode ser deferida a teor do artigo 4º e 10 da Lei 1060 a qualquer litigante, inclusive ao Advogado. Porém, desde que o interessado, pessoalmente a requeira. Não havendo tal requerimento por parte do Advogado, cumpre a ele proceder ao preparo recursal, sob pena de não conhecimento ao recurso em face da deserção, uma vez que a benesse da gratuidade deferida à parte patrocinada não lhe alcança.* TJPR, Incidente de Uniformização de Jurisprudência 829.141-4/01, Seção Cível, Rel^a. Des^a. Lenice Bodstein, j. 09.11.2012.

25 Partindo das classificações das normas quanto à sua novidade no sistema, se efetivas ou ilusórias, conforme elaboradas por Fredie Didier Jr., Antônio do Passa Cabral defende que “as ‘pseudonovidades’, ainda que já consagradas na doutrina, podem não ter sua aplicação observada de forma disseminada nos tribunais (tomando-se como base o sistema jurídico em vigor), seja porque a interpretação é controversa na jurisprudência, seja porque a literalidade da regra legal falasse mais alto. Nesses casos, aumenta a utilidade do uso interpretativo das regras projetadas ou em período de *vacatio legis*, ainda que em caráter pedagógico em explicitar a sedimentação daquele entendimento.” Antônio Cabral, op. cit.

Deste modo, aos recursos interpostos contra sentenças publicadas anteriormente a 18.03.2016, afigura sê-lhes exigível o preparo das custas quando versada pretensão exclusiva de majoração de honorários de sucumbência, com a ressalva dos casos em que o próprio advogado recorrente seja beneficiário de gratuidade judicial.

12. Algumas conclusões sobre o tema dos honorários advocatícios e o direito intertemporal

O CPC/15 inovou em relação aos honorários advocatícios de sucumbência. Dentre tantas, destacam-se as seguintes modificações: (i) mudança dos critérios de fixação para as sentenças em geral, inclusive levando em conta o valor da causa, quando impossível mensurar o proveito econômico obtido (para alguns, uma pseudo novidade); (ii) previsão de um critério tarifado para os casos em que vencida a Fazenda Pública, inclusive com remessa à fase de liquidação de sentença, quando necessário (para alguns, uma pseudo novidade); (iii) previsão de sucumbência recursal (ninguém discute tratar-se de uma novidade na acepção do termo).

Tão logo entrou em vigor a nova lei, surgiram pontos de vista divergentes a respeito da aplicabilidade de tais novidades aos processos pendentes.

No que se refere aos critérios definidos para a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência em primeiro grau de jurisdição, o marco temporal é o da data em que foi feita pública a sentença. Nos julgamentos colegiados

dos tribunais, o marco temporal é o dia de proclamação do resultado em sessão de julgamento. Somente para as decisões publicadas a partir de 18.03.2016 é que o CPC/15 passou a ser aplicável.

Há contudo, quem entenda que tais regras do CPC/15 somente incidiriam aos processos iniciados a partir da vigência da lei nova, ponto de vista com o qual se discorda.

No que tange aos chamados honorários recursais, tem-se defendido idêntico critério, inclusive com apoio em entendimento manifestado em sessão administrativa do STJ e com o qual se concorda. *Enunciado administrativo 7 (STJ)*: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Portanto, para decisões publicadas na vigência do CPC/73, mesmo que interposto recurso, não haverá sucumbência recursal.

Todavia, há quem defenda que sobretudo no caso de sucumbência recursal, por se tratar de novidade na acepção do termo, somente seria aplicável aos processos iniciados a partir de 18.03.2016, sob pena de retroatividade do CPC/15.

Argumenta-se, ainda, em abono dessa tese, que em se tratando de norma de direito processual material, o princípio da causalidade é o que rege a sucumbência, portanto nada mais justo que àquele que venha a dar cau-

sa à demanda, assim considerado no dia do julgamento, tenha previsibilidade do regime jurídico de sucumbência no momento de demandar, motivo pelo qual o marco temporal de aplicação das regras de sucumbência deveria ser fixado no dia do ajuizamento.

Não há como concordar com esse ponto de vista subjetivo. Como visto ao longo deste estudo, a regra de fixação do marco temporal é objetiva e, como tal, descarta benefícios ou prejuízos advindos de subjetividades na aplicação tanto da lei anterior como da lei nova. Deveras, em regra, o marco temporal de solução dos problemas de direito transitório é o *dia de publicação da decisão*. Exceções há, contudo, mediante expressa previsão legal.

Havendo alguma dúvida sobre a adequação da regra a alguma específica situação de direito intertemporal, deve-se recorrer à analogia. Fora disso, trata-se de violação à regra de aplicação imediata das regras processuais novas.

Registre-se que as regras processuais de fixação dos honorários advocatícios de sucumbência são aplicáveis quando do julgamento da causa ou do recurso. Portanto, são regras de julgamento. Se assim é, devem ter como marco temporal o dia em que proferida a decisão, isto é, a data da publicação da decisão, que, como é sabido, não se confunde com a data de veiculação da decisão no diário oficial.

NOTAS SOBRE AS INOVAÇÕES NAS CAUSAS DE IMPEDIMENTO E DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ¹

Evaristo Aragão Santos

Doutor em Direito pela PUC-SP. Advogado. Conselheiro da OAB/PR

1. Visão geral em relação à disciplina das causas de impedimento

A imparcialidade do juiz é pressuposto de validade do processo. Não há processo válido quando o magistrado a quem cabia impulsioná-lo e julgá-lo tem interesse pessoal em seu desfecho. Nosso sistema processual reconhece circunstâncias geradoras de presunção absoluta de parcialidade do juiz. Presente uma delas, surge o impedimento para atuar na causa. Já outras, das quais não é possível extrair de maneira tão clara essa presunção, tornam o magistrado suspeito para conduzir o processo.

1 Todos os artigos citados no texto *sem referência* são do NCPC.

O CPC trouxe inovações importantes nesse aspecto e que merecem atenção por parte daqueles que operam o processo. Dentre as mais destacadas está, sem dúvida, o endurecimento de postura diante das relações entre magistrados, seus parentes, advogados e bancas de advocacia.

Houve também mudanças procedimentais em relação ao regime anterior. A arguição do impedimento ou da suspeição não ocorre mais pela via da exceção, muito embora, agora, deva ser suscitada por “petição específica”, a qual tramitará como “incidente processual” (na substância, portanto, algo idêntico à exceção do regime anterior). A suspensão do processo principal será automática, nos termos do art. 313, III, do CPC, devendo ser definido pelo tribunal, no momento em que receber o incidente, se o efeito suspensivo deve continuar ou não.

Nos próximos itens trataremos, nas suas linhas essenciais, dessas principais inovações, sempre tendo como pano de fundo o impacto prático que trazem para a vida daqueles que operam com o processo.

2. “Parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive”

Para definir as pessoas cujo parentesco gera o impedimento do juiz, o CPC se vale da seguinte fórmula: “parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até

o terceiro grau, inclusive”. Como aparece diversas vezes (art. 144, III, IV e VIII), é oportuno decompô-la para visualizar seu alcance e facilitar a operação prática.

O parentesco consanguíneo é o vínculo decorrente de um ancestral comum. Já o por afinidade é aquele surgido a partir de vínculos sociais, principalmente o matrimonial.

Considera-se em linha reta quando a vinculação se dá entre ascendentes e descendentes. Por sua vez, o parentesco em linha colateral é aquele proveniente de um mesmo tronco familiar. As pessoas aqui não descendem umas das outras, mas contam com um ancestral comum.

A contagem dos graus difere em cada um deles. Na linha reta é infinita e cada geração refere-se a um grau (filho, neto, bisneto). Já na linha colateral deve-se primeiro identificar o ancestral comum, para, em seguida, definir-se o grau de parentesco em questão. Isso faz com que não exista parentesco em primeiro grau na linha colateral. O irmão é o parente colateral mais próximo e o é em segundo grau, porque o ancestral comum é o pai.

Em termos muito resumidos, pode-se dizer o seguinte: a) parentes consanguíneos em linha reta até o terceiro grau: pais, avós, bisavós, filhos, netos e bisnetos; b) parentes consanguíneos em linha colateral até o terceiro grau: irmãos, tios e sobrinhos; c) parentes por afinidade: padras-to, madrasta, assim como ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro.

A presença de qualquer dessas pessoas, como parte, postulante (advogado, representante do Ministério Público), ou mesmo membro de escritório de advocacia que por meio de outros advogados atue no processo, acarretará o impedimento do magistrado. Essas hipóteses, naquilo que diferem do CPC/1973, serão analisadas em seguida.

3. Impedimentos do juiz em razão de sua proximidade com uma das partes

3.1 Parentesco

Presume-se impedido de julgar a causa, quando um dos polos esteja ocupado pelo cônjuge ou companheiro do juiz, além de qualquer parente, consanguíneo ou por afinidade, tanto em linha reta quanto colateral, até o terceiro grau (art. 144, IV).

A extensão prática dessa restrição foi resumida no item anterior, ao qual remetemos o leitor.

Figurando, portanto, como parte um sobrinho ou um cunhado do juiz (para ficarmos apenas em dois exemplos de parentesco mais distante), na ótica do legislador há a presunção absoluta de sua parcialidade, gerando, por isso, o impedimento.

Vale destacar, quanto ao parentesco por afinidade, que a dissolução do casamento ou união estável extingue os vínculos colaterais, mas não aqueles em linha

reta (art. 1.595, § 2.º, do CC). Nesse caso, a situação de impedimento não desaparece.

3.2 Sócio ou membro de pessoa jurídica

Figurando como sócio ou membro de administração de pessoa jurídica, o magistrado também estará impedido de julgar a causa na qual esta figure como parte. A incompatibilidade, aí, é óbvia e bastante visível. Trata-se, porém, de hipótese de rara ocorrência, em razão da vedação constante do art. 95, parágrafo único, I da CF/1988 e arts. 26, § 1.º e 36, I e II da LOMAN.

Também é indiferente tratar-se de sociedade com ou sem fins lucrativos. Sendo sócio ou exercendo cargo de direção em qualquer pessoa jurídica que venha a ser parte no processo, estará o juiz impedido de nele atuar.²

3.3 Herdeiro presuntivo, donatário ou empregador

Essa hipótese já aparecia no CPC/1973. A diferença é que agora gera o impedimento do juiz e não mais apenas sua suspeição, como ocorria antes.

2 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; LICASTRO, Rogério; MELLO, Leonardo. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 317.

3.4 Instituição de ensino com a qual mantenha relação de emprego ou de prestação de serviços

Trata-se de situação bastante comum em relação aos magistrados, diante da vedação constitucional ao exercício de outro cargo e função a não ser o magistério (art. 95, parágrafo único, I, da CF/1988).

A primeira parte do dispositivo, em nosso sentir, abrange o vínculo contratual, normalmente por tempo indeterminado, no qual o juiz é empregado da instituição de ensino. A hipótese mais comum é a do professor universitário.

A segunda parte, porém, parece estender essa vedação para mais além. O magistrado estará impedido de julgar causa envolvendo instituição de ensino com a qual, embora não mantenha relação de emprego, a esta preste serviços, ainda que esporadicamente (ministrando palestras, organizando cursos ou publicações de trabalhos acadêmicos etc.).

Parece indispensável, todavia, a atualidade do vínculo. Só uma ligação presente (atual) pode ser mantida, tal qual estabelece o dispositivo. Logo, vínculos passados, mas já extintos, não são aptos a gerar o impedimento.

3.5 Quando promover ação contra a parte ou contra o advogado que a representa

A hipótese é inédita. Ao promover demanda contra determinada pessoa, o magistrado fica automaticamente

impedido de julgar qualquer causa que a envolva. Caso o demandado seja advogado, o impedimento se transferirá para todo e qualquer processo no qual esse profissional atue (ou esteja habilitado a tanto, na procuração).

Embora a redação do dispositivo considere o juiz como autor do processo, a vedação se aplica também quando seja demandado pela parte ou pelo advogado. Em qualquer dessas situações (sendo autor ou réu), a presunção de quebra de imparcialidade é idêntica. O magistrado está impedido de julgar processos envolvendo aqueles contra os quais litigue judicialmente, não importando se o faz na condição de autor ou de réu.

Por isso, em nosso sentir, não interessa nem o objeto da demanda, nem o polo nela ocupado pelo juiz. Importa o fato objetivo em si: havendo o litígio, o impedimento estará caracterizado.

4. Impedimentos do juiz em razão de sua proximidade com advogados (ou outros postulantes no processo)

4.1 Parentesco com um dos advogados (ou membro do MP) atuando na causa

Aqui há correspondência parcial com hipótese de impedimento prevista no CPC/1973. As diferenças merecedoras de destaque são as inserções do membro do Ministério Público e do defensor público, como postulantes equiparados ao advogado, assim como a ampliação do grau de

parentesco, tanto em linha reta quando na colateral, alcançado pela vedação legal.

No caso dos advogados, não é necessário que o parente subscreva petições no processo. Basta figurar na procuração constante dos autos. Isto é, estar habilitado a ali atuar.³

Na verdade, o CPC vai mais longe: considera impedido o juiz cujo cônjuge ou parente apenas integre a banca de advocacia que esteja, por meio de um de seus advogados, atuando no processo.

4.2 Proximidade com o escritório de advocacia que representa uma das partes

Mais do que o vínculo de parentesco com a pessoa do advogado, o CPC também enxerga o comprometimento da parcialidade do juiz quando parente seu simplesmente integre escritório de advocacia. Vê, aí, proximidade incompatível para o adequado exercício de sua função. São basicamente duas as causas: a do escritório de advocacia que mantenha em seus quadros parente do juiz, abrangido pela vedação (art. 144, § 3.º), e do próprio cliente (pessoa natural ou jurídica) que contrate escritório de titularidade de parente do magistrado (art. 144, VIII), o qual passará a ficar impedido de julgar

3 Cf. ROQUE, André Vasconcelos. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. (coord.), Teresa Arruda Alvim Wambier e outros). São Paulo: RT, 2015, p. 471.

qualquer processo envolvendo essa pessoa, mesmo representada por procuradores de outra banca.

Essas duas hipóteses serão analisadas, nas suas linhas essenciais, logo em seguida.

4.2.1 Parte representada por escritório que tenha em seus quadros parente do juiz, mesmo não atuando na causa

Aqui o CPC encampou, na sua essência, a orientação da Res. 200/2015 do Conselho Nacional de Justiça, cujo texto, aliás, pode auxiliar na interpretação da regra. Tomando-a por base, pode-se dizer que, para gerar o impedimento, não é necessário figurar o parente do magistrado como procurador no processo (praticando atos processuais ou estando formalmente habilitado a praticá-los). O liame exigido é bem mais tênue. Basta integrar o mesmo escritório de advocacia dos patronos constituídos nos autos. Também não é necessário que ali ostente participação destacada. É suficiente sua presença com algum vínculo profissional, mesmo que esporádico. Ou seja, o leque de possibilidades é amplíssimo. Abrange desde a figura dos sócios e consultores, até a dos estagiários. Em nosso sentir, diante da extensão da regra, a presença de um parente do juiz, em qualquer dessas funções, torna-o impedido de julgar a causa.

4.2.2 Cliente de escritório de parente do juiz, ainda que, no processo, esteja representado por outra banca de advogados

O CPC, porém, foi mais longe (e, em nosso sentir, exageradamente). Presumir a parcialidade do juiz quando parente seu (mesmo que não tão próximo) atue em escritório de advocacia é algo até razoável. As relações familiares realmente podem gerar proximidade indesejável e separar as esferas profissional e pessoal, na vida prática, não costuma ser simples.

O problema, porém, é que o Código de Processo Civil estende essa presunção de parcialidade também aos clientes que contratem escritório de advocacia pertencente ao cônjuge, companheiro ou parente próximo até terceiro grau de magistrado, mesmo quando a causa estiver sendo patrocinada por advogado de outro escritório (art. 144, VIII).

A leitura do texto conduz à seguinte conclusão: o juiz estará impedido de julgar causa envolvendo todo e qualquer cliente de escritório de advocacia de titularidade de parente seu, até o terceiro grau. Pouco importa o advogado que a patrocine. Cliente e magistrado ficarão como que “marcados”.

É difícil vislumbrar a aplicação dessa regra: nos grandes centros, é comum empresas constituírem vários escritórios (cada um em sua especialidade), para defender seus interesses. O Código de Processo Civil não faz qualquer distinção nesse sentido. Em princípio, basta que

um deles tenha em seu quadro societário parente de juiz até terceiro grau (um sobrinho, p.ex.!), para tornar esse magistrado impedido de julgar qualquer causa envolvendo aquela pessoa, ainda que patrocinada, repita-se, por advogado de outra banca!

Este espaço é curto e inadequado para análise, em mais detalhes, dos desdobramentos e implicações dessa regra. O objetivo, aqui, é apenas apresentá-la em suas linhas essenciais.

Mesmo assim, fragmentos dos debates ocorridos ao longo da tramitação legislativa auxiliam na compreensão da regra e, quem sabe, apontem limites interpretativos.

O dispositivo, com a redação atual, foi inserido durante a tramitação do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados. Retornado ao Senado, a parte final (“(...) mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório”) foi suprimida. Esse trecho, porém, acabou reinserido ao texto por destaque formulado pelo Senador Randolfe Rodrigues. De acordo com as palavras do próprio parlamentar, “o simples impedimento de atuação de escritório de advocacia na causa de juiz parente de sócio ou associado do escritório não bastava, era necessário impedir, ainda, a contratação ‘terceirizada’, ‘transversa’ dessa mesma sociedade. Ao proibir somente a atuação naquele processo, o novo CPC permitiria que determinado cliente contratasse, seja para atuação em outro caso, seja para uma assessoria extrajudicial, um escritório advocatício de parente de um magistrado que

atue em sua causa, sem que houvesse meios para arguir o impedimento desse juiz”.⁴

Embora louvável a iniciativa, a regra cria muito mais transtornos do que soluções. Primeiro porque não impede, na prática, os malfeitos viabilizados pela mencionada contratação “terceirizada” ou “transversa”. Se o objetivo for obter tratamento parcial de magistrado, a corrupção por meio de parente não dependerá de contratação formal de escritório de advocacia.

Depois, essa regra cria intervenção indevida no princípio do Juiz Natural: qualquer pessoa (natural e jurídica) que contrate escritório de parente de magistrado, automaticamente o impedirá de atuar em processo que a envolva. Ao buscar dificultar a corrupção no Judiciário, o legislador também acaba criando ferramenta que, deturpada, servirá para manipular o quórum de tribunais e a distribuição de competência nas comarcas: basta contratar escritório de parente de determinado magistrado, para afastá-lo da atuação em todas as causas envolvendo a pessoa do contratante.

Isso sem contar os transtornos. Os magistrados com algum parente advogado (um sobrinho, p.ex.), terão de conhecer todos os seus clientes, para declarar seu impedimento em relação a eles. Os advogados com parentes magistra-

4 RODRIGUES, Randolfe. O impedimento do juiz no novo Código de Processo Civil, texto publicado no site CONJUR – Consultor Jurídico, em 20.12.2014 <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/randolfe-rodrigues-impedimento-codigo-processo-civil>.

dos, por sua vez, terão de alertar seus clientes que, firmada a contratação, aquele juiz se tornará impedido para julgar qualquer causa na qual o cliente figure como parte.

Ou seja, o livre exercício da profissão de advogado, para qualquer parente de magistrado até o terceiro grau, ficará, a partir daqui, severamente comprometido pela redação do art. 144, VIII do CPC.

Isso é flagrantemente inconstitucional, em nosso sentir.

Muito mais razoável teria sido incluir tal hipótese como causa de suspeição. Havendo, no caso concreto, demonstração de que teria havido a tal contratação “transversa”, aí, então, se reconheceria a perda de imparcialidade do juiz.

5. Suspeição do juiz

A suspeição tem conotação subjetiva. Gera a presunção relativa de parcialidade do juiz. Não sendo arguida pela parte interessada dentro do prazo legal, convalidará a atuação do magistrado na causa.

O tratamento do NCPC é bastante próximo do regime anterior no que se refere às causas geradoras da suspeição. Destacamos, aqui, apenas uma: agora, além de amigo íntimo ou inimigo da parte, esse estado de ânimo foi também estendido ao advogado. Também merecem destaque as causas de insubsistência da alegação de suspeição.

5.1 Amigo ou inimigo, agora também do advogado de uma das partes

A relação de amizade ou inimizade entre juiz e advogado agora também é causa de suspeição. Inova em boa hora o CPC. Nossa jurisprudência era conservadora a esse respeito, inclinando-se pela literalidade da antiga orientação: a amizade ou a inimizade deveriam estar relacionadas apenas com a parte, para gerar a suspeição.⁵

O grau dessa relação também é menos intenso do que no CPC/1973. Quanto à inimizade, não precisa ser mais “capital”. Basta ser comprovável a clara incompatibilidade pessoal entre juiz e advogado. Não são suficientes, por óbvio, apenas divergências jurídicas ou acadêmicas, ainda que muito intensas. A rusga deve alcançar o nível pessoal e em grau suficiente para comprometer a isenção para o julgamento.

Algo semelhante ocorre quanto à amizade entre juiz e advogado. A situação, porém, aqui, é mais sutil. A suspeição não é gerada por qualquer vínculo de amizade. Mesmo porque, em certa medida, é até natural alguma proximidade entre juiz e advogado. Não apenas pelo cotidiano forense, mas também porque podem ter sido desde colegas na graduação, professores numa mesma universidade e assim por diante.

5 STJ, REsp 600.737/SP, 3.^a T, j. 21.06.2005, rel. Min. Menezes Direito, DJ 26.09.2005.

O vínculo ensejador da suspeição é aquele suficiente para dele se presumir o comprometimento da isenção do magistrado no julgamento da causa. A dificuldade está, justamente, na prova a ser produzida para tal fim. A suspeição, por força do componente subjetivo que informa, exige não apenas prova, mas, acima de tudo, a sensibilidade do magistrado que a aprecia. Esses elementos devem demonstrar o comprometimento da imparcialidade judicial em razão da amizade mantida com o advogado.

5.2 Causas de ilegitimidade da alegação de suspeição à luz

Não se considerará o juiz suspeito quando, mesmo caracterizada alguma das hipóteses previstas no art. 145, tal situação tenha sido provocada pela parte que argui a suspeição (art. 145, § 2.º, I) ou, ainda, no curso do processo tenha praticado ato incompatível com essa sua reação. Isto é, que “signifique manifesta aceitação do arguido”.

O NCPC, a partir do princípio da boa-fé no âmbito do processo, afasta o comportamento contraditório da parte. Tendo provocado a situação de suspeição ou praticado ato aceitando a presença do magistrado na causa, a arguição será considerada ilegítima.

6. Procedimento para suscitar o impedimento e a suspeição (em primeiro grau e nos Tribunais)

O CPC não contemplou as exceções. Diferentemente do que ocorria no regime anterior, a suspeição ou impedimento não são mais arguidos por essa via. Caberá à parte suscitar-las em “petição específica dirigida ao juiz do processo”.

Deverá fazê-lo no prazo de 15 (quinze dias) contados do conhecimento do fato. Sempre lembrando, porém, que o impedimento, por ser questão de ordem pública, poderá ser suscitado pela parte em qualquer oportunidade.

Nessa petição, indicará os fundamentos da recusa, já podendo instruí-la com todos os documentos necessários para provar suas alegações. É possível a produção de prova oral, motivo pelo qual é desejável que desde o início também já apresente o rol de testemunhas.

Recebida a arguição de impedimento ou suspeição, o magistrado terá duas alternativas. A primeira é reconhecer sua procedência. Se assim o fizer, determinará de imediato a remessa dos autos a seu substituto.

Todavia, caso discorde da arguição, então determinará sua atuação em apartado. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias dessa decisão, apresentará suas razões de defesa, com os documentos que entender pertinentes. Uma vez formado o contraditório, remeterá esse incidente ao tribunal.

Nos termos do art. 313, III, a arguição de suspeição ou impedimento suspende o curso do processo. Remetido os autos ao relator, este deliberará se a suspensão deverá persistir ou não. Caberá ao relator decidir os efeitos em que recebe o incidente. Reiterando o efeito suspensivo, o processo principal permanecerá sobrestado até seu julgamento. Do contrário, o processo prosseguirá.

Caso venha a ser julgado procedente, o tribunal adotarà três providências. A primeira será fixar o momento a partir do qual o juiz não poderia mais ter atuado na causa. Esse termo é importantíssimo, porque dele depende a higidez dos atos praticados pelo órgão judicial no processo. A partir dessa definição, declarará a nulidade dos atos do juiz. Serão nulos todos aqueles praticados quando já presente o motivo de impedimento ou suspeição.

Por fim, a terceira providência é a mais simples: acolhido o incidente, o juiz também será condenado ao pagamento das custas processuais.

Definido o incidente, o tribunal ainda ordenará a remessa dos autos principais ao substituto legal do juiz afastado da causa.

Já nos tribunais, o CPC não é claro a respeito do procedimento para arguição da suspeição e impedimento de desembargadores e ministros. A parte deverá fazê-lo por meio de “petição fundamentada” e na primeira oportunidade na qual lhe couber falar nos autos (art. 148, § 1.º). É claro que, a primeira oportunidade após ter tido ciência da

causa de impedimento ou suspeição. Antes disso, obviamente, não terá como argui-la.

O procedimento em si, porém, deverá ser disciplinado pelo regimento interno do respectivo tribunal (art. 148, § 3.º).

7. Extensão dos motivos de impedimento e suspeição a outros sujeitos do processo

A arguição de impedimento e suspeição não fica restrita à figura do magistrado. Nisso, não há novidades. O CPC/1973 já previa algo semelhante. A diferença do atual regime está nos sujeitos alcançados pela regra.

Agora os auxiliares da justiça se submetem às causas de impedimento ou suspeição, assim como, de maneira geral, todos os demais sujeitos imparciais do processo.

Os auxiliares aparecem exemplificados no Código de Processo Civil. São, como regra, as pessoas cujas atribuições estejam determinadas pelas normas de organização judiciária, para auxílio na atividade jurisdicional: escrivão, chefe de secretaria, oficial de justiça, perito, depositário, administrador, intérprete, tradutor, mediador, conciliador judicial, partidor, distribuidor, contabilista e o regulador de avarias (art. 149).

O CPC, porém, vai além. Não só os auxiliares da justiça (os quais, por óbvio, precisam ser imparciais), mas, também todo e qualquer outro sujeito imparcial do processo. Com isso, o legislador “foi cuidadoso, dei-

xando uma válvula aberta para o caso de, além dos auxiliares já especificados no art. 149, haver outros, previstos em leis esparsas, bem como surgirem, ao longo do tempo, outras atribuições de apoio ao juiz”.⁶

6 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; LICASTRO, Rogério; MELLO, Leonardo. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016, p. 331.

PRODUÇÃO DE PROVAS EM FASE RECURSAL¹

Paulo Osternack Amaral

Doutor e mestre em direito processual pela USP. Professor do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP e do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Autor das obras *Arbitragem e Administração Pública* (Fórum, 2012) e *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade* (RT, 2ª edição, 2017). Advogado.

Resumo: o texto versa sobre a possibilidade de o julgador em grau recursal determinar, no âmbito do tribunal, a produção de provas necessárias à formação de seu convencimento para o julgamento do recurso. Serão analisados os poderes probatórios do juiz, a sua incidência em fase recursal, os casos em que seria admissível a produção de provas em fase recursal, os meios de prova que se reputam

1 Parte das ideias contidas no presente texto consiste na síntese do que foi aprofundado na 2ª edição da obra *“Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade”*, de minha autoria, publicada pela editora Revista dos Tribunais.

admissíveis de serem produzidos no âmbito do tribunal e a definição do procedimento para sua colheita.

Palavras-chave: provas – poder probatório – fase recursal.

1. Introdução

No passado se afirmava que a atividade probatória integraria o leque de atividades desempenhadas pelo juiz e pelas partes exclusivamente no curso do processo em primeiro grau.

Em sede recursal, o tribunal apenas receberia o conjunto probatório já formado perante o juízo *a quo* e exerceria uma análise revisora à luz de tais provas. Caso se identificasse a necessidade de produção de uma prova adicional para o correto julgamento da causa, a solução seria invalidar a sentença e determinar a colheita daquela prova pelo juiz singular, com a consequente prolação de nova sentença, desta vez amparada em contexto probatório mais amplo. Somente então o processo retornaria ao tribunal mediante a interposição de novo recurso.²

Tal solução nunca pareceu ser a mais adequada. Mesmo à luz do CPC/73 havia julgados esparsos admitindo a

2 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e Recursos*: comentários ao CPC 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 662.

produção de provas em sede recursal. Em tais casos, se fosse detectada em sede recursal a necessidade de produção de uma prova adicional, a solução mais frequente consistia na conversão do julgamento em diligência e a determinação de que tal prova fosse colhida pelo juízo singular.³ Talvez por dificuldades estruturais ou acúmulo de trabalho, mesmo na vigência do CPC/15, alguns julgados ainda se mostraram resistentes à ideia de promover a colheita da prova diretamente no âmbito do tribunal⁴.

O objetivo do presente ensaio será demonstrar que, se ainda havia alguma dúvida quanto à admissibilidade da produção de provas em sede recursal, o CPC/15 resolveu definitivamente a questão. Há uma série de motivos que justificam (e até estimulam) o desenvolvimento da atividade probatória em fase recursal. O desafio será identificar os casos em que tal iniciativa probatória seria adequada, quais meios de prova seriam admissíveis e qual o procedimento a ser adotado.

2. A amplitude dos poderes instrutórios do juiz

O julgador possui amplos poderes instrutórios, o que lhe permite não apenas controlar a pertinência e a admis-

3 “(...) de ordinário, os integrantes do tribunal não se mostram propensos a desenvolver suas antigas atividades de juízo de instrução e remetem os autos ao primeiro grau. Cumprida a diligência, retomar-se-á o julgamento” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 444).

4 TJPR, 17ª C.Cível, Apelação Cível 1.727.530-2, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva, j. 31.01.2018.

sibilidade das provas pretendidas pelas partes,⁵ mas também determinar de ofício a produção daquelas que repute necessárias à formação de seu convencimento.⁶⁻⁷ Tal como

5 Osvaldo Alfredo Gozáini ensina que pertinência e admissibilidade da prova influem no grau de eficácia que ela tem de influir na convicção do julgador. Esse aspecto se denomina “*atendibilidad*” da prova (GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. La prueba en el Código General del proceso. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba*: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo. La Plata: Platense, 1996. p. 94)

6 Dispõe o *caput* do art. 370 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. O parágrafo único do art. 370 determina que o “juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Na Argentina, promoveu-se uma reforma processual por meio da Lei 25.488, que introduziu no art. 36, IV, do CPC o dever de o juiz ordenar as diligências necessárias a esclarecer a verdade dos fatos controvertidos. A doutrina argentina noticia que tal determinação já se encontrava assentada em sede jurisprudencial, a partir dos casos “Colalillo” e “Oilher”, em que se estabeleceu que “las antiguas facultades de esclarecimiento que tenían los jueces eran verdaderos deberes cuando la prueba omitida por las partes era esencial para la solución del litigio” (ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. t. I, p. 92 e 420). Ainda sobre o poder-dever probatório do juiz, Mario Masciotra informa que a *Corte Suprema de Justicia de Colombia* tem decidido que a omissão do juiz quanto à determinação de provas de ofício, em determinados casos, configura erro de direito, passível de correção por meio de recurso de cassação (MASCOTRA, Mario. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 314 e 423-424). Na Itália, no entanto, o art. 115 do CPC consigna que o juiz, como regra, deve julgar com base nas provas produzidas pelas partes ou pelo Ministério Público. O juiz só determinará provas de ofício em casos excepcionais, expressamente previstos em lei (LEANZA, Piero; BATTISTUZZI, Andrea; BRUNO, Sabrina. CAMINITI, Emanuele; INFANTINO, Daniela. *Le prove civili*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 45-46).

7 “Ao juiz é *facultada* a determinação de provas necessárias à instrução do processo, sem ficar atado ao requerimento da parte. Essa faculdade, porém, jamais se transmutará em obrigação. O que cabe ao juiz afastar

em França,⁸ esses poderes probatórios são extraíveis da lei, além de serem congruentes com a premissa de que o juiz é o destinatário principal da prova. É a ele que as partes precisam convencer por meio da atividade probatória. Portanto, cabe também a ele a avaliação acerca das provas existentes no processo e a eventual necessidade de determinar a produção de outras provas.

A partir do Código de Processo Civil de 2015 é possível compreender-se também os poderes instrutórios do juiz, na perspectiva do dever de colaboração, previsto no art. 6º, o que impõe ao órgão julgador o dever de diálogo com as partes⁹, incluindo sua participação na produção das

por todos os meios são as dúvidas que lhe assaltem sobre as provas das afirmações” (SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense* n. 247, p. 38, Rio de Janeiro, jul./set. 1974).

8 Os arts. 10, 144 e 770 do CPC francês, em síntese, determinam que o juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas probatórias legalmente admissíveis. A doutrina francesa confirma tal viabilidade: CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013. p. 427 e 429; PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011. p. 181; DOUCHY-OUTDOT, Méline. *Procédure civile*. 5. ed. Paris: Gualino, 2012. p. 223; COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 375; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012. p. 445. Todavia, ressalva-se que na prática os juízes não se utilizam muito desse poder, de modo que a grande maioria das medidas probatórias são determinadas a partir de um requerimento das partes (HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2012. p. 223-224).

9 A doutrina em geral aponta quatro deveres correlatos ao dever de colaboração: a) dever de prevenção ou advertência, que impõe a necessidade de se prevenir as partes quanto a irregularidades processuais, possibilitando-lhes a devida correção; b) dever de esclarecimento, impondo-se ao

provas necessárias à formação de seu convencimento.¹⁰

O processo, assim, torna-se um ambiente propício ao estabelecimento de uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*)¹¹, na qual os sujeitos – partes e juiz – participam de forma ativa e colaborativa em sua formação e desenvolvimento.

Nada impede, à luz dos poderes de instrução, que o juiz determine mais de uma medida instrutória. Todavia, espera-se do juiz a sensibilidade de determinar mecanis-

órgão julgador a necessidade de se esclarecer junto às partes quanto às suas alegações no processo, possibilitando a adequada interpretação dos pedidos e fundamentos da demanda; c) dever de consulta, que impõe o dever de se ouvir as partes antes da prolação de qualquer decisão; d) dever de auxílio, com o necessário apoio às partes na superação de obstáculos ao exercício de seus direitos ou cumprimento de ônus e deveres (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-68). Ainda: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69-70; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, 2010, p. 15-21.

10 Para Miguel Teixeira de Sousa, o dever de colaboração alcança o dever de produção de provas, extraível do art. 519, 1º, do CPC português (atual art. 417, do novo CPC português), segundo o qual “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”, vinculando inclusive a parte “que não está onerada com a prova” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 64). O art. 378 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 apresenta disposição semelhante: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

11 FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

mos probatórios que sejam adequados à solução do litígio e ao mesmo tempo representem o caminho menos oneroso.¹²

2.1. A questão da preclusão

Não há preclusão temporal para o juiz em matéria de prova, não apenas porque os prazos fixados para o juiz são impróprios (cujo descumprimento não gera consequências processuais), mas também em virtude de o art. 370 do CPC não estabelecer nenhum prazo para o juiz “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Ainda em matéria probatória, a preclusão consumativa incide para o juiz apenas no caso de prova já deferida – hipótese em que não poderá alterar o seu posicionamento e resolver indeferi-la.¹³⁻¹⁴ Todavia, nada impede que o juiz de ofício determine a produção de prova já indeferida, pois tal conduta não implicará negar nenhum direito das partes.¹⁵

12 GUINCHARD, CHAINAIS e FERRAND, *Procédure...*, p. 458.

13 Na França, entretanto, o entendimento parece ser outro. A doutrina parte da premissa de que toda medida probatória ordenada pelo juiz da fase instrutória é executada sob o seu controle (art. 777 CPC). Disso decorreria que o juiz pode modificar a medida anteriormente ordenada ou prescrever outra medida aplicável que lhe pareça oportuna (PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011. p. 181).

14 Nesse sentido, o enunciado 514 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte as partes a respeito”. Em sentido contrário: STJ, AgInt no AREsp 118.934/PR, 1ª T., j. em 22.11.2016, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 06.12.2016.

15 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 41; FER-

Contudo, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, de forma ampla, possui entendimento de que a iniciativa probatória do julgador, em segunda instância, não se sujeita a preclusão.¹⁶

2.2. Inexistência de atuação supletiva, prestígio à isonomia e irrelevância da natureza do direito material em discussão

O juiz não possui uma função supletiva (complementar) quanto à produção de provas, em que ele só atuaria de forma subsidiária, diante da inércia de uma das partes em relação à atividade probatória. Tampouco é admissível que o julgador adote conduta assistencialista a uma das partes, determinando a produção de provas com o objetivo de equilibrar eventuais disparidades entre os litigantes.¹⁷ A atuação de ofício em relação à produção de provas contém amparo legal e sua legitimidade submete-se apenas à diretriz geral de motivação dos atos jurisdicionais.¹⁸

REIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 91-92. Na jurisprudência, confira-se: STJ, AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, 4.^a T., j. 08.05.2014, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJe* 28.05.2014.

16 STJ, AgRg no AgRg no AREsp 359106/MG - Quarta Turma - Rel.: Ministra Maria Isabel Gallotti - Unânime - J. 15/05/2014 - Publicação 28/05/2014.

17 Em sentido contrário, confira-se: YARSHELL, *Curso...*, vol. 1, p. 99-100 e 116; XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*. n. 159. p. 185 e 196, maio 2008; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 134.

18 Eduardo Cambi considera que os poderes instrutórios do juiz são com-

A atividade probatória oficial também não caracteriza ofensa à isonomia nem ao chamado princípio dispositivo.

A produção de provas de ofício pelo juiz extrapola o eventual interesse das partes. Destina-se a prestigiar o interesse do Estado na correta solução do litígio. Logo, a produção de provas de ofício, em princípio, não ofenderá a exigência de igualdade processual. Ao contrário, como regra, terá o objetivo de aprofundar a investigação de modo a permitir a formação mais adequada da convicção judicial. Afinal, a imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade.¹⁹ A investigação aprofundada – dentro dos limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada.

Também não convence o argumento de que tal iniciativa oficial ofenderia o princípio dispositivo, amparado na ideia de que se o direito for disponível a atuação oficial seria bastante restrita, e caso o direito material fosse indisponível, aí sim os poderes probatórios do juiz seriam amplos. Rigorosamente, a amplitude dos poderes instrutórios não se altera em razão do direito material discutido no processo. Não há dispositivo legal que autorize essa conclusão.²⁰ Atualmente prevalece a concepção publicista, que vê no processo o exercício da jurisdição estatal, orientado à

plementares ou integrativos, tendo em vista que a atividade probatória principal é das partes (CAMBI, Eduardo. Capítulo XII. Das provas. CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil comentado...*, p. 640).

19 MASCOTRA, *Poderes-deberes...*, p. 419.

20 BEDAQUE, *Poderes...*, p. 138.

pacificação social por meio da justa e correta aplicação do direito material.²¹ Alie-se a isso a orientação contida no art. 370 do CPC, que determina, independentemente do direito material em litígio, que o juiz atue ativamente em relação à produção de provas sempre que repute necessário à formação adequada do seu convencimento sobre a causa.²²

2.3. Poderes instrutórios e direito à prova

Os poderes instrutórios devem ser compreendidos em consonância com o direito à prova, que permite às partes produzir contraprova, prova diversa das determinadas pelo julgador ou ainda lhes confere a oportunidade de se pronunciar sobre elas antes do julgamento.

Portanto, os poderes probatórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa²³, *compartilhando* com as

21 ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 51; MASCIOTRA, *Poderes-deberes...*, p. 417-419; DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. 1, p. 527.

22 Gian Franco Ricci afirma que o processo civil italiano contempla várias hipóteses gerais em que o juiz pode atuar de ofício em relação à atividade probatória – como por exemplo na inspeção e na requisição de informações –, o que permite reconhecer atualmente a persistência do tradicional *principio dispositivo temperato* do Código de 1940. Mais adiante, conclui que os poderes probatórios de ofício incidem (de forma ampla) apenas em processos especiais, mas com a constante preocupação de identificar dentro de quais limites tal atuação deve ocorrer (RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 342-343, 346-347 e 361-362).

23 De acordo com BUZAID, o Código de Processo Civil brasileiro está em harmonia com a evolução processual, que substituiu o juiz inerte pelo

partes o encargo de produzir todas as provas que repute adequadas para a correta formação de seu convencimento.²⁴⁻²⁵

É importante perceber que essa atuação do juiz se destina à formação do seu convencimento acerca dos fatos trazidos aos autos pelas partes. Portanto, não se permite que o juiz funcione como investigador, intro-

juiz ativo, conferindo-lhe atividade instrutória de modo a permitir a formação de seu convencimento a respeito da causa, e não para auxiliar uma das partes (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. vol. 1, p. 78). No mesmo sentido: BEDAQUE, *Poderes...*, p. 111-112; THEODORO JR., Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 3. p. 11. Porto Alegre, out.-dez. 1999. Em sentido contrário: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. In: Cruz e Tucci, José Rogério (coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 249. À luz do processo civil francês, confira-se: JEULAND, Emmanuel. *Droit processuel general*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2012. p. 266.

24 Ivan Righi reconhece a ampla iniciativa probatória do juiz, “exercível inclusive no caso de inércia das partes, e mais: exercível até mesmo contra a vontade das partes” (RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*. n. 169. p. 45. Curitiba, jan.-mar. 1993). Luiz Eduardo Boaventura Pacífico entende que os poderes instrutórios do juiz mitigam a necessidade de as partes produzirem provas no processo, o que caracteriza relativização do conceito de ônus subjetivo da prova (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 174).

25 Nesse sentido, William Santos Ferreira destaca que, enquanto no Código de Processo Civil de 1973 “o sistema gravitava em torno do juiz”, no CPC de 2015 “são ampliados sobremaneira os poderes das partes, sua participação antes, durante e posteriormente à produção e valoração das provas” (FERREIRA, William Santos. Capítulo XII. Das Provas. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.115).

duzindo fato jurídico novo, diverso dos extraíveis dos autos.²⁶ A sua atuação probatória se restringirá ao contexto fático estabelecido no processo e a intensidade dessa atuação dependerá do contexto probatório existente nos autos. Será irrelevante a condição das partes ou a natureza do direito envolvido.

Disso decorre que a opção legislativa foi conferir ao julgador a atribuição de determinar provas de ofício quando reputar necessário ao atingimento da correta solução do litígio.

2.4. Poder instrutório do julgador na esfera recursal

Tal poder instrutório recai não apenas sobre o juiz de primeiro grau, mas também sobre o julgador no âmbito dos tribunais, no exercício de competência recursal (por exem-

26 CARNELUTTI, *La prueba...*, p. 9 e 45; THEODORO JR., *Prova...*, p. 12; SILVA, *Introdução...*, p. 34. Merece destaque também a ponderação de Righi, segundo o qual o juiz “não deve é sair em busca do nome de pessoas que tenham conhecimento dos fatos da causa, como se fosse um investigador policial qualquer”; mas se o juiz toma conhecimento do nome da pessoa por meio de documento constante nos autos, poderá determinar de ofício a inquirição dessa pessoa (RIGHI, *Os poderes...*, p. 45). O art. 452 do CPC argentino contempla expressamente tal possibilidade: “El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa”.

plo, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal).²⁷⁻²⁸

É o que se extrai do art. 370 do CPC, que assegura a qualquer julgador (independentemente da instância) o poder de produzir provas de ofício, bastando que ele as repute necessárias ao julgamento do mérito.

Essa diretriz é confirmada pela regra do art. 932, inc. I, do CPC, que impõe ao relator a tarefa de conduzir o processo no âmbito do tribunal, “*inclusive em relação à produção de prova*”. Obviamente que o poder do relator com relação à produção da prova não significa uma singela autorização para promover o controle da pertinência de determinado meio de prova, quando tal tema for objeto de um recurso submetido à sua apreciação. Não seria necessária uma autorização especial para que o julgador realizasse tal controle. Bastaria que o recur-

27 STJ, 3ª Turma, REsp 1.102.306/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 28/04/2009, DJ 07/05/2009; STJ, 2ª Turma, REsp 382.742/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16/02/2006, DJ 26/04/2006; TJPR, 12ª C. Cível, Apelação Cível 1.223.128-6, Rel. Des. Joeci Machado Camargo, j. 02.09.2015; TJPR, 16ª C. Cível, Apelação Cível 1.743.115-5, Rel. Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, j. 13.12.2017. Na doutrina, confira-se: DI-DIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 3, p. 47.

28 Os poderes instrutórios do juiz também recaem sobre os ministros dos tribunais superiores. Contudo, não há dúvida de que serão menos frequentes os casos em que será admissível e adequada a determinação da produção de provas adicionais no âmbito de Cortes Superiores, considerando-se as naturais restrições de matérias admissíveis nos recursos submetidos a tais tribunais. Aparentemente, tal atividade probatória encontrará campo fértil nas causas de competência originária dos tribunais superiores, hipótese que não integra o objeto deste ensaio.

so veiculasse insurgência em relação ao tema para que o relator analisasse a correção da decisão singular que determinou ou rejeitou determinada prova. O comando contido no inciso I do art. 932 é específico: caracteriza autorização expressa do poder instrutório do relator no âmbito dos tribunais.

Portanto, os julgadores que atuam nos tribunais (ou no âmbito das turmas recursais dos juizados) detêm os mesmos poderes instrutórios que os juízes singulares.²⁹ Isso lhes permite determinar a produção de uma prova adicional, caso a repare necessária à correta formação de seu convencimento para o julgamento do recurso. Estes poderes instrutórios também asseguram às partes o direito de produzir contraprova em sede recursal, que tenha se revelado necessária em virtude da prova determinada de ofício em grau recursal. Em qualquer caso, a determinação da prova (e da eventual contraprova) em sede recursal deverá ser fundamentada e a sua produção observará o contraditório. Somente assim tais provas poderão ser validamente admitidas no momento do julgamento do recurso.

3. Necessidade de provas em grau recursal

O reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz na esfera recursal assume especial relevância quando forem submetidas alegações fáticas ao tribunal, que até então não haviam sido suscitadas no processo.

29 ASSIS, *Manual...*, p. 442-443.

Evidentemente que não será toda e qualquer alegação fática superveniente que desencadeará uma atividade probatória no âmbito recursal. Exige-se que a alegação seja controvertida e verse sobre fato relevante para a solução do litígio. Se o fato for impertinente, a produção de prova a seu respeito será inútil ao desfecho do recurso (art. 370, parágrafo único). Já se o fato for alegado por uma parte e não impugnado pelo adversário, a lei expressamente dispensa a realização de atividade probatória a respeito de tal ponto (art. 374, III).³⁰

De um lado, admite-se expressamente alegação de fatos supervenientes à fase postulatória (art. 342, inc. I e art. 493). Após o estabelecimento do contraditório, tais temas deverão ser tomados em consideração pelo julgador caso tenham a potencialidade de repercutir sobre o julgamento. Nada impede que o julgador constate de ofício – em primeiro ou segundo grau – algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo. Nesse caso, deverá ser concedida vista às partes (art. 493, par. único), de modo a estabelecer o

30 Há, todavia, certas hipóteses em que, muito embora os fatos estejam incontroversos, ainda assim eles carecem de comprovação. Trata-se dos fatos: a respeito dos quais não se admita confissão (CPC, art. 341, I); para cuja prova a lei exija documento público (CPC, arts. 341, II e 345, III); que estejam em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (CPC, art. 341, III); que interessem à defesa do réu defendido por advogado dativo, por curador especial ou defensor público (CPC, art. 341, parágrafo único); contestados por apenas um ou alguns litisconsortes (CPC, art. 345, I); relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 345, II); inverossímeis alegados pelo autor ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos (CPC, art. 345, IV).

prévio e indispensável contraditório acerca de tal alegação (arts. 9º e 10), para somente então enfrentá-lo na decisão.

Por outro lado, deve-se considerar a hipótese de a parte suscitar em sede de apelação questões fáticas inéditas. Trata-se do caso em que a parte alega em apelação fatos antigos em grau recursal, que por algum motivo não invocou anteriormente. A admissibilidade de tais alegações (de fatos antigos) dependerá da demonstração de que foi impedida de fazê-lo “*por motivo de força maior*” (art. 1.014).³¹ Caso o relator admita as alegações fáticas inéditas veiculadas no recurso de apelação, não há dúvida de que a sua elucidação poderá exigir atividade probatória adicional.

Todavia, não será apenas na hipótese de fatos novos que o tribunal estará autorizado a desempenhar atividade probatória em sede recursal. Ao analisar o contexto probatório estabelecido nos autos, o relator (ou o órgão colegiado) poderá detectar que faltou a produção de uma prova essencial à correta solução do litígio.³² Nesse caso, valendo-se de seus poderes de instrução, o julgador determinará a realização da prova necessária à formação do seu convencimento, o que lhe permitirá julgar adequadamente o mérito do recurso.

31 O direito espanhol admite a produção de prova em segunda instância, em hipótese equivalente à prevista no art. 1.014 do CPC brasileiro. Sobre o tema, confira-se: FENOLL, Jordi Nieva. *Derecho procesal II*. (Proceso Civil). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 318.

32 PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 21ª ed. Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2017, p. 681.

4. Amplitude das provas admitidas em grau recursal

Aspecto que poderia gerar dúvida consiste na identificação de quais meios de prova seriam admissíveis no âmbito recursal.

A prova documental é o meio de prova mais frequente no processo – e, conseqüentemente, no âmbito recursal. Não há dúvida de que a prova documental disponível deverá ser trazida aos autos junto com a petição inicial e com a contestação, desde que indispensáveis à comprovação da admissibilidade da demanda ou da defesa (art. 434)³³. Entendem-se como indispensáveis à propositura da ação aqueles documentos aptos a demonstrar o cumprimento das condições da ação e dos pressupostos processuais.³⁴

Todavia, tem-se aceitado a juntada de documentos a qualquer tempo, inclusive com recurso ou em sede recursal, desde que a fase do procedimento admita, seja observado o contraditório (art. 437, §1º) e não haja má-fé (art. 5º).³⁵

33 A exigência de que a prova documental seja toda produzida na fase postulatória merece temperamentos. Eventualmente alguns documentos indispensáveis poderão estar, por exemplo, em poder da parte contrária (art. 396 do CPC) ou de terceiro (art. 401 do CPC) – hipóteses em que o juiz deverá determinar que sejam trazidos aos autos.

34 STJ, AgInt no REsp 1.608.723/MG, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 25.11.2016; STJ, AgInt no AREsp 879.835/SP, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 14.06.2016.

35 STJ, AgRg no REsp 1.166.670/PB, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 19.05.2011; STJ, REsp 980.191/MS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 10.03.2008. Na doutrina, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III, p. 684.

Mas não há justificativa para apenas a prova documental ser produzida em sede recursal.³⁶ Os amplos poderes probatórios do julgador (art. 370) aliado à amplitude probatória assegurada pelo art. 369³⁷, permitem concluir pela admissibilidade da produção de todos os meios de prova (típicos ou atípicos) em fase recursal.

Disso decorre que, além da prova documental, também serão admissíveis no âmbito do tribunal a realização de inspeção judicial³⁸, de prova oral (testemunhal ou depoimento pessoal), de prova emprestada, de prova pericial etc.

5. Procedimento para a produção de provas em fase recursal

Reconhecida a necessidade da produção da prova na fase recursal, dispõe o art. 938, § 3º que “o relator converterá o julgamento em diligência”.

36 DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 47.

37 Dispõe o art. 369 do CPC: “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”.

38 Dispõe o art. 481 do CPC: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. Admitindo a realização de inspeção judicial em âmbito recursal, confira-se: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de Processo Civil*: tomo IV (arts. 282 a 443). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 502; DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 47-48.

Ao contrário do que se chegou a sustentar à luz do CPC/73, a *conversão do julgamento em diligência* não significa (nunca significou) a necessidade de remessa dos autos à instância inferior para a colheita da prova pelo juiz singular.

Rigorosamente, a “conversão em diligência” significa que o julgamento será suspenso até que seja concluída uma determinada diligência probatória, “que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição” (art. 938, § 3º).³⁹ Após a produção da prova, considerar-se-á concluída a instrução e então o recurso estará pronto para ser julgado.

Muito embora a produção da prova seja mais frequentemente determinada pelo relator (art. 932, inc. I), não seria despropositado cogitar, por exemplo, de que a oitiva da testemunha seja determinada pelo órgão colegiado – órgão esse que, posteriormente, poderia até mesmo promover a oitiva.⁴⁰ Aliás, tal providência seria especialmente congruente com o princípio da oralidade, na perspectiva do subprincípio da imediação, na medida em que a produção da prova seria feita mediante um contato direto com os julgadores que, em seguida, apreciariam o mérito do recurso.⁴¹

39 ASSIS, *Manual...*, p. 441. “Nesse caso, o que a lei quer é que não se anule sentença, nem que se rejeite recurso, diante de instrução incompleta da causa. Integrada a instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, dessa maneira, nova sentença e nova apelação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.024)

40 PALACIO, *Manual...*, p. 682.

41 DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 48.

Reputa-se perfeitamente admissível e compatível com a estrutura dos tribunais (ou turmas recursais) a produção de qualquer meio de prova, cuja produção deverá observar o procedimento previsto em lei, em especial o rigoroso respeito ao contraditório e a admissão de eventual contraprova.⁴²

Por exemplo, as provas orais podem ser colhidas em gabinete pelo relator ou em sessão pelo órgão colegiado⁴³ – inclusive por videoconferência (art. 385, § 3º e art. 453, § 1º); a prova pericial pode ser deferida pelo relator, com a designação de perito para confeccionar laudo técnico e entregá-lo na secretaria da câmara ou turma em determinado prazo; caso haja a necessidade de esclarecimento sobre fato relevante ao julgamento do recurso, o relator poderá valer-se da inspeção judicial, em que haverá participação das partes, e ao final será lavrado auto circunstanciado contendo as constatações relevantes.

Contudo, caso se repute inviável a produção da prova diretamente perante o tribunal, o procedimento mais adequado será valer-se de uma carta de ordem (art. 236, § 2º e art. 237)⁴⁴, por meio da qual o juízo *a quo* promoverá

42 GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA JR., *Execução...*, p. 662.

43 DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 48.

44 Esse é o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves: “O tribunal, nesse caso, expedirá uma carta de ordem para o primeiro grau para a produção de prova oral ou pericial” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 1.529-1.530). Em sentido semelhante: DANTAS, Bruno. Da ordem dos processos no tribunal. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Có-*

a colheita da prova – a exemplo do que ocorre no âmbito da ação rescisória (art. 972).

6. Conclusão

As premissas estabelecidas no decorrer deste artigo permitem concluir que os poderes instrutórios do juiz são inerentes não apenas ao juiz singular, mas a todos os julgadores, independentemente da instância em que oficiem. Disso decorre a admissibilidade da adoção de providências probatórias em sede recursal, de modo a permitir a adequada formação da convicção do julgador para a análise do mérito do recurso.

O relator (ou o colegiado) poderá determinar a produção de qualquer meio de prova (típico ou atípico) no âmbito do próprio tribunal (ou turma recursal), observando-se o procedimento legal para a sua produção, especialmente assegurando o regular contraditório. A expedição de carta de ordem ao juízo *a quo* deve ser compreendida como providência excepcional, destinada àqueles casos em que a produção da prova no âmbito do tribunal revele-se concretamente inviável.

Em qualquer caso, o julgamento do recurso permanecerá suspenso até a conclusão da diligência probatória, quando então o processamento no âmbito do tribunal será retomado para o julgamento do mérito do recurso.

Referências bibliográficas

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. t. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. vol. 1.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

CAMBI, Eduardo; Capítulo XII. Das provas. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 2000.

COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2011.

DANTAS, Bruno. Da ordem dos processos no tribunal. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil* – volume 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13^a ed., Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. 1.

DOUCHY-OUTDOT, Mélina. *Procédure civile*. 5. ed. Paris: Gualino, 2012.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. 1. ed. 1.^a reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, vol. I.

FENOLL, Jordi Nieva. *Derecho procesal II*. (Proceso Civil). Madrid: Marcial Pons, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA, William Santos. Capítulo XII. Das Provas. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La prueba en el Código General del proceso. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata: Platense, 1996.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012.

HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2012.

JEULAND, Emmanuel. *Droit processuel general*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2012.

LEANZA, Piero; BATTISTUZZI, Andrea; BRUNO, Sabrina. CAMINITI, Emanuele; INFANTINO, Daniela. *Le prove civili*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

MASCIOTRA, Mario. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de Processo Civil*: tomo IV (arts. 282 a 443). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodvim, 2016.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 21ª ed. Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2017.

PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012

RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, n. 169, p. 41-50, jan./mar. 1993.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense* n. 247, p. 27-40, Rio de Janeiro, jul./set. 1974.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

THEODORO JR., Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família* n. 3, p. 5-23, Porto Alegre, out./dez. 1999.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*, n. 159, p. 172-197, maio 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, vol. 1.

TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE NEGADA E O PRAZO PARA ADITAMENTO E EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Sandro Marcelo Kozikoski

Doutor em Direito das Relações Sociais - UFPR. Prof. Adjunto de Direito Processual Civil da UFPR. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Coordenador Científico da Pós-Graduação em Direito Processual Civil da ABD-Const. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado sócio Pansieri, Kozikoski & Campos Advogados.

1. A estruturação da tutela provisória no CPC 2015

Sabidamente, o CPC 2015 dispensou um tratamento *unificador* às tutelas *provisórias*, alocando-as no Livro V da Parte Geral, subdividindo a matéria na forma do seu (i) “Título I”, voltado às *prescrições gerais* acerca do tema (arts. 294 a 299); (ii) o “Título II”, com o regramento da *tutela de urgência* (arts. 300 a 310) e, por fim, (iii) o “Título

III” prescrevendo o regime jurídico da *tutela da evidência* (art. 311). Vê-se, portanto, que a tutela provisória é concebida como *gênero* que se ramifica nas espécies das tutelas de urgência e de evidência.

O enquadramento da tutela provisória de urgência ainda repisou a subdivisão entre as vertentes *cautelar* e *antecipada*. Não há que se olvidar, conforme referido em obra coletiva, que “a função da tutela de urgência é neutralizar os possíveis obstáculos que ensejariam perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, causados pela própria duração regular do devido processo judicial”¹.

Frise-se ainda que as modalidades *cautelar* e *antecipada* podem vir a ser pleiteadas e veiculadas em caráter *antecedente* ou *incidental* (CPC 2015, art. 294, parágrafo único). Por outro lado, as tutelas de evidência somente poderão ser concedidas em caráter incidental.

Em que pese agrupadas sob o mesmo *grupo* – leia-se: provimentos de urgência –, as tutelas antecipadas e cautelares não se confundem. Enquanto a modalidade cautelar guarda o propósito de *assegurar* a viabilidade da realização de um direito controvertido, mirando na garantia do resultado útil do processo, a tutela antecipatória visa obter a realização (satisfação) plena

1 **Curso de Processo Civil Completo** / Eduardo Cambi ... [et. al.], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 265.

do direito, com ênfase no resultado². É certo, porém, que o CPC 2015 avançou ao estipular *requisitos comuns* à concessão dos provimentos de urgência³, erigindo a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300, *caput*). Nesse sentido, o Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis assevera que “a redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Atente-se, por fim, a concessão da tutela de evidência (CPC 2015, art. 311) prescinde da comprovação de urgência. Está amparada no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (CF, art. 5º, inc. XXXV).

2 TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 34.

3 “Como se vê, esta é a primeira de muitas disposições do novo Código de Processo Civil que deixam claro que praticamente se adotou um regime jurídico único para as tutelas de urgência. Já não era sem tempo. Isso representa uma clara mudança de foco na lei processual que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, trata da tutela antecipada e da tutela cautelar como tipos distintos, sujeitas a procedimentos e requisitos igualmente distintos” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 97).

2. Forma e momento do requerimento das tutelas provisórias

Como já explicitado, o CPC divide a tutela provisória em suas vertentes de urgência ou evidência, sendo que um dos traços distintivos entre essas diferentes categorias está relacionado ao momento de sua formulação e concessão.

Deste modo, a classificação das tutelas de urgência com sua dicotomia entre antecedentes ou incidentais relaciona-se diretamente ao *momento* em que o pedido principal é formulado. Ou seja, “na tutela de urgência incidental, seja ela cautelar ou antecipada, o provimento pode ser requerido de quatro maneiras, a saber: a) na própria petição inicial; b) em petição simples; c) oralmente, em audiência e/ou sessão de julgamento no tribunal, reduzindo-se a termo, ou d) na petição recursal, ao passo que na tutela de urgência antecedente, o pedido referente à tutela provisória precede ao pedido pertinente à tutela final”⁴.

Assim, preenchidos os requisitos legais, o requerimento de tutela provisória incidental pode ser formulado a qualquer tempo, não se submetendo à preclusão temporal (vide Enunciado 496 do FPPC).

4 **Curso de Processo Civil Completo** / Eduardo Cambi ... [et. al.], p. 266.

3. A tutela antecipada antecedente negada e o prazo para aditamento da petição inicial

Como visto acima, o procedimento da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente está regulamentado nos arts. 303 e 304 do CPC 2015, enquanto o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente está regulamentado nos arts. 305 a 310 do novel diploma processual.

A título comparativo, o CPC 1973 já autorizava a concessão de tutela cautelar em caráter antecedente. Tratadas como medidas *preparatórias*, as cautelares poderiam anteceder a chamada “ação principal”, a qual se atribuía o prazo de 30 (trinta) dias subsequentes para a propositura (CPC 1973, art. 806⁵). A novidade veiculada pelo CPC consiste na possibilidade de concessão da tutela antecipada, de forma autônoma e antecedente, com possibilidade de sua *estabilização* (CPC 2015, art. 304).

Com efeito, o *caput* do art. 303 do CPC dispõe que “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

5 “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”.

Uma vez *concedida* a tutela de urgência *antecipada* na forma *antecedente*, “o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar” (CPC 2015, art. 303, § 1º, inciso I). Conforme prescrição do § 2º do mesmo dispositivo legal, “não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito”. Atente-se, porém, que “o aditamento da petição inicial a que se refere o disposto no art. 303, § 1º, inc. I, do NCPC (...) não se confunde com as hipóteses do art. 321 do NCPC, nas quais a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 do NCPC ou apresenta irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito”⁶.

Por outro lado, apesar de empregar terminologia reputada confusa⁷, o § 6º do referido art. 303 alberga hipótese distinta, prescrevendo que, “caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida

6 **Curso de Processo Civil Completo** / Eduardo Cambi ... [et. al.], p. 287.

7 Cabe o registro de que “não é de todo adequada a nomenclatura adotada pelo Código, ao afirmar, no § 6º do art. 303, que ao autor caberá a emenda da petição inicial, pois tal modalidade de manifestação presta-se a corrigir vícios, enquanto o aditamento acresce à petição inicial novo elemento de fato ou de direito, nada corrigindo” (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 186).

e de o processo ser extinto sem resolução de mérito”. Atente-se que, no caso da concessão da tutela antecipada, o § 1º do art. 303 do CPC faz alusão ao *aditamento* da petição inicial, enquanto que o § 6º do referido dispositivo alude à hipótese de se *emendar* a inicial⁸. Para Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, “a emenda deve ficar reservada àquelas situações em que há algum *defeito* na própria petição, **que pode ser corrigido pelo autor** ou, ainda, naquelas situações em que eventual prova documental não juntada seja *essencial* ao deferimento do pleito. De resto, quanto à demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para o deferimento da tutela provisória, o autor poderá valer-se da prova documental na ‘petição inicial’ e, eventualmente, da prova oral em audiência de justificação”⁹.

8 “Portanto, aditar (CPC, art. 303, § 1º, I) não é o mesmo que emendar (CPC, art. 303, § 6º). No primeiro caso, o autor aditará a petição inicial com o pedido de tutela final, complementando sua argumentação e juntando novas provas, podendo o juiz conceder prazo maior do que 15 dias para tanto. No segundo caso, o autor ainda dentro da tutela sumária, ou seja, no caráter antecedente da tutela antecipada, emendará a petição inicial com novas provas e argumentos, para convencer o juiz da existência dos elementos para a concessão da tutela provisória liminar satisfativa” (DONEL, Pedro Roberto. **Solução liminar do processo: teoria e prática da estabilização da tutela provisória satisfativa**, Florianópolis, Empório do Direito, 2017. p. 79).

9 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 509.

Ainda para reforçar as diferenças que se colocam entre o tratamento dispensado à hipótese de *aditamento* aplicável aos casos de provimento concessivo da tutela antecipada antecedente, oportuno salientar que o prazo disponibilizado para o autor será de 15 (quinze) dias (CPC 2015, art. 303, § 1º, inc. I), enquanto que, para a hipótese de *indeferimento* do pleito antecipatório está reservado prazo inferior de apenas 05 (cinco) dias para a *emenda* (CPC 2015, art. 303, § 6º), em flagrante quebra da isonomia¹⁰.

Portanto, naquilo que concerne com o objeto do presente ensaio, oportuno realçar que “não existindo elementos para concessão da tutela pleiteada, o autor deverá emendar a petição inicial no prazo de 5 dias (CPC/2015, art. 303, § 6º)”¹¹. Trata-se da oportunização para que o autor venha a emendar sua petição. Contudo, o legislador não

10 “Em caso de concessão da tutela requerida, o prazo de aditamento será de 15 dias ou outro maior que o juiz fixar. Por outro lado, indeferida a tutela antecipada, o prazo de emenda seria de cinco dias (art. 303, § 6º), em um tratamento não isonômico diante de situações semelhantes, já que haveria a previsão legal da necessidade de complementação da petição inicial, tanto no caso de deferimento quanto de indeferimento da tutela de urgência requerida. Poder-se-ia, até mesmo, se afirmar que, diante do indeferimento, a necessidade de complementação seria maior, já que o requerente não conseguiu, em um primeiro momento, demonstrar ao juízo a presença dos requisitos para a concessão da medida, necessitando complementar. Melhor seria a redação do novo diploma, portanto, se o prazo fosse idêntico, diante tanto da concessão quanto da negativa de tutela de urgência” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; e, SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC 2015 comparada às previsões do CPC/1973. In **Revista de Processo**, n. 257, a. 41, julho 2016. p. 165/166).

11 ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. Cit., p. 186.

foi categórico em prescrever as consequências práticas do *indeferimento* do pedido de tutela antecipada antecedente.

Em última análise, o § 6º do CPC 2015 não faz alusão à hipótese de interposição de agravo de instrumento em face da decisão interlocutória que venha a *negar* o pleito de tutela provisória de urgência antecipada, o que é expressamente autorizado pelo permissivo do inciso I do art. 1.015 do CPC 2015. Parece certo concluir, de qualquer sorte, que a interposição de agravo de instrumento em face da decisão denegatória da tutela antecipada não afasta o ônus de se emendar a inicial.

Logo, a tarefa que se impõe é concatenar o procedimento prescrito pelo § 6º do referido art. 303 do CPC 2015 – relativamente à imposição para que o autor emende sua petição inicial –, com a interposição do agravo de instrumento por parte do interessado e dos eventuais desdobramentos da matéria em sede recursal.

É certo que o manuseio do agravo de instrumento poderá resultar na concessão da antecipação da tutela recursal (CPC 2015, art. 1.019, inciso I), sobrestando os efeitos da decisão *denegatória* da tutela antecipada que, simultaneamente, tenha oportunizado ao autor o pedido de aditamento da inicial. Em tal situação, sobrevindo julgamento de mérito do agravo de instrumento e confirmação do provimento monocrático veiculado com base no art. 1.019, I, do CPC 2015¹², pode-se cogitar do *efeito expansivo* em ma-

12 “Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído

téria recursal, com possibilidades de *anulação* da decisão agravada e alcance de outros atos processuais que tenham sido praticados em primeira instância, a partir da decisão que venha a *denegar* a tutela antecipada. Além disso, não se pode descartar ainda a possibilidade de *juízo de retratação* positivo realizado pelo juízo de 1º grau (CPC, art. 1.018, § 1º) a partir da notícia da interposição do agravo de instrumento manejado em face da decisão denegatória da tutela antecipada antecedente.

Portanto, não se pode descartar a hipótese do autor manejar o competente agravo de instrumento em face da decisão *denegatória* da tutela antecipada antecedente, obtendo, em análise preliminar do relator, a medida de urgência pleiteada, sem olvidar ainda para a concessão do provimento final pelo órgão colegial que vier a apreciar o mencionado recurso. Pode-se discutir, inclusive, nesse último cenário, se essa decisão colegial é hábil a alcançar a *estabilização* prescrita pelo *caput* do art. 304 do CPC¹³.

imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (...).”

13 Não por outra razão, Eduardo Lamy e Fernando Vieira Luiz conjecturam com a hipótese em questão: “Surge, também, a questão da tutela antecipada deferida somente em segundo grau de jurisdição. Imagine-se o caso em que o interessado requereu a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente e o magistrado, não vislumbrando qualquer hipótese de cabimento, indefere a medida e determina a emenda da inicial (art. 306, § 6º, do NCPC). Irresignado, o autor maneja o competente agravo de instrumento e, em análise preliminar, o relator designado concede a medida pleiteada (art. 1.019, I, do NCPC), ou, mesmo que não a defira *in*

Não se trata de mera conjectura acadêmica, pois, ao conhecer de agravo de instrumento manejado em face de decisão interlocutória que negou pleito liminar em jurisdição voluntária, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou que, não havendo o recurso subsequente, eventualmente cabível contra os provimentos monocráticos (CPC 2015, art. 1.021), dar-se-ia a técnica de estabilização prescrita no art. 304 do CPC 2015 diretamente na esfera recursal¹⁴. É certo, contudo, que a orientação em questão foi extraída a partir das peculiaridades do caso concreto,

limine, a Câmara reforma a decisão do juízo *a quo*, atendendo à pretensão do autor. Diante de tal cenário, qual a possibilidade destas decisões - monocrática ou do colegiado - conquistar a estabilização e qual o caminho que o réu deve percorrer para evitar sua ocorrência? Esta é uma resposta que ainda carece de maior amadurecimento no âmbito doutrinário e que a prática vindoura terá que enfrentar, diante do surgimento de casos específicos. Aparenta, por um lado, que o regramento do Novo Código de Processo Civil quis fazer menção exclusivamente no procedimento perante o primeiro grau de jurisdição, não se preocupando, para efeito de estabilização, de qualquer atividade de cortes de segundo grau ou superiores”(LAMY, Eduardo; e, LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo código de processo civil. *In Revista de Processo*, n. 260, a. 41, outubro 2016. p. 117).

14 O voto do relator foi redigido nos seguintes termos: “Deste modo, proponho à douta Turma Julgadora que se reforme a r. decisão de origem, deferindo-se o que pleiteia o recorrente, não pelo enfrentamento direto do *meritum causae*, mas mediante o mecanismo do art. 304 em tela e seus §§: vale dizer, por meu voto fica deferida aos agravantes tutela antecipada satisfativa consistente no cancelamento das cláusulas restritivas, sendo certo que, não sobrevivendo recurso contra o acórdão que consubstanciar o julgamento, **estabilizar-se-á a antecipação**, tornando-se **definitiva** a decisão do Tribunal” (TJSP – Agravo de instrumento n. 2252486-22.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 18.07.2017).

em que se veiculava pedido de tutela provisória em sede de jurisdição voluntária. Assim, com a devida ressalva, quer-se acreditar que a hipótese de *estabilização* da tutela antecipada em grau recursal ainda estará sujeita a um certo amadurecimento dogmático e jurisprudencial.

4. Conclusões

Como visto acima, a tarefa que se impõe é concatenar o procedimento prescrito pelo § 6º do referido art. 303 do CPC 2015 – relativamente à imposição para que o autor *emende* sua petição inicial caso o órgão julgador não vislumbre elementos necessários para a concessão da tutela antecipada - com a interposição do agravo de instrumento por parte deste interessado e dos eventuais desdobramentos da matéria em sede recursal.

Portanto, ao menos no caso em que o Tribunal venha a conceder efeito suspensivo à decisão agravada, com a posterior cassação do provimento denegatório alinhado com a regra do § 6º do referido art. 303 do CPC 2015, parece indisputável que, ato contínuo, se aplique o disposto no § 1º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, oportunizando-se ao autor o *aditamento* da petição inicial, complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

Por fim, é de se concluir que a interposição de agravo de instrumento em face da decisão *denegatória* da tutela antecipada pelo juízo *a quo* não afasta o ônus

de se emendar a inicial (CPC 2015, art. 303, § 6º), ressaltando-se apenas a hipótese de concessão de efeito suspensivo à decisão agravada.

Bibliografia.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

Curso de Processo Civil Completo / Eduardo Cambi ... [et. al.], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DONEL, Pedro Roberto. **Solução liminar do processo: teoria e prática da estabilização da tutela provisória satisfativa**, Florianópolis, Empório do Direito, 2017.

LAMY, Eduardo; e, LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo código de processo civil. *In* **Revista de Processo**, n. 260, a. 41, outubro 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; e, SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC 2015 comparada às previsões do CPC/1973. *In* **Revista de Processo**, n. 257, a. 41, julho 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento n. 2252486-22.2015.8.26.0000. Relator Des. Cesar Ciampolini. Julgamento: 18.07.2017. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MÉTODOS OU TRATAMENTOS ADEQUADOS DE CONFLITOS?¹

Rodrigo Mazzei

Pós-doutorado (UFES), Doutor (FADISP) e Mestre (PUC/SC) Professor da UFES (graduação e mestrado) Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia (OAB/ES) Vice Presidente do Instituto dos Advogados do Espírito Santo (IAEES) Professor coordenador do Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional (NEAPI-UFES)

Bárbara Seccato Ruis Chagas

Mestranda pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) Membro do Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional (NEAPI-UFES) Diretora temática da Escola Superior da Advocacia (OAB/ES); Métodos adequados de resolução de conflitos

1 Trabalho elaborado a partir de reflexões desenvolvidas no Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional (NEAPI) e no Programa de Pós-graduação em Direito, ambos da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

1. Os contornos do ensaio

Preliminarmente, deve-se alertar que o presente texto há de ser visto como um ensaio, isto é, uma apresentação inicial para ponderações.

O mote da pesquisa consiste em instigar a reflexão acerca da noção prevalecente quanto às *formas de resolução do conflito* e seus respectivos *métodos*, corriqueiramente vinculados ao eixo da jurisdição estatal. A postura denunciada – ainda que de forma involuntária - acaba sendo nociva à junção de conceitos fundamentais ao tema. Mais grave ainda, impede a correta interpretação, recepção e diálogo de questões que, por vezes, são tratadas de forma isolada, como é o caso da análise do *acesso à justiça*.

Para tanto, lançamos a seguinte indagação em relação aos conflitos: deve se mirar nos métodos de resolução ou na forma que devem ser trados?

2. Abertura do debate

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015), embora seja fruto de processo de *recodificação*² inova em relação ao diploma revogado em diversos

2 *Recodificação*, ao revés da *descodificação*, implica em reconhecer a importância do código anterior, de modo que a retirada do código não se dá sem abrir mão da manutenção da organização do direito pelo meio da *codificação*. De todo modo, é importante assinalar que ao se optar pela *recodificação*, faz-se a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Na verdade, a *recodificação* é compatível com a preservação das disposições do texto revogado,

sentidos, tais como a consagração de princípios constitucionais como do contraditório (que se desdobra na participação, na vedação da decisão surpresa, entre outros), a maior autonomia das partes no âmbito processual (a par da previsão de negócios jurídicos processuais atípicos), a inserção de sistema de precedentes (cujas repercussões podem ser lançadas em extensão normativa e que altera o próprio exercício argumentativo dos profissionais do direito, notadamente para os advogados) e a previsão de quadro de ampla sanabilidade dos atos processuais (com objetivo de alcançar a sentença de mérito).

Sem prejuízo dos temas acima e outros de grande relevância, há questão de fundo constitucional que ganha novos contornos e novas forças com CC/15, cuja análise é

ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na *recodificação* o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em diálogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio as posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a recodificação tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16). Tratando do processo de *recodificação* (ainda que com olhos para o CC/02), com análise mais ampla e nuances, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

capital ao presente ensaio. Referimo-nos, como já anunciado brevemente, no acesso à justiça, ou, como preferimos nomear, o *tratamento de conflitos*. Explica-se:

A Constituição Federal traz em seu preâmbulo os elementos que designam os nortes interpretativos do texto constitucional. No texto de 1988, consta como compromisso da sociedade brasileira, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias³. Após esta introdução, no artigo 5º, inciso XXXV, tem-se o denominado *princípio do acesso à justiça*, ou seja, a garantia de que todos os cidadãos devem ter o direito de dispor de meios de tratar suas controvérsias. Neste íterim, deve-se notar que o mesmo dispositivo constitucional também é utilizado como fundamento do princípio denominado inafastabilidade do Judiciário. Tal contexto faz com que as noções de acesso à justiça e da inafastabilidade do Poder Judiciário sejam examinadas como um dueto indissolúvel, como irmãos siameses, situação que se afigura como falsa.

Com efeito, não se trata de mero acaso, pois, historicamente, atribui-se ao Poder Judiciário o ⁴monopólio da – que

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

4 No sentido, com visão ampla do problema e fechando a análise na atua-

se convencionou denominar – justiça. Assim, construiu-se a cultura de que “solucionar conflitos” e acessar o Judiciário fossem sinônimos entre si, e estes fossem equivalentes a obter justiça. Contudo, a estruturação do processo jurisdicional numa lógica combativa não só foi incapaz de tratar os conflitos apresentados pela sociedade⁵, como também contribuiu para ampliar a litigiosidade do ordenamento pátrio.

Nesse contexto, a partir da década de 1990, outros mecanismos surgem no debate jurídico como forma de cumprir a função do direito de pacificação social. Em 1995, a Lei Federal nº 9.099 traz a figura dos juizados especiais e, neles, a determinação para realizar audiências de conciliação. Posteriormente, em 1996, a Lei Federal nº 9.307 consolida a arbitragem como via jurisdicional privada no direito brasileiro, sobretudo após o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a constitucionalidade da legislação, em 2001⁶.

Avançando-se para a virada da primeira década do segundo milênio, a Resolução nº 125/10 do Conselho Na-

ção dos profissionais do direito, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

5 “O modelo tradicional oferecido pelo Judiciário para resolver conflitos é insuficiente diante da complexidade dos conflitos e das inúmeras expectativas das partes. A resposta ao acesso à Justiça é de ser plural, sobretudo resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si”. SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 38.

6 Processo de Homologação de Sentença Estrangeira SE 5.206-Espanha (AgRg), Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.

cional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse. Após, em 2015 três leis mereceram destaque – a Lei Federal nº 13.129, que atualizou a Lei de Arbitragem; a Lei Federal nº 13.104, popularmente conhecida como Lei de Mediação; e a Lei Federal nº 13.105, o novo Código de Processo Civil.

Nota-se, pois, considerável ampliação da visibilidade do tratamento de conflitos desde a promulgação da Constituição de 1988, sobretudo nesta década. Contudo, apesar da riqueza e diversidade normativa apresentada, o debate sobre o tema ainda precisa ser aprofundado, sobretudo para que essas ferramentas não sejam contaminadas pela lógica belicosa do processo civil até então. Nesse sentido, alguns termos e conceitos básicos precisam ser delineados.

3. Nomenclatura, conceitos e classificações

3.1 Métodos: alternativos, consensuais, extrajudiciais, adequados...

Quando se fala em lidar com conflitos de maneira diversa do processo jurisdicional litigioso, a nomenclatura surge como uma questão importante. Na doutrina, a variedade de termos apresenta-se riquíssima: desde o mais conhecido dos nomes – métodos alternativos de resolução de conflitos – até outros menos convencionais, como substitutos jurisdicionais, mecanismos consensuais de solução de controvérsias, mecanismos extrajudiciais, etc. Cabe, por-

tanto, uma breve análise sobre os termos mais comumente usados, a fim de buscar um maior rigor linguístico.

Primeiramente, o termo métodos alternativos de resolução de conflitos ganhou forças por ser justamente uma tradução do inglês *alternative dispute resolution*, que assume a sigla *ADR*. Conforme definição do *New York State Unified Court System*, a expressão “refere-se a uma variedade de processos destinados a auxiliar as partes a resolverem disputas sem um julgamento” e “incluem mediação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro e práticas colaborativas”⁷.

Apesar de a definição do termo atender ao tema que se busca estudar, a tradução literal para *alternativos* não se mostrou suficiente para o direito brasileiro. No Brasil, a ideia de alternativas constrói-se a partir da noção de uma via principal – no caso, o processo civil do Judiciário seria esta, enquanto a arbitragem, a mediação, a negociação e tantos outros instrumentos seriam vias secundárias. Logo, a expressão adquiriu uma conotação negativa, pois permite a interpretação de que tais mecanismos sejam segundas opções, ou seja, inferiores à via litigiosa jurisdicional.

Diante dessa reflexão, outros termos surgiram – dois comumente encontrados na doutrina são *métodos extrajudiciais* ou *consensuais de resolução de conflitos*.

7 “Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties resolve disputes without a trial. Typical ADR processes include mediation, arbitration, neutral evaluation, and collaborative law”. Disponível em <https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, acesso em 10.01.2017.

“Extrajudicial”, considerando a origem do prefixo latino *extra*, representa aquilo que está em posição exterior ao Judiciário. A insuficiência do termo tornou-se mais evidente com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação: ambas as leis expressamente preveem a realização de sessões de mediação e/ou conciliação no curso do processo judicial⁸, além de determinar também requisitos para credenciamento de conciliadores e mediadores *judiciais*⁹. Em acréscimo, a Resolução nº 125/2010 do CNJ prevê o emprego da conciliação e mediação justamente como políticas *judiciárias*. Portanto, o termo métodos extrajudiciais de solução de controvérsias não atende ao objeto que ora se estuda, tendo em vista que estes não são excludentes em relação ao Judiciário, podendo ocorrer tanto dentro, quanto fora do Poder estatal.¹⁰

8 A mediação judicial encontra-se disciplinada pelo artigo 24 e seguintes da Lei Federal nº 13.140/2015 e pelo artigo 334 da Lei Federal nº 13.105/2015.

9 A atuação, os requisitos para formação e credenciamento dos conciliadores e mediadores judiciais encontram-se nos artigos 11 a 13 da Lei Federal nº 13.140/2015 e no artigo 165 e seguintes da Lei Federal nº 13.105/2015.

10 Note-se, no sentido, o resultado da I Jornada de “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” (destacamos), realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Com efeito, apesar de o encontro estar vinculado - ao menos no seu título - à solução extrajudicial, temas que envolvem questões já postas ao Poder Judiciário foram alvo de exame, consoante pode se extrair de alguns enunciados, confirmam-se alguns exemplos: Enunciado nº 16: “O magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convidar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação extrajudicial, quando entender que o conflito será adequadamente solucionado por essa forma”; Enunciado nº 21 “É facultado ao magistrado, em colaboração com as partes, suspender o processo judicial enquanto é realizada a mediação,

Métodos “consensuais”, a seu turno, também não representa um erro propriamente dito, mas sim uma insuficiência para abranger o que se pretende analisar. No Brasil, atualmente, ao se tratar de soluções de conflitos, mencionam-se três mecanismos principais: a mediação, a conciliação e a arbitragem¹¹. Na mediação e na conciliação, como será melhor detalhado em tópico posterior deste ensaio, há um terceiro facilitador – mediador ou conciliador -, mas a decisão final dá-se pelas próprias partes; na arbitragem, de outro giro, existe a figura do árbitro, ou tribunal arbitral, que decidirá a causa definitivamente, de maneira adjudicada. Portanto, utilizar o termo *consensual* (ou *consesuais*, em seu plural) seria designar como alvo de estudo apenas mediação e conciliação, e excluir o método da arbitragem, que não é a intenção do ensaio.

conforme o art. 313, II, do Código de Processo Civil, salvo se houver previsão contratual de cláusula de mediação com termo ou condição, situação em que o processo deverá permanecer suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição, nos termos do art. 23 da Lei n.13.140/2015”; Enunciado nº 39: “A previsão de suspensão do processo para que as partes se submetam à mediação extrajudicial deverá atender ao disposto no § 2º do art. 334 da Lei Processual, podendo o prazo ser prorrogado no caso de consenso das partes”. A análise da exemplificação acima apresentada, pois, evidencia que a solução extrajudicial de controvérsias demonstra-se inadequada, ou, no mínimo, insuficiente, pois deságua em questões concernentes a litígios já postos ao Poder Judiciário.

11 Inegavelmente, há uma variedade ampla de outras ferramentas disponíveis, tanto para estudo quanto para prática, também tomando lugar no direito brasileiro, tais como as teorias de negociação, avaliação de terceiro neutro, *ombudsman*, práticas colaborativas, etc. Contudo, por uma questão de corte e praticidade metodológicos, identificaram-se, neste parágrafo, os mecanismos expressamente mencionados pelas leis brasileiras.

A partir dessas reflexões e refinamentos linguísticos, propõe-se uma outra nomenclatura: tratamento adequado de conflitos.

3.2 Tratamento adequado de conflitos

No tópico anterior, refletiu-se sobre o vocábulo que acompanha o termo “métodos” ou “mecanismos” e pôde-se concluir pela impropriedade ou insuficiência de “consensuais”, “extrajudiciais” e “alternativos”. Não obstante, apresenta-se, ainda, um terceiro elemento, após essas expressões – *solução* ou *resolução* de conflitos – igualmente merecedor de atenção.

A ideia de solucionar ou resolver conflitos vincula-se à função do direito de pacificador social. Todavia, a paz social não deve, nem pode ser confundida como ausência de conflitos: conforme destaca Jean-Marie Muller, *o homem é essencialmente um ser relacional* e, por isso, *o conflito é elemento estrutural de toda vida social*¹². Desta forma, o direito deve buscar não o fim dos conflitos, mas sim extrair o que há de positivo em tais confrontos que, na verdade, representam enorme relevância para movimentar – no sentido mesmo de retirar da inércia – a sociedade¹³.

12 O Princípio da Não-violência. São Paulo: Palas Athena, 2007, pp. 18-20.

13 “Assim como o universo precisa de “amor e ódio”, isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenha uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas

Portanto, não se busca resolver ou solucionar o conflito, no sentido de extingui-lo, mas sim tratá-lo, para dele obter o seu máximo de positivo para a sociedade¹⁴.

Ademais, a expressão *tratamento adequado* viabiliza outra percepção: os diversos mecanismos existentes – negociação, conciliação, mediação, arbitragem – apresentam nuances e peculiaridades e, por isso, são mais, ou menos, recomendados a determinados conflitos. Afinal, como destacado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro (...) conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes” e, por isso, defendem a necessidade de “correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”¹⁵.

discordâncias não são absolutamente meras deficiências sociológicas, ou exemplos negativos. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas das forças sociais positivas e apenas na medida em que aqueles fatos negativos não atrapalhem. Esta concepção comum é bem superficial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação, que se manifestam desse modo como inteiramente positivas”. SIMMEL, Georg. Sociologia. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983, p. 124.

14 “Em uma perspectiva interdisciplinar, tem-se que o conflito é salutar para o crescimento e o desenvolvimento da personalidade por gerar vivências e experiências valiosas para o indivíduo em seu ciclo de vida. Revela-se importante a noção de “transformação do conflito”: sendo o conflito constituído pela percepção da relação vivida, alterar o modo de visualizar os fatos reputados controvertidos pode gerar uma mudança de comportamento e, com isso, repercutir no andamento da controvérsia, transformando-a em uma nova experiência”. TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 14-15.

15 *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto

Por exemplo, como evidenciado pelo próprio legislador pátrio nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do CPC/15¹⁶, recomenda-se a conciliação para situações em que não há relação prévia entre as partes, enquanto a mediação se propõe para as hipóteses em que se verifica relação anterior.

Não se trata de recomendação arbitrária, mas sim consciente dos propósitos e procedimentos desses mecanismos: a conciliação tem um terceiro imparcial mais incisivo, que pode sugerir propostas e tem como objetivo chegar a um acordo; a mediação, por outro lado, tem no mediador a figura de um facilitador cujo objetivo consiste em restabelecer o diálogo, sendo o acordo uma meta secundária. Para considerar também a arbitragem, esta tem como principais características a excelência técnica – pela possibilidade de escolha de *experts* como árbitros – e a celeridade, ainda que, como contrapartida, apresente um custo mais elevado;

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

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

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

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

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

logo, mais indicada para aqueles litígios que demandem rapidez e conhecimento específico em determinada área.

A distinção das diversas ferramentas disponíveis para lidar com os conflitos apresenta-se relevante didaticamente, para não apenas se compreender cada uma delas, mas também aprofundar e aprimorar os conhecimentos. Todavia, em que pese essa relevância da classificação, os diversos métodos podem também ser conjugados e aplicados a uma mesma contenda: é o que se observa, a título exemplificativo, nas cláusulas escalonadas, muito comuns no formato med-arb, ou seja, em que as partes estipulam como primeiro passo, diante de um conflito, a tentativa de mediação e, caso não resulte em acordo, só então será tentada a arbitragem¹⁷.

As conjugações mostram-se, muitas vezes, benéficas, pois pode explorar as melhores qualidades de cada um dos métodos - no exemplo citado, a mediação, por mais que não resulte em acordo, pode melhorar enormemente o diálogo das partes que, apesar de necessitarem, posteriormente, de uma arbitragem, poderão utilizar o procedimento arbitram de maneira muito mais otimizada, tendo em vista que instaurado um ambiente de cooperação efetiva.

Nesse contexto, portanto, insere-se a expressão *tratamento adequado de conflitos*. Além de contemplar os diversos mecanismos – arbitragem, mediação, conciliação, negociação – considerando suas peculiaridades, não incor-

17 Sobre o tema, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

re no equívoco de tentar extirpar o conflito, e também permite visualizar a conjugação dessas ferramentas.

3.3 Hetero e autocomposição

Os métodos de tratamento adequado de conflitos podem ser classificados em heterocompositivos e autocompositivos. Heterocomposição, como o prefixo *hetero*, “outro”, sugere, ocorre quando há o envolvimento de um terceiro, estranho e imparcial às partes, para decidir a causa. Na autocomposição, por sua vez, como a nomenclatura também indica – *auto*, “mesmo” –, são as próprias partes que decidirão a causa.¹⁸

Utilizando os mecanismos mencionados no presente ensaio para aplicar a classificação ora apresentada, temos como heterocomposição a arbitragem¹⁹, enquanto negociação, conciliação e mediação são autocompositivas²⁰. Nes-

18 Sobre a mediação e conciliação CPC/15, entre vários, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 165-175. In Novo Código de Processo Civil anotado e comoparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203-215.

19 Situação que gera a possibilidade, inclusive, de diálogo entre a arbitragem e os negócios jurídicos processuais. No sentido: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 521-539.

20 Há, inclusive, no CPC de 2015, alguma confusão consoante pode se verificar do art. 359, que trata a arbitragem como uma espécie de *autocomposição* (art. 357- Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem). No sentido, com crítica a redação legal, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago

te ínterim, fundamental notar que não é simplesmente a presença de um terceiro o que determina a classificação do método, mas sim a forma de sua atuação: à exceção da negociação, em que as partes dialogam diretamente, auxiliadas, ou não, por seus respectivos advogados, mediação, conciliação e arbitragem apresentam todas a figura de um terceiro – o mediador, o conciliador ou o árbitro.

Contudo, a forma de atuação deste terceiro apresenta-se distinta em cada um dos procedimentos. O mediador representa apenas um facilitador do diálogo – a partir de técnicas como escuta ativa, paráfrases, rephraseamento, delimitação de tempo e regras de fala, executará a função de restabelecer a comunicação entre as partes, sem decidir ou opinar sobre o conflito propriamente dito. Logo, na mediação, há autocomposição pois, quanto à decisão, prevalece a vontade própria das partes.

O conciliador, por seu turno, pode-se valer também de técnicas próprias para buscar a comunicação das partes, mas, como busca primordialmente o acordo, terá liberdade para apresentar propostas e alternativas para a realização de um acordo. Não obstante, a decisão sobre realizar, ou não, o acordo, bem como a definição de seus termos, ou seja, o resultado da conciliação também é definido propriamente pelas partes, caracterizando-se, portanto, como ferramenta autocompositiva.

Figueiredo. In *Código de Processo Civil Comentado*. Helder Moroni Câmara (coord). São Paulo: Almedina, 2016, p. 537.

O árbitro, em contrapartida, utilizando as palavras do legislador pátrio, é *juiz de fato e de direito*²¹. Desta forma, o juiz arbitral é eleito pelas partes, porém, a partir dessa eleição, assume a função de presidir o procedimento e proferir o julgamento do litígio, de maneira adjudicada. Assim, como a decisão não é tomada pelas partes, mas sim imposta por um *outro*, o árbitro, tem-se a heterocomposição.

Estabelecidos os conceitos e as nomenclaturas basilares de estudo, cabe analisar como o CPC/15 pode contribuir para o desenvolvimento de uma nova cultura jurídica.

4. Uma nova cultura²²: a relevância da audiência do Art. 334 Do CPC/15

4.1 As normas fundamentais de processo civil e os novos contornos do acesso à justiça

Dentre as inovações apresentadas no novo Código de Processo Civil, a primeira, por ordem topográfica, consiste na inauguração do diploma por uma Parte Geral, com um capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil. Apesar de algumas críticas quanto à inserção

21 Art. 18 da Lei Federal nº 9.307/96.

22 Ao e falar em nova cultura não se pode distanciar da postura dos atores processuais, entre os quais estão os advogados, os juízes, o Ministério Público e os auxiliares do juízo. Com visão ampla, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

de princípios constitucionais na legislação processual, os doze primeiros artigos do CPC/15 cumprem o papel de integrar o processo civil à ordem constitucional, concretizando-a, e também ilumina os demais ramos processuais. Nesse contexto, acerca do tema estudado, merece destaque o artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

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

Como se pode notar, há uma alusão ao inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Conforme mencionado previamente, esse dispositivo constitucional vincula-se a dois pilares do processo e do Estado de Direito: o acesso à Justiça e a inafastabilidade do Judiciário.

Neste ínterim, deve-se destacar uma análise topológica mais detida do artigo 3º. A leitura da cabeça de um artigo e de seus respectivos parágrafos deve ser feita de tal maneira que o *caput* oriente o restante do texto, para que o artigo, como um todo, seja coerente e coeso. Assim,

o *caput* apresenta a perspectiva do acesso à justiça e os três parágrafos funcionam como verdadeiros desmembramentos deste princípio.

Primeiramente, ao mencionar, no *caput* do artigo 3º, apreciação *jurisdicional*, e não “do Poder Judiciário”, e com o reforço do § 1º, o CPC/15 consolida o entendimento já manifestado pela doutrina e pelos tribunais superiores de que a arbitragem também é jurisdição. Em segundo lugar, cumprindo a orientação do preâmbulo constitucional, o § 2º destaca que o Estado deve realizar sua função de promotor da paz e da justiça não apenas pela via judicial, muito menos restringir a via judicial a um método combativo e violento²³.

Finalmente, no § 3º, resta evidente que a função de promover a paz deve ser dos mais variados agentes, e nos mais variados espaços – é o que se lê pela interpretação inversa da expressão “inclusive no curso do processo judicial”. Ou seja, os mecanismos de tratamento de conflitos devem ser estimulados o mais amplamente possível e, caso ainda assim a controvérsia chegue ao Judiciário, este também não deve se apresentar como um campo de batalha, excessivamente belicoso, mas sim como mais um espaço em que se deve buscar a pacificação.

23 Refletindo sobre o tema, Carlos Eduardo Vasconcelos: “as atuais inovações do CPC resgatam, portanto, uma dívida histórica do direito processual civil para com a Constituição da República. A supervalorização de processos de ganha-perde, com ênfase para as particularidades formais, hipertrofiava os mecanismos adjudicatórios e aviltava as possibilidades dos métodos autocompositivos”. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 86.

Destarte, notam-se algumas lições essenciais:

- (1) não há jurisdição apenas no âmbito do processo do Judiciário, mas também no processo arbitral;
- (2) o Estado, que tem por função de buscar a paz e a justiça, não deve promovê-las apenas no processo jurisdicional, mas também por outros meios²⁴; e
- (3) o estímulo ao tratamento consensual das controvérsias deve ocorrer pelos mais diversos atores e nos mais diversos ambientes, dentro ou fora do processo judicial.

Portanto, a redação do artigo 3º do CPC/15 não busca simplesmente reproduzir o princípio constitucional do acesso à Justiça²⁵. Na verdade, considerando o momento histórico e democrático em que o Código se insere, o dispositivo cumpre o papel de evidenciar os novos contornos que o acesso à justiça – ou acesso à paz – assume e deve

24 Sobre o tema, Fernanda Tartuce: “É fato que o processo, sozinho, jamais será instrumento suficiente para dar cabo de todos os conflitos sociais. Assim, cresce a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante considerar se a pacificação decorreu de atividade do Estado ou por outros meios eficientes”. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

25 “Os §§ 2º e 3º consubstanciam o cerne da mudança de paradigma do processo civil brasileiro. Os métodos consensuais saíram daquela situação subalterna, aviltada, intuitiva, estigmatizada, como eram praticados sob o paradigma formalista do CPC anterior, para a condição de instrumentos do princípio da promoção da paz, ou da pacificação, tal como lhes reservara, implicitamente, a Constituição Federal de 1988”. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 87.

assumir no ordenamento jurídico pátrio²⁶. Exerce, pois, não só uma função pedagógica, de discriminar os desdobramentos do acesso à justiça, mas também um mote programático, no sentido de apresentar como meta ao Estado e aos atores processuais a promoção de um tratamento adequado de conflitos²⁷.

Nesta toada da função pedagógica do CPC/15, outro tema ganha especial relevo para o desenvolvimento de uma cultura de tratamento adequado de conflitos – a audiência de mediação ou conciliação, prevista no artigo 334.

26 “Percebe-se, assim, a necessidade de uma nova mentalidade. Ao se defrontar com uma controvérsia, devem o jurisdicionado, o gestor do sistema de justiça e o operador do Direito considerar, em termos amplos, qual é a melhor forma de tratá-lo, cotejando não apenas as medidas judiciais cabíveis, mas concebendo também outros meios disponíveis para abordar a controvérsia, especialmente ante a possibilidade de superar resistências e obter algum tipo de consenso entre os envolvidos no conflito (ainda que sobre parte da controvérsia)”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 128.

27 Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça apresenta-se como pedra de toque da processualística: “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 5.

4.2 A audiência “obrigatória” de mediação ou conciliação do artigo 334

O *caput* do artigo 334 do CPC/15 dispõe o seguinte:

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.

Nota-se, desde logo, a relevância dada ao tratamento de conflitos pelo legislador: a primeira audiência a ser realizada no procedimento comum é justamente de mediação ou conciliação. Deve-se, no entanto, antecipar uma observação para evitar confusões, qual seja, ao mencionar “conciliação ou mediação”, de modo algum deve-se pensar que são sinônimos²⁸. Como visto anteriormente, cada um dos métodos apresenta peculiaridades e nuances próprias e, por isso, são mais ou menos adequadas para determinados conflitos, de modo que caberá ao juiz, ao designar o agendamento da audiência, definir também se considera pertinente a realização de mediação ou conciliação, a considerar as características do litígio.

Desde a promulgação da Lei Federal nº 13.105/2015, essa audiência do artigo 334 ganhou a alcunha de audiência

28 No sentido, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 165-175. In Novo Código de Processo Civil anotado e comoparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203-215.

obrigatória de conciliação ou mediação. A alegada obrigatoriedade fundamenta-se nas hipóteses bastante restritas para sua não-realização, quais sejam, (a) se ambas as partes manifestarem desinteresse ou (b) quando não se admitir autocomposição²⁹. Ainda, esta suposta obrigatoriedade sofreu críticas doutrinárias, porque feriria um dos princípios basilares da mediação e da conciliação, o princípio da autonomia da vontade.

Quanto à “obrigatoriedade”, não há dúvidas de que a adjetivação merece aspas, uma vez que o § 4º do artigo 334 prevê expressamente quando não será realizada. Quanto a obrigar uma das partes a participar da audiência e o princípio da autonomia da vontade, deve-se realizar reflexão mais detida.

Em primeiro lugar, a “*obrigação*” (= *dever processual*) é de comparecer à audiência e, com isso, conhecer a mediação ou a conciliação. Por outro giro, não se exige de nenhuma das partes que prossiga com a conciliação ou mediação, tampouco ficam obrigadas a chegar ao fim do processo por meio de um desses métodos. Logo, a autono-

29 A definição de direitos que admitam autocomposição ainda não é pacífica no direito brasileiro. Há certa confusão entre a expressão e os termos direitos disponíveis e direitos indisponíveis. A título exemplificativo, o direito do trabalho representa um ramo cujos direitos têm por característica a indisponibilidade, contudo as conciliações – logo, autocomposições – são estimuladas e reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Portanto, há direitos indisponíveis que admitem autocomposição. No entanto, quais direitos indisponíveis admitem, ou não, autocomposição ainda não se pode delimitar com rigor, merecendo estudo mais atento da doutrina e jurisprudência.

mia das partes está preservada, pois, uma vez presentes na audiência, podem livremente manifestar desinteresse em prosseguir e, com isso, retornarão ao procedimento jurisdicional heterocompositivo.

Não obstante, o dever de comparecer à audiência é, verdadeiramente, crucial para o desenvolvimento de uma nova cultura. Isso, porque, para acionar o Judiciário, à exceção dos juizados especiais, as partes precisam estar acompanhadas por seus respectivos advogados ou defensores públicos. Em tese, e pela disposição do artigo 3º do CPC/15, cabe aos patronos orientar as partes que representam sobre a existência, utilidade, ou não, viabilidade, ou não, dos diversos mecanismos de tratamento de conflitos para que, a partir desse conhecimento, os próprios jurisdicionados possam eleger qual instrumento desejam utilizar³⁰. Na prática, porém, grande parte dos operadores do direito sequer teve contato com mediação, conciliação ou arbitragem – seja durante, seja depois da faculdade³¹.

30 “(...) devem os administradores da justiça atuar para disseminar informações aos operadores do Direito e às partes sobre a variada gama de métodos de composição de conflitos. Só munidos dos dados relevantes e pertinentes sobre seu viés é que os envolvidos em disputas poderão, cientes das várias possibilidades, optar com liberdade e legítima motivação por uma das formas de abordar controvérsias”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

31 A respeito da cultura jurídica “da sentença”, ou seja, da litigiosidade combativa, WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes*. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Pp. 684 – 690.

Desta forma, como o atual contexto ainda é caracterizado pela falta de conhecimento – tanto de cidadãos leigos, quanto de atores jurídicos – sobre a existência, os conceitos e os procedimentos dos métodos de tratamento de conflitos, a audiência do artigo 334 cumpre uma função pedagógica. Comparecendo diante de um mediador ou conciliador judicial devidamente capacitado, tanto as partes quanto os respectivos patronos serão apresentados às técnicas e, aos poucos, despertar-se-á a curiosidade para o estudo e para a prática desses procedimentos. É dizer, justamente porque a regra prevista no artigo 3º apresenta função programática, a “obrigatoriedade” do artigo 334 apresenta-se como essencial.

No entanto, esta função demanda, também, uma grande responsabilidade por parte do Poder Judiciário: como a audiência do artigo 334 será o primeiro contato de inúmeros jurisdicionados e advogados – públicos ou privados – com os métodos, fundamental que a experiência seja bem executada, com pessoal capacitado, ambiente, prazo e infraestrutura adequados. Caso contrário, corre-se o risco de corromper as técnicas e traumatizar os cidadãos, e, em vez de desenvolver uma cultura em favor dos métodos, criar uma aversão³².

Portanto, imprescindível que todos os atores envolvidos busquem conhecer e se atualizar sobre o tema,

32 Nesse sentido, Érica Barbosa e Silva: “(...) vale frisar que os meios consensuais não podem solucionar a crise do Judiciário, mas a utilização incorreta dos institutos certamente pode agravá-la”. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 177.

para, juntos, zelarem pela melhor execução possível dos métodos de tratamento de conflitos – judicial ou extrajudicialmente³³.

5. Fechamento

Como anunciado, trata-se de ensaio inicial sobre temática que, certamente, será analisada de forma mais profunda em outros trabalhos. Aqui, de forma embrionária, foram colocados os pontos que entendemos como fulcrais para a discussão.

O objetivo foi de promover exposição panorâmica, para que se possa indagar se, de fato, a noção de acesso à justiça está vinculada apenas à inafastabilidade do Poder Judiciário diante dos conflitos (e em que medida), ou se se trata de disposição constitucional que demanda o tratamento adequado dos conflitos.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

33 Sobre os novos papéis a serem desempenhados diante das controvérsias MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

_____. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

_____. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. , p. 521-539.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. In *Código de Processo Civil Comentado*. Lenio Luiz Streck, Leonardo Carneiro da Cunha e Dierle Nunes (org). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. In *Código de Processo Civil Comentado*. Helder Moroni Câmara (coord). São Paulo: Almedina, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. In Novo Código de Processo Civil anotado e comparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015.

MULLER, Jean-Marie. *O Princípio da Não-violência*. São Paulo: Palas Athena, 2007.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983.

SYSTEM, New York State Unified Court. *Alternative dispute resolution*. Disponível em <https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, acesso em 10.01.2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Pp. 684 – 690.

A SOBREVIDA DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NOS DOIS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

William Pugliese

Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil ABDConst. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Advogado.

Resumo: O presente artigo visa analisar a persistência da jurisprudência defensiva, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que tem como uma de suas normas fundamentais a primazia do julgamento de mérito. Para examinar o tema, o artigo parte da premissa teórica de que há, no direito brasileiro, uma discricionariedade guiada. Em seguida, o trabalho examina

a noção de jurisprudência defensiva, as razões pelas quais ela foi concebida e os mecanismos que buscaram afastá-la do novo direito processual civil. Por fim, demonstra-se o desenvolvimento de outras vias de jurisprudência defensiva à luz do CPC/15, uma prova de que não são apenas garantias processuais que se encontram em jogo. Ao contrário, há questões econômicas, administrativas e temporais que prejudicam a incidência das normas do CPC/15 e fazem persistir a jurisprudência defensiva.

Palavras-chave: formalismo; garantias processuais; discricionariedade guiada.

1. Introdução

Quando aprovado o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), um dos efeitos mais celebrados e destacados pela doutrina foi o fim da chamada jurisprudência defensiva, ou seja, de entendimentos jurisprudenciais pautados na rigidez formal com a finalidade precípua de rejeitar recursos ou, de forma ainda mais ampla, de rejeitar o julgamento de mérito, em qualquer grau de jurisdição. A própria exposição de motivos do Código de 2015 apontava para este sentido, destacando a primazia do julgamento de mérito e o objetivo de conhecer e realizar os direitos do jurisdicionado.

Pode-se dizer que, de um lado, as regras mais tradicionais que formavam a jurisprudência defensiva foram

afastadas com a vigência do CPC/15. De outro lado, porém, o Poder Judiciário vem desenvolvendo outras vias para não julgar o mérito das demandas. O presente artigo, no entanto, não tem o objetivo unilateral de condenar a magistratura e afastar todo e qualquer entendimento que possa ser cunhado como “jurisprudência defensiva”. O que se propõe é compreender as razões pelas quais, mesmo após o CPC/15 eleger a primazia do julgamento de mérito como norma fundamental do processo civil, ainda persistem interpretações formalistas e restritivas.

Para tanto, o artigo parte de uma breve premissa teórica: a de que existe, no direito brasileiro, uma “discrecionalidade guiada”, que permite que o julgador deixe de aplicar determinada regra, desde que de forma fundamentada e em consonância com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Em seguida, o trabalho examina a noção de jurisprudência defensiva, as razões pelas quais ela foi concebida e os mecanismos que buscaram afastá-la do novo direito processual civil. Após, demonstra-se o desenvolvimento de outras vias de jurisprudência defensiva, ao mesmo tempo em que se questiona a viabilidade dessas interpretações. Observar-se-á, ao longo do trabalho, que não são apenas normas jurídicas que se encontram em jogo neste tema: ao contrário, para além dos dispositivos do CPC/15, há questões econômicas, administrativas e temporais que prejudicam a incidência das normas do CPC/15 e fazem persistir a jurisprudência defensiva.

2. Decisões “contra legem” x discricionariedade guiada

Um dos argumentos mais comuns no sentido de se afastar a jurisprudência defensiva é o de que muitos dos entendimentos firmados para não apreciar o mérito de determinados casos é *contra legem*.¹ De fato, as interpretações que levam a interpretações exacerbadas e formam regras com grande rigidez formal costumam se afastar do texto da lei – ou, mais especificamente, restringem o conteúdo do texto legal. Ocorre que este argumento, muitas vezes lançado por autores que sustentam a presença de princípios ou de normas fundamentais no Direito brasileiro, subsiste somente em uma perspectiva positivista. Afinal, o juiz somente está adstrito ao texto legal em uma perspectiva formalista do positivismo jurídico.² Se, ao contrário, o jurista

1 Não há, aqui, qualquer intenção de apontar para um ou outro autor que tenha feito essa afirmação, especialmente porque a maioria dos artigos que trataram da jurisprudência defensiva foram publicados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Ao contrário, com o intuito de contribuir para o aprofundamento do tema, indica-se a recente investigação sobre lacunas do direito: SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *Lacunas no direito*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ver-bete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>. Acesso em 18/03/2018.

2 Sobre as perspectivas do positivismo, ver, por exemplo: ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014; COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002; DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 1995; KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do

admite os princípios como normas, o argumento de que determinada decisão é *contra legem* não se mostra suficiente.

É preciso, portanto, esclarecer a estrutura sobre a qual o presente artigo se sustenta. De forma bastante objetiva, o marco teórico aqui adotado é a Teoria Institucional do Direito de Neil MacCormick.³ Não haverá, porém, desvios com relação ao tema central do trabalho. O que se pretende apresentar, nas próximas linhas, é a concepção da noção de vinculação ao Direito sobre a qual o artigo será construído.

MacCormick observa que as propostas de vinculação da lei sobre o magistrado partem da aplicação absoluta e invariável e alcançam posicionamentos céticos de que os juízes não têm qualquer vinculação à lei. O autor divide as possíveis forças práticas que as regras podem possuir em “aplicação absoluta”, “estrita aplicação” e “aplicação discricionária”.⁴ A regra de aplicação absoluta é a que não admite exceções: se há regra, ela deve ser aplicada. Não há outras considerações a serem feitas sobre a proposta da

direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012; TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). Coleção Teoria Crítica do Direito: **O positivismo jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

3 O tema pode ser compreendido, em uma perspectiva mais completa, em KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e Razão Prática: A Teoria do Direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). Coleção Teoria Crítica do Direito: **O positivismo jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

4 No original, as expressões são *absolute application*, *strict application* e *discretionary application*. (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 226-227).

aplicação absoluta, salvo a de que essa opção esbarrará no problema das lacunas da teoria da norma.

As regras de estrita aplicação se aproximam das hipóteses de aplicação absoluta, mas podem ceder diante de circunstâncias especiais ligadas aos valores ou à intenção da regra original. Nas palavras do professor escocês, “por seu espírito, a regra não deveria ser aplicada, mas por sua letra, ela deveria”.⁵ Esta escolha entre aplicar ou justificar o afastamento da regra é atribuído à pessoa responsável por sua aplicação, que possui um certo grau de discricionariedade.

Esta posição não pode ser confundida com a aplicação discricionária, na qual o protagonista do processo de decisão não é a regra, mas a pessoa responsável pela escolha. Neste modelo, a regra é tomada apenas como mais um argumento em favor ou contra uma determinada decisão, sem representar um argumento mais forte do que outros.⁶

Para MacCormick, não deve haver uma liberdade total a ser exercida quando se toma uma decisão – ao menos, não no Direito. Pare ele, pode haver uma discricionariedade “guiada”.⁷ Quando há opções disponíveis para a tomada

5 Tradução livre de: “*By its spirit, the rule should not be applied, but by its letter it should.*” (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.27).

6 MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.28.

7 No original, “*guided discretion*”. (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, op. cit., p.28).

de uma decisão, os critérios para a escolha das diversas decisões possíveis giram em torno de justiça, sensatez, eficiência, razoabilidade, igualdade, dentre outros. Estes critérios podem ser denominados de “valores” e, na medida em que são ou deixam de ser atendidos, tornam as decisões melhores ou piores. Pode, ainda, haver algum tipo de exigência no sentido de que esses valores sejam atendidos até certo ponto, pelo que também podem ser considerados “*standards*”, ou padrões mínimos. Esses valores são aplicáveis a uma imensa gama de situações e estão disseminados na ordem institucional, pelo que só podem ser reduzidos a expressões articuladas por meio de generalizações, tais como “devemos ouvir os dois lados de uma história em qualquer caso em disputa” ou “devemos considerar o impacto de uma decisão no bem-estar de todos com legítimos interesses na questão”.⁸

Esses valores que permeiam a ordem normativa institucionalizada são vistos como normas generalizadas para que tenham incidência sobre qualquer circunstância. Eles são chamados, costumeiramente, de princípios.⁹ São estes princípios que permitem que, em uma determinada decisão, o texto da legislação seja interpretado em um determi-

8 Tradução livre do original “*One ought to hear both sides of a story in any case of dispute, [...] one ought to consider the impact of a decision on the well-being of everyone with a legitimate interest in the matter.*” (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.29).

9 MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.29.

nado sentido ou, em casos excepcionais, afastado para resolver a situação de maneira distinta. A via para o controle das decisões tomadas com base em princípios é buscar a coerência das decisões, tema para o qual MacCormick dedica outra obra.¹⁰ Fato é que não cabe se limitar ao argumento de que a jurisprudência defensiva é *contra legem*. É preciso investigar a razão de ser dessa figura, o que é feito no próximo item.

3. O primeiro estágio de desenvolvimento da jurisprudência defensiva

Em que pese o Min. Humberto Gomes de Barros tenha declarado, outrora, que não lhe importava o que dizia a doutrina, a doutrina não desprezou suas decisões e seus posicionamentos. Foi o mesmo Ministro que, em seu discurso de posse no cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça, consolidou o termo “jurisprudência defensiva” como as práticas consistentes “na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos”¹¹ dirigidos àquela Corte. O próprio Ministro não deixa de justificar as razões pelas quais o tribunal superior assumiu esse posicionamento.

10 MacCORMICK, Neil. **Rhetoric and Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

11 BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008, p. 24. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

No mesmo discurso de posse, proferido em 2008, o Min. Humberto Gomes de Barros afirma que a adoção da jurisprudência defensiva se deu em virtude da iminente transformação do STJ em “reles terceira instância, com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional”.¹² Destacando o elevado número de processos que ingressaram na Corte em 2007,¹³ o Ministro afirmava que “a proliferação de feitos é caríssima para o litigante vitorioso e para todos os contribuintes”.¹⁴ O custo “de tais inutilidades no âmbito do STJ custou aos cofres públicos, praticamente, 140 milhões de reais”.¹⁵

O ideal normativo do Ministro, porém, não está tão distante dos valores da Constituição da República Federativa do Brasil e do CPC/15. Para ele, os números citados acima – e que se repetem ano a ano – marcam um Poder Ju-

12 BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008, p. 23. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

13 Foram 347.986 processos no ano de 2007. Em 2016, o número mantém-se próximo, com cerca de 334 mil processos novos. CNJ. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

14 BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008, p. 25. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

15 A citação, inclusive a avaliação de inutilidade dos recursos, é do próprio Ministro. BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008, p. 25. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

diciário no qual o acesso é barato para os litigantes de má-fé e caríssima em relação ao bom cidadão.¹⁶ Essa situação viola o direito fundamental à razoável duração do processo e o papel constitucional do STJ, qual seja, o de assegurar a eficácia e unificar a interpretação da legislação federal.

Nessa linha, a jurisprudência defensiva foi cunhada não como um mecanismo *contra legem* ou com uma proposta impertinente. Ao contrário, o Min. Humberto Gomes de Barros conferiu o nome desta figura com um teor positivo, no sentido de que a jurisprudência deveria “defender” as Cortes (o STJ e o STF) para que elas pudessem “bem cumprir as missões para as quais foram concebidas”.¹⁷ Assim, a criação de critérios formais para o conhecimento de recursos era, no fundo, um mecanismo para que os tribunais superiores pudessem dedicar maior atenção aos casos que efetivamente demandavam uma interpretação da legislação federal.

O Min. Humberto Gomes de Barros foi ainda mais longe e, no mesmo discurso, solicitou ao Poder Legislativo que a análise da repercussão geral fosse estendida ao STJ, a fim de reduzir o volume de processos e possibilitar

16 BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008, p. 26. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

17 BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008, p. 26. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

a concentração de esforços da Corte. Veja-se, portanto, que a jurisprudência defensiva nasceu justamente com a ideia de uma discricionariedade guiada na mente dos Ministros, tanto é que sua origem é a mesma que o pedido por um critério eminentemente discricionário para conhecer ou rejeitar os recursos especiais.

O pedido do Ministro não foi atendido e, até hoje, não há requisito de repercussão geral para o conhecimento de recursos pelo STJ. Assim, a resposta do Tribunal foi o desenvolvimento da jurisprudência defensiva por meio de diversas decisões que tornaram mais rigorosos os requisitos para o conhecimento dos recursos. A ideia cresceu e, ao final da vigência do Código de Processo Civil de 1973, a força da jurisprudência defensiva era verificada até mesmo no primeiro grau de jurisdição. Tudo isso, repita-se, com o fundamento de que era necessário eliminar processos para que outros pudessem ser julgados – trata-se de fundamento constitucional, portanto, centrado na razoável duração do processo. Com isso, certas garantias processuais eram afastadas, mas com uma razão de ser aparentemente compatível com os ideais da Constituição.

O CPC/15 foi redigido com uma mentalidade diferente: a primazia do julgamento de mérito. Este princípio, ou norma fundamental, como preferiu o legislador, foi expressamente previsto no art. 4º, do Código.¹⁸ Mais do que

18 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

isso, em diversos dispositivos, a lei rejeitou entendimentos que compunham a jurisprudência defensiva anterior ao CPC/15. A Comissão de Juristas deixou isso bastante claro na exposição de motivos:

Com objetivo semelhante, permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.¹⁹

A síntese da proposta da Comissão de Juristas não poderia ser mais clara: privilegiar o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.²⁰ Assim, os requisitos formais não deveriam ocupar o centro das atenções dos magistrados. O âmago da jurisprudência defensiva foi atacado em diversos dispositivos do CPC/15, como os arts. 1.007, §

19 BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 31.

20 Aqui, a referência parece ser bastante clara a DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

7º²¹, 1.024, § 5º²² e 1.032.²³ Desenvolveu-se, assim, uma expectativa de que a criação de entraves e pretextos para deixar de conhecer de recursos chegaria ao fim.

Os dois primeiros anos de vigência mostraram o contrário. Se as interpretações em prol da jurisprudência defensiva na vigência do CPC/73 foram extirpadas, coube aos tribunais desenvolver outras para atingir o resultado pretendido, que até o momento se mantém incólume: a redução do número de processos. É o que o próximo item pretende analisar.

4. A jurisprudência defensiva no CPC/15

Como suscitado acima, o STJ busca desenvolver novas hipóteses de jurisprudência defensiva para alcançar uma finalidade plenamente compreensível: a redução do

21 Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.(...) § 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.

22 Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. (...) § 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.

23 Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

número de processos. Nessa linha, já encontrou uma via para rejeitar determinados recursos. Partindo de uma interpretação gramatical do art. 1.003, § 6º,²⁴ a Corte alterou seu entendimento anterior e não mais conhece de recursos em que a comprovação de feriado local não ocorre no ato de interposição do recurso. A decisão, relatada pela Min. Nancy Andrigli, vem assim ementada:

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. 1.003, § 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. 1.029 impõe, para tanto, que se trate de “recurso tempestivo”.

24 Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. (...) § 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.

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 interno desprovido.²⁵

Veja-se que o STJ, na decisão acima – que já foi por diversas vezes reiterada após o precedente ser estabelecido – entendeu pela aplicação literal de um dispositivo, ainda que a leitura sistemática da norma aponte para um sentido evidentemente contrário. Para a doutrina formada à luz do CPC/15, o princípio da primazia do julgamento do mérito sustenta que “a regra é a de que a parte têm direito à correção de um determinado vício contido em seu recurso, sem qualquer ônus, além de fazê-lo no prazo de cinco dias”.²⁶ Sandro Kozikoski sintetiza essa ideia: “tra-

25 BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 957.821/MS. Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 19/12/2017.

26 JORGE, Flavio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Um novo paradigma para o juízo de admissibilidade dos recursos cíveis. **Revista do Advogado AASP**. V. 126, A. XXXV; São Paulo: AASP, maio 2015, p. 86.

ta-se, portanto, de preceito aplicável a qualquer modalidade recursal, permitindo o salvamento da impugnação deduzida pelo recorrente”.²⁷

Mais do que isso, o próprio CPC/15 tem regra expressa no sentido de que, no âmbito recursal, nenhum recurso poderá ser considerado inadmissível sem que seja concedido o prazo de cinco dias para que o vício seja sanado ou que a documentação seja complementada.²⁸ Para além do sistema recursal, há também norma fundamental²⁹ no mesmo sentido, que impede a tomada de decisão sem que a parte tenha a oportunidade de se manifestar previamente.³⁰

A razão de ser da decisão, evidentemente, não parte de uma interpretação sistemática do CPC/15. A fundamentação transcrita na ementa não afasta a incidência de normas muito mais relevantes do próprio Código. Assim, não há como buscar compreensão da nova jurisprudência

27 KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68.

28 Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

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

29 Sobre o tema, já se teve a oportunidade de discorrer com maior profundidade. ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

30 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.

defensiva no direito processual. O que ocorre é que, talvez sem menção expressa, o que o STJ buscou, ao alterar seu posicionamento sobre a possibilidade de provar a ocorrência de feriado local em momento posterior ao da interposição do recurso, foi justamente reduzir o número de processos distribuídos perante o tribunal.

Vale recordar que o número de processos recebidos, por ano, pelo STJ, segue muito alto, sendo anualmente superior a trezentas mil autuações. Desse número, havia um determinado montante de processos que eram rejeitados por fundamentos formais, que dispensavam uma análise pormenorizada do caso por força da jurisprudência defensiva. Agora, o STJ e outros tribunais passaram a buscar outras vias para reduzir o volume de processos e conferir aos demais a duração razoável que se mostrar possível.

O que deve ficar claro é que, apesar de negar vigência a determinadas regras processuais e de conferir valor exacerbado a questões formais – o que, sabe-se, não é o objetivo do CPC/15 – a jurisprudência defensiva tem um ideal normativo bastante distinto. Sua razão de ser, desde o início, foi reduzir o que o Min. Humberto Gomes de Barros chamou de “proliferação de feitos” e, para cumprir este objetivo, alguns julgadores parecem dispostos a afastar certas garantias processuais.

Isto leva à pelo menos uma conclusão: enquanto o problema do volume de trabalho não for solucionado, de nada adiantarão as alterações legislativas. Em um ordenamento

jurídico que admite a interpretação dos textos legais e a argumentação jurídica a partir de princípios, os magistrados sempre terão espaço para conceber a norma em uma situação concreta. Isto significa dizer que, independentemente da legislação, a jurisprudência defensiva pode persistir indefinidamente, por razões econômicas, administrativas e temporais. Se o número de processos não diminuir ou se soluções mais eficazes não forem encontradas, não haverá a superação desta figura.

Deixe-se claro, porém, que este texto não é uma defesa doutrinária da jurisprudência defensiva. Ao inverso, o que se buscou foi denunciar sua persistência após a entrada em vigor do CPC/15. Ocorre que, para haver o respeito às garantias processuais, é preciso compreender a razão pela qual essas garantias são desrespeitadas. O pior de tudo é que as razões para tanto não são jurídicas. Ainda assim, conhecendo a origem do problema, cabe à doutrina discutir e contribuir para a sua solução.

5. Considerações finais

Tendo em vista o conteúdo desenvolvido no presente artigo, a primeira consideração que pode ser feita é reconhecer que o argumento de que decisões *contra legem* não podem prosperar no Direito brasileiro não é suficiente para contestar a jurisprudência defensiva. Na verdade, a existência de entendimentos dos tribunais contrários à previsão legal é razoável diante de um ordenamento jurídico que

admite a coexistência de regras e princípios. Sendo assim, a jurisprudência defensiva deve ser compreendida a partir de seus fundamentos.

Nesta linha, a segunda consideração a ser feita é justamente a de que, desde sua gênese, a jurisprudência defensiva tem como principal objetivo a redução do número de processos nos tribunais superiores. Os demais argumentos jurídicos que acompanham as decisões que privilegiam os critérios formais e não conhecem dos recursos são apenas um complemento para o real objetivo das Cortes. Por isso, por mais que se pretenda contestar juridicamente as técnicas de jurisprudência defensiva, os argumentos exclusivamente jurídicos não se mostram suficientes para demover a postura dos tribunais superiores.

É por esta razão que, por mais que o CPC/15 tenha procurado afastar entendimentos tradicionais que compunham a jurisprudência defensiva, outras técnicas têm sido concebidas pelo Poder Judiciário com vistas a atingir a finalidade precípua assumida pelas Cortes há cerca de dez anos. Este objetivo, repita-se, é reduzir o volume de processos a fim de permitir a concentração de esforços nos casos tidos como mais relevantes. Somente com a compreensão deste fato é que será possível enfrentar a jurisprudência defensiva, não apenas criticando a postura dos tribunais, mas procurando, pela colaboração, encontrar saídas que privilegiem o ordenamento jurídico brasileiro, e não apenas uma classe de profissionais.

Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROS, Humberto Gomes. Discurso de Posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. **Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília: STJ, 2008. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16933>. Acesso em 18/03/2018.

BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. STJ. **AgInt no AREsp 957.821/MS**. Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 19/12/2017.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

JORGE, Flavio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Um novo paradigma para o juízo de admissibilidade dos recursos cíveis. **Revista do Advogado AASP**. V. 126, A.

XXXV; São Paulo: AASP, maio 2015, p. 83-88.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e Razão Prática: A Teoria do Direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). Coleção Teoria Crítica do Direito: **O positivismo jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. MacCORMICK, Neil. **Rhetoric and Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Lacunas no direito. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>. Acesso em 18/03/2018.

TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). Coleção Teoria Crítica do Direito: **O positivismo jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: INTERESSE RECURSAL AUTÔNOMO OU SUBORDINADO?

Thaís A. Paschoal Lunardi

Doutoranda e mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Processual Civil na Universidade Positivo, em Curitiba/PR. Professora em cursos de pós-graduação. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

Resumo: Pretende-se, a partir da aplicação do art. 1009, §1º, do CPC/2015, defender a existência de interesse recursal autônomo do vencedor à impugnação de decisões interlocutórias não agraváveis. Essa impugnação poderá ser veiculada em contrarrazões de apelação ou por meio de recurso de apelação autônomo. A hipótese é aplicável aos casos em que não há relação de prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença, ou seja, mesmo

que a parte vença a demanda, seu interesse recursal para a impugnação da decisão interlocutória mantém-se intacto. Afasta-se, assim, qualquer relação entre a atual sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015 e o regime do agravo retido do Código de 1973, ou a sistemática, mantida no atual Código, do recurso na modalidade adesiva.

1. Introdução

Desde a virada paradigmática proporcionada pela colocação do processo como *instrumento* do direito material¹, não parece fazer sentido pensar na técnica processual senão quando atrelada à tutela adequada e efetiva aos direitos^{2/3}.

1 Já no prólogo em que apresenta a proposta de obra relevantíssima para o desenvolvimento da teoria instrumentalista no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco ressalta que “o processo e as suas teorias e a sua técnica têm a sua dignidade e o seu valor dimensionados pela capacidade, que tenham, de propiciar a pacificação social, educar para o exercício e respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 12).

2 “A maior colaboração do processualista para eliminar ou pelo menos abrandar o problema é buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25).

3 “Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114).

Essa preocupação não passou despercebida pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015, permeado de normas que objetivam a desburocratização do processo e a sanabilidade dos vícios processuais, privilegiando o julgamento do mérito.

Não há dúvidas de que a interpretação de todas as normas do Código deve ter como base essas premissas fundamentais. O apego exacerbado à forma e a criação de óbices à efetividade da tutela jurisdicional devem ser incessantemente combatidos, a fim de possibilitar um melhor e mais adequado aproveitamento das normas previstas na nova legislação processual.

As mesmas premissas devem nortear a interpretação e aplicação das normas que compõem o sistema recursal introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015. Neste caso, é fundamental buscar o necessário equilíbrio entre a eficiência⁴ e as garantias fundamentais do processo – aí incluída a garantia à tutela jurisdicional adequada, na qual se enquadra o direito ao duplo grau de jurisdição.

É a partir dessa perspectiva que se construirá a proposta que será formulada neste breve ensaio. Em li-

4 Partindo do princípio da eficiência, Remo Caponi defende a aplicação da proporcionalidade “como critério de valoração do emprego de certo recurso para a obtenção de um processo eficiente, ou seja (...) para a consecução de um ponto de equilíbrio entre a proteção dos interesses individuais envolvidos em cada acontecimento processual e a proteção dos interesses coletivos à gestão racional do conjunto dos processos” (CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na Justiça Civil*. In Revista de Processo n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 400).

nhas gerais, pretende-se defender aquela que parece ser a interpretação mais adequada do §1º do art. 1009 do CPC/2015, evidenciando que a impugnação às decisões interlocutórias não agraváveis pelo vencedor pode, em alguns casos, assumir caráter autônomo e não subordinado a um recurso *principal*.

2. A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta significativas mudanças no sistema recursal brasileiro. Uma das principais alterações está na limitação das hipóteses de agravo de instrumento, agora previstas no rol do art. 1015. Embora haja discussões a respeito do caráter taxativo ou exemplificativo desse rol, ou ainda acerca da possibilidade de interpretação extensiva de algumas hipóteses ali pre-

sentes^{5/6}, o fato é que a intenção do legislador, sem dúvida

5 Na doutrina, no sentido da interpretação extensiva, DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, 13^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 209/212. Os autores entendem possível interpretar extensivamente a hipótese do inciso III do art. 1015, admitindo o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que versa sobre competência, e contra aquela que nega eficácia a negócio jurídico processual (Idem, p. 216). Reitere-se, como se destacou em nota anterior, que o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência tem sido admitido pela jurisprudência. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, de outro lado, defendem a possibilidade de aplicação de raciocínio analógico na interpretação das hipóteses do art. 1015, pois “a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação. Os autores citam como exemplo o inciso I, que, por aplicação analógica, autoriza o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que posterga a análise do pedido de antecipação de tutela fundada na urgência para depois da contestação, já que se trata de decisão que versa sobre tutela provisória”. O mesmo se diz com relação à decisão que nega a redistribuição do ônus da prova (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 534/535). Afirmando tratar-se de hipóteses de cabimento em *numerus clausus*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1453.

6 O Superior Tribunal de Justiça – que já vinha possibilitando a interpretação extensiva do inciso III do art. 1015, para admitir o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que define competência (STJ; 4^a Turma; REsp 1679909/RS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 14.11.2017; DJe 01.02.2018; STJ; REsp 1694667/PR; 2^a Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; j. 05.12.2017; DJe 18.12.2017) afetou a questão para julgamento na modalidade repetitiva, a fim “definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressa-

alguma, foi reduzir as possibilidades de interposição de recurso contra as decisões interlocutórias⁷.

Assim, segundo o novo regime, caberá agravo de instrumento apenas nas hipóteses do art. 1015 do CPC.

A primeira delas (inciso I) preserva, em parte, o fundamento que norteava o cabimento do agravo de instrumento no CPC/73 após a reforma de 2005. Trata-se do cabimento de agravo de instrumento contra decisões que versem sobre tutelas provisórias (de urgência, antecipadas ou cautelares, ou de evidência, nos termos dos arts. 300 a 311 do CPC/2015), tanto quando se tratar de decisão que

mente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC” (STJ; ProAfR no REsp 1704520/MT; Corte Especial; Rel. Mina. Nancy Andrighi; j. 20.02.2018; DJe 28.02.2018).

7 A tentativa já havia sido feita em 2005, com a lei 11.187, que alterou o regime dos agravos, tornando o agravo retido a regra e reservando o agravo de instrumento apenas para as decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, e para as decisões de inadmissão do recurso de apelação ou que versassem sobre os efeitos deste recurso. Criticando, muito antes da edição do CPC/2015, as alterações implementadas por essa legislação, Teresa Arruda Alvim destaca: “entendemos que um sistema efetivo de controle das decisões interlocutórias deve observar especialmente os seguintes fatores: a) a recorribilidade das interlocutórias não pode ser incentivada, sob pena de se transferir precocemente a solução da lide para o tribunal, esvaziando-se a atuação jurisdicional do juízo de primeiro grau; b) por outro lado, não pode ser vedado o acesso à instância superior quando houver erro evidente na decisão recorrida, capaz de causar grave dano à parte; c) as decisões interlocutórias podem ser elaboradas de forma sucinta, mas devem ser rigorosamente fundamentadas; d) deve a norma jurídica definir pronunciamentos judiciais irrecorríveis, que podem ser revistos pelo juiz quando do proferimento da sentença” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 99).

deferre a tutela, como também contra aquelas que indeferem o pedido de tutela provisória.

Segundo o inciso II do art. 1015, caberá agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito do processo, ou seja, aquelas proferidas nos termos do art. 356 do CPC, que prevê a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito.

O recurso também é cabível, segundo os demais incisos do art. 1015 do CPC, contra decisões que versarem sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, exibição ou posse de documento ou coisa, exclusão de litisconsorte, rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução⁸, redistribuição do ônus da

8 “A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução (...). Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o “decisum” que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015 (STJ; REsp 1694667/PR; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; j. 05.12.2017; DJe 18.12.2017).

prova, nos termos do art. 373, § 1º, decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, e em outras hipóteses previstas expressamente em lei.

As decisões que não constam no rol do artigo 1015 – aquelas, portanto, que não podem ser objeto de agravo de instrumento - não sofrem o fenômeno da preclusão e poderão ser objeto de recurso de apelação ou impugnadas nas contrarrazões de apelação, conforme dispõe o art. 1009, §1º, do CPC⁹. Em algumas situações, havendo risco de dano, a jurisprudência tem admitido o cabimento de mandado de segurança contra decisão que não consta no rol do art. 1015 do CPC¹⁰.

9 Art. 1009 (...) § 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.

10 Nesse sentido: “Agravo interno cível. Ação civil pública. Recurso interposto contra decisão monocrática que não conheceu do agravo de instrumento interposto contra decisão que negou o pedido de intimação da parte autora para que esclarecesse o objeto da perícia. Questão não inserta no rol do art. 1015 do CPC. Rol taxativo. Decisão mantida.1. O rol desse art. 1015 é taxativo: se a decisão interlocutória está arrolada nos incisos ou no § ún., contra ela cabe agravo de instrumento; se não está, não cabe. Quando incabível agravo de instrumento, cabe ao interessado, em regra, impugnar a decisão interlocutória ulteriormente, por ocasião da apelação ou das contrarrazões de apelação (v. art. 1009, § 1º). Todavia, não se descarta o cabimento de mandado de segurança contra decisão interlocutória lesiva de direito líquido e certo, quando existente risco de dano grave ou de difícil reparação” (TJPR; Agravo interno n. 1627784-8/01; 4ª Câmara Cível; Rel. Des. Luciano Carrasco Falavinha Souza; j. 27.02.2018; DJ 14.03.2018).

Altera-se significativamente, portanto, o regime de recorribilidade das decisões interlocutórias.

A previsão do art. 1009, §1º, é, na prática, muito simples: havendo decisão interlocutória que não comporte agravo de instrumento, deverá a parte aguardar o resultado do processo. Sendo-lhe desfavorável a sentença e havendo interposição de recurso de apelação, a impugnação à decisão interlocutória será realizada em preliminar do recurso. Havendo sentença favorável, e interposição de recurso de apelação pela parte contrária, deverá a parte que se sentir prejudicada pela decisão interlocutória contra ela insurgir-se nas contrarrazões de apelação. Mantém-se, de certo modo, a lógica do antigo agravo retido, que exigia que a parte reiterasse seu cabimento em preliminar de apelação ou nas contrarrazões de apelação¹¹, sob pena de não conhecimento da impugnação à decisão interlocutória. A grande diferença está no fato de que não há, no atual regime, reiteração de recurso anterior, mas sim impugnação realizada integralmente na apelação ou nas contrarrazões.

Um exemplo simples pode auxiliar na compreensão da correta aplicação da regra. Imagine-se o caso de uma prova pleiteada pela parte autora e indeferida pelo Juízo. Essa decisão não é agravável por instrumento, como se

11 Como previa o CPC de 73: Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. § 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

constata do rol do art. 1015 do CPC. Ao final, o pedido é julgado integralmente procedente. A parte autora, satisfeita, por óbvio não interpõe o recurso de apelação. Se a parte ré também não recorrer, a sentença será mantida e a prova indeferida, de fato, foi desnecessária. Havendo, porém, recurso de apelação pela parte vencida, surge para a parte vencedora o interesse em levar ao conhecimento do Tribunal também a questão relativa à prova indeferida. Veja-se que, por se tratar de questão que deve integrar expressamente a impugnação da parte, não está ela incluída na devolutividade ampla do recurso de apelação. Assim, se o Tribunal der provimento ao recurso de apelação da parte ré, deverá necessariamente conhecer da impugnação ao indeferimento da prova formulada nas contrarrazões da parte autora. Caso contrário, se a apelação for desprovida, sequer será necessário conhecer daquela impugnação. Afinal, há relação de prejudicialidade entre a decisão que indefere a prova e o resultado da demanda, ou seja, a necessidade de reforma da primeira somente existirá em caso de reforma da segunda.

A questão, porém, nem sempre será tão simples. Imagine-se caso em que a parte autora, por não comparecer à audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do CPC, sofre a aplicação da multa prevista no §8º. Não cabe, contra essa decisão, agravo de instrumento, já que ela não consta no rol do art. 1015¹². Ao final, a

12 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem tratar-se de decisão agravável, pois “a multa imposta representa uma condenação

sentença é de integral procedência, não havendo interesse recursal da parte autora em apelar dessa decisão. Ao mesmo tempo, a parte ré, vencida, também opta por não recorrer. A sentença é mantida, assim como a decisão interlocutória que impõe a multa à parte. Não poderá ela impugnar a decisão nas contrarrazões de apelação, já que não houve, pela ré, interposição de apelação. O exemplo revela que, em alguns casos, pode não haver propriamente relação de prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença. Em outras palavras, a parte não precisa da impugnação à sentença para que possa exercer seu direito de recorrer da decisão interlocutória. O interesse na reforma dessa decisão é *autônomo*, e independe do interesse à impugnação à sentença.

É disso que se tratará nos próximos itens.

3. A natureza recursal subordinada ou autônoma da impugnação à decisão interlocutória formulada nas contrarrazões de apelação

A impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis, segundo a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, poderá ocorrer, em regra, por duas vias. Havendo interesse recursal do vencido, a interlo-

à parte, ampliando o mérito do processo”, e enquarando-se, portanto, na hipótese do inciso II do art. 1015 do CPC (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 171).

cutória será objeto de insurgência como preliminar ao recurso de apelação interposto contra a sentença desfavorável. Sendo a parte prejudicada pela decisão interlocutória vencedora, a impugnação deverá ser deduzida nas contrarrazões de apelação.

À toda evidência, o sistema pressupõe que, em se tratando da parte vencedora, não haveria, a priori, interesse em recorrer da decisão interlocutória, que manteria com a sentença uma clara relação de prejudicialidade: sendo a sentença favorável, não há interesse em discutir o conteúdo da decisão interlocutória desfavorável. Sendo, porém, a sentença favorável reformada, surge à parte o interesse em ver a decisão interlocutória desfavorável igualmente reformada. Daí a previsão de impugnação àquela decisão apenas nas contrarrazões de apelação. Caso o recurso de apelação sequer venha a ser interposto, não haveria, por parte do vencedor, interesse recursal em impugnar a decisão interlocutória passada.

Não há dúvidas de que as contrarrazões, no ponto em que veiculam a impugnação à decisão interlocutória,

possuem natureza jurídica de verdadeiro recurso^{13/14}. Essa impugnação manifestada nas contrarrazões poderá ser subordinada ou não ao recurso principal, ou seja, ao recurso de apelação interposto pela parte vencida. Será subordinada quando houver uma relação de prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença, de modo que o conhecimento da impugnação e a possível reforma da primeira

13 Nesse sentido: PEREZ, Marcela Melo. *Qual a natureza jurídica e aspectos procedimentais da preliminar de apelação e contrarrazões previstas no art. 1009, parágrafo primeiro, do NCPC?* In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 218/219; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Da apelação*. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al (coord). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2236; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal – CPC 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 149; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil... op. cit.*, p. 168; CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1534/1535.

14 “(...) Se for vencedor, deve impugna-las por meio das contrarrazões, e estas desempenharão o papel de recurso – far-se-ão pedidos, nas contrarrazões, como se de um genuíno recurso se tratasse – uma outra apelação. É como se o legislador tivesse conferido caráter dúplice à apelação. Não devem ser vistas, estas contrarrazões, como um recurso, cuja existência e cujo procedimento seja ‘dependente’ da apelação do vencedor. Se assim devesse ser, o legislador teria de ter-se manifestado expressamente, e, ainda assim, parece-nos que neste caso haveria indevida (inconstitucional) supressão de recurso contra interlocutória não agravável de instrumento. Isto por ofensa ao princípio da isonomia, já que o recurso existe para o apelante e o apelado ficaria sem recurso. A dependência existe só na medida em que for resposta, mas não na medida em que for recurso – ou seja em que aquele que maneja as contrarrazões impugna interlocutórias, não sujeitas a agravo de instrumento – e que o prejudicaram” (ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Primeiros comentários... op. cit.*, p. 1440).

somente fará sentido caso se esteja diante da possibilidade de reforma da segunda.

Nesses casos, a impugnação formulada nas contrarrazões comporta-se como uma espécie de *recurso subordinado*: caso o recurso da parte contrária não seja conhecido, ou haja desistência pelo recorrente, a impugnação formulada nas contrarrazões deixará, igualmente, de ser conhecida. O mesmo ocorrerá no caso de desprovimento do recurso principal¹⁵. Afinal, havendo prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença, o desprovimento do recurso com a consequente manutenção da sentença favorável ao recorrido tornará sem objeto a impugnação à decisão interlocutória formulada nas contrarrazões. No exemplo citado linhas acima, não há nenhum sentido em se reformar uma decisão que indeferiu a produção de uma prova pleiteada pela parte vencedora da demanda¹⁶.

15 Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil... op. cit.*, p. 170.

16 “Inicialmente, como acima afirmado, o vencedor não tinha interesse recursal (nem utilidade) para impugnar decisões interlocutórias não recoráveis autonomamente. Não poderia, por exemplo, impugnar em apelação autônoma, o indeferimento de prova. Não havia surgido o interesse recursal, nem o direito de interpor o recurso, o que apenas se forma com a interposição do recurso do vencido. Assim, há uma nova situação jurídica. Com a interposição do recurso pelo vencido e o surgimento do risco forma-se o interesse para impugnar também as demais decisões interlocutórias. Sendo nova situação jurídica, não há o que se falar em preclusão, de tal forma que poderá, agora, em contrarrazões, apelar das decisões desfavoráveis e com relação de prejudicialidade com a sentença” (LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Interesse recursal... op.cit.*, p. 61).

Veja-se bem: não se afirma que as contrarrazões, no ponto em que possuem natureza recursal, *seguem a sorte* do recurso principal tal como ocorreria se se tratasse de recurso adesivo. O que ocorre é que, tendo a decisão interlocutória uma relação de prejudicialidade com a sentença, e não havendo reforma desta, não há interesse da parte em ter a impugnação à interlocutória examinada. Demonstrado de alguma forma esse interesse, contudo, a impugnação formulada nas contrarrazões deverá ser conhecida independentemente da *sorte* ou do resultado do recurso principal.

O mesmo, porém, não ocorrerá nos casos em que inexistente relação de prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença. Nestes casos, a impugnação realizada nas contrarrazões mantém seu caráter de *recurso autônomo* e, por isso, será conhecida independentemente do resultado do recurso principal¹⁷. Em qualquer dos casos inexistente, como se vê, qualquer semelhança com o recurso na modalidade adesiva, que, independentemente de seu conteúdo, era subordinado ao recurso principal, somente sendo conhecido em caso de admissibilidade do primeiro¹⁸.

17 “Não fica imediatamente prejudicada a apelação do vencedor em caso de desistência, inadmissibilidade ou improcedência da apelação independente interposta pelo vencido. E isto porque não se trata de um recurso a priori subordinado ao recurso independente. Ao contrário, o interesse recursal autônomo e remanescente deve ser verificado em concreto” (LINS, Liana Cirne. *Apelação contra decisão interlocutória não agravável... op. cit.*, p. 178).

18 Art. 997 (...) § 2º O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte: (...) III - não será conhecido,

O caráter autônomo ou não da impugnação à decisão interlocutória formulada nas contrarrazões dependerá, portanto, do interesse recursal da parte em ver a decisão reformada ainda que a sentença não lhe seja desfavorável. Cabe à parte demonstrar esse interesse, a fim de viabilizar o conhecimento da impugnação realizada nas contrarrazões ainda que não se conheça ou se negue provimento ao recurso de apelação da parte contrária.

4. A recorribilidade da decisão interlocutória por meio de recurso de apelação autônomo em caso de inexistência de prejudicialidade com a sentença

As mesmas razões expostas no item anterior justificam a admissibilidade de recurso de apelação autônomo, pelo vencedor, contra determinadas decisões interlocutórias não agraváveis.

O Código parte, como já se disse, de premissa logicamente compreensível: se o interesse recursal para a impugnação da decisão interlocutória está atrelado ao resultado da demanda, a recorribilidade dessa decisão apenas fará sentido no caso de a sentença também ser objeto de recurso. É exatamente o que ocorre no já citado exemplo do indeferimento de determinada prova. A parte vencida terá interesse em ter essa decisão reformada, porque da produção da prova dependerá a reforma da sentença de mérito.

se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

to. De outro lado, a parte vencedora apenas terá interesse na reforma de decisão que tenha indeferido a produção da prova se houver a reforma da sentença.

A regra, porém, deixa sem solução a hipótese em que a parte interessada na impugnação da decisão interlocutória sagra-se vencedora, não tendo, a priori, interesse recursal para a apelação. Nesses casos, segundo a previsão do art. 1009, §1º, deverá a parte aguardar a apelação da parte contrária e impugnar a decisão interlocutória que lhe é favorável nas contrarrazões. Não se prevê, porém, solução para os casos em que, mesmo vencedora, a parte mantém seu interesse à impugnação da decisão interlocutória e não há interposição de recurso de apelação pela parte contrária. Voltando-se ao exemplo anterior: decisão interlocutória que aplica à parte a multa prevista no §8º do art. 334 do CPC, pelo não comparecimento à audiência de conciliação ou mediação. Ou, ainda, decisão em que sejam aplicadas as penas por litigância de má-fé previstas no art. 81.

Nesses casos, segundo a regra prevista no Código, deverá a parte aguardar o recurso da parte contrária e, apenas em caso de sua interposição, valer-se das contrarrazões para impugnar a decisão interlocutória. A solução, porém, não garante o direito da parte ao recurso.

É por isso que se defende o cabimento de recurso de apelação imediato pela parte, ainda que ele tenha por obje-

to apenas a impugnação à decisão interlocutória¹⁹. Entendimento contrário representará, em última análise, o cerceamento do direito de a parte recorrer de decisão que lhe é desfavorável^{20/21}.

19 Em sentido contrário, Arlete Aurelli afirma: “Outra questão que surge seria saber se seria cabível a interposição de apelação exclusivamente contra a decisão interlocutória não agravável, nos casos em que a parte interessada tenha restado vencedora na demanda e não tenha interesse em apresentar recurso de apelação contra a sentença. Ou seja, seria possível a interposição de apelação apenas para tratar da interlocutória não agravável? Entendemos que não porque aqui a dinâmica é a mesma do extinto agravo retido. Para que seja impugnada a interlocutória, é preciso que a parte interponha o recurso de apelação contra a sentença” (AURELLI, Arlete Inês. *Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Novo CPC*. In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 33).

20 “(...) é possível que a parte que foi integralmente vitoriosa na sentença interponha uma apelação exclusivamente para impugnar uma questão antes decidida por interlocutória não agravável, em relação à qual ela foi sucumbente e que não ficou prejudicada pela sentença final. Haverá casos em que se configurará o interesse recursal para isso. Pense-se no seguinte exemplo: o autor, em um dado momento do processo, foi condenado por litigância de má-fé, em decisão interlocutória. Não há previsão de agravo de instrumento para este caso. Ao final, ele, o autor, é integralmente vitorioso na sentença. Não tem do que recorrer quanto a este pronunciamento. Mas permanece aquela anterior condenação por litigância de má-fé, imposta por decisão interlocutória. O autor pode nada fazer, num primeiro momento, e depois, se o réu apelar, suscitar nas contrarrazões o reexame da interlocutória que o responsabilizou processualmente. Mas, neste caso, se o réu não apelar, será impossível ao autor discutir recursalmente a condenação que sofreu. Então, ele pode preferir desde logo apelar para o tão-só fim de rediscutir aquela decisão interlocutória” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALA-MINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 515).

21 Acerca da hipótese de cabimento de recurso de apelação autônomo contra decisão que fixa multa por ato atentatório à dignidade da justiça, Carolina Uzeda Libardoni afirma: “Não é possível que o fato de ser

É perfeitamente possível, como se vê, afirmar que, à luz do Código de Processo Civil de 2015, a apelação não é mais recurso cabível apenas contra sentenças. Cabe apelação, igualmente, contra decisões interlocutórias, ainda que só contra a decisão interlocutória se volte o recurso.

Para Carolina Uzeda Libardoni, “nessa hipótese é dispensável a conjugação dos prejuízos (sucumbência na interlocutória mais sucumbência na sentença ou apelação do vencido) para interposição e formação do interesse recursal. O vencedor poderá recorrer de forma autônoma, não sendo tal recurso subordinado, subsistindo de forma independente. O que o diferencia é justamente a natureza da decisão recorrida e os efeitos que ela pode vir a ter sobre a sentença. Se não for passível, ainda que provido o recur-

visorioso no que concerne ao mérito (entendido em sua concepção clássica) impeça a parte de questionar a multa aplicada; estaria ele sendo punido duplamente e, pior, mesmo após ter por sentença reconhecido seu direito. Também não nos parece legítimo que a parte vencedora e inconformada com a decisão interlocutória dependa exclusivamente do recurso do vencido para manifestar seu inconformismo. Seu direito a questionar a referida decisão estaria nas mãos de seu oponente, o que, além de tudo, seria frontal violação à isonomia. O sistema de irrecorribilidade imediata de determinadas decisões interlocutórias viabiliza, portanto, a existência de recurso de apelação que verse exclusivamente sobre interlocutórias, quando a parte não tenha interesse em questionar a sentença” (LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor*. In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 60).

so, de alterar a substância do que foi decidido (ausência de prejudicialidade), pode-se falar em autonomia recursal”²².

A interposição do recurso dependerá, neste caso, da prévia demonstração da parte quanto à inexistência de prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença. Deverá o recorrente demonstrar, portanto, que, mesmo diante da sentença favorável, sofrerá prejuízo com a manutenção da decisão interlocutória. É dessa inexistência de prejudicialidade – e, portanto, da sobrevivência dos efeitos da decisão interlocutória independentemente da manutenção ou reforma da sentença – que decorrerá seu interesse recursal para a apelação.

Essa forma de impugnação, porém, caracteriza mera faculdade da parte. Afinal, remanesce a possibilidade de aplicação da regra do §1º do art. 1009 do CPC, de modo que a impugnação à decisão interlocutória poderá ser realizada em contrarrazões de apelação. Tendo essa impugnação caráter autônomo, como já se afirmou no item anterior, deverá ser conhecida pelo Tribunal ainda que o recurso de apelação da parte vencida não seja conhecido.

22 LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Interesse recursal... op. cit.*, p. 61). No mesmo sentido, defendendo o cabimento de recurso de apelação autônomo do vencedor da demanda contra a decisão interlocutória não agravável: SICA, Heitor Vitor Mendonça. In STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1341; LINS, Liana Cirne. *Apelação contra decisão interlocutória não agravável: natureza jurídica e possibilidade de interposição autônoma*. In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 179.

Carolina Uzeda Libardoni levanta, acerca dessa hipótese, uma outra interessante questão: havendo apelação da parte vencedora contra a decisão interlocutória e apelação da parte vencida contra a sentença, poderá a parte vencedora, nas contrarrazões à apelação da parte vencida, impugnar outras decisões interlocutórias porventura proferidas na demanda e que apresentam relação de prejudicialidade com a sentença? A resposta é positiva. Afinal, se não havia antes interesse na impugnação às demais interlocutórias (o que evidencia a impossibilidade de se incluir essa impugnação no recurso de apelação), esse interesse surge com a impugnação da parte vencida à sentença²³. Neste caso, em nosso sentir, a apelação do vencedor é obviamente recurso autônomo. A impugnação realizada por esse mesmo vencedor nas contrarrazões, porém, é recurso subordinado à apelação da parte vencida, nos termos já delineados anteriormente.

Por fim, uma última questão: seria possível que a decisão interlocutória não agravável fosse objeto de recurso de apelação adesivo da parte vencedora, a ser interposto quando intimada para as contrarrazões ao recurso de apelação da parte vencida? Não parece haver óbice ao manejo do recurso adesivo neste caso. Embora a regra do art. 1009, §1º, do CPC, seja muito clara quanto à impugnação dever ser realizada nas contrarrazões de apelação, a instrumentalidade das formas recomenda que se aceite

23 LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Interesse recursal complexo... op. cit.*, p. 61.

a impugnação formulada no recurso adesivo. O grande problema é que, neste caso, haverá dependência ou subordinação do recurso adesivo diante do recurso principal. Como, segundo a regra do art. 997, §2º, o recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal (ou *independente*, nos termos do Código), seguirá a sorte do recurso de apelação da parte vencida, sendo inadmitido se aquele igualmente o for. De outro lado, como já se defendeu linhas acima, a impugnação da decisão interlocutória nas contrarrazões de apelação pode assumir caráter autônomo e não subordinado, na hipótese em que inexistente a relação de prejudicialidade de que já se tratou.

5. Conclusão

O entendimento acerca do descabimento de agravo de instrumento contra determinadas decisões interlocutórias não elencadas no rol do art. 1015 do CPC resulta na necessidade de se garantir à parte uma via recursal adequada à impugnação dessas decisões. Embora o art. 1009, §1º, do CPC, tenha por objetivo garantir o direito ao recurso nesses casos, a regra não atende as situações em que, mesmo vencedora, a parte tem interesse em recorrer da decisão interlocutória não agravável, em especial quando inexistente recurso de apelação da parte vencida. Nessa hipótese, como não haverá a possibilidade de impugnação da decisão interlocutória pelo vencedor nas contrarrazões de apelação, deve ser garantido à parte o manejo de recurso apelação autônomo contra a decisão interlocutória.

Essa hipótese é aplicável aos casos em que há interesse recursal autônomo da parte à impugnação da decisão interlocutória, o que decorre da inexistência de relação de prejudicialidade entre aquela decisão e a sentença.

O mesmo fundamento indica a necessidade de se atribuir caráter de recurso autônomo à impugnação à decisão interlocutória formulada em contrarrazões de apelação. Demonstrado o interesse recursal autônomo da parte vencedora na reforma da decisão interlocutória, a impugnação formulada nas contrarrazões deverá ser conhecida, ainda que o recurso da parte vencida não seja conhecido ou seja desprovido.

Referências bibliográficas

AURELLI, Arlete Inês. **Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Novo CPC**. In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). **Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na Justiça Civil**. In Revista de Processo n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema recursal – CPC 2015**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. **Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor**. In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017.

LINS, Liana Cirne. **Apelação contra decisão interlocutória não agravável: natureza jurídica e possibilidade de interposição autônoma**. In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Da apelação. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREZ, Marcela Melo. **Qual a natureza jurídica e aspectos procedimentais da preliminar de apelação e contrarrazões previstas no art. 1009, parágrafo primeiro, do NCPC?** In GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). Recursos no CPC/2015 – perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. In STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. 2, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Alexandre Barbosa da Silva
Bárbara Seccato Ruis Chagas
Clayton Maranhão
Evaristo Aragão Santos
Fredie Didier Jr
Luiz Osório Moraes Panza
Maurício de Paula Soares Guimarães
Paulo Osternack Amaral
Rafael Martins Bordinhão
Ravi Peixoto
Rodrigo Mazzei
Rogéria Dotti
Sandro Gilbert Martins
Sandro Marcelo Kozikoski
Sérgio Cruz Arenhart
Stela Marlene Schwerz
Thaís A. Paschoal Lunardi
William Pugliese