

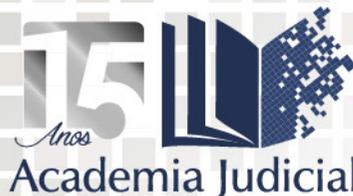


# NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM DEBATE NO PODER JUDICIÁRIO CATARINENSE

Luiz César Medeiros  
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto  
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva  
Organizadores



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
de Santa Catarina



Organizadores

Luiz César Medeiros

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

# Novo Código de Processo Civil em debate no Poder Judiciário Catarinense

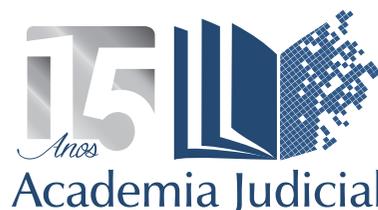
Edição Eletrônica

Florianópolis

2016



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
de Santa Catarina



# CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS - CEJUR

---

## CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargador Alexandre d'Ivanenko

Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes

Desembargador Luiz César Medeiros

Desembargador Henry Petry Junior

Juiz de Direito Marcelo Carlin

Juíza de Direito Vânia Petermann

## CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Henry Petry Junior

Juíza de Direito Vânia Petermann

Juiz de Direito Marcelo Carlin

Juiz de Direito de Segundo Grau Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Juiz de Direito Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva

Juiz de Direito Hélio do Valle Pereira

Juíza de Direito Brigitte Remor de Souza May

Juíza de Direito Ana Cristina Borba Alves

Juiz de Direito de Segundo Grau Dinart Francisco Machado



Rua Almirante Lamego, 1386

88.015-601 Centro, Florianópolis/SC

Fone: (48) 3287-2801

[academia@tjsc.jus.br](mailto:academia@tjsc.jus.br) | <http://www.tjsc.jus.br/academia>

# FICHA CATALOGRÁFICA

---

N945

Novo Código de Processo Civil em debate no Poder Judiciário catarinense / Organizadores : Luiz César Medeiros, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva - Documento eletrônico. - Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos, 2016.

ISBN: 978-85-66149-26-5

1. Código de Processo Civil. 2. Alteração legislativa. 3. Poder Judiciário catarinense. I. Medeiros, Luiz César, org. II. Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues, org. III. Silva, Paulo Henrique Moritz Martins da, org.

CDDir-342.46

# EDITORIAL

---

A presente obra é oriunda de ações institucionais voltadas ao estudo e à reflexão acerca da contemporânea percepção do Direito diante da sistemática inaugurada pelo novo Código de Processo Civil. O diálogo estabelecido no âmbito do Poder Judiciário catarinense constitui condição essencial para a realização da justiça.

**O conteúdo dos artigos deste livro é de responsabilidade dos autores e não expressa qualquer posição técnica ou institucional do Poder Judiciário de Santa Catarina.**

# SUMÁRIO

---

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>A ESTRUTURA BIFÁSICA DO PROCEDIMENTO COMUM NO NOVO CPC</b>	
Alexandre Freitas Câmara .....	<b>9</b>
<b>AS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	
Leonardo Beduschi .....	<b>14</b>
<b>O PROBLEMA DO CONFLITO DE LEIS APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO: CPC/15 E LEI N. 13.140/15</b>	
Fernando Vieira Luiz .....	<b>23</b>
<b>UM JUIZ PARA UM NOVO CÓDIGO: REFLEXÕES SOBRE OS DELINEAMENTOS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL À LUZ DO NCPC</b>	
Quitéria Tamanini Vieira Péres .....	<b>30</b>
<b>O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS NULIDADES PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto .....	<b>39</b>
<b>POSTULAÇÃO, SANEAMENTO E TÉCNICAS DA DECISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015</b>	
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva .....	<b>49</b>
<b>QUATRO ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015</b>	
Marcus Vinícius Motter Borges	
Luiza Silva Rodrigues .....	<b>57</b>
<b>NCPC, A VITÓRIA DOS BACHARÉIS</b>	
Hélio do Valle Pereira .....	<b>66</b>

# APRESENTAÇÃO

---

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e, com ele, novos desafios para a efetividade da tutela jurisdicional. Para atender à exigência de conhecimentos imposta por essa nova codificação, a Academia Judicial delineou seis frentes de trabalho a serem aplicadas no Poder Judiciário de Santa Catarina.

Assim, ao público da Instituição foram oferecidas vagas para um curso em modalidade a distância. No mesmo dia em que o Código entrou em vigor, foi lançada a sala de debates virtuais. Oito palestras aconteceram no Pleno do Tribunal de Justiça, todas transmitidas ao vivo pela intranet. Cursos divididos em quatro módulos foram realizados em todas as regiões do estado. Ainda, surgiu o ambiente de produção colaborativa Wikilex, alimentado por integrantes da Instituição e visível a todos os interessados (inclusive externos). Além disso, foram disponibilizadas 315 vagas a magistrados e servidores em grande evento sobre a matéria realizado pela Escola Superior de Advocacia e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Quando todos os meios de atuação já estavam em andamento, surgiu uma ideia baseada em ferramenta já utilizada pela AJ: um e-book composto por artigos redigidos pelos palestrantes do Novo CPC em Debate. O caráter democrático dos e-books disponibilizados pela instituição de ensino, cuja oferta para leitura é gratuita e aberta a público externo, apenas endossa o propósito de buscar conhecimento sob diversas formas.

Esta publicação especial — pois compõe um projeto que se desenrolou por todo o ano de 2016 — fornecerá suporte aos estudiosos, em diversos temas englobados pelo mais recente texto do Código de Processo Civil. Integrantes do Poder Judiciário, não apenas do Estado de Santa Catarina, contribuíram para a obra doando-lhe suas interpretações de recortes do texto legal.

Neste e-book, encontraremos os capítulos: A Estrutura Bifásica do Procedimento Comum no Novo CPC; Postulação, Saneamento e Técnicas da Decisão no Código de Processo Civil de 2015; As Cláusulas Gerais Processuais no Novo Código de Processo Civil; O problema do conflito de leis aplicáveis à mediação: CPC/15 e lei n. 13.140; Um juiz para um novo código: reflexões sobre os delineamentos da atuação jurisdicional à luz do NCPC; O devido processo legal e as nulidades processuais no novo código de processo civil; Quatro aspectos polêmicos sobre a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015; e NCPC, a vitória dos bacharéis.

Diante do misto de estudos presentes neste livro, desejamos que ele possa indicar caminhos, desfazer problemas, incentivar reflexões e apoiar pesquisas. Boa leitura!

# A ESTRUTURA BIFÁSICA DO PROCEDIMENTO COMUM NO NOVO CPC

---

Alexandre Freitas Câmara\*

## 1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do CPC/2015, o procedimento-padrão do processo de conhecimento brasileiro passou a ser o *procedimento comum*, como se pode verificar pela leitura do art. 318 e seu parágrafo único. Trata-se do procedimento a ser utilizado sempre que não houver, para a causa que se deduz em juízo, procedimento especial previsto, ou naqueles casos em que, sendo opcional a utilização do procedimento especial (como se dá, *e.g.*, com o procedimento da “ação monitória”), tenha o autor optado por valer-se do procedimento-padrão. Além disso, o procedimento comum é subsidiariamente aplicável a todos os demais.

Aqueles que se habituaram a lidar com o CPC/1973, agora revogado, podem ter a impressão de que o procedimento comum nada mais é do que o antigo procedimento ordinário com outro nome. Assim não é, porém. É certo que a função que agora exerce o procedimento comum, atuando como procedimento-padrão, é a mesma que no regime processual anterior era exercida pelo velho procedimento ordinário. Não se teve, porém, uma mera mudança de nomes. Há diferenças entre os procedimentos (já que o procedimento comum do CPC/2015 prevê atos que não integravam a estrutura do antigo procedimento ordinário, como é o caso da audiência prévia de conciliação ou mediação de que trata o art. 334 do Código vigente), e a principal modificação está na estrutura. Como se buscará demonstrar neste trabalho, o procedimento comum do CPC/2015 tem uma estrutura bifásica, o que o distingue sobremaneira do vetusto procedimento ordinário.

Considerando-se que o procedimento comum se desenvolve a partir do ajuizamento da petição inicial até a sentença, pode-se dividi-lo em duas fases, que, como se buscará demonstrar, são completamente distintas (especialmente no que concerne às suas finalidades): *fase introdutória* e *fase principal*.

A fase introdutória vai do ajuizamento da petição inicial até a decisão de saneamento e organização do processo; a fase principal vai desenvolver-se a partir dessa decisão de saneamento e organização até a prolação da sentença. A decisão de saneamento e organização do processo é, portanto, o marco destinado a separar as duas fases, sendo o ato de encerramento da primeira fase e marco inaugural da segunda. Como se verá daqui por diante, cada uma dessas fases tem uma finalidade distinta.

## 2 A FASE INTRODUTÓRIA DO PROCEDIMENTO COMUM

Esta primeira fase, aqui chamada de *introdutória*, tem por finalidade *delimitar as questões relevantes para a resolução do mérito*. Desenvolve-se a partir da petição inicial até, como visto, a decisão de saneamento e organização do processo.

---

\* Desembargador (TJRJ). Professor emérito e coordenador de direito processual civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Presidente do ICPC (Instituto Carioca de Processo Civil). Vice-diretor de relações institucionais do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual), do IIDP (Instituto Ibero-americano de Direito Processual) e da IAPL (Associação Internacional de Direito Processual). Doutorando em direito processual (PUCMINAS).

Como cedição, incumbe ao autor, em sua petição inicial, apresentar todas as alegações e argumentos que tenha em seu favor, capazes de permitir que atue no processo com o fim de participar da construção do pronunciamento decisório que produza o resultado do processo. Em outras palavras, é através da petição inicial que o autor começa a exercer, no processo, seu *direito fundamental ao contraditório* (entendido este como *direito de participação com influência e de não surpresa*).

Não sendo caso de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido, será em regra designada uma audiência prévia de conciliação ou mediação,<sup>1</sup> devendo-se determinar a citação do réu. Obtida a autocomposição, o processo se encerrará e não se terão desenvolvido ambas as fases do processo de que aqui se trata.

Não tendo sido obtida a autocomposição (seja por não ter ela sido possível em audiência, seja por não se ter realizado a audiência prévia), correrá o prazo para que o réu apresente sua contestação. Nesse ato, incumbirá ao réu deduzir toda a sua defesa, tanto processual como de mérito (suscitando, quanto ao mérito, tanto objeções diretas – aquelas em que o réu nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor – como indiretas – aquelas em que o réu admite o fato constitutivo do direito, mas lhe opõe outro, impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito).

Veja-se, pois, que, com a apresentação da contestação, alguns dos pontos suscitados pelo autor se tornarão controvertidos. Passa-se a ter, aí, *questões* a serem enfrentadas quando do julgamento da causa. Mas o réu não se limita a, em sua contestação, impugnar alegações do autor. Ele também apresenta suas próprias alegações, relevantes também para a resolução do mérito. Basta pensar, por exemplo, na possibilidade de o réu, em um processo cujo objeto é a cobrança de quantia em dinheiro, ter alegado na contestação a ocorrência de novação ou a viabilidade de compensação com um crédito seu perante o autor.

Exatamente por isso é que, no caso de o réu apresentar defesa processual ou defesa de mérito indireta, será preciso assegurar ao autor a oportunidade de manifestar-se em réplica (cabível no prazo de 15 dias). Através da réplica o autor terá, pois, oportunidade de enfrentar os argumentos da contestação, de modo que os pontos suscitados na defesa do réu poderão, após o oferecimento da réplica, se tornar controvertidos.

Chegará, então, o momento de se proferir o *julgamento conforme o estado do processo*. Em outros termos, caberá ao juízo, nesse momento, emitir um pronunciamento decisório, que poderá consistir na *extinção do processo* (sem resolução do mérito, nos casos previstos no art. 485; ou com resolução do mérito, nos casos previstos nos incisos II e III do art. 487) ou no *julgamento antecipado do mérito* (quando o juízo, desde logo, emitirá sentença de procedência ou improcedência do pedido).

A prolação de sentença (de extinção ou de julgamento antecipado) nessa fase do processo implicará uma abreviação do procedimento, que se encerrará desde logo. Nesse caso, não há que se falar em procedimento bifásico. A divisão do procedimento comum em duas fases só ocorrerá se o juízo da causa, não podendo proferir sentença de extinção ou de julgamento antecipado, tiver de proferir a decisão de saneamento e organização do processo, prevista no art. 357 do CPC.

Assim, não sendo caso de extinção do processo ou de julgamento antecipado do mérito, o juízo prolatará a *decisão de saneamento e organização do processo*. Esta não é exatamente igual à decisão de saneamento do processo de que tratava o art. 331 do CPC/1973 (e que não costumava ser levada a sério, sendo frequente a prolação de decisões absolutamente padronizadas, em que pouco se fazia além de afirmar que o processo estava saneado, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, para em seguida deferir as provas que seriam produzidas).

<sup>1</sup> Diz-se “em regra”, por haver casos em que não se realiza a audiência prévia. É, porém, estranho ao objeto deste estudo o exame dos casos em que tal audiência deve ou não se realizar.

Fica, então, e desde logo, a advertência: caso não se leve a sério a decisão de saneamento e organização do processo prevista no art. 357 do CPC/2015, o processo de conhecimento desse novo regime processual não será capaz de atingir os resultados ótimos a que o sistema se dirige.

Nessa decisão de saneamento e organização do processo caberá ao juízo, de início, resolver questões processuais pendentes. Esse é, portanto, o momento adequado do procedimento para enfrentar questões processuais que devem ser resolvidas antes do momento em que o mérito será resolvido. Basta pensar, por exemplo, no caso de ter o réu, na contestação, impugnado o valor atribuído à causa, ou ter alegado a existência de um vício de representação do autor. Caberá, pois, ao juízo, na decisão de saneamento e organização do processo, resolver tais questões, de modo a evitar que o processo siga em direção ao momento em que seria proferida a sentença de mérito quando esta pode tornar-se inviável.

Em seguida, caberá ao juízo *fixar as questões de fato relevantes para a resolução do mérito*. Já tendo o autor e o réu apresentado suas manifestações (na petição inicial, na contestação e na réplica), será perfeitamente possível ao juiz verificar quais são as alegações sobre fatos que se tornaram controvertidas e que são relevantes para a resolução do mérito, indicando-as.

Além disso, caberá ao juízo, nesse momento, indicar matérias de fato que, não tendo sido suscitadas pelas partes, a ele pareçam relevantes para a resolução do mérito, desde que possam ser conhecidas de ofício (como, por exemplo, se já está ou não consumada a prescrição).

A fixação das questões de fato relevantes para a resolução do mérito servirá para *organizar* o processo, evitando o desenvolvimento de atividade probatória inútil. Afinal, como se sabe, só deve haver produção de prova sobre alegações a respeito de fato que sejam, simultaneamente, relevantes e controvertidas. Tendo o juiz, na decisão de saneamento e organização do processo, indicado quais são essas questões, será possível evitar que se desenvolva atividade probatória inútil, a respeito de alegações irrelevantes ou incontrovertidas.

Exatamente por isso, e como consequência lógica da fixação das questões controvertidas, caberá ao juiz, na decisão de saneamento e organização do processo, determinar as provas que, requeridas pelas partes ou determinadas de ofício, serão produzidas para demonstrar a veracidade das alegações relevantes e controvertidas anteriormente indicadas. E se entre estas houver alguma prova oral a ser produzida, será necessária a designação de audiência de instrução e julgamento.

Além de delimitar as questões de fato e determinar as provas que sobre elas serão produzidas, incumbe ao juiz, na decisão de saneamento e organização do processo, *fixar as questões de direito relevantes para a resolução do mérito*. Em outros termos, caberá ao juiz, na decisão de saneamento e organização do processo, indicar quais são os temas de direito controvertidos entre as partes, ou por ele suscitados de ofício, que poderão vir a ser enfrentados na decisão que resolva o mérito da causa.

Pense-se, por exemplo, em um processo em que o autor afirma haver, entre ele e o réu, uma relação de consumo, enquanto o réu sustenta que a relação existente não tem essa natureza, sendo uma relação de direito civil comum. Caberá, pois, ao juiz, na decisão de saneamento e organização, indicar que, para a resolução do mérito, será preciso definir se a causa é regida pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor. Nada impede, porém, que o juiz acrescente aí uma terceira possibilidade (por exemplo, a de que a relação entre as partes não é regida por nenhum daqueles dois códigos, mas por uma convenção internacional internalizada pelo direito brasileiro, ou por alguma outra lei específica).

Do mesmo modo, pode-se pensar em um processo em que tenha surgido – por provocação de parte ou suscitada de ofício pelo juiz – questão relativa à constitucionalidade de lei ou ato norma-

tivo, sendo importante para a resolução do mérito que tal questão seja resolvida. O juiz terá, pois, de indicar esse ponto na decisão de saneamento e organização do processo.

A delimitação das questões de direito relevantes para a resolução do mérito é fundamental para que as partes tenham condições de se manifestar sobre todo e qualquer possível fundamento que venha a ser empregado na sentença de mérito, de forma a assegurar o respeito ao que dispõe o art. 10 do CPC ou, o que dá na mesma, para que se evitem as decisões-surpresa, assegurando-se que o resultado do processo seja produzido através de um procedimento participativo, cooperativo, no qual se assegura às partes, de forma plena, o contraditório efetivo. Em outras palavras, a fixação das questões de direito na decisão de saneamento e organização do processo é um mecanismo de assecuração da observância – ao menos quanto às questões de mérito – do princípio do contraditório em sua dimensão da não surpresa.

Uma vez proferida essa decisão, serão dela intimadas as partes, que terão cinco dias para requerer ao juiz esclarecimentos ou ajustes. Passado esse prazo, ou prestados os esclarecimentos e realizados os ajustes, a decisão de saneamento e organização do processo torna-se estável, e na fase principal do processo serão apenas essas questões – e nenhuma outra, salvo algum fato ou direito superveniente – que se poderá examinar. Pode-se, então, dizer que entre a decisão de saneamento e organização do processo e a futura sentença de mérito haverá necessariamente de se observar uma congruência, uma correlação, de modo que a sentença de mérito só poderá versar (salvo, repita-se, fato ou direito superveniente) sobre as questões delimitadas na decisão de saneamento e organização do processo.

Percebe-se, assim, que toda esta primeira fase do procedimento comum, que se deve designar como fase introdutória, é destinada à fixação das questões relevantes, de fato e de direito, que serão objeto de instrução e julgamento na segunda fase, dita principal, do procedimento.

### 3 A FASE PRINCIPAL DO PROCEDIMENTO COMUM

Estabilizada a decisão de saneamento e organização do processo, estarão definitivamente fixadas as questões de fato e de direito que serão objeto de instrução e julgamento ao longo da fase principal do procedimento. Além daquelas questões, só se poderá examinar – quanto ao mérito do processo – questões supervenientes, sejam elas também de fato (como seria um fato superveniente que provocasse o perecimento da coisa demandada) ou de direito (como no caso de se editar uma Emenda Constitucional que desse ao tema discutido no processo tratamento distinto do anterior e fosse aplicável de imediato). Ressalvadas as questões supervenientes, porém, a resolução do mérito *só poderá levar em consideração as questões de fato e de direito estabelecidas na decisão de saneamento e organização do processo.*

Assim, ao longo da fase principal do procedimento, toda a atividade instrutória girará exclusivamente em torno das questões delimitadas na fase introdutória.

Isso se aplica, evidentemente, à atividade de produção de provas. Só serão admitidas provas que digam respeito às questões fáticas indicadas na decisão de saneamento e organização do processo. Isso permitirá, então, por exemplo, que sejam indeferidos quesitos dirigidos ao perito, ou perguntas formuladas para testemunhas, que não digam respeito exclusivamente às questões de fato previamente determinadas.

Não é só com relação à atividade de produção de provas que essa limitação se produzirá. Também no que concerne às alegações que as partes ainda poderão apresentar no procedimento

essa limitação terá de ser obedecida. Assim, por exemplo, quando da apresentação de alegações finais (orais, em audiência de instrução e julgamento, ou por escrito, através de memoriais) as partes só deverão se manifestar sobre as questões de fato e de direito que tenham sido delimitadas na decisão de saneamento e organização do processo.

Por fim, no momento de proferir sentença que resolva o mérito, deverá o juízo da causa respeitar os limites traçados na decisão de saneamento e organização do processo, limitando-se a enfrentar as questões de fato e de direito que tenham sido delimitadas na decisão que encerrou a primeira fase do procedimento. Há, pois, uma necessária (e só passível de afastamento em razão de fatores supervenientes, como já dito) *congruência entre a decisão de saneamento e a sentença de mérito*.

Dito de outro modo, a sentença de mérito que se pronuncie sobre questão de fato ou de direito que não tenha sido delimitada na decisão de saneamento e organização do processo é nula. E a causa dessa nulidade será a violação do princípio do contraditório, em sua dimensão da vedação às decisões-surpresa, o que afronta o art. 10 do CPC e, por conseguinte, o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. E tem de ser assim, ou se teria de reconhecer o caráter absolutamente supérfluo do que, constante do art. 357, *caput* e parágrafos, do CPC, estabelece não só a exigência de que as questões de fato e de direito que virão a ser enfrentadas na sentença de mérito tenham de ser ali fixadas, mas também, e principalmente, a afirmação de que essa fixação adquire *estabilidade*. Tem-se, aí, pois, uma *regra de congruência* entre a decisão de saneamento e organização do processo e a sentença de mérito.

## 4 CONCLUSÃO

A estrutura bifásica do procedimento comum dos processos cognitivos permite um desenvolvimento adequado do processo, em que se respeita sua estrutura participativa, cooperativa, viabilizando um aprofundamento do contraditório. Isso está em plena consonância com a exigência – estabelecida expressamente no art. 7º do CPC – de que se observe no processo um *efetivo contraditório*, o que é mero corolário da necessidade de se assegurar, com a máxima eficácia possível, o *direito fundamental ao contraditório* que resulta da concretização do art. 5º, LV, da Constituição da República. Tem-se aí, pois, a base para a construção de um procedimento afinado com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, paradigma a partir do qual todo o sistema jurídico brasileiro deve ser compreendido (art. 1º da Constituição da República), o que revela o compromisso do sistema construído a partir do Código de Processo Civil vigente com aquilo que consta de seu próprio art. 1º: a exigência de que o processo civil seja concretizado com base nas normas (regras e princípios) que provêm da Constituição da República.

Esta breve descrição da estrutura do procedimento comum tem um objetivo principal: exortar todos os profissionais do processo a compreender adequadamente o novo sistema, de modo a viabilizar sua atuação cooperativa na construção, em concreto, de um procedimento capaz de viabilizar decisões judiciais compatíveis com a Constituição, as únicas que podem, em um Estado Democrático de Direito, ser reputadas como verdadeiramente legítimas.

# AS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

Leonardo Beduschi\*

## 1 CONCEITO DE CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL

Em trabalho anterior foi elaborada uma tentativa de correlacionar as cláusulas gerais processuais ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa (CF, art. 5º, inc. XXXV). Naquela oportunidade, concluiu-se que as cláusulas gerais processuais “são uma tendência irreversível da moderna processualística justamente porque decorrem do direito fundamental do acesso à justiça”, já que permitem a adequação do procedimento às peculiaridades da situação de direito material objeto da demanda, que muitas vezes ostenta aspectos fáticos não adequadamente tutelados pela técnica da tipicidade estrita (BEDUSCHI, 2014).

No presente trabalho, partindo de algumas premissas lançadas anteriormente, e revisitando alguns temas abordados naquele estudo, busca-se apontar, no texto do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/2015), exemplos de cláusulas gerais processuais, bem como de alguns dos seus desdobramentos práticos.

As cláusulas gerais surgem no contexto da legislação infraconstitucional no Brasil, no Direito Privado, notadamente no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no Código Civil brasileiro de 2002. Nesse âmbito, mereceram a atenção e a análise de Judith Martins-Costa (1998, p. 7). Para ela, o enunciado das cláusulas gerais, ao invés de traçar de forma pontual a hipótese e as suas respectivas consequências, “é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado”. Isso gerou como resultado, por meio da atividade de concreção desses princípios, “diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas”.

Judith Martins-Costa assim conceitua a cláusula geral:

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, *crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extrassistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.* (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8).

---

\* Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor titular de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo na Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor do curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da UNIASSELVI. Autor de livro e de artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Nessa mesma linha, Fredie Didier Júnior conceitua cláusula geral como uma espécie de texto normativo cuja hipótese fática (antecedente) é composta por termos vagos e cujo efeito jurídico (consequente) é indeterminado. “Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 1). Os mesmos parâmetros teóricos são adotados por Ruy Alves Henriques Filho (2008) em seu conceito<sup>1</sup>. O que se observa comum entre esses conceitos expostos é a presença de um elemento objetivo (a vagueza das expressões empregadas na edição do texto normativo) e outro, por assim dizer, subjetivo (representado pela outorga, ao juiz, de poder – ou “competência”, nas palavras de Judith Martins-Costa – para criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas a partir dos textos abertos das cláusulas gerais).

A técnica legislativa das cláusulas gerais é o contraposto da técnica casuística, também denominada regulamentação por *fattispecie*, que, de acordo com a lição de Judith Martins-Costa (1998), lastreada na construção de Karl Engisch (1988), é a técnica utilizada nos textos normativos marcados “pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*”; ou seja, na técnica casuística, “percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados”<sup>2</sup>.

Sob esse aspecto, de acordo com Fredie Didier Júnior (2010, p. 2), não pode existir um sistema jurídico estruturado exclusivamente em cláusulas gerais (“que causariam uma sensação perene de insegurança”) ou em casuísticas (“que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea”), sendo que “uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies”<sup>3</sup>.

Não se localiza, contudo, na doutrina especializada, um conceito operacional específico para a categoria cláusula geral processual. Trata-se, é verdade, de uma especificidade quase desnecessária, já que a técnica legislativa das cláusulas gerais pode ser aplicada da mesma forma tanto ao direito material quanto ao processual. Contudo, Fredie Didier Júnior afirma que, ultimamente, as cláusulas gerais “têm ‘invadido’ o direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado”. O aludido autor justifica tal “invasão” afirmando que “o direito processual também necessita de normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 4). Por Direito Processual Civil deve ser entendido o conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal, sendo que as quatro grandes categorias jurídicas que compõem o “núcleo estrutural do direito processual (os seus *institutos fundamentais*)” são a jurisdição, a ação, a defesa e o processo (DINARMARCO, 2004, p. 37-40). Dessa forma, equacionando-se tal concepção de Direito Processual Civil com o conceito operacional de Judith Martins-Costa (cujo foco era, repita-se, o Direito Privado brasileiro), pode-se sugerir um conceito segundo o qual cláusula geral processual é uma técnica legislativa que gera uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma

---

1 As cláusulas gerais “são compreendidas como um novo método de legislar, que impõe o preenchimento de sua moldura pelo juiz, como se considerássemos a norma jurídica oriunda do exercício da interpretação e corolária da ‘atividade judicial criadora’. A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formação de uma hipótese legal que, em temas de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 2-5).

2 E prossegue: “enquanto a técnica casuística, característica da segunda metade do Século XX época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei ‘clara, uniforme e precisa’, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana”. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

3 Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa (1998, p. 8) assevera que “conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isso evidente que nenhum código pode ser formulado apenas, e tão-somente, com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Verifica-se, pois, com frequência, a combinação entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrer, numa mesma disposição, ‘graus’ de casuismo e de vagueza”.

linguagem de tessitura intencionalmente aberta ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico e por ter como objeto a jurisdição, a ação, a defesa ou o processo civil.

## 2 AS FUNÇÕES E A ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Parafraseando-se as palavras do Senador Josaphat Marinho, relator do Projeto do Código Civil no Senado Federal, pode-se dizer que a primeira e primordial função das cláusulas gerais (tanto no âmbito do Direito Privado quanto no do Direito Processual Civil) é a de servir como fator de equilíbrio entre o desejo de clareza, segurança e flexibilidade do sistema em construção, de modo a recolher e regular mudanças e criações supervenientes (MARINHO apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 6). Já Ruy Alves Henriques Filho (2008, p. 7), baseado na pesquisa de Judith Martins-Costa, sustenta que a função atribuída num primeiro momento às cláusulas gerais é a de permitir, “num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz”.<sup>4</sup>

Essa função das cláusulas gerais tem consequências que são objeto de acirrada controvérsia na doutrina, já que, ao contrário da técnica casuística, gera (ou tem potencial para gerar) insegurança jurídica, sob diversos aspectos.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 4), nesse contexto, expõe:

A despeito do contexto político-social da época da decisão, as cláusulas gerais “possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício”. Estes problemas ainda podem ganhar maior vulto em tempos de efervescência social, guerras ou crise econômica. Há o perigo quase inevitável da *fuga para as cláusulas gerais* (*Die Flucht in die Generalklauseln*), conforme célebre expressão de Hedemann. Como parece ser inevitável a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, inclusive no direito processual, cabe à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmaticamente adequadas de manejo destas espécies normativas.

Nessa senda, Judith Martins-Costa sustenta que a voz do juiz não é arbitrária, mas vinculada. É fato que as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete do direito a “certas pautas de valoração do caso concreto”. Essas pautas ou estão já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio) ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo, hoje em dia, sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem normas de diretiva, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social (MARTINS-COSTA, 1998, p. 10).

4 Essa ideia é complementada por Judith Martins-Costa (1998, p. 10): “o alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, especificar-se-á não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão da sua normatividade. Nessa perspectiva, o juiz é, efetivamente, a *boca da lei*, não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese, mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”.

Em que pese a existência desses parâmetros rígidos para a atividade judicial nas cláusulas gerais, de Lenio Luiz Streck partem críticas a esse modo de legislar. Para o aludido autor, o aumento dos poderes interpretativos dos juízes nas cláusulas gerais, que devem ser preenchidas ideologicamente e com amplo subjetivismo, fariam destas um “Código do Juiz”<sup>5</sup>. Na verdade, o grande alvo da crítica tecida por Lenio Luiz Streck é o que ele denominou de “filosofia da consciência”, já que, segundo o autor, em sistemas e regimes jurídicos democráticos, não há espaço para que a “convicção pessoal do juiz seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, os ‘casos difíceis’”. Dessa forma, uma crítica do “direito *stricto sensu*, isto é, uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso” (STRECK, 2010, p. 45-56)<sup>6</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 329), por sua vez, sustenta que “a observância empírica da ordem processual e das formas do procedimento, com prevalência da cláusula *due process of law*, é reconhecidamente penhor de segurança para os contendores” e que o processo deve ser estruturado na lei e conduzido por um juiz com objetivos preestabelecidos, a fim de se garantir a segurança dos litigantes. Nessa mesma linha crítica, mas sob uma ótica mais ampla, que desborda do tema das cláusulas gerais, mas a ele está relacionado, Adalberto Narciso Hommerding (2013, p. 16) expõe:

O que me preocupa, sobretudo em tempos de ativismo judicial desmesurado e de judicialização da política, é a demasiada confiança e o conseqüente “peso” que os legisladores possam depositar sobre os juízes. Explico. Há uma linha tênue entre decisões políticas e decisões de princípio. Decisões políticas, como ensina Ronald Dworkin, cabem aos legisladores, à classe política, representante do povo; decisões com base em princípios cabem aos juízes. Isso é o que possibilita a convivência pacífica entre democracia, vista como poder da maioria, e as minorias, cujos direitos fundamentais têm de ser resguardados<sup>7</sup>.

---

5 E prossegue o aludido autor: “com efeito, parcela considerável dos doutrinadores civilistas brasileiros trilha pelo caminho de entender o novo Código Civil como um sistema aberto, em face, principalmente, da adoção das cláusulas gerais, que seriam normas ‘que se caracterizariam pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete’ e ‘o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado’, porque carecem de ‘complementação valorativa’, o que faz com que o intérprete se veja ‘obrigado a buscar em outros espaços do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará sua decisão’ [a referência é à obra de MENCKE, Fabiano. **A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 103, set. 2006, p. 69]. Despiciendo lembrar que a tese representa uma concessão à discricionariedade positivista [...] Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas ‘cláusulas gerais’ (a mesma crítica pode ser feita ao uso da ponderação para a ‘escolha’ do princípio que será utilizado para a resolução do problema causado pela ‘textura aberta da cláusula’). Registre-se, por justiça, que o papel (ou ‘esse’ papel) das cláusulas gerais não são unanimidade no seio da doutrina civil. Nesse sentido, a importante crítica de Humberto Theodoro Jr. contra o emprego legislativo desse tipo de estratégia, muito embora admita a introdução, pelo juiz, de *valores éticos na lei* [**A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, 2006, p. 15]. Em linha similar, Marcus de Carvalho Dantas, para quem ‘entender que o recurso às cláusulas gerais é um expediente idôneo a garantir um tratamento mais responsável das normas por parte do juiz é altamente discutível, já que não há predeterminação da interpretação das normas, o que remete à dicotomia subjetivismo-objetivismo’ [**Acerca das funções sociais do contrato**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 27, julho/dezembro de 2005, p. 108]” (STRECK, 2010, p. 46-47).

6 Carmen Lígia Nery expõe que a sentença que aplica uma cláusula geral é denominada “sentença determinativa”, que ocuparia, segundo a autora, uma categoria autônoma de sentença. Em sua obra, ela combate a ideia de permitir a utilização de poder discricionário pelo juiz no manejo da sentença determinativa. “De se concluir, portanto, que a sentença determinativa representa importante instrumento para a efetivação dos mecanismos de mobilidade do sistema. Assim sendo, a sentença determinativa deixa de ter papel de coadjuvante entre as sentenças, para assumir papel relevante e de intensa utilização pelos juízes da atualidade, justamente porque ela surge naquilo que a doutrina costumeiramente identifica com os *hard cases*. Por essa razão, a atribuição de poder discricionário ao juiz, como medida extrema para decidir os casos que demandam sentenças determinativas (pelos doutrinadores clássicos tidos como casos excepcionais), parece perecer diante da nova realidade.” (NERY, 2014, p. 78-79).

7 E arremata: “quando os juízes, pois, em suas decisões, decidem conforme argumentos de política, e não conforme argumentos de princípio, tais decisões implicam corrupção do sistema de Direito porque não é função do Poder Judiciário fazer as vezes de Poder Legislativo. O ativismo judicial, portanto, interfere nas competências destinadas aos demais poderes, tais como o Legislativo e o Executivo. Mais: o ativismo judicial é a porta de entrada dos valores morais do juiz, o que termina por comprometer irremediavelmente o próprio sistema democrático. Aí o Judiciário escamba para a irracionalidade jurídica, deixando que fatores alheios ao Direito (v.g., a moral do juiz) inferiram no sistema jurídico, quebrando com a diferenciação funcional característica do sistema de Direito” (HOMMERDING, 2013, p. 16).

A segunda função das cláusulas gerais, conforme Judith Martins-Costa (1998, p. 10-11), seria a de permitir a mobilidade externa do sistema, pois, embora tenham essas cláusulas função primeiramente individualizadora, ou seja, de conduzir ao direito do caso, têm, ainda que secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de instituições para responder aos novos fatos e exercendo um controle corretivo do Direito estrito.

Num terceiro momento, as cláusulas gerais atuam como elemento de conexão ou “lei de referência” para oportunizar ao juiz a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes.

Em quarto lugar, as cláusulas gerais permitem à doutrina operar a integração intrassistemática entre as disposições contidas nas várias partes do Código (no caso do objeto de estudo de Judith Martins-Costa, do Código Civil), ou seja, permitem a “mobilidade interna”, que consiste na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos. Assim, a jurisprudência percorre, às vezes, um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal à aplicação de outro, tendo em vista um mesmo fato.

Por fim, as cláusulas gerais viabilizariam a integração intersistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva necessariamente corresponder nova emissão legislativa. Essa última função em particular, apontada por Judith Martins-Costa, talvez seja o elemento mais relevante a ser considerado na técnica das cláusulas gerais, notadamente as processuais. Conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 427), “a utopia dos procedimentos diferenciados” reside no fato de que o legislador não tem condições de construir tantos procedimentos quantos forem as situações de direito substancial carentes de tutela, devendo, portanto, valer-se de “normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequadas ao caso concreto”<sup>8</sup>. Para o referido autor, as cláusulas gerais processuais permitem a conformação do procedimento ao caso concreto<sup>9</sup>, sendo essa a principal função destas no âmbito do Direito Processual Civil.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 4) também formula as características das cláusulas gerais que reputa relevantes: (a) há a percepção de que não há legislação composta apenas por cláusulas gerais – a existência de regras jurídicas é indispensável para a diminuição da complexidade da regulação da vida social e o prestígio da segurança jurídica; (b) a aplicação das cláusulas gerais não dispensa sólida fundamentação pelo órgão julgador, cuja decisão pode ser submetida ao controle formal ou substancial; (c) o método da *concretização* das normas é o mais adequado para a aplicação das cláusulas gerais, que, não obstante ainda necessite de um contínuo aprimoramento teórico, exige a observância dos precedentes judiciais, da finalidade concreta da norma, da pré-compreensão, da valoração judicial dos resultados da decisão e do consenso como fundamento parcial da decisão (conforme sistematização de Humberto Ávila).

Acerca da estrutura das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa defende que elas constituem normas (parcialmente) em branco, que são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração. “É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar nor-

8 E completa: “como o legislador não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias que apenas podem ser reveladas no caso concreto, apressou-se ele, nos últimos anos, em editar normas processuais abertas [...] É claro que tal circunstância não é percebida pelos doutrinadores e operadores do direito ainda familiarizados com a estrutura formada pelo procedimento comum e pelos procedimentos especiais, o primeiro visto como padrão e os últimos como exceções. As normas processuais abertas, além de aplicáveis a qualquer situação de direito material, trabalham em duas perspectivas. Contêm conceitos jurídicos indeterminados ou expressamente conferem à parte e ao juízo o poder de converter a tutela específica na tutela pelo equivalente ou optar pela técnica processual adequada ao caso concreto”. (MARINONI, 2006, p. 427).

9 Em obra mais recente, Luiz Guilherme Marinoni exemplifica: “os arts. 497 e 536 do CPC e 84 do CDC admitem expressamente que o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Com isso, o juiz está autorizado, desde que respeitados os limites da obrigação originária, a impor o fazer ou o não fazer mais adequado à situação concreta que lhe é apresentada para julgamento” (MARINONI, 2015, p. 78).

mas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta”. Para a aludida autora, dessa constatação deriva uma importante conclusão: a incompletude das normas contidas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, devem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, “sob pena de restarem emudecidas e inúteis”. Significa, ainda, que o juiz tem o dever de formular, a cada caso concreto, “a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extrassistemáticos os elementos que possam preencher” e dar especificidade à moldura vagamente desenhada na cláusula geral (MARTINS-COSTA, 1998, p. 9-10).

No mesmo sentido, a estreita relação entre as cláusulas gerais e os precedentes judiciais também é apontada por Fredie Didier Júnior, o qual afirma que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Para o mencionado autor, essa relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos<sup>10</sup>:

Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados. A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que mediante exemplos “ilustrativos” e, em seguida, “por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar”. (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 3).

Fredie Didier Júnior (2010, p. 2) aponta, ainda, que as cláusulas gerais permitem uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, “as ‘Standards’, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico”, de diretrizes econômicas, políticas e sociais, de normas constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”<sup>11</sup>.

### 3 AS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conforme já exposto, as cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da *boa-fé*, da função social da propriedade

10 Essa concepção mereceu a recente crítica de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud em “O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?”, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> (acesso em 20 de agosto de 2016).

11 Para Didier Júnior, “o *standard* é um argumento utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito”. Trata-se de um modelo (*standard*), um tipo de comportamento aceitável em determinada situação. A “diligência mínima de um homem comum”, os “costumes do tráfico”, a “boa-fé” etc. são exemplos. Os *Standards* têm a função de orientação (*Steuerungsfunktion*) na concretização das cláusulas gerais (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 6).

e da função social do contrato (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 4; MARTINS-COSTA, 1998, p. 11-17). A presença de diversas cláusulas gerais processuais no Código de Processo Civil rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX. Têm-se os seguintes exemplos: promoção, pelo Estado, da autocomposição (art. 3º, § 1º); boa-fé processual (art. 5º); cooperação (art. 6º); negociação sobre o processo (art. 190); poder geral de cautelar (art. 301); cláusulas gerais executivas (arts. 297 e 536, § 1º); abuso de direito pelo exequente (art. 805); adequação do processo e decisão em jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único)<sup>12</sup>.

Pode ser feito um paralelo entre dois dispositivos do Código de Processo Civil, a fim de se evidenciar a distinção entre a técnica das cláusulas gerais e a técnica da tipicidade estrita: a cláusula geral de negociação processual (art. 190) e a eleição de foro (art. 63).

Enquanto a possibilidade de eleição de foro determina exatamente todos os elementos que compõem a *fattispecie* do enunciado normativo (pois a casuística do art. 63 do CPC limita-se tão somente à permissão de ajuste do foro contratual), o texto do art. 190 apresenta uma hipótese fática construída em termos propositalmente vagos (“*convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*”), da qual podem surgir efeitos jurídicos (consequentes) indeterminados.

Dessa forma, com fundamento na cláusula geral de negociação processual do art. 190, às partes é lícito avançar negócios processuais atípicos como, por exemplo (e o simples fato de esse rol ser exemplificativo já demonstra a natureza do texto normativo em comento), ajustar a supressão de recursos ou modificações no procedimento probatório<sup>13</sup>.

Comparativamente, os negócios processuais típicos, como a cláusula de eleição de foro, são mais específicos e têm uma hipótese de incidência muito mais restrita, jamais exemplificativa como a do art. 190. Nessa linha, o CPC traz, além do art. 63, a possibilidade de redução de prazos peremptórios (art. 222, § 1º) e o calendário processual (art. 191), negócios típicos que precisam do consenso de todos os sujeitos do processo (juiz e partes) (CUNHA, 2016)<sup>14</sup>.

12 No Código de Processo Civil revogado (Lei nº 5.869/1973), eram apontados como exemplos de cláusulas gerais processuais, além do princípio do devido processo legal (que ainda é o principal exemplo de cláusula geral processual): (a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC); (b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC); (c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC); (d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); (e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC); (f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC). “O Código de Processo Civil português é estruturado em cláusulas gerais: (a) princípio da adequação formal (art. 265.º-A); (b) cláusula geral do acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada (art. 2.º, 1 e 2); (c) cláusula geral da igualdade das partes (art. 3.º-A) etc.; (d) cláusula geral de cooperação processual (art. 266.º, 1). Neste aspecto, o Código de Processo Civil português está na vanguarda mundial. Não há legislação processual de onde se possam extrair tantas *cláusulas gerais expressamente consagradas*. A flexibilidade/abertura do direito processual civil português revela-se muito claramente. A topografia das previsões legislativas portuguesas é emblemática. As cláusulas gerais no Código de Processo Civil português aparecem no início da codificação, como que compondo o prólogo indispensável à compreensão do direito processual português. No Código de Processo Civil brasileiro, as cláusulas gerais mostram-se dispersas, sem qualquer ligação sistemática, produtos de inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por Alfredo Buzaid para o direito processual civil brasileiro, sem preparar um outro para substituí-lo” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 4-5). **Essas observações referem-se ao CPC/1973.**

13 O enunciado nº 19 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis) traz outros exemplos de negociação processual com fundamento nesse dispositivo: “(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. 15-16-17” (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

14 Cunha (2016) elenca outros negócios processuais típicos: escolha consensual do perito (art. 471), audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (art. 357, § 3º), acordo de saneamento ou saneamento consensual (art. 364, § 2º) e desistência de um documento cuja falsidade foi arguida (art. 432).

Luiz Guilherme Marinoni (2006), por seu turno, indica os arts. 300 e 497 como exemplos de cláusulas gerais processuais (por ele denominadas “normas processuais abertas”)<sup>15</sup>. O mesmo autor vale-se, também, da multa coercitiva para exemplificar a técnica das cláusulas gerais, já que a sua natureza maleável (pois pode ser fixada de maneira diferenciada em atenção às circunstâncias concretas) a torna um meio executivo característico da necessidade de se dar ao processo a possibilidade de atender aos vários casos conflitivos<sup>16</sup>.

Assim, considerando que há uma tendência de utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais, o operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes no Código de Processo Civil (DIDIER JÚNIOR, 2010)<sup>17</sup>.

## REFERÊNCIAS

BEDUSCHI, Leonardo. **A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrência do princípio do acesso à ordem jurídica justa**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. Disponível em: <[www.esserenelmondo.com/pt/download.php?id\\_pedido=4109](http://www.esserenelmondo.com/pt/download.php?id_pedido=4109)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BORBA, Marcos Adriano. **Negócios jurídicos processuais: a flexibilização do procedimento no novo Código de processo civil brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2016. Disponível em: <<http://bu.furb.br/consulta/novaConsulta/pesqCabecalho.php?menu=rapida&bdigital=>>>. Acesso em: 30 de ago. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Grandes temas do novo CPC: negócios processuais**. Salvador : Juspodivm, 2016. p. 63.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais online/ Thomson Reuters, v. 187, p. 69, set. 2010.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

---

15 “Note-se que o conceito de fundado receio de dano aponta para o direito material, ao passo que os conceitos de abuso de direito de defesa e de incontrovérsia da demanda devem ser buscados em circunstâncias que dizem respeito ao próprio processo. Ainda que tais conceitos possam ser revelados pela doutrina, essa atribuição de significado sempre será feita com a consciência de que a sua densificação dependerá das circunstâncias do caso concreto. A outra situação está presente no artigo [...] que permite a conversão da tutela específica do direito material em tutela pelo equivalente, a fixação do valor da multa em montante adequado e, ainda, a determinação do meio executivo necessário para dar efetividade à tutela jurisdicional. É claro que a conversão da tutela específica em tutela pelo equivalente e a opção pela técnica processual adequada dependem de uma justificativa atenta às circunstâncias do caso concreto.” (MARINONI, 2006, p. 427). As referências legislativas são do CPC/1973.

16 Exemplo da atipicidade (e consequente abertura da norma processual) é o que ocorre com o parágrafo 5º do art. 461 do Código de Processo Civil de 1975 (**equivalente ao § 1º do art. 536 do CPC/2015, com pequenos ajustes de redação**). Nesse sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, que entendeu, com fundamento no referido dispositivo legal, que é possível ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento das partes, o bloqueio ou sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante, “com o intuito de promover a efetivação da tutela, medida judicial que não esteja explicitamente prevista no § 5º do art. 461, mormente na hipótese em que a desídia do ente estatal frente a comando judicial possa implicar grave lesão à saúde ou risco à vida da parte demandante, uma vez que, nessas hipóteses, o direito fundamental à saúde (arts. 6º e 196 da CF) prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Nacional. Precedentes citados: EREsp 770.969-RS, Primeira Seção, DJ 21/8/2006; REsp. 840.912-RS, Primeira Turma, DJ 23/4/2007; e REsp. 1.058.836/RS, Segunda Turma, DJe 1º/9/2008”. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.069.810-RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/10/2013).

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais**, p. 5.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. Tradução de Einführung in das Juristische Denken.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 5., 2015, Vitória. **Enunciados ...** Vitória, 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais online/ Thomson Reuters, v. 155, p. 2-5, jan. 2008.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Direito processual civil e alopoiesis: como o novo CPC poderá funcionar como um “provocador” de uma “corrupção sistêmica” no sistema do direito? **Revista da AJURIS**, v. 40, n.131, p. 16, set. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela contra o ilícito** – inibitória e de remoção – art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 139, 1998.

NERY, Carmen Lúcia. **Decisão judicial e discricionariedade**: a sentença determinativa no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

# O PROBLEMA DO CONFLITO DE LEIS APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO: CPC/15 E LEI N. 13.140/15

---

Fernando Vieira Luiz\*

## 1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o novo Código de Processo Civil (CPC/15) alterou de forma considerável a forma de se litigar. Várias novidades apontam para a mudança na própria maneira de se compreender o processo. Exemplos não faltam, podendo-se ressaltar os negócios jurídicos processuais. O direito processual era visto exclusivamente como uma relação jurídica de direito público. Disso defluía a ideia de que as partes deveriam atuar da forma que determinava a lei, cabendo a imposição de um sistema de preclusão, caso assim não fizessem. A partir do CPC/15 essa natureza publicista do processo é colocada em cheque. Isso porque a lógica adotada pela nova legislação é muito mais assemelhada ao direito privado. Em outras palavras, agora às partes é facultado realizar tudo o que não seja expressamente proibido. Pode haver a especificação do procedimento de cada litígio, por convenção entre as partes, mesmo que realizada anteriormente ao próprio processo. Portanto, contratualmente as partes podem alterar prazos, estabelecer instância única ao caso (sem a supressão da primeira instância), dispor sobre a limitação da quantidade de testemunhas, entre outras possibilidades.

Se o CPC/15 busca alterar sobremaneira a forma pela qual se litiga, é verdade também que ele se sustenta na ideia da própria desjudicialização das demandas ou da abreviação delas através da utilização dos meios adequados de resolução de controvérsias. Aposta o CPC/15 na utilização da mediação, conciliação e arbitragem, para que grande parte dos litígios sejam resolvidos, resguardando-se à jurisdição estatal somente aqueles casos que dela realmente necessitam.

Sobre o tema há uma série de questões a serem abordadas, sobretudo levando-se em consideração a nova codificação e, também extremamente importante, a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015). A própria existência de duas legislações regendo a mediação já nos apresenta algumas situações problemáticas, sobretudo acerca da sucessão da lei processual no tempo. Este é o objetivo primordial do presente estudo: verificar a convivência dos dois diplomas legais que regem a matéria, atentando-se no possível conflito de normas no entrechoque de ambos.

## 2 DIÁLOGO DAS FONTES

A primeira alternativa, para análise das duas legislações em comento, quando tratam do mesmo assunto, é tentar, na medida do possível, coordená-las para que haja a aplicação simultânea de ambas. Trata-se da doutrina do diálogo das fontes. Tal teoria foi inicialmente desenvolvida no direito alemão e trazida ao Brasil pela Prof. Cláudia Lima Marques (2012), com aplicação na esfera das legislações que tratam do direito do consumidor. De modo mais específico, a doutrinadora primeiramente tenta evitar conflitos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor aplicando o

---

\* Doutorando em direito (UFSC). LLM in US Legal Studies (University of Connecticut – honors). Mestre em direito público (UNESA). Juiz de Direito em Florianópolis.

diálogo das fontes; em um segundo momento, procura coordenar os tratados internacionais sobre direito do consumidor com as normas internas do Estado brasileiro.

A mesma ideia pode ser utilizada em outros ramos do direito, inclusive na hipótese aqui tratada. Há situações em que as duas leis não tratam exatamente da mesma forma sobre um aspecto da mediação. Contudo, é viável a compatibilização de ambas, sem que haja uma real antinomia que exclua a aplicação de uma delas. Exemplo disso é o rol de princípios aplicáveis à mediação. Tanto o CPC/15 quanto a Lei n. 13.140/15 catalogam os princípios próprios do processo de mediação. Vários se repetem nas duas legislações. Entretanto, alguns constam apenas no código, enquanto outros exclusivamente na legislação extravagante. Por exemplo, consta expressamente na nova codificação o princípio da independência, o que não se repete na Lei da Mediação. Nesta, por outro lado, é expressa a referência à isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé, o que não se repete no CPC/15. Poderia o jurista mais apressado afastar a aplicação de uma ou outra lei, visto que tratam de forma não idêntica da mesma matéria. Contudo, as diferenças das duas leis se complementam, sendo certo que eventual afastamento de uma legislação não desobriga aqueles que participam do processo (principalmente o mediador) ao cumprimento dos princípios eventualmente contidos na lei a princípio não aplicável.

Deve haver a compatibilização, a harmonização, enfim, a coordenação entre as legislações, extraindo-se tudo o que possível for de ambas, aprimorando-se, desta feita, o próprio processo de mediação. Obviamente, há casos em que não há essa possibilidade, pois as leis apresentam dispositivos incompatíveis entre si. Nesses casos, haverá a necessidade de resolver esse conflito normativo, com o fim de manter a coerência do próprio ordenamento jurídico, que não aceita tal forma de contradição.

### 3 CPC/15 E A LEI DA MEDIAÇÃO: QUAL A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL?

Carecia o país de uma regulação legislativa da mediação e conciliação. Não havia um regramento próprio definindo cada uma delas, o procedimento a ser adotado, a possibilidade da suspensão do processo e mesmo do prazo prescricional para a adoção (prévia ou incidente) desses mecanismos de resolução de controvérsias, entre outras situações.

A primeira inovação no campo foi trazida pela Resolução n. 125 do CNJ, que buscou disciplinar a realização dos procedimentos e a definição da formação e treinamento dos mediadores e conciliadores. Contudo, por configurar a Resolução um mero ato administrativo, faltava garantir ao processo um *status* legal, motivo pelo qual vários projetos de lei foram propostos para disciplinar o assunto. Ocorre que tramitaram paralelamente o projeto do novo Código de Processo Civil e o da Lei da Mediação. Neste particular, não houve a reunião e compilação de todos os projetos de lei cujo tema também era disciplinado pelo projeto do código. Em razão disso, no interregno de aproximadamente três meses, houve a sanção, promulgação e publicação de duas leis que tratam da mesma matéria.

Essa proximidade causa algumas discussões acerca da aplicabilidade de uma ou outra lei. Enfim, trata-se de problemas da sucessão de leis no tempo, ou seja, de direito intertemporal (ou transitório), além do conflito de normas, visto que uma e outra, em alguns particulares, parecem disciplinar de forma diversa o mesmo assunto. Neste particular deve-se, por um lado, atentar para as regras de direito intertemporal –sobretudo os arts. 14 e 1.046 do CPC/15 – e, por outro lado, para os tradicionais critérios de resolução de antinomias.

Em relação à resolução de antinomias, devem ser observados os critérios: hierárquico, da especialidade e cronológico. Portanto, a lei superior prevalece sobre a inferior; a especial, sobre a geral; e a lei nova, sobre a antiga. Nesse passo, observa-se que as duas leis em comento são ordinárias, ou seja, para todos efeitos legais estão no mesmo nível hierárquico, não havendo como resolver a celeuma a partir do critério da hierarquia.

Sobre o critério da especialidade, algumas considerações devem ser efetuadas. É comum encontrar na doutrina a indicação de que o CPC/15 seria a lei geral, porquanto disciplina as regras gerais do processo civil, aplicável, ainda que subsidiariamente, a todos os procedimentos legalmente previstos, mesmo em leis extravagantes. Nesse ponto, a Lei da Mediação, porque formulada com a finalidade específica de regular uma das formas de resolução autocompositiva de controvérsias, seria especial, prevalecendo em caso de antinomia. Em que pese a inicial razoabilidade dessa interpretação, entende-se que não é a melhor. A especialidade deve ser observada em cada dispositivo confrontado (SALLES; MEGNA, 2016). Nada obsta que algum artigo de um código – que tende à generalidade – trate de forma mais específica de um determinado tema do que seu respectivo da legislação extravagante. Exemplo disso pode ser verificado no cotejo entre o art. 27 da Lei n. 13.140/15 e o art. 334 do CPC/15. Ambos preveem, no processo judicial, a designação de audiência com o fim de mediar o conflito, contudo a disciplina do último é mais detalhada, especificando prazos mínimos – tanto para audiência quanto para a citação – e exceções em que a audiência não se realizará. Neste particular, não há dúvidas de que, segundo o critério da especialidade, prevalece o art. 334 do CPC/15 sobre o art. 27 da Lei n. 13.140/15. Portanto, não há como falar de antemão, de forma genérica, que a Lei da Mediação é especial quando comparada ao CPC/15.

Resta, portanto, a análise do critério cronológico. O primeiro passo, nessa investigação da legislação a ser aplicada, é definir qual delas é a nova lei. Há uma discussão doutrinária interessante a esse respeito. Alguns afirmam que o CPC/15 deve ser considerado como a legislação nova, uma vez que o início de sua vigência foi posterior ao da Lei da Mediação. Outros sustentam ocorrer o contrário, ou seja, ser o CPC/15 a lei anterior, aplicando-se, em caso de conflito normativo, a Lei da Mediação.

Para propor uma solução a essa celeuma, é necessário esclarecer o processo legislativo final das duas leis. Em relação ao CPC/15, a sanção e promulgação ocorreram na mesma data, 16.3.2015, com publicação no dia seguinte. Ocorre que a lei definiu que o período de *vacatio legis* seria de um ano, motivo pelo qual o início de vigência do Código ocorreu em 18.3.2016. Já no tocante à Lei da Mediação, a sanção e promulgação ocorreram em 26.6.2015, com publicação em 29.6.2015. Contudo, como o prazo de vacância definido foi de 180 dias, a vigência aconteceu em 27.12.2015. Portanto, observa-se a curiosa situação dessas duas leis que tratam da mesma matéria: aquela que foi sancionada, promulgada e publicada anteriormente à outra entra em vigor, contudo, em momento posterior.

Saber qual a lei nova exige saber qual o momento em que a lei existe como tal. Em outras palavras, qual é o marco para se dizer que a lei existe: sua sanção, promulgação, publicação ou o início de sua vigência? A resposta exige aprofundar-se no direito constitucional e, em certo modo, na teoria do ato jurídico. Em relação ao último, sabe-se que há três planos de análise do ato jurídico: o da existência, o da validade e o da eficácia. São planos distintos que podem coincidir ou não no tempo, ou seja, pode ocorrer de determinado ato passar a existir no mundo jurídico e, a partir de então, já ser considerado válido e capaz de surtir efeitos. Por exemplo, na compra de um vegetal em uma feira qualquer, basta o contrato verbal de compra e venda. Contudo, em outros atos – e aqui se inclui o próprio processo legislativo – não há a coincidência temporal entre os três planos. Assim, parece correto afirmar que o critério adequado para se considerar uma lei anterior ou posterior à outra é o da existência de ambas. Em outras palavras, será lei anterior a que primeiro reuniu todos os requisitos de existência e posterior aquela em que tais elementos sejam alcançados ulteriormente. A validade e eficácia não seriam, assim, determinantes neste particular.

Essa verificação deve ser efetuada com olhos no processo legislativo definido pela Constituição Federal. Neste particular, o texto constitucional refere-se à sanção presidencial como o momento em que a lei ordinária reúne os elementos essenciais à sua existência como tal.<sup>1</sup> Infere-se isso do art. 65, o qual estabelece que, aprovado nas duas Casas legislativas, o projeto de lei será enviado à Presidência para sanção. Da mesma forma, o art. 66 da CF prevê a possibilidade de sanção por omissão. Em outras palavras, transcorrido o prazo de 15 dias sem a decisão presidencial sobre a sanção ou veto do projeto de lei, considera-se sancionada a lei, que passa a partir daí a existir.

Levando tais critérios em consideração, deve-se considerar o CPC/15 como a lei anterior e, consequentemente, a Lei da Mediação como a posterior. Portanto, em eventual contradição entre dispositivos, pelo critério cronológico deve prevalecer a Lei n. 13.140/15.

## 4 CASUÍSTICA SOBRE EVENTUAIS CONTRADIÇÕES ENTRE O CPC/15 E A LEI N. 13.140/15

### 4.1 OBRIGATORIEDADE DE COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA INICIAL

A primeira questão que causa alguma celeuma na doutrina diz respeito à obrigatoriedade da participação na audiência, conforme art. 334 do CPC/15. Seguindo a dicção do aludido dispositivo, é obrigatório o comparecimento das partes, inclusive com aplicação de penalidade em caso de ausência. Contudo, um dos pilares da Lei da Mediação é a voluntariedade do processo de mediação. Dispões o art. 2º, §2º, da Lei n. 13.140/15 que “ninguém será obrigado a permanecer em processo de mediação”. Alguns extraem daí uma antinomia e dizem que as duas legislações utilizam critérios distintos para participação em mediação: uma determina e a outra veda tal obrigatoriedade. Entretanto, essa não parece ser a interpretação mais adequada.

Deve-se entender, primeiramente, que a mediação é sempre voluntária, para possibilitar às partes um mecanismo de saída do processo sem que isso lhes acarrete qualquer prejuízo. Diz-se que há sempre uma possibilidade de *opt-out*, fazendo que a autonomia da vontade seja privilegiada. No mais, a voluntariedade é observada no resultado do processo. Haverá ou não o acordo se assim as partes desejarem. Por mais habilidoso que um mediador possa ser, o resultado do procedimento cabe exclusivamente aos litigantes, sendo vedada qualquer pressão ou ameaça para a composição da contenda.

Outra coisa, contudo, é o sistema de envio de casos à mediação (*mediation referral system*). Nesse ponto, os principais sistemas são: o voluntário (*voluntary*) e o obrigatório (*mandatory*). No primeiro, as partes acordam em se submeter à mediação, seja anteriormente ao próprio litígio (e.g., na contratação), seja durante a tramitação do processo judicial. Nesse caso, o processo somente será iniciado com a anuência das partes. No segundo sistema, o juiz – ou o responsável pela seleção dos casos – pode enviar o caso à mediação independentemente do assentimento prévio dos envolvidos. É importante frisar, neste particular, que aqui o que é obrigatório é o sistema de seleção dos casos que irão à mediação, e não o processo em si.

---

1 “A resposta correta é a que adota como marco a data da sanção – a qual não se confunde com a promulgação, embora costumem ocorrer no mesmo dia –, pois, no direito brasileiro, tem-se que a fase constitutiva das leis se conclui com a respectiva sanção presidencial: promulga-se e publica-se a lei, já existente. A existência da lei, de fato, não se confunde com sua aplicabilidade.” (SALLES; MEGNA, 2016, p. 117).

Alguns países, como a Argentina e a Itália, instituíram programas de mediação obrigatória. Antes de proposta uma determinada ação judicial, devem as partes se submeter ao citado procedimento. Isso pode representar um retrocesso, se não possibilitada a saída do processo, após seu início, a qualquer momento sem justificativa.

Entretanto, uma coisa é fazer da mediação um procedimento obrigatório – ao qual a parte deve se submeter, sem possibilidade de lhe por fim a qualquer tempo, para ter seu acesso à Justiça observado. Outra, bem diferente, é o *mandatory referral*, em que, apesar da obrigatoriedade do envio e da instauração do processo, as partes podem deixá-lo a qualquer tempo. Portanto, o próprio envio é apenas presumidamente obrigatório (PLAPINGER; STIENSTRA, 1996). “Estes programas parecem ser obrigatórios no nome só e tão somente se exigirem consideração ativa do meio alternativo de resolução de conflitos. A natureza ‘obrigatória’ simplesmente requer que as partes requeiram ativamente que o caso seja removido do processo de mediação” (RECORD, 1999, p. 8).

Por terem objetivos diferentes, não se verifica a contradição entre o art. 334 do CPC/15 e a Lei n. 13.140/15. O primeiro implementa um sistema de remessa obrigatório, mas não altera o caráter voluntário do processo de mediação previsto no segundo. A remessa é anterior ao início da mediação e com ela não se confunde. Portanto, mantém-se a obrigatoriedade do art. 334 do CPC/15, iniciando-se o processo. Contudo, ele só avançará se as partes assim concordarem, sendo viável o término da mediação a qualquer momento, por qualquer envolvido, sem apresentação de razões para tanto e sem prejuízo oriundo do exercício dessa opção.

## 4.2 PENALIDADE PELO NÃO COMPARECIMENTO

Outro ponto controvertido é a da penalidade pelo não comparecimento à primeira sessão de mediação. O art. 334, §8º, do CPC/15 é claro ao estabelecer que a ausência da parte – devidamente intimada – configurará ato atentatório à dignidade de Justiça e implicará a aplicação de multa de até 2% do interesse econômico buscado. Entretanto, o art. 2º, §1º, da Lei da Mediação dispõe que há a obrigatoriedade de comparecimento à primeira sessão somente se existir cláusula contratual, caso em que a multa será a contratualmente estabelecida (art. 22, IV, da Lei da Mediação).

Neste particular, observa-se que os dispositivos são contraditórios: um privilegiando a autonomia da vontade das partes, e outro tentando estimular a participação no processo de mediação através da obrigatoriedade do primeiro comparecimento. Embora se entenda relevante e importante para a proliferação da mediação no Brasil esse primeiro comparecimento – assim as partes, ao menos, terão ciência da existência da alternativa à jurisdição –, a Lei de Mediação, pelos critérios de resolução de conflito de leis, deve prevalecer. Logo, a obrigatoriedade de comparecimento e, conseqüentemente, a imposição de multa somente será viável se houver a disposição contratual a que se referem os arts. 2º, §1º, e 22, IV, ambos da Lei da Mediação.

## 4.3 HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO: DE OFÍCIO OU SOMENTE MEDIANTE REQUERIMENTO DAS PARTES?

A regra geral definida pelo art. 334, §11, do CPC/15 é a de que segue-se à realização do acordo a homologação judicial, tendo em vista a redação impositiva do dispositivo: obtida a autocomposição, “será reduzida a termo e homologada por sentença”. Por outro lado, o art. 28 da Lei da Mediação caminha em sentido contrário. Diz ele que, se houver o acordo, os autos serão encaminhados ao

juiz, que, após, determinará o arquivamento do processo e, “desde que requerido pelas partes”, homologará o acordo.

A contradição é clara entre os dispositivos citados. Não há muita dúvida, como visto, quanto à prevalência em geral da Lei da Mediação sobre o CPC/15. A regra deve ser utilizada aqui para definir que o acordo será homologado se, e somente se, houver pedido das partes para tal fim. A questão que permanece indissolúvel é a forma de arquivamento do processo. Seria isso realizado por mero despacho? Por sentença de extinção sem ou com mérito? Se de mérito, equivaleria à própria homologação? Todas essas questões demandarão uma profunda discussão acadêmica, e a prática jurídica também auxiliará na definição das respostas.

## 4.4 DISTINÇÃO ENTRE O MEDIADOR E O CONCILIADOR

Por fim, as duas legislações tratam de forma distinta a função do mediador e a do conciliador. O art. 165, § 2º e 3º, do CPC/15 distinguem as duas funções. Neste particular, o mediador possui uma função exclusivamente facilitadora. Em outras palavras, através de técnicas comunicacionais, ao mediador cumpre reestabelecer a comunicação entre as partes. Não poderá ele avaliar os pontos fortes e fracos da causa ou propor soluções. Por outro lado, o conciliador, além da função facilitadora, poderá intervir de forma mais incisiva na negociação, sugerindo potenciais resultados ou avaliando a causa.

A Lei da Mediação não faz a mesma divisão e trata os dois procedimentos como mediação; logo, refere-se ao mediador, silenciando sobre o conciliador. Apesar de não conter uma disposição tão direta quanto à constante no CPC/15, deixa claro que o mediador também poderá intervir na negociação, inclusive para propor ofertas e avaliar a posição jurídica das partes. O art. 30, §1º, III, da Lei da Mediação estabelece, entre outras disposições, que o dever de confidencialidade se aplica, inclusive, à “manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador”. Portanto, a lei é expressa quanto à possibilidade de apresentação de proposta pelo próprio mediador. Aqui, parece que o legislador (e as comissões de juristas constituídas para a redação dos projetos de lei) caminhou em sentidos diversos nestas duas legislações. Enquanto o CPC/15 reproduz a doutrina ainda dominante, a Lei da Mediação utiliza-se, talvez, do que hoje se pratica nos EUA, onde, em geral, o procedimento é tratado exclusivamente por mediação, possibilitando-se ao mediador um enfoque mais facilitador ou mais avaliador, a depender da necessidade do momento.

No entrechoque, a Lei da Mediação deve prevalecer. Primeiro, por ser impositiva sua aplicação na resolução do conflito normativo, pelos critérios já expostos. Além disso, parece improdutivo gastar tempo e dinheiro em treinamento de pessoa para servir como um terceiro neutro e, a despeito disso, limitar sua atuação a determinadas técnicas, proibindo-se o uso de outras práticas, que poderiam ser interessantes para o desentrelaçamento de impasses.

Deve-se deixar a cargo do mediador a aplicação das diversas técnicas de negociação e mediação. Obviamente, todos iniciarão o processo da forma mais facilitadora possível. Contudo, no seguir do processo, um impasse pode aparecer, e o uso de um *approach* mais avaliador pode ser mais eficaz e levar a melhores resultados, possibilitando o estreitamento de propostas ou, ao menos, um teste de realidade para que a parte entenda sua situação e os possíveis resultados da causa, se adjudicada.

## 5 CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico há conflitos normativos. Diferentes regras, às vezes, colidem e, para preservar a segurança jurídica, deve-se ter critérios para resolução de tais questões, sobretudo na aplicação da lei no tempo. Neste ponto, há entre o CPC/15 e a Lei da Mediação alguns potenciais conflitos ainda pouco explorados. O objetivo principal deste estudo é estimular o debate sobre o tema, propondo algumas soluções aos conflitos que se apresentam.

Antes de afastar a aplicação de uma ou de outra legislação, deve-se tentar a harmonização de ambas. A teoria do diálogo das fontes pode auxiliar nesta coordenação de leis. Contudo, persistindo a contradição, é preciso definir qual legislação deve ser aplicada. Neste particular, observou-se que prevalece a Lei da Mediação sobre o CPC/15, sobretudo pelo critério cronológico, uma vez que se caracteriza a primeira como lei nova, por ter sido sancionada por último. A questão da eficácia, neste ponto, não pode definir qual das leis seria a nova ou a anterior.

Assim, tentou-se aplicar tanto o diálogo das fontes quanto os critérios de resolução de antinomias nos potenciais conflitos explorados, quais sejam: a obrigatoriedade na presença da primeira sessão, a penalidade pelo não comparecimento, a homologação ou não do acordo e a diferença entre a função de mediador e de conciliador.

A discussão acadêmica e a prática jurídica deverão lapidar e refinar os argumentos sobre o assunto, e o presente estudo, mais que apresentar soluções, tem por fim, e assim se espera, estimular o debate e contribuir para a exploração do tema.

## REFERÊNCIAS

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: \_\_\_\_\_. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2012.

PLAPINGER, Elizabeth; STIENSTRA, Donna. **ADR and settlement in the federal district courts: a sourcebook for judges and lawyers**. Washington DC: Federal Judicial Center, 1996. Disponível em: <<http://www2.fjc.gov/sites/default/files/2012/adrsrbk.pdf>>. Acesso em: 22 Ago. 2016.

RECORD, Timothy D. Alternative dispute resolution: magistrate judges used as ADR neutrals – benefits and pitfalls, **Adelphia Law Journal**, n. 13, p. 8, 1999.

SALLES, Carlos Alberto; MEGNA, Bruno Lopes. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Direito intertemporal: coleção grandes temas do novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 111-132.

# UM JUIZ PARA UM NOVO CÓDIGO: REFLEXÕES SOBRE OS DELINEAMENTOS DA ATUAÇÃO JURISDICCIONAL À LUZ DO NCPC

---

Quitéria Tamanini Vieira Péres\*

## 1 INTRODUÇÃO

Um novo Código de Processo Civil, por certo, retrata uma decisão importante: a de que o velho, mesmo reformado sucessivamente, não seria mais capaz de atender a objetivos tão alvissareiros, como o de propor uma verdadeira mudança de paradigmas, especialmente no tocante à compreensão do acesso à justiça e ao papel dos sujeitos que operam o processo.

A nova compreensão do acesso à justiça implica a percepção de que, mais do que reunir condições para ingressar com uma demanda no Poder Judiciário, a parte quer ter assegurado o direito de dele sair num tempo não tão demasiadamente longo que comprometa o gozo e a fruição do bem da vida que, por ter sido ameaçado ou violado, motivou tal iniciativa. Bem por isso, repetindo disposição constitucional, o legislador fez questão de proclamar, no art. 3º do NCPC, o compromisso de que “não se excluirá da apreciação jurisdiccional ameaça ou lesão a direito”.

Diante de tão auspiciosos objetivos, não se poderia deixar de esperar dos sujeitos que atuam no processo postura menos comprometida. Bem por isso se consagrou o princípio da cooperação nos seguintes termos, assim previstos do art. 6º do NCPC: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. É certo, outrossim, que, para muito além da cooperação, espera-se dos sujeitos que operam o processo a prática de atos que busquem preservar a dignidade da justiça, cômicos de que não há forma melhor de fazer isso que não seja pela conjugação de esforços em prol da prestação da tutela jurisdiccional *adequada* (que respeite o devido processo legal), *célere* (que preserve o direito do efeito deletério do tempo) e *efetiva* (que assegure o cumprimento da tutela, concretizando-a no mundo empírico).

Afunilando esse foco, o presente artigo se propõe a abordar o papel justamente daquele que tem a missão de presidir a tramitação do processo, de formar a sua convicção a partir da prova produzida, de pronunciá-la fundamentadamente por ocasião do julgamento e, finalmente, de assegurar as condições necessárias (desde que possíveis) à efetivação das decisões respectivas em prol da satisfação do direito. Refiro-me, portanto, ao juiz.

O fato é que, como não poderia deixar de ser, tanto quanto se confia ao juiz, dele se espera. Sob tal prisma, serão analisadas a seguir cinco perspectivas do papel atribuído ao juiz na condução do processo à luz deste novo diploma legal (Lei n. 13.105/2015), delineadas a partir de alguns dos seus artigos, criteriosamente selecionados pelo seu significado e alcance interpretativo.

---

\* Juíza de Direito (TJSC). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas (UFSC). Especialista *lato sensu* em Direito Civil (UNIVALI), Direito Penal e Processual Penal (FURB) e Gestão e Controle no Setor Público (UDESC/ESAG). Autora do curso online “Sentença Cível Descomplicada” ([www.livrariaconcursar.com.br](http://www.livrariaconcursar.com.br)). Site próprio: [www.quitieriaperes.com.br](http://www.quitieriaperes.com.br)

## 2 PRIMEIRA PERSPECTIVA: DE QUE PREVALEÇA A CULTURA DA PACIFICAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL

Não à toa, inaugurando o novo diploma legal (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), um dos seus primeiros artigos, o 3º, anunciou que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§2º) e salientou, ainda, que “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” (§3º).

Logicamente que, com isso, não se quer desonerar o Poder Judiciário da tarefa de julgar, mas sim permitir que a cultura da pacificação seja difundida a ponto de permitir que, cientes de seus direitos, as pessoas envolvidas no conflito tentem resolvê-lo segundo condições por elas próprias lapidadas. Para tanto, o legislador priorizou a realização da audiência de conciliação (NCPC, art. 334) logo no início da tramitação do processo (procedimento comum), ou seja, antes mesmo que a parte contrária tenha manejado suas armas processuais (representadas pela articulação dos argumentos respectivos no embate de teses que se estabelece a partir da contestação). Revelando a intencional prevalência conferida à realização da referida audiência, estabeleceu-se que tal ato apenas não ocorrerá se as duas partes, autora e ré, inclusive litisconsortes, tiverem manifestado expressamente seu desinteresse ou se o litígio não admitir autocomposição (art. 334, §4º). Um detalhe importante: na referida audiência atuará, segundo a lei, necessariamente, um conciliador ou mediador (art. 334, §1º), e não o juiz como até então ocorria. Coroando de clareza tal intenção, ao tratar sobre os poderes e deveres do juiz, o legislador incluiu, no inciso V do art. 139, a ressalva de que, ao promover, a qualquer tempo, a autocomposição, o juiz deverá fazê-lo “preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Não por outra razão, ressaltou que a conciliação e a mediação serão informadas, entre outros princípios, pelo da confidencialidade, com o que se visa resguardar o sigilo das tratativas desenvolvidas no ambiente da conciliação, obstando-se, com isso, que qualquer ato ou fato ali ocorrido (a exemplo da formulação de alguma proposta ou do reconhecimento de eventual circunstância controvertida) influencie na formação da convicção judicial.

A propósito do momento processual em que ocorre a audiência de conciliação, vale notar que sua topografia já vinha sendo alterada pelas sucessivas reformas legislativas que antecederam o atual diploma legal, as quais gradativamente passaram a antecipar a realização da audiência, conduzindo-a cada vez mais na direção do início da tramitação. Assim é que, no início da vigência do CPC/1973, a conciliação tinha lugar por ocasião da audiência de instrução e julgamento; depois, com a edição da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, foi antecipada para a fase de saneamento, tendo sido inserida na tramitação a audiência de conciliação e saneamento prevista no art. 331 daquele CPC/1973; e finalmente, com o NCPC, foi ainda mais adiantada para ter lugar no início da fase postulatória, antes mesmo do exercício da defesa pela parte adversa.

O que se espera com isso é que, mesmo tendo sido judicializado o conflito, tanto quanto possível as partes encontrem no Poder Judiciário as condições hábeis para viabilizar alguma via não adversarial, de modo a permitir que tentem moldar a melhor solução para o conflito que as envolve. A via consensual, além de natural e legítima, revela elevados índices de efetividade, pois, como se extrai da mais singela pesquisa estatística, o cidadão, jurisdicionado ou não, tem maior propensão a cumprir alguma obrigação a que ele próprio tenha espontaneamente se comprometido, premissa que, por certo, encontra forte respaldo na psicologia, área do conhecimento que se dedica ao estudo do ser humano sob o prisma do seu comportamento e das suas emoções. Quem sabe por isso sejam tão raros os casos de inadimplemento de acordos celebrados na Justiça Estatal, no juízo arbitral ou nas câmaras privadas de conciliação, os quais pouco avolumam as pilhas de processos de execução. Diferentemente, estas se apresentam sobrecarregadas de processos em que a parte sofreu a condenação por decisão adjudicada pelo Estado no exercício do seu poder jurisdicional.

Caso sejam asseguradas condições propícias à resolução do conflito pelas vias não adversariais, o que se dará sempre que possível, persistirão tramitando judicialmente apenas os demais processos nos quais realmente seja necessário o pronunciamento jurisdicional estatal. Idealizado e disponibilizado esse sistema multiportas, concluir-se-á que, de todas as alternativas, a última e mais excepcionalmente adotada há de ser a litigiosa, representada pela judicialização do conflito e da sua resolução. Fomentada a adoção dessa prática, duas consequências exsurgirão, ambas concatenadas como causa e efeito: ao tempo em que se observará a redução do volume de processos submetidos à decisão judicial, constatar-se-á que o Poder Judiciário reunirá melhores condições para desempenhar sua missão. Nem poderia ser diferente, pois se sabe que o fator tempo é o que mais tem onerado e comprometido a sua atuação.

### 3 SEGUNDA PERSPECTIVA: DE QUE A DEMORA PROCESSUAL NÃO COMPROMETA O GOZO E A FRUIÇÃO DO BEM DA VIDA ENTÃO AMEAÇADO OU VIOLADO

O fator tempo, como já salientado, é determinante para a viabilização da efetividade do direito, daí porque sua ação interfere sobremaneira na aferição feita pelo jurisdicionado quanto à sua satisfação. Afinal, sabe-se que a demora processual pode causar ao bem jurídico tutelado grave comprometimento, a ponto de acarretar sua irreversibilidade. Bem por isso, impactando o paradigma da segurança jurídica segundo os moldes até então tradicionalmente sedimentados, as reformas legislativas implementadas no CPC/1973 (especialmente a partir do seu vigésimo aniversário) se prestaram, em grande medida, a viabilizar maior celeridade na efetivação da tutela, o que, com o instituto da antecipação da tutela – introduzido pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 (que conferiu nova redação ao art. 273 do CPC/1973) –, passou a ser possível até mesmo anteriormente ao exercício do contraditório.

Aclamando ainda mais o referido instituto, o NCPC o redimensionou com contornos mais amplos, em categoria que passou a denominar de tutela provisória, a qual pode compreender tanto a tutela de urgência (de natureza cautelar ou antecipatória), como a de evidência (NCPC, art. 294 a 311). Tencionando proporcionar a esperada efetividade também às referidas decisões, tratou o legislador de alargar o conceito de título executivo judicial, substituindo a expressão “sentenças” por “decisões” no inciso I do art. 515 do NCPC. Além disso, fez questão de prever que, no caso da multa, tão comumente aplicada às obrigações de fazer e não fazer, será possível seu cumprimento provisório, “devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte” (NCPC, art. 537, §3º).

Enfim, sob tal ótica, há nítida percepção de que se espera que o juiz conduza a tramitação do processo com atenção ao efeito causado pelo tempo ao direito da parte. O juiz é concitado, desse modo, a tentar resguardar a real possibilidade de que a tutela jurisdicional então prestada encontre, no mundo empírico, condições hábeis à sua implementação. Delineia-se, assim, um sistema processual que, ao tempo em que desafia o juiz a assegurar a efetividade de suas decisões, o instiga a atentar para o grau de probabilidade do direito invocado, de modo que, tanto quanto maior, a garantia da celeridade prepondere sobre a da segurança processual. Afinal, há muito tempo se tem percebido que a busca desatinada e irrefletida pela máxima segurança processual, em torno de seu próprio eixo de valor, culminou por causar, ao longo da história vivenciada, o perverso efeito da desconexão do processo com seus demais valores, especialmente com aquele que diz respeito à sua própria razão de ser, que é a solução do conflito. A considerar que o conflito causa dor e que esta, de regra, se agrava com o tempo, gerenciá-lo constitui tarefa das mais importantes, a qual é conferida ao juiz tanto quanto o é ao médico em relação à dor do paciente cujo tratamento lhe é confiado.

Dedicando-se a refletir sobre o efeito do tempo no processo civil brasileiro, MARINONI (2004), já muito antes deste novo diploma legal, fez a seguinte ponderação:

[...] no que diz respeito especificamente à celeridade dos procedimentos, não é preciso dizer que a demora do processo jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça. Sim, já que não tem sentido que o Estado proíba a justiça de mão própria, mas não confira ao cidadão um meio adequado e tempestivo para a solução dos seus conflitos. Se o tempo do processo, por si só, configura um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e interessará a outros. Seria ingenuidade inadmissível imaginar que a demora do processo não beneficia justamente àqueles que não tem interesse no cumprimento das normas legais.

Justamente por isso, o NCPC suscita a análise judicial de dois fatores: de um lado, as circunstâncias fáticas debatidas no litígio e, de outro, as processuais. Assim é que, estando delineada elevada probabilidade do direito, autoriza a prolação de decisão contemporânea à necessidade identificada a partir das características do cenário fático que abriga o litígio então instaurado, a exemplo da premente realização de cirurgia não autorizada pela empresa operadora do plano de saúde. Refiro-me à tutela provisória de urgência. E, por outro lado, autoriza também a prolação de decisão quando as condições processuais se revelarem adequadas e suficientes, dada a dispensabilidade de que se aguarde qualquer outro ato processual para o enfrentamento de um ou mais pleitos, ainda que não todos. Nesse caso, refiro-me ao julgamento antecipado parcial do mérito (NCPC, art. 356). Sob esse último prisma, importante exemplo consta também na possibilidade de ser conferido efeito suspensivo apenas parcial por ocasião do recebimento da impugnação ou dos embargos oferecidos pelo devedor (quer se trate de fase de cumprimento de sentença, quer de execução fundada em título extrajudicial, respectivamente), caso em que os demais atos executórios terão prosseguimento em relação às teses destituídas de relevância na fundamentação respectiva.

Como se percebe, o que se espera é que o processo seja impulsionado na direção do justo, respeitadas reciprocamente as garantias processuais, porém sem se perder de vista outra diretriz: a da celeridade necessária para resguardar a efetividade do resultado.

## 4 TERCEIRA PERSPECTIVA: DE QUE O PROCESSO ALCANCE SEU ESCOPO, CONCENTRANDO E SIMPLIFICANDO OS ATOS PROCESSUAIS E FAZENDO PREVALECER, TANTO QUANTO POSSÍVEL, A DECISÃO DE MÉRITO

Ao elaborar a petição inicial que dá início ao processo, o advogado identifica as partes e, com base na causa de pedir aventada, formula o pedido respectivo. Caso o juiz perceba, na petição inicial, algum defeito ou irregularidade capaz de dificultar o julgamento de mérito, mandará intimar a parte para que a emende ou complete. O juiz deve desde logo indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321) como forma de otimizar a tramitação imune aos vícios que possam prejudicar a eficaz prestação da tutela jurisdicional. A parte contrária, por sua vez, tem na contestação concentrada a sua defesa, tanto que várias matérias antes arguidas por meio de incidentes (a exemplo da impugnação à gratuidade da justiça e ao valor da causa e, ainda, da exceção de incompetência) passam a ser abordadas na própria peça de defesa (art. 337). A propósito, ela abrigará também eventual pretensão reconvenção, caso conexa com a ação principal ou com o

fundamento da defesa (art. 343). Como se percebe, prestigia-se a simplificação e a concentração dos atos processuais de modo a permitir que cada etapa da tramitação processual seja aproveitada ao máximo em prol da finalidade a que se propõe, não havendo mais razão para justificar tantos incidentes e petições autônomas, cuja operacionalização e manejo dificultam a consecução do objetivo respectivo.

A importância dessa diretriz pode ser reconhecida também na possibilidade de flexibilização do procedimento, a qual se admite como forma de permitir a adaptação às peculiaridades do direito material discutido no processo, otimizando-se, assim, sua tramitação. É o que se viabiliza, agora, com o negócio processual (art. 190).

Assim, tem-se na fase postulatória a consagração do direito de pleitear e de formular a defesa, justamente para que, ao final dela, sirva a fase de saneamento para viabilizar a necessária organização do processo. Essa tarefa, de saneamento e organização do processo, de tão importante, há de ser compartilhada justamente para permitir que as partes e seus procuradores dialoguem com o juiz acerca das providências realmente importantes para que, não olvidado qualquer prisma, possa a fase instrutória se desenvolver mais eficaz e eficientemente. Bem por isso, ao regulamentar tal ato processual, o legislador facultou que a decisão de saneamento seja prolatada em audiência própria ou em gabinete; mas, nesse último caso, assegurou às partes o direito de, no prazo de 5 (cinco) dias, pedir esclarecimentos e solicitar ajustes (art. 357, §1º). Com isso, por certo serão otimizados os atos processuais à luz do real interesse, viabilidade e adequação da prova a ser produzida, o que nem sempre pode ser antecipadamente vislumbrado pelo juiz. Afinal, referida avaliação é atribuída ao advogado de cada parte no exercício do dever inerente ao ônus da prova, cuja distribuição inclusive poderá operar-se diferentemente quando, sob o olhar judicial, assim recomendarem as circunstâncias, estas representadas pelas peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir aludido encargo, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (art. 373, §1º).

Compreende-se, sob tal prisma, a clara disposição do NCPC de aproveitar ao máximo os atos processuais, tendo este apenas feito a ressalva de que assim não será se resultar prejuízo à defesa de qualquer parte (art. 283, parágrafo único). Na esteira da já consagrada teoria das nulidades processuais, ficou ressaltado que “o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (art. 277), valendo notar que, mesmo reconhecida a nulidade de uma parte do ato, ela não prejudicará as outras que dela sejam independentes (art. 281) e, ainda, que “o ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte” (art. 282, §2º).

Evidentemente que, atento à tramitação do processo, estará o juiz imbuído de função fiscalizadora em relação a quaisquer atos que não contribuam para o seu desiderato, tanto que poderá condenar, inclusive de ofício, o litigante de má-fé a pagar multa (art. 81), âmbito no qual se inclui, entre outras condutas, a daquele que opuser resistência injustificada ao andamento do processo ou que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, proclamou-se o dever também conferido ao juiz de “zelar pelo efeito contraditório” (art. 7º), o qual fora consagrado em sua máxima potencialidade, a ponto de afastar qualquer possibilidade de sua sonegação, ao enunciar que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º). Como se não fosse suficiente, enfatizou-se que o juiz “não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

Todo esse esforço se deve ao fato de que, para alcançar sua finalidade, o processo há de contemplar, ao final de sua tramitação, uma sentença que, de modo eficaz, logre projetar efeitos no cenário

fático que motivou sua edição, o que, logicamente, não ocorrerá se a tutela de mérito deixar de ser pronunciada em razão de óbices processuais. Daí decorre a preocupação em concitar todos os sujeitos do processo para que cooperem de modo a assegurar a prolação da sentença de mérito, cuja primazia foi proclamada em marcante ênfase.

## 5 QUARTA PERSPECTIVA: DE QUE SEJA RESPEITADA A AMPLITUDE E A TRANSPARÊNCIA DAS ARGUMENTAÇÕES QUE EMOLDURAM O LITÍGIO, TANTO EM RELAÇÃO AO CONTEXTO DE SUA FORMAÇÃO COMO EM RELAÇÃO À FÓRMULA APLICADA PARA O SEU EQUACIONAMENTO

A assegurada amplitude quanto ao debate dos fatos que compõem as teses sustentadas pelas partes no embate processual repercute tanto na tarefa de conduzir a tramitação do processo, com respeito às garantias respectivas, como na de entregar, finalmente, a tutela jurisdicional, o que se dá com a prolação do julgamento. Por essa razão, fez questão o legislador de estabelecer tal compromisso por meio da exigência de que o julgador, ao prolatar a sentença, deverá fundamentá-la qualificadamente segundo os parâmetros previstos no §1º do art. 489. Apesar de meticulosa a enumeração ali feita, capaz de impressionar o intérprete numa primeira leitura, não se tem em suas exigências nada além daquilo que sempre constituiu o dever de bem fundamentar. Mais que apontar a direção do julgamento, o ato decisório deve permitir a compreensão, pelo leitor (quicá o seja pelo próprio jurisdicionado, seu legítimo destinatário), das razões que compuseram o processo de formação da convicção do juiz. Tem-se, assim, que nenhuma razão que tenha influído pode ser ocultada. Não por outro motivo, para ser considerada validamente fundamentada, a decisão deverá enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo que, em tese, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Vale lembrar que “infirmar” significa invalidar, eliminar, afastar a tese então sustentada por uma das partes; ou seja, se configurada a importância do argumento (a ponto de se considerar que, se acolhido fosse, seria capaz de modificar a direção do julgamento), sobre ele não poderá o juiz silenciar, incumbindo-lhe articular, no desenvolvimento de sua fundamentação, as razões pelas quais o rejeitou. Prestigia-se, assim, máxima lealdade também nesta via, a processual, que, como todo relacionamento, é de “mão dupla” e, por isso, exige boa comunicabilidade, sem a qual não se pode esperar compreensão, base da harmonia sob todos os aspectos, jurídicos e sociais. Todavia, por via lógica, tem-se que o referido dever de fundamentação não precisa, nem deve, contemplar eventual argumento que se afigure desimportante processualmente – referindo-me, é claro, àquele que, nem em tese, seria capaz de impactar a conclusão judicialmente adotada –, o que pode ser facilmente retratado na própria decisão.

## 6 QUINTA PERSPECTIVA: DE QUE SE COMPROMETA, TANTO QUANTO POSSÍVEL, COM A EFETIVAÇÃO DA TUTELA

Ao publicar a sentença de mérito, o juiz não cumpre e acaba seu ofício, como falsamente fazia crer a antiga redação do art. 463 do CPC/1973, antes da modificação formulada pela Lei n. 11.232/2005. O cumprimento de tal ofício se dá quando o bem da vida tutelado pelo processo encontra no mundo empírico dos fatos sua mais próxima coincidência. Por essa razão, o NCPC fez questão de salientar que o direito assegurado às partes de obter em prazo razoável a solução integral do mérito inclui

também a atividade satisfativa (art. 4º). Trata-se de verdadeiro exercício de reafirmação dos seus valores e propósitos que dão sustentação à sua razão de ser.

Mais do que nunca é preciso outorgar concretude ao resultado da atuação do Estado em sua tarefa jurisdicional, sob pena de deslegitimar o processo como instrumento que é. A propósito disso, alertou Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 188):

[...] compreendida a necessidade de tutela – aí entendida como proteção – dos direitos por meio do processo jurisdicional, é correto pensar que o juiz e o legislador, ao zelarem pela técnica processual adequada à efetividade da prestação jurisdicional, prestam proteção aos direitos e, por consequência, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, os quais, não fosse assim, de nada valeriam.

Em que pese o NCPC ter ratificado, em grande parte, o regramento processual conferido à tutela executiva pelas últimas reformas legislativas (Leis n. 11.232/05 e n. 11.382/06), tratou de aventar, no inciso IV do art. 139, a possibilidade de determinar medidas, sejam indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, em prol do cumprimento das decisões judiciais, fazendo questão de enfatizar que aludido comando se aplica também às ações que tenham por objeto prestação pecuniária (âmbito no qual se insere a grande maioria dos processos executivos). Flexibilizou, assim, a aplicabilidade do princípio da taxatividade dos meios executivos. Tem-se, com isso, importante alternativa processual conferida, inclusive como poder-dever, ao juiz para que, após observados os atos procedimentais regulares, caso resultem sem sucesso, implemente tais medidas excepcionais em prol do cumprimento da obrigação. Noutras palavras, para cada modalidade de execução, será devida a adoção das medidas previstas para a espécie. Como exemplo, na fase de cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa, será o devedor intimado para efetuar o pagamento do débito no prazo de 15 (quinze) dias (art. 513, §2º), sob pena de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito (art. 523, §1º), além de honorários sucumbenciais no mesmo percentual. Decorrido tal prazo sem a satisfação da obrigação, terá lugar a penhora dos seus bens como forma de resguardar a garantia do juízo. Caso não sejam encontrados bens penhoráveis, será o devedor intimado para indicá-los, advertido de que sua conduta, inclusive omissiva, poderá ser considerada atentatória à dignidade da justiça (art. 774, V). Outrossim, caso a tramitação processual alcance tal adiantado momento sem que tenham sido encontrados bens penhoráveis e, concomitantemente, haja indícios de que referido contexto não retrate a realidade patrimonial do executado, passa a ser possível a flexibilização do princípio da tipicidade dos meios executivos, antes referido. Isso ocorrerá sempre que, embora não encontrados bens penhoráveis, o devedor ostente padrão de vida incompatível com a aludida escassez financeira, a exemplo da ampla veiculação em suas redes sociais de fotografias ilustrando constantes viagens ao exterior. Em tal caso, uma medida coercitiva adequada às circunstâncias do caso e potencialmente eficiente seria a apreensão do passaporte do devedor. Outra possibilidade, em tese, seria a intimação do devedor para efetuar o pagamento, sob pena de multa de 10% (dez por cento), também nos casos de execução fundada em título extrajudicial. Eis mais alguns exemplos citados pela doutrina (MEIRELES, 2016, p. 199): indisponibilidade de bens móveis e imóveis, proibição de efetuar compras com uso do cartão de crédito, suspensão da habilitação para dirigir veículos. Todos retratam medidas coercitivas, que constituem, de fato, o modo mais usualmente aplicado no cotidiano forense para tentar coagir o devedor a cumprir a obrigação, o qual se baseia na ameaça da imposição de uma sanção.

Contudo, para além dessa medida, há outras igualmente aventadas pelo dispositivo legal mencionado (art. 139, IV), a saber: *injuntiva*, por meio da qual se busca oferecer ao devedor uma vantagem, incentivando-o a cumprir a obrigação (alternativa cuja aplicabilidade se afigura mais difícil por não se poder dispor de direito alheio, como um abatimento do débito, a menos que o credor com isso

consinta); *mandamental*, mais comumente aplicada às obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível, cuja aplicabilidade se afigura excepcional porquanto baseada na advertência de que eventual descumprimento acarretará a prática de crime de desobediência; e, ainda, *sub-rogatória*, caso em que o poder estatal toma o lugar do obrigado de modo que sua ação o substitui no cumprimento da obrigação, como quando busca e apreende o bem e o entrega ao credor, o mesmo se podendo dizer do ato por meio do qual obtém recursos financeiros e o disponibiliza ao exequente ou que supre a anuência na transferência da propriedade.

Como se pode perceber, em que pese a tipicidade das medidas executivas ter sido flexibilizada, persiste vigente a exigência quanto à adequação do meio executacional empregado. A propósito, seria razoável concluir que, esgotadas as vias regulares (regidas pela tipicidade dos meios executivos), poderá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, adotar essas outras medidas, desde que necessárias e adequadas ao caso respectivo, para o que considerará a perspectiva de efetividade à luz das demais circunstâncias observadas. Logo, por via oblíqua, entende-se que resultaria afastada a aplicabilidade de qualquer dessas medidas se não fosse vislumbrada a possibilidade de sucesso no resultado que se pretende, por tal meio, alcançar. Exemplo disso seria a hipótese em que restasse demonstrado que o inadimplemento decorre da real inexistência de patrimônio, caso em que eventual aplicação de medida coercitiva constituiria injustificada onerosidade e, por isso, afrontaria os direitos do devedor, já que o processo não se presta a servir de instrumento de vingança.

Por certo, o melhor resultado possível da aplicação dessa nova previsão legislativa decorrerá da conjugação de dois fatores: de um lado, o consciente comprometimento do operador do direito, inclusive do juiz, em relação ao objetivo de assegurar as condições necessárias para que o processo constitua meio hábil para alcançar a efetivação do direito, representado também pelo cumprimento das decisões judiciais; e, de outro, a sensata análise das circunstâncias do caso concreto, justamente para perceber se há impossibilidade de cumprimento da obrigação ou se, diversamente, o que há é apenas a deliberada intenção do devedor em descumpri-la.

Nesse contexto, importa, e muito, a postura assumida pelo operador que atua no processo, sobretudo neste momento em que um novo diploma legal vem nos propor verdadeira mudança de paradigma em prol da efetividade processual que sempre buscamos alcançar, porém nem sempre com o esperado sucesso. Oportuna, portanto, a reflexão formulada por Zaroni e Vitorelli (2016, p. 79):

A tarefa de se construir um sistema de execução pautado pelo direito à tutela efetiva dos direitos materiais dependerá de uma leitura recontextualizada dos velhos dispositivos, ou seja, de um jurista que se atenha mais ao cenário do que ao texto.

**Em linha de conclusão**, fica registrada a esperança de que, mais que juízes para um novo Código de Processo Civil, tenhamos juízes para uma sociedade ávida pelo cumprimento não somente das decisões judiciais, mas sobretudo das promessas prolatadas constitucionalmente, especialmente a de amplo acesso à justiça efetiva, assim concebida como a alternativa que assegura o restabelecimento da paz onde as pessoas envolvidas, por si próprias, não mais logrem alcançar tal intento. *Afinal, que bem maior há no mundo que não esse, individual e coletivamente considerado?*

## REFERÊNCIAS

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O custo e o tempo do Processo Civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 441, set. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5717>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. In.: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org. Geral) et al.

**Coleção novo CPC, doutrina selecionada**: execução. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5, p. 193-207.

ZARONI, Bruno Marzullo; VITARELLI, Edilson. Reforma e efetividade da execução no novo CPC. In.: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org. Geral) et al. **Coleção novo CPC, doutrina selecionada**: execução. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5, p. 53-81.

# O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS NULIDADES PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto\*

## 1 INTRODUÇÃO

De início, é importante destacar as palavras do Prof. Egas Dirceu Muniz de Aragão:

É este um dos mais árduos capítulos do Código. Tanto faz que seja encarado por um ou por outro de seus ângulos, as dificuldades são grandes e pouco variam. Complexo para o legislador, que tem que elaborá-lo, e para o magistrado, que tem que aplicá-lo. Penoso para uma das partes, que vê perdido o seu esforço, e para a outra, que poderá sofrer os efeitos de um ato indevido.

E mais adiante completa: “ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios” (ARAGÃO, 2004).

Elas bem refletem o sentimento de todos que se deparam com o trato das nulidades (ou invalidades) processuais, em especial quando diante de uma situação concreta em determinado processo: ao se constatar a existência de um defeito na formação do ato, a primeira tentativa é de superação, mas – por vezes – tal se mostra impossível; aí o reconhecimento da falha se torna necessário, fazendo cair por terra tempo e dedicação, prolongando um litígio e retardando a tão desejada pacificação social, objetivo maior do processo e da atuação do Estado no exercício da função jurisdicional.<sup>1</sup>

E justamente essa inquietação, esse desconforto, é que justifica tratar das nulidades processuais no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), já que a nova legislação – em que pese possa parecer a uma primeira vista (apenas parecer) apresentar poucas alterações – justifica um olhar mais atento em relação a tema tão instigante e tão complexo.

Retroagindo no tempo, percebe-se que no Código de Processo Civil de 1939 a matéria foi tratada de modo inovador em relação ao sistema anterior, que era o chamado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, considerado – nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira – o primeiro instituto processual puramente brasileiro (OLIVEIRA, 2016, p. 29). Naquele conjunto normativo havia uma descrição das nulidades que poderiam contaminar o ato processual, o que foi abandonado no CPC de 1939 e também no CPC de 1973.

O CPC de 2015 segue a mesma linha, mas inova – apesar de alterar fundamentalmente questões gramaticais –, na medida em que abre espaço para uma participação mais efetiva e concreta das partes na condução do feito. A corresponsabilidade, vista a partir de institutos como o negócio jurídico-

---

\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Processo Civil do Curso de Graduação em Direito da UFSC; Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC; e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau (Desembargador Substituto) do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, lotado na 2ª Câmara de Direito Público.

1 Tanto é assim que, no art. 12 do NCPC, foi inserida regra com o objetivo de minimizar o atraso que porventura venha a ocorrer: “os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. [...] § 6o Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1o ou, conforme o caso, no § 3o, o processo que: I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução”.

co processual, com a flexibilização de regras procedimentais e ampliação do contraditório, faz com que as nulidades processuais passem a ser examinadas com uma perspectiva mais ampla e com foco na finalidade do processo, não perdendo de vista o respeito ao devido processo legal.

Eis a pretensão deste estudo: descrever as teses que foram construídas a partir dos nossos modelos legislativos até o sistema de enfrentamento das nulidades adotado no CPC de 2015, destacando suas particularidades e possibilidades no contexto da lógica atual do processo civil.

## 2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA RELAÇÃO COM AS NULIDADES

Como bem recorda Cândido Rangel Dinamarco, “as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes” (DINAMARCO, 2009, p. 615), tudo como evidente manifestação da cláusula do devido processo legal, até porque as nulidades têm por consequência um desequilíbrio na relação processual. É a busca do processo justo, com a compreensão de que a violação de regras formais poderá comprometer o resultado final. E para explicar essa relação, por mais evidente que seja, penso ser adequado resgatar a lição de dois dos maiores pensadores da teoria do direito: Hans Kelsen e Luigi Ferrajoli.

O primeiro, em sua “Teoria Pura do Direito”, ao tratar do direito material e do direito formal, destaca o que chama de “conexão sistemática” e assim a explica:

As normas gerais criadas por via legislativa (como leis ou decretos) ou por via consuetudinária devem ser aplicadas pelos órgãos para tal competentes, os tribunais e as autoridades administrativas. Estes órgãos aplicadores do Direito tem de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se determine sob que condições um determinado individuo funciona como juiz ou autoridade administrativa. É, porém, necessário determinar também o processo pelo qual deve ser exercida a sua função, isto é, a aplicação de normas gerais. (KELSEN, 1998, p. 256).

Há então uma dupla função da norma jurídica: de um lado, determinar o processo a ser observado e, de outro, o conteúdo a ser aplicado na construção da “norma individual”. Tais funções são inseparáveis.

Já Luigi Ferrajoli, em “Principia Iuris”, nos apresenta um raciocínio que parte da distinção entre democracia formal e democracia substancial – em que a primeira cuida do “quem” e do “como”, ou seja, das formas e procedimentos idôneos para garantir que as decisões sejam expressões da vontade popular, ao passo que a segunda (democracia substancial) cuida do “que”, vale dizer, do conteúdo, já que a seu ver a concepção meramente formal da democracia não é suficiente (FERRAJOLI, 2011, p. 9). Aqui, da mesma forma que na obra de Hans Kelsen, percebe-se que o aspecto formal e o aspecto material são indissociáveis. São duas caras da mesma moeda, não só da democracia, mas também de todo o direito positivo, não se podendo abrir mão de um sem que o outro seja afetado, ou até mesmo comprometido.

Seja na teoria política, seja na teoria do direito, a dualidade entre forma e conteúdo sempre estará presente, assim como sua inseparabilidade, a tal ponto de, em determinados momentos, a própria norma de conteúdo formal assumir, quando violada, um aspecto material: no dizer de Ferrajoli (2011, p. 30), opera-se uma metamorfose em que as normas formais aparecem destacadas como normas

substanciais vol. obre a produção das decisões que são ditadas justamente sobre sua violação. Revela-se um aspecto material (substancial) na norma até então apresentada unicamente como formal.

Pois bem, vencidas essas questões de ordem mais geral, e que mostram a indispensabilidade de atenção à forma de modo indissociável da substância, é o momento de examinar o ato processual em si e sua relação com as invalidades.

### 3 OS ATOS PROCESSUAIS (ATOS JURÍDICOS)

Como afirma Arakem de Assis (2015, p. 1619), os fatos (os eventos e as condutas) interessam ao direito caso exista a previsão na norma jurídica. É o suporte fático, e seu ingresso no mundo jurídico pressupõe o atendimento de certos elementos, de modo que, se há o preenchimento suficiente de tais elementos, o fato jurídico será existente.

A questão relacionada ao modo como tais elementos foram atendidos é o que diz respeito à sua validade (ou o plano da validade), “no qual o direito realiza a triagem entre os atos válidos e os atos inválidos ou não válidos. Já os eventos ficam confinados ao plano da existência. Eles jamais passam ao plano da validade, porque este envolve o elemento cerne do suporte fático – a vontade humana” (ASSIS, 2015, p. 1619).

Daí é possível afirmar que três são os planos de projeção que podem ser atingidos pelos atos processuais (atos jurídicos): o da existência, o da validade e o dos seus efeitos (eficácia), de modo que o último pressupõe o segundo, e este, por evidente, pressupõe o primeiro. Algo como: Existência - validade - eficácia, onde a eficácia pressupõe a validade, que pressupõe a existência.

E isso se dá porque o processo também se insere na categoria maior ato jurídico e, assim, igualmente se submete aos requisitos gerais de todos os atos jurídicos, a saber: capacidade dos agentes, licitude do objeto e forma prescrita ou não defesa em lei. Os dois primeiros requisitos não se incluem unicamente no campo das nulidades, posto que o primeiro é elemento da formação da relação processual, ao passo que o segundo é relacionado ao objeto, do que cuidam, por exemplo, os arts. 139, III, e 142 do NCPC<sup>2</sup>. E no caso da capacidade dos agentes, há incidência das regras do direito civil, que se refletem na formação da relação processual: maioria, representação, assistência e capacidade postulatória.

Mas sem dúvida alguma é em relação ao terceiro dos elementos apontados como essenciais a todos os atos jurídicos (forma prescrita ou não proibida por lei) que se manifestam de modo mais intenso as invalidades processuais, já que diz respeito àquilo que é sua essência, ou seja, a forma (o modo) como são praticados.

E voltando aos três planos do ato jurídico ou do ato processual é que constatamos que a inexistência efetivamente fica fora do regime das invalidades, já que, se um ato não existe, não há o que se reconhecer em termos de invalidades. Nas palavras de Pontes de Miranda: “o que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito” (MIRANDA, 1973, p. 42). É o não ato: existe no mundo dos fatos, mas não existe no mundo do direito (júri simulado, audiência simulada).

Situa-se em plano anterior ao campo das invalidades e mereceu atenção do legislador processual em alguns momentos, como se pode ver pela classificação dos chamados “pressupostos proces-

2 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias. [...] Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

suais”, os quais podem ser de existência (jurisdição e capacidade de ser parte) ou de validade da relação processual (inexistência de fatos impeditivos da relação processual – coisa julgada, litispendência, etc.; normas de procedimento; capacidade de estar em juízo; capacidade postulatória; competência e imparcialidade).

Assim, não há como afirmar que as inexistências são irrelevantes para o processo civil. É o que se vê de algumas previsões como, por exemplo, o art. 525, parágrafo 1º, inciso I, do NCPC<sup>3</sup>, que prevê uma hipótese de ausência do ato que importará em considerar como “não ato” todo o processo a partir de quando tal deveria ter ocorrido.

Vencido isso, mais uma vez busco em Pontes de Miranda o rumo a ser seguido no trato da matéria: “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”. Em dado momento afirma: “dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar mudança de sexo ou abrir audiência na lua” (MIRANDA, 1973, p. 353).

É bem verdade que os exemplos já foram superados, mas a distinção entre inexistência e nulidade ainda não, tanto que o legislador atual corrigiu uma imperfeição do CPC/73. Seu art. 37 estava assim redigido:

Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz. Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por **inexistentes**, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos. (Grifo nosso).

No NCPC, a matéria é tratada no art. 104, onde está dito:

O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente. § 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exhibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz. § 2º O ato não ratificado será considerado **ineficaz** relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos. (Grifo nosso).

Ocorreu, percebe-se, a substituição da palavra “inexistentes” por “ineficaz”, o que é o correto, por dois motivos fundamentais: 1) porque ali não há ausência de capacidade postulatória, mas sim impossibilidade de que ela produza seus efeitos naquele processo, já que está submetida a uma condição de eficácia: a sua apresentação na forma e prazo legal; e 2) porque assim é que esta colocado no art. 662 do Código Civil: “os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”.

Com isso, mais claro fica o espaço de análise das nulidades: é o que foi feito, mas tem defeito.

<sup>3</sup> “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia.”

## 4 AS NULIDADES PROCESSUAIS: TIPOLOGIA

De início, duas observações.

A primeira é de que, analisada a legislação a respeito no CPC/2015 (arts. 274 a 281, em especial), tem-se a mesma impressão retratada por Pontes de Miranda, que analisa o assunto e destaca que a preocupação do legislador foi maior com regras jurídicas contrárias às nulidades ou à sua decretação: “o legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos. A vida a roer os restos do medievalismo...” (MIRANDA, 1973, p. 353). Permanece entre nós a lógica de que o sistema é feito para que não ocorram invalidades, de modo que sempre haverá a intenção de “salvar” o ato.

A segunda é de que há uma divergência estabelecida em relação à palavra utilizada para retratar o fenômeno: muitos apontam que a palavra “nulidade” é inadequada, posto que nulidade é o vício, é o defeito, ao passo que “invalidade” (a mais adequada) é o que resulta da desconstituição do ato e dos seus efeitos, além de ser o contrário de válido.

O legislador utilizou – a exemplo dos códigos anteriores – a palavra “nulidades”. Dito isso, é preciso ainda observar que não se pode desconhecer que as nulidades não são tratadas apenas no direito processual, havendo quem aponte semelhanças com as nulidades do direito civil. Disso decorrem consequências importantes, a começar pelo detalhe de que o conceito oferecido pelos estudiosos das nulidades do direito civil tem origem no direito privado, ao passo que o processo civil é ramo do direito público, o que explica a importante conclusão de que não há invalidade processual de pleno direito.

Todas precisam ser decretadas, isso porque “a relação entre Estado e indivíduo, exercendo aquele o poder e estando este em estado de sujeição, impede que a pessoa faça seu próprio juízo sobre a regularidade do ato e conclua por mostrar-se indiferente a ele” (DINAMARCO, 2009, p. 605). Dessa forma, pode-se afirmar que, ao contrário do que ocorre em direito civil, o ato processual produz efeitos até a decretação de sua invalidade, já que, repito, não há invalidade (nulidade) de pleno direito. Todas precisam ser decretadas.

Quanto aos tipos de nulidades, antes mesmo do CPC de 1973, três importantes autores apresentaram teorias delineando o tema das nulidades no processo civil brasileiro, todos com a intenção de sistematizar sua compreensão: Pontes de Miranda, Galeno Lacerda e J. J. Calmon de Passos.

Mas, usando as palavras de Egas Dirceu Moniz de Aragão, foi Galeno Lacerda, em 1953, em sua obra intitulada “Despacho Saneador”, quem desvendou o sistema adotado pela lei à época vigente, identificando quatro pontos fundamentais no trato da questão: finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual. Com isso, no compreender de Egas, surgia a possibilidade de abandonar-se o subjetivismo que até então imperava no trato da matéria, o que entendia como possível extrair da classificação apresentada por J. J. Calmon de Passos, que, em lado oposto, sustentava que todo o capítulo das nulidades deveria estar subordinado aos “fins de justiça do processo” (ARAGÃO, 2004, p. 289).

E aqui surge uma primeira classificação com larga utilização entre a doutrina: inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades e meras irregularidades, que emprega de modo muito claro dois critérios: a natureza da norma violada (cogente ou dispositiva) e o interesse tutelado (público ou privado).

Vencida a primeira categoria (inexistência) – e que já foi objeto de exame – as **nulidades absolutas** seriam aquelas em que há um vício mais grave (norma cogente), prevalecendo o interesse público, a respeito do qual as partes não têm qualquer poder de disposição e que deve ser declarada de ofício pelo Juiz (ARAGÃO, 2004, p. 293)<sup>4</sup>. São vícios insanáveis.

4 Exemplos no NCPC: falta de fundamentação adequada (art. 489, par. 1º); sentença extra petita (art. 492); falta de título ade-

Já as **nulidades relativas** são aquelas em que a norma violada diz respeito ao interesse da parte, sendo o vício do ato sanável. Necessita que a violação seja de norma cogente, e o juiz está autorizado a, de ofício, determinar a correção do ato. Ao contrário da absoluta, na qual o vício não pode ser corrigido pelo juiz, que se limita a decretar sua ocorrência, na relativa há possibilidade de sanar de ofício, mesmo que as partes nada tenham dito<sup>5</sup>. São sanáveis.

Quanto às **anulabilidades**, há uma violação de normas dispositivas (que são raras no processo civil), de modo que o ato fica na esfera de disposição da parte e sua anulação somente poderá ocorrer mediante a reação do interessado, vedada a atuação de ofício do juiz<sup>6</sup>.

Por fim, as meras **irregularidades** são aquelas em que a violação da norma processual não gera qualquer consequência. São defeitos mínimos (não usar vestes talares durante a sessão de julgamento; numeração equivocada das folhas do processo, art. 208 do NCPC; descumprimento dos prazos do art. 226 do NCPC; erro material da sentença – art. 494, I, NCPC).

Seguindo esta classificação temos autores como E. D. Moniz de Aragão e Araken de Assis. Divergindo, autores como Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco, cabendo a este último explicitar o motivo da discordância: a impossibilidade de aceitação da anulabilidade em direito processual civil. Diz ele:

A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de anulabilidade do ato processual e de ato processual anulável. Tais categorias são próprias do direito privado, que contempla duas espécies centrais de defeitos dos negócios jurídicos, a saber: a) os vícios radicais, que impedem desde logo a produção dos efeitos programados pelos agentes e caracterizam as nulidades de pleno direito, ou *pleno jure*; b) os vícios menos graves, que não impedem a produção de efeitos, mas deixam à parte inocente o direito potestativo de postular em juízo a subtração destes, pela técnica das anulabilidades e da anulação. (DINAMARCO, 2009, P. 607).

Mais à frente, é enfático: “muito diferentemente se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa” (DINAMARCO, 2009, p. 608).

Em face disso, tais autores sustentam uma classificação em que temos: inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas (normas de interesse da parte, não conhecíveis de ofício e que devem ser arguidas na primeira oportunidade de manifestação) e meras irregularidades.

A par das acima colocadas, há mais uma classificação que merece registro. Fredie Didier Jr. (2015) adota classificação que – diz ele – decorre da compreensão de que somente há uma categoria que importa, que é a das invalidades processuais, sendo que a distinção deve ser feita é a partir não dos tipos de invalidades, mas sim dos tipos de defeito processual. Para ele temos:

a) Defeitos processuais que não geram qualquer invalidade: são os defeitos mínimos, chamados por muitos como meras irregularidades (não usar a toga durante a sessão de julgamento no Tribunal). São as irregularidades.

b) Defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada de ofício: são aquelas que tutelam interesses particulares, deve ser requerida pela parte na primeira oportunidade em que

---

quando (art. 803, I); cerceamento de defesa; violação de competência absoluta; reconhecimento de falta de pressuposto processual (art. 485, par. 3º, inciso IV).

5 Exemplos no NCPC: constrição de bens absolutamente impenhoráveis (art. 833); defeito de representação (art. 76); citação em período de gala (art. 244, III, a qual poderá ser suprida na forma do art. 239, par. 1º).

6 Exemplos no NCPC: impenhorabilidade relativa (art. 834); ordem de ouvida na audiência (art. 361); falta de alegação de convenção de arbitragem (art. 337, par. 6º); violação do art. 486, par. 2º, e o réu nada diz.

lhe cabe falar nos autos e, se não o fizer, dá-se a preclusão (exemplo: art. 337, § 6º, do NCPC). São as anulabilidades.

c) Defeitos processuais que podem ser decretados de ofício: é o caso de invalidades que decorrem de desrespeito a normas de procedimento. Não há preclusão. São as nulidades absolutas.

d) Defeitos processuais que apresentam invalidades que podem ser decretadas de ofício, mas, se a parte nada disse na primeira oportunidade, há preclusão (caso da citação defeituosa, mas há a apresentação da resposta ou, ainda, do foro de eleição, mas não arguido pela parte). São as nulidades relativas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A primeira observação que merece ser feita diz respeito à distinção entre nulidades cominadas (expressas) e não cominadas (implícitas).

No art. 276 do NCPC, onde está dito que “quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”, são descritas as nulidades cominadas, que têm como exemplos os arts. 279 e 280, estando ainda presente em diversos momentos do NCPC: arts. 11, 146, par. 7º, 190, parágrafo único, 239, par. 1º, 272, par. 2º, 5º, 8º e 9º, 525, par. 1º, inciso I, 803, par. único, 1013, II e IV; 64, par. 4º; 803, e outros.

Já as não cominadas são aquelas em que a nulidade é desprovida de expressa estipulação nesse sentido. É o que decorre do art. 277 do NCPC, no qual está dito que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Frente a isso, a questão que se coloca é: há compatibilidade entre esta classificação (nulidades cominadas e não cominadas) e as classificações anteriores (nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade)? É um questionamento que leva a incertezas, já que o fato de se tratar de nulidade absoluta não importa em classificá-la como nulidade cominada, o mesmo valendo para a nulidade relativa e a nulidade não cominada. Afinal, a invalidade somente será inevitável quando, além de cominada, for absoluta, e mais por ser absoluta do que por ser cominada. E seguindo em tal raciocínio, é possível afirmar que podemos ter nulidades absolutas cominadas, nulidades absolutas não cominadas, relativas cominadas e relativas não cominadas.

Para alguns autores, o que de fato acontece é que a separação entre nulidades cominadas e não cominadas é uma classificação que remete ao já mencionado Regulamento 737 de 1850, permanecendo de modo inadequado em nosso sistema processual.

Naquela legislação, o art. 672 dizia que eram nulos os processos:

§ 1.º Sendo as partes ou algumas dellas incompetentes e não legitimas como o falso, e não bastante procurador, a mulher não comerciante sem outorga do marido, o menor ou pessoas semelhantes sem tutor ou curador. § 2.º Faltando-lhes alguma fôrma ou termo essencial. § 3.º Preterindo-se alguma fôrma que o Codigo exige com pena de nullidade.

No artigo seguinte descrevia quais eram as “formulas, e termos essenciaes do processo”: a conciliação, a primeira citação pessoal na causa principal e na execução, a contestação, a dilação das provas, a sentença, a publicação da sentença, a exibição inicial dos instrumentos do contrato, nos casos em que o Código a considera essencial para a admissão da ação em Juízo, a citação da mulher quando a ação ou a execução versem sobre bens de raiz, a penhora, etc. E na sequência afirmava:

Art. 674. As referidas nullidades podem ser allegadas em qualquer tempo e instancia; annullam o processo desde o termo em que se ellas deram quanto aos actos relativos, dependentes e consequentes; não podem ser suppridas pelo Juiz, mas sómente ratificadas pelas partes. Art. 675. As demais formulas não referidas no art. 673 se haverão por suppridas si as partes as não arguirem, quando, depois que ellas occorrerem, lhes competir o direito de contestar (art. 97), allegar afinal (art. 226), ou embargar na execução (arts. 575 e 576).

Contudo, o que ocorreu é que, nos Códigos subsequentes, a técnica de elencar quais eram as nulidades foi abandonada, optando-se por critério diverso, tanto que a cominação não foi um critério levado em consideração, nem por Galeno Lacerda e muito menos por J. J. Calmon de Passos.

Quem os levou em consideração foi Pontes de Miranda, dizendo ele que:

No sistema jurídico do Código de Processo Civil de 1973, tal como antes, há distinção que esta à base mesma da sua teoria das nulidades: nulidades cominadas, isto é, nulidades derivadas da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídica processual, a sanção seria a nulidade; nulidades não cominadas, isto é, nulidades que resultam da infração de regras jurídicas processuais, mas para as quais não se disse, explicitamente, que a sanção seria a nulidade. (MIRANDA, 2001, p. 355).

Com os demais, chegou-se à conclusão de que é impossível ao legislador prever todas as formas possíveis e imagináveis de violação da norma jurídica. Além disso, é preciso deixar alguma margem de liberdade para adaptação de novas e melhores formulações que podem e que efetivamente surgem com o passar dos anos e o aprimoramento da técnica processual.

No dizer de C. R. Dinamarco:

Racionalmente, o legislador toma consciência de sua própria falibilidade e, renunciando à utópica aspiração a um *numerus clausus* completo e sem omissões, resigna-se a especificar apenas algumas hipóteses em que o ato será nulo e, no mais, deixa ao intérprete a avaliação da aptidão de cada um deles a produzir o escopo para o qual foi concebido. (DINAMARCO, 2009, p. 610).

E é justamente por isso que a manutenção deste modelo no CPC/2015 tem merecido críticas, apesar do reconhecimento do acerto da supressão da expressão “sem cominação de nulidade” no art. 277, que substituiu o art. 244 do CPC/73.

Agora, adotada qualquer das classificações apresentadas, em que pese entender que as razões de C. R. Dinamarco para excluir as anulabilidades é de grande sentido, é preciso delimitar o campo de aplicação dos dispositivos que tratam do assunto no NCPC:

1) O art. 276 claramente só tem aplicação para as chamadas nulidades relativas, não havendo qualquer sentido em estender sua aplicação para as nulidades absolutas, já que elas podem ser suscitadas a qualquer tempo e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Adotada a classificação de Galeno Lacerda, tem aplicação apenas para as hipóteses de anulabilidades.

2) O art. 277, que trata do princípio da instrumentalidade das formas (se alcançada a finalidade, tem-se por superada a nulidade), é norma que tem aplicação tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas. No caso da primeira, em que pese haver uma presunção de prejuízo, não há caráter absoluto e, se demonstrado o contrário, superada estará a questão. Na classificação de Galeno Lacerda, tal mereceria aplicação apenas nas nulidades relativas e anulabilidades.

3) O art. 278 não deixa dúvidas: o **caput** serve às nulidades relativas (e anulabilidade para Galeno), e o parágrafo único às nulidades absolutas.

4) O art. 279 apresenta uma regra de nulidade absoluta, mas que foi mitigada com o parágrafo 2º, vale dizer, incide o princípio da instrumentalidade das formas de modo a impedir a invalidação do processo se não há prejuízo.

5) O mesmo ocorre com as citações e as intimações previstas no art. 280 do NCPC.

6) Por fim, o art. 282: apesar das divergências, tem-se como majoritária a compreensão de que se aplicam tanto as nulidades absolutas como as nulidades relativas.

Assim, em conclusão, é preciso destacar que – apesar do reconhecimento da importância da forma e do respeito ao devido processo legal – a intenção do legislador foi seguir os passos da doutrina e da jurisprudência no sentido de que é preciso reduzir a influência da forma, possibilitando sempre que possível o aproveitamento dos atos praticados, até porque – e isso precisa ser destacado em relação ao nosso momento processual – há uma corresponsabilidade na condução do feito.

E a palavra “corresponsabilidade” é a que, a meu ver, melhor retrata o movimento esperado da participação das partes no processo, em lugar da cooperação. Afinal, “nada mais longe da realidade do que o ideal de cooperação entre as partes e o órgão judiciário. Entre as partes, reina a cizânia, cada qual buscando a satisfação do próprio interesse, e, não, a cooperação convergente reclamada imprópria e idealisticamente pelo art. 6º [...]” (ASSIS, 2015, p. 1632).

Tudo a demonstrar que já não está mais apenas nos ombros do juiz zelar pela adequada tramitação do feito. As partes têm espaço para influir, e não utilizar de tais possibilidades é abrir mão de um processo democrático, agora explicitamente reconhecido por lei, se era o que faltava mesmo frente a sua previsão na Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. v. 1.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Tradução de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**: tomo III. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. São Paulo: Conceito, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# POSTULAÇÃO, SANEAMENTO E TÉCNICAS DA DECISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

---

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva\*

Em março de 2016 entrou em vigor a Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil. O texto aprovado certamente não é o Código dos sonhos de nenhum de nós. Todos têm críticas e elogios a fazer. Parece importante destacar também que o CPC não resolve, por si só, os graves problemas do nosso sistema de justiça, mas traz um novo modelo, que pode ser muito útil, desde que assimilado adequadamente.

O diploma está alicerçado em um direito integralmente constitucionalizado. A partir da observância de normas e valores da Constituição, é todo estruturado para trazer segurança jurídica e isonomia. Em relação ao Código de 1973, é possível afirmar que estamos diante de outra plataforma jurídica. Implementar uma nova cultura talvez seja nosso maior desafio e, provavelmente, a chave do pretendido sucesso das inovações. Para construir essa nova realidade é importante enxergar e reconhecer a superação de dogmas e entender as mudanças sensíveis de paradigmas, e aqui me refiro especificamente ao modo como devemos compreender que os atores processuais passam a ter uma novíssima perspectiva de atuação.

O juiz, por exemplo, sai de um centro gravitacional e passa a dividir mais responsabilidades, numa verdadeira gestão compartilhada do processo. Passa a ouvir mais, a dialogar antes de decidir. E, sinceramente, vejo como muito positivas as mudanças em tal sentido. O Código anterior colocava o juiz numa posição de evidente protagonismo – desde a condução do processo até sua forma de decidir – e isso não decorria exclusivamente do texto do CPC, mas de uma cultura que se formou ao longo de muitos anos. Ocorre que, com a evolução do pensamento jurídico, passou-se a examinar essas posturas a partir de valores mais elevados, que estão inseridos na Constituição e precisam ser respeitados. Afinal, estamos em um Estado democrático e de direito.

O conceito de contraditório passou da mera formalidade de garantir o contraponto para um pleno exercício do direito de influenciar o processo decisório, o tempo todo. Isso significa, por exemplo, o fim das decisões-surpresa. Até mesmo nas questões em que deva apreciar de ofício, o magistrado não poderá decidir sem submeter o tema ao prévio debate das partes. Está lá no 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”.

Na verdade, a mudança concebida pelo legislador representa uma mensagem que é muito mais importante que a regra em si. Não há legitimação democrática da decisão que não tenha permitido o prévio debate, que não tenha garantido o direito de a parte expor ao juiz os argumentos sobre um tema novo, sequer tratado até então, e que pode fulminar o direito desta, naquele processo ou para sempre.

Esse é apenas um exemplo de como a posição do juiz se altera no novo Código. Espera-se do magistrado maior aproximação com as partes, cristalizando-se outra viga mestra do CPC, que é o dever de cooperação (art. 6º). Contudo, a mudança não se restringe ao juiz; há importantes transformações na forma de o advogado postular e se comportar. As obrigações processuais são simétricas

---

\* Magistrado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

para o juiz e para os advogados no que tange à exposição de seus argumentos.

A partir da formulação da petição inicial, na construção da causa de pedir e do pedido, o advogado deve adotar uma postura mais técnica. A postulação não pode limitar-se à menção de dispositivos legais; é preciso situá-los no caso concreto e afirmar, de forma muito clara, sua incidência.

O modelo cooperativo, previsto no art. 6º do CPC/2015, impõe a todos os sujeitos processuais deveres e obrigações que elevam a qualidade do debate e consequentemente impõem postulações e decisões mais bem fundamentadas. Nesse passo, o art. 489, § 1º, estabelece que:

Art. 489. [...]

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

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

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

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

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

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

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

Com base nos pilares do CPC/2015, mormente no princípio da cooperação, faço uma proposta interpretativa a partir dos próprios incisos do § 1º do art. 489, mas com posição invertida, ou seja, na direção dos advogados, conforme exposto a seguir. Não é argumento a ser obrigatoriamente enfrentado pelo julgador aquele que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão jurídica concreta; 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 petição.

Isso porque argumento não é tese retórica, nem mera indicação de texto de lei para que sobre ele o juiz se pronuncie, inclusive em face de prequestionamento. É preciso que a parte explicita o vínculo da norma apontada com o caso concreto, em argumentação articulada e pertinente.

Com o novo Código, é intuitivo que cai em desuso o aforismo *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato que eu te dou o direito). Essa figura do juiz assistencialista, que supre os defeitos postulatórios e tenta salvar o direito da parte, provavelmente tende a sair de moda. Nesse sentido, extrai-se do excelente artigo do Professor Marcelo Pacheco Machado, “Novo CPC: Precedentes e Contraditório”:

Agora, a questão é: e a parte (e seu patrono) pode continuar a litigar [...] com base no “ementismo”? Muda para o juiz, mas não muda nada para as partes e advogados? Basta a parte citar uma ementa

que isto fará com que surja para o juiz o trabalhoso dever de fundamentar conforme os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC, apenas para afastar o precedente?

Entendemos que não! O surgimento deste dever específico de motivação para o juiz pressupõe a maturidade no contraditório para parte, imposta pela noção de processo cooperativo (Novo CPC, art. 6º).

A parte tem o ônus argumentativo de alegar adequadamente o precedente, indicando as circunstâncias fáticas que justificam sua aplicação ao caso concreto e, excepcionalmente, os motivos que justificariam a superação de precedente em tese aplicável.

O sistema do CPC de 1973 convive com ônus dessa natureza, nas hipóteses de interposição de recurso especial pautado em divergência jurisprudencial (CPC73, art. 541, parágrafo único). O que faz o Novo CPC, com a cooperação, é exigir esse mesmo ônus argumentativo de todos aqueles que litigam como base em precedentes, sob pena de eximirem o juiz do mesmo trabalho quando da sua decisão pela inaplicabilidade da “ementa” invocada pela parte.

Caso a parte alegue dezenas de ementas, sem fazer qualquer sorte de “cotejo analítico” entre precedente e caso concreto, o juiz estará simplesmente autorizado a afastar a incidência dos precedentes sem qualquer fundamentação. Não precisará seguir os incisos V e VI do § 1º do art. 489. O descumprimento do ônus argumentativo da parte exige o juiz de fundamentar a recusa do precedente. E, ainda, caso o juiz queira usar precedente invocado indevidamente para decidir ou mesmo precedente não alegado pela parte, deverá, nos termos do art. 10 do Novo CPC, intimar as partes para fazerem o “cotejo analítico”, dando-lhes oportunidade para um contraditório mais adequado, exatamente como determina § 1º do art. 927.

O juiz e as partes são sujeitos do contraditório e, portanto, deve haver simetria nos encargos estabelecidos relativamente ao diálogo processual. Não faz sentido se exigir motivação do juiz se, antes, o contraditório não tenha se estabelecido relativamente a estas circunstâncias, cabendo - não apenas ao juiz, mas também às partes e aos advogados - uma significativa mudança de postura frente à argumentação pautada em precedentes. (MACHADO, 2015).

Portanto, o princípio da dialeticidade, já previsto no CPC/1973, ganha ainda mais importância, uma vez que impõe à parte o dever de realizar o devido cotejo entre dispositivos legais e precedentes com a hipótese dos autos, para que, em contrapartida, o magistrado tenha de responder às alegações que, em tese, possam infirmar o resultado do julgamento.

Fixada a premissa de obrigações argumentativas recíprocas entre juiz e advogados, destaca-se que o CPC/2015 é mais rigoroso quanto à formulação do pedido. Praticamente repete a regra do art. 286 do CPC anterior, como se vê: “Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] Art. 324. O pedido deve ser determinado”.

A regra estabelece que o pedido explicita a real extensão do que a parte pretende.

#### EXEMPLO 1

*Requer a condenação do réu ao pagamento de:*

*danos materiais no veículo, no valor de R\$ 5.000,00, representados pelo menor orçamento (documento 3);*

*lucros cessantes no valor de R\$ 3.500,00, equivalentes ao período de 40 dias em que o autor não pôde trabalhar (documento 4).*

## EXEMPLO 2

*Requer a declaração de nulidade da cláusula 3.2 do contrato, com restituição em dobro do valor pago pelo autor, que nesta data equivale a R\$ 10.000,00.*

A determinação é a regra, mas ainda disciplina o art. 324:

Art. 324 [...]

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados;<sup>1</sup>

II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;<sup>2</sup>

III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.<sup>3</sup>

Fora dessas hipóteses, contudo, o requerente não pode, a seu bel prazer, formular pedido genérico. Assim, se o autor fica 40 dias sem poder trabalhar e propõe a ação de ressarcimento decorrente de acidente de trânsito depois de já ter retornado ao labor, precisa quantificar na petição inicial os valores que deixou de auferir naquele período, porque, como essa constatação é possível, não é lícito pedir que a apuração se dê em liquidação. Não há razão nenhuma para isso. Em outras palavras, quando os fatos são conhecidos e já produziram os seus efeitos ou quando é possível determinar sua extensão desde logo, o pedido deve ser determinado, vedada a postulação genérica.

Só que tudo isso, na teoria, já era previsto no CPC de 1973. A prática, todavia, foi de extrema benevolência com postulações desprovidas de técnica, tolerando-se a formulação de pedidos genéricos, quando a lei estabelecia pleitos determinados (líquidos). Isso gerou, com frequência, a necessidade de liquidação do julgado, o que é de todo indesejado, porque representa o segundo calvário de quem tem um direito a ser recuperado em juízo.

Agora, no CPC/2015, a formulação de pedido indeterminado, fora das hipóteses em que se admite pleito genérico, traz consequências graves para o autor: a inépcia da inicial.

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

[...]

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

[...]

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico.

1 EXEMPLO: investigação de paternidade cumulada com petição de herança. O autor não tem como individualizar os bens demandados. Isso só será possível a *posteriori*.

2 EXEMPLO: ação de indenização decorrente de acidente em que se pede o ressarcimento de despesas hospitalares – o autor ainda está em recuperação e precisará se submeter a vários procedimentos cirúrgicos e tratamentos. Ao formular o pedido, não há como saber quais as consequências do ato ou do fato.

3 EXEMPLO: ação de prestação de contas. Somente depois que o réu apresentar as contas a que está obrigado é que será possível mensurar os valores eventualmente devidos.

Assim, se o juiz for tolerante com pedidos mal-elaborados, o advogado do réu provavelmente não perderá a oportunidade de apontar a falha, que levará à extinção do processo. Muito cuidado, portanto!

Na sequência, se a hipótese não for de julgamento liminar de improcedência (art. 332) e a inicial contiver defeitos e irregularidades, o juiz realizará um saneamento embrionário do feito, determinando a emenda, mas com rigor técnico bem mais aprimorado que aquele previsto no art. 284 do CPC/1973. Confira-se:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

O novo CPC também evoluiu bastante com a previsão de técnicas de saneamento, organização e preparação do processo rumo à decisão de mérito. Pessoalmente, na condição de juiz, sempre fui adepto do saneamento em audiência, com base no art. 331, § 2º, do Código revogado. Os resultados eram muito bons – ótimos eu diria. Explico: eu marcava a solenidade e intimava as partes e advogados. Restando inviável a conciliação, depois de superadas eventuais questões preliminares, passava a fixar, em diálogo franco e direto com os advogados, os pontos controvertidos sobre os quais incidiria a prova e quais as modalidades probatórias pretendidas.

Muitas vezes alguém pedia a inquirição de testemunhas, e eu alertava que o fato específico já estava provado por memória documental. Em regra o advogado concordava e desistia. Se assim não fizesse, a prova era indeferida, justificando-se o motivo e relatando-se que a circunstância tinha sido exposta ao requerente naquele ato; noutras vezes, eu demonstrava que o fato era incontroverso e que por isso não demandava dilação probatória – e as adesões a essa ponderação eram praticamente unânimes. Tudo isso ficava consignado em detalhes no termo de audiência, e era baixíssimo o número de agravos decorrentes de tais decisões. Quando se chegava à audiência de instrução e julgamento, o processo estava todo organizado, o que permitia a coleta do material probatório com bastante objetividade. Isso era alcançado, frise-se, pelo contato direto com os advogados e pelas benesses da oralidade, que rende muito mais, em poucas palavras, que as justificativas alongadas das decisões escritas.

Pois bem, o novo Código de Processo Civil avança muito em tal perspectiva de saneamento e amplia, sobremaneira, as possibilidades de organização do processo, para uma boa decisão de mérito; e isso não se restringe à atividade probatória, porque poderá haver a explicitação e delimitação dos temas jurídicos a serem enfrentados.

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

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

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

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

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

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Essas regras devem ser comemoradas! Além da análise de questões processuais pendentes e da distribuição dinâmica do ônus da prova, destaca-se a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória. Vem na sequência uma grande e auspiciosa novidade, contida no inciso IV: a delimitação das questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Esse dispositivo convoca todos os participantes do processo a contribuir para uma boa qualidade da prestação jurisdicional.

Também é muito bem-vinda a regra e a inspiração do § 2º:

Art. 357 [...]

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

Trata-se de compartilhamento democrático da cena processual, no qual as partes dizem ao Estado-juiz o que elas esperam do resultado da prestação jurisdicional. Aqui o Código cristaliza, mais uma vez, a ideia de cooperação prevista no art. 6º, que diz: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O § 3º do art. 357 indica a necessidade de designação de audiência quando a matéria for complexa, para que o saneamento seja feito em cooperação, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Contudo, mesmo que a matéria não seja complexa sob o ângulo probatório ou de mérito, abre-se porta para a designação de tal solenidade, porque o princípio da oralidade e as vantagens da interação presencial justificam a adoção dessa providência.

O desdobramento natural é que a delimitação prévia das questões de direito não fique restrita às hipóteses em que o processo chegue na fase do saneamento concentrado. Mesmo nos casos de julgamento antecipado do mérito, pode (e deve) o juiz intimar as partes para que explicitem, por petição, quais as questões de direito e de fato (teses) querem ver examinadas na decisão, ainda que não se tenha chegado ao consenso referido no § 2º do art. 357.

Isso permitirá que o magistrado saiba, sem surpresas posteriores, o que as partes esperam da prestação jurisdicional. Essa técnica de organização do processo rumo à decisão de mérito não deve ser encarada como um fardo procedimental; ao contrário, é exatamente pela adoção de tais medidas que serão abertos os caminhos para uma decisão segura, com responsabilidades devidamente compartilhadas.

Ficará, assim, bem mais previsível e estável a obrigação de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão do julgador. Em outras palavras, há que se buscar a prévia delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito, a fim de que todos os sujeitos do processo saibam de antemão quais teses devem ser enfrentadas, o que permite melhor rendimento à atividade decisória e evita “aquelas bombas de efeito retardado”, detonáveis pelo manejo dos embargos declaratórios nos quais se sustentam as omissões.

Prestígio à cooperação e ao diálogo, segurança jurídica, prestação jurisdicional mais completa e razoabilidade no tempo para a solução justa do litígio: eis o que busca o CPC/2015. Assim, ao mesmo tempo em que o novo Código exige dos magistrados o exame das teses basilares sustentadas pelas partes, também fornece as técnicas para a identificação dos temas que necessariamente devam ser

enfrentados. E esse diagnóstico, a ser realizado mediante contraditório substancial, não será tarefa isolada dos juízes. Em cooperação, estarão a seu lado os advogados das partes.

No que tange às técnicas decisórias, além dos aspectos já destacados quanto à fundamentação, merece abordagem singular uma revolucionária forma de prolação das decisões, que trará significativa eficiência e efetividade à atuação dos magistrados. Refiro-me ao princípio da primazia do julgamento do mérito.

Veja-se a opinião, sempre lúcida, de Leonardo Carneiro da Cunha (2015):

O art. 4º do novo CPC estabelece que as partes têm direito de obter em prazo razoável “a solução integral do mérito”. Além do princípio da duração razoável, pode-se construir do texto normativo também o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito.

Confira-se o art. 282, § 2º: “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”. De acordo com o art. 488: “desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”.

Em observância aos princípios da primazia da decisão de mérito, da instrumentalidade das formas e da eficiência, e pela dicção dos arts. 4º, 282, § 2º, e 488, é dispensável o exame de questões preliminares (em sentido amplo), quando o julgamento de mérito for favorável à parte a quem aproveitaria o acolhimento daquelas arguições.

A expressão “questões preliminares em sentido amplo” representa tanto as nulidades processuais como as hipóteses do art. 485, bem assim a decadência e prescrição (art. 487, II). No espírito da norma, “mérito” diz respeito ao julgamento de direito material *stricto sensu* (art. 487, I), ou seja, à questão litigiosa propriamente dita, derivada do pedido e dos fatos e fundamentos articulados no processo. Assim, se na contestação alega-se prescrição e/ou decadência, o juiz, ao verificar que o mérito favorece o réu, pode perfeitamente ultrapassar a análise daqueles temas “preliminares” e desde logo pronunciar a improcedência do pedido.

A principal vocação da prestação jurisdicional é dizer qual das partes tem razão e, a partir daí, resolver o conflito visando à pacificação social. Prescrição e decadência, apesar do conceito jurídico que as encaixa no “compartimento do mérito”, não revelam ao jurisdicionado a efetiva resposta que o órgão judicial lhe deve quanto ao desequilíbrio da relação jurídica levada a juízo.

A solução de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC) pressupõe enfrentamento de questões que se projetam no mundo dos fatos das pessoas e sobre as quais elas esperam uma posição do judiciário. A decisão que simplesmente pronuncia a decadência ou a prescrição pode representar a frustração da legítima expectativa do réu de ver reconhecido o seu direito de receber da Justiça o “atestado de que tinha razão”. É quase como vencer uma partida por W.O.

Só se localiza o atributo de “justo” num ato decisório que trate do direito material das pessoas. São aquelas situações que lhes trazem a sensação de que, mesmo não triunfando no seu propósito, tiveram sua pretensão examinada e resolvida.

É importante, todavia, atentar para a redação do art. 488: “desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos

termos do art. 485”. A expressão “desde que possível” indica que nem sempre será viável o pronunciamento judicial com tal técnica.

Suponhamos o seguinte caso: o autor não está representado por advogado, o réu suscita tal problema na contestação, o juiz manda intimar para suprir a falta e o advogado, que não ostenta procuração do requerente, deixa de sanar o vício. Mesmo que o mérito possa ser favorável ao réu, não haverá possibilidade de se pronunciar a improcedência do pedido (em desfavor do autor), porque este sequer está representado em juízo. Há, em tal situação, um impedimento formal, de natureza eminentemente processual, que obsta a decisão de mérito (art. 485, IV - ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo).

Outra hipótese que obsta pronunciamento de mérito é a arguição de coisa julgada ou litispendência. Em tais contextos, o juiz é obrigado a julgar o processo com base no art. 485, sem aplicação do art. 488, porque, se a ação já foi julgada anteriormente ou se outra idêntica está em curso, não há como haver duplo julgamento de mérito.

Contudo, se a alegação do réu for, por exemplo, falta de interesse de agir e o mérito lhe for favorável, o juiz supera a análise da preliminar (não a examina) e desde logo julga improcedente o pedido (arts. 487 e 488).

Isso também vale para uma série de outras questões preliminares (ilegitimidade *ad causam*, nulidade do processo por cerceamento de defesa, falta de recolhimento de custas e assim por diante).

O Código de Processo Civil de 2015, como se percebe, avança de forma muito positiva no que tange à postulação, ao saneamento e às técnicas de decisão. Prestigia a cooperação, o contraditório e a primazia da decisão de mérito. Evidencia, além do respeito rigoroso ao estado de direito e à democracia, um sentido próprio da razão de ser e de existir do Poder Judiciário: resolver conflitos das pessoas e promover a pacificação social. E isso só se alcança quando se decide o direito material dos litigantes. Um processo que termina em razão de qualquer óbice de natureza formal é, para mim, uma negação de Justiça, é uma “não prestação jurisdicional”.

Celebremos os novos tempos! E sejamos justos, sempre justos, no processo e na vida. A injustiça pode ser mais grave do que a fome. A fome ataca o corpo, que é provisório, a injustiça agride o espírito, que é eterno, que é definitivo.

## REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Princípio da primazia do julgamento do mérito**. 2015. Disponível em: < <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/> >. Acesso em: 20 maio 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC: precedentes e contraditório. **Jota**, 23 nov. 2015. Seção Opinião. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-precedentes-e-contraditorio> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

# QUATRO ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

---

Marcus Vinícius Motter Borges\*

Luiza Silva Rodrigues\*

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) tentou simplificar o emaranhado que as reformas processuais causaram na sistemática das tutelas de urgência (processo cautelar e tutela antecipada) do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). Nessa linha, a nova codificação previu a tutela provisória, dividida, quanto ao fundamento, em tutela da evidência e tutela da urgência; quanto ao objetivo, em cautelar e antecipada; e quanto ao procedimento, em antecedente e incidental.

No mesmo desiderato, o CPC/2015 também: tratou de eliminar o caráter de processo autônomo da tutela cautelar; segregou as hipóteses de tutela da evidência das de tutela da urgência, criando um rol próprio e apartado para aquelas; unificou os requisitos para a concessão da tutela da urgência; trouxe disposições gerais aplicáveis a todas as modalidades de tutela provisória (Título I do Livro V da Parte Geral do CPC/2015) e disposições gerais aplicáveis a todas as modalidades de tutela de urgência (Capítulo I do Título II do Livro V da Parte Geral do CPC/2015); valorizou a solução de litígios criando o instituto da estabilização da tutela.

No entanto, ainda que a intenção do Código tenha sido a simplicidade e a organização sistemática da tutela provisória, com o início da sua vigência, os operadores do direito se depararam, na prática, com uma série de questões controvertidas. Nada de anormal em tal fato, até mesmo porque o legislador não tem como prever todas as situações que ocorrerão no dia a dia forense.

Assim sendo, o objetivo do presente ensaio consiste em analisar, de forma breve, quatro das principais polêmicas que envolvem a tutela provisória no CPC/2015, tecendo-se críticas e propondo-se soluções, de modo a tentar contribuir com a formulação de interpretações que visem manter a eficácia e a aplicabilidade prática do instituto.

## 2 A TOPOLOGIA DA TUTELA PROVISÓRIA NO CPC/2015 E ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DE ORDEM PRÁTICA

O CPC/2015 reorganiza as tutelas obtidas antes do exaurimento da cognição. Assim, erige a tutela provisória à categoria de gênero, do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência.

\* Doutorando em Direito pela UFSC. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/RS. Especialista em Direito Imobiliário pela UFSC. Professor assistente de Processual Civil e Prática Jurídica do curso de Direito da UFSC e de diversos cursos de pós-graduação em Santa Catarina, entre eles cursos da UNIVALI, UNISUL, CESUSC, Católica, UNIDAVI e UNC. Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA/OAB/SC). Presidente da Comissão de estudos do novo Código de Processo Civil da OAB/SC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Autor e coautor de livros, capítulos de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Advogado.

\* Mestranda em Direito pela UFSC. Especialista em Processo Civil pelo CESUSC. Membro da Comissão de Estudos do Novo Código de Processo Civil da OAB/SC. Advogada.

A tutela de urgência, por sua vez, possui duas subespécies, quais sejam: a tutela antecipada (de natureza satisfativa) e a tutela cautelar (de natureza acautelatória). Vê-se, portanto, uma mudança em relação ao CPC/1973, no qual as tutelas de cognição sumária eram chamadas de tutelas de urgência (gênero), divididas nas espécies tutela antecipada e tutela cautelar. Assim, a expressão “tutelas de urgência”, na atual codificação, tem significado diferente daquele empregado no CPC/1973.

Justamente por isso, a tutela provisória está prevista no Parte Geral do CPC/2015, no Livro V, e dessa simples constatação já se extrai uma importante conclusão: será possível a concessão de tutela provisória em todos os procedimentos previstos nos livros da Parte Especial do Código. Portanto, é possível a concessão de tutela provisória, por exemplo, na execução<sup>1</sup>, nas defesas do executado<sup>2</sup>, nos procedimentos especiais previstos no próprio Código<sup>3</sup> e naqueles previstos em legislação extravagante<sup>4</sup>, assim como nas ações de família<sup>5</sup>, nos recursos<sup>6</sup> e na ação rescisória<sup>7</sup>.

Ainda nessa linha, percebe-se claramente a intenção do Código de apartar o regime da tutela de urgência do regramento da tutela de evidência, no artigo 294, parágrafo único. Da interpretação literal desse dispositivo pode-se inferir, ao menos, duas questões importantes. A primeira é a de que a distinção entre a natureza cautelar e antecipatória se referiria apenas à tutela de urgência, porquanto a tutela da evidência é sempre de caráter satisfativo. A segunda questão consiste na impossibilidade de se requerer tutela da evidência em caráter antecedente<sup>8</sup> – sendo viável, no máximo, o seu deferimento em caráter liminar, sem a oitiva do réu, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311 do CPC/2015.

Outro ponto importante, quanto à questão topológica, é a estabilização da tutela, a qual está prevista no artigo 304, localizado no Título II (tutela de urgência), Capítulo II (procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente). Então, da própria estrutura do Código se pode extrair a adstrição dessa hipótese às tutelas de urgência de natureza satisfativa (às tutelas antecipadas), requeridas em caráter antecedente.

Descabe, portanto, a estabilização de tutela antecipada incidental<sup>9</sup> – isto é, aquela cujo pedido é formulado no bojo da petição inicial ou no curso do processo, mediante simples petição. A previsão legal é clara ao restringir a estabilização às tutelas requeridas em caráter antecedente, visto que a hipótese consubstanciada no artigo 304 só se verifica nos casos em que a medida, deferida nos termos do artigo 303, não for objeto de recurso pela parte contrária (aqui denominada ‘réu’). Contudo, há autores que defendem que o Código perdeu a oportunidade de positivar a estabilização das tutelas antecipadas incidentais, bem como das tutelas de evidência<sup>10</sup>. Por corolário, não há de se

1 Conforme artigo 799, VIII. Nessa linha, Cassio Scarpinella Bueno afirma que: “o exequente também poderá pleitear medidas urgentes (art. 799, VIII), hipótese em que o arsenal dos arts. 297 e 301 será bastante útil, mormente com relação às medidas cautelares, que visam ao asseguramento do resultado útil do processo e efetivar a averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados para conhecimento de terceiros (inciso IX do art. 799)” (BUENO, 2015, p. 597).

2 Conforme artigo 919, § 1º, e 525, § 6º.

3 Defendendo a aplicação da tutela provisória nos procedimentos especiais do Código, caso não haja previsão expressa de tutela provisória para tal procedimento, como é o caso, por exemplo, da liminar possessória prevista no artigo 562: Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael OLIVEIRA (2015, p. 576).

4 Defendendo a aplicação da tutela provisória nas ações de despejo: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 270).

5 Conforme artigo 695.

6 Conforme artigo 995. Sobre o assunto, José Miguel Garcia Medina assevera que: “independentemente do nome utilizado, a finalidade é a mesma: impedir que a decisão impugnada por recurso extraordinário ou especial produza efeitos, ou antecipar efeitos do julgamento desses recursos (a rigor, mesmo a primeira providência – impedir a produção de efeitos pela decisão recorrida – não deixa de ser uma antecipação de efeito do resultado do julgamento do recurso)” (MEDINA, 2015, p. 288).

7 Conforme artigo 969.

8 Em que pese essa ser a opinião majoritária da doutrina, deve-se levar em conta a importante ressalva de José Miguel Garcia Medina: “entendemos, porém, que tanto a tutela de evidência quanto a de urgência (esta, antecipada ou cautelar) poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental, isso é, antes de apresentado o pedido ‘principal’ (cujos efeitos se vão antecipar, ou cuja produção de efeitos se pretende garantir) ou quando já realizado tal pedido” (MEDINA, 2015, p. 288).

9 Em sentido contrário, Cavalcanti Neto (2016).

10 Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo (2015) e Humberto Theodoro Junior (2012).

falar em estabilização da tutela da evidência, uma vez que esta não dispõe de procedimento antecedente.

Igualmente, não há de se falar em estabilização na tutela cautelar. Muito embora o novo diploma preveja a possibilidade de se requerê-la em caráter antecedente (nos artigos 305 a 310) – o que corresponde, em certa medida, à medida cautelar preparatória sob a égide do CPC/1973 –, nessa hipótese, a tutela não é passível de estabilização. Assim, é inadmissível que a tutela cautelar se torne estável, visto que, de natureza tipicamente acautelatória, só tem sentido se referível a uma situação de direito material. Nesse passo, reputa-se acertada a opção legislativa, que, na redação final do código, restringiu à tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, o condão de se tornar estável.

### 3 A INSURGÊNCIA DO RÉU PARA EVITAR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada concedida de forma antecedente tornar-se-á estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, conforme a previsão expressa do artigo 304. Nessa linha, por “respectivo recurso” deve-se entender agravo de instrumento, que, a despeito de não ser o único recurso cabível – visto que podem ser opostos, também, embargos de declaração<sup>11</sup> –, é o único que tem o condão de reformar (cassar) a decisão liminar.

No entanto, emerge a dúvida: é a simples interposição do recurso que obsta a estabilização? Se assim o é – e a lei não faz nenhuma ressalva a esse respeito –, a interposição de agravo será mera formalidade engendrada pelo réu a fim de que a decisão não se estabilize. Por outro lado, não há previsão de que esse recurso deva ser fundado em razões plausíveis, capazes de acarretar o seu provimento<sup>12</sup>.

Fica claro, pela redação do artigo 304, *caput* e § 1º, que o ato apto a impedir a estabilização é a mera interposição do recurso, pouco importando o seu resultado, até porque o CPC/2015 não prevê nenhuma penalidade específica<sup>13</sup> ao réu que interpuser um recurso manifestamente infundado nesse caso, ou que não se sustente em argumentos plausíveis, capazes, de fato, de implicar a reforma da decisão vergastada.

Contudo, a interpretação deve ser no sentido de que não é a mera interposição de recurso, em quaisquer condições, que obsta a estabilização. A despeito de a lei não fazer nenhuma ressalva quanto a isso, entende-se que ao menos em duas situações a simples interposição não afasta a estabilização: (i) quando o recurso for intempestivo; e (ii) no caso de o recorrente, depois de devidamente intimado na forma do artigo 1.017, § 3º, deixar de sanar vício relativo a requisito extrínseco de admissibilidade<sup>14</sup>.

11 Como é cediço, os aclaratórios prestam-se a sanar os vícios de obscuridade, contradição ou omissão, bem como a corrigir erro material e, assim, não teria por objetivo precípuo – ainda que interpostos com pedido modificativo – de cassar a decisão recorrida.

12 No direito francês, há previsão de penalidade ao réu que se insurgir de forma descabida: “para a concessão do *référé classique*, a legislação francesa exige a presença de uma situação de urgência no caso concreto, aliada à ausência de contestação séria ou que justifique a existência de uma disputa (art. 808 do CPC (LGL\1973\5))” (FREITAS JUNIOR, 2013).

13 Não se olvida da possibilidade de condenação desse réu às penas da litigância de má-fé (artigo 81), com base no artigo 80, VII, do CPC/2015.

14 Quanto aos outros requisitos extrínsecos de admissibilidade – quais sejam, preparo e regularidade formal –, não acarretarão, de imediato, a inadmissão do recurso, visto que o CPC/2015 prevê, expressamente, a necessidade de se intimar a parte para sanar o vício, no prazo de 5 (cinco) dias (artigos 932, parágrafo único; 1.007, § 7º; e 1.017, § 3º). É de se questionar, também, a coerência de, muito embora interposto o recurso – obstando, por derradeiro, a estabilização da tutela –, sobrevir decisão que lhe negue provimento, por ser contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou a súmula do STJ, por

Afora a polêmica quanto à interposição de recurso, alguns autores defendem que, caso o réu não recorra da decisão e se insurja de alguma outra maneira – mediante a apresentação de contestação, por exemplo –, impediria a estabilização<sup>15</sup>. Nessa linha, se o réu apresenta defesa em forma de contestação e/ou reconvenção, estaria manifestando a sua intenção de discutir o mérito e exaurir a cognição – razão pela qual a tutela, muito embora concedida e não impugnada mediante recurso, não seria passível de estabilização<sup>16</sup>.

Vale frisar que, durante a tramitação legislativa do Código, a versão do Senado Federal teve sua redação alterada pela Câmara dos Deputados, substituindo-se o verbo “impugnar”<sup>17</sup> pela expressão “interpor recurso”. Diante disso, parece ter havido uma opção legislativa de restringir as atitudes do réu passíveis de obstar a estabilização. No texto final, deixou-se claro que é tão somente a interposição de recurso a via adequada para que o réu se manifeste de forma a apor um empecilho à estabilização da decisão liminar.

Certamente essa polêmica ainda está longe de um consenso doutrinário. Contudo, não se pode olvidar que essa ampliação das formas de insurgência do réu – mediante a apresentação de contestação, ações impugnativas autônomas, embargos de declaração, sucedâneos recursais, ou mesmo simples petição – poderia comprometer a eficácia do instituto da estabilização.

## 4 A CITAÇÃO DO RÉU E A INTIMAÇÃO DO AUTOR PARA PROMOVER O ADITAMENTO DA INICIAL NO PROCEDIMENTO ANTECIPADO ANTECEDENTE

É importante esclarecer que o prazo para o aditamento da petição inicial (pelo autor) e o prazo para a interposição de recurso contra a decisão que deferir a tutela (pelo réu) não possuem o mesmo termo inicial. O prazo para aditamento terá início no momento da intimação do autor, que será realizada na pessoa de seu advogado, já constituído nos autos. Então, com a ciência da decisão inicia-se o prazo para aditar a exordial (artigo 231, incisos VII e VIII).

O réu, por sua vez – que, quando prolatada a decisão liminar, ainda não integra a lide –, será citado e intimado pessoalmente. Sendo assim, o prazo para a interposição de recurso terá início no momento da juntada, aos autos, do Aviso de Recebimento ou do mandado, devidamente cumprido (artigo 231, incisos I e II)<sup>18</sup>. Então, apesar de o prazo ser o mesmo para o autor e para o réu – sendo 15 (quinze) dias para promover o aditamento e 15 (quinze) dias para interpor recurso de agravo de instrumento –, seus termos iniciais não coincidem.

Até mesmo pela ordem aparentemente cronológica de atos disposta nos incisos I e II do § 1º do artigo 303, o autor será intimado – e terá que aditar a inicial – antes de o réu ser citado e intimado<sup>19</sup>,

---

exemplo (artigo 932, inciso IV, alíneas “a” e “c”).

15 Nesse sentido, Ravi Peixoto (2016).

16 Daniel Mitidiero explica que “nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento” (MITIDIERO, 2014, p. 26).

17 Previa a versão do Senado Federal, no artigo 280, § 1º, que “do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor”.

18 O prazo da contestação, por sua vez, terá por termo inicial o dia subsequente à audiência de conciliação ou mediação, tendo em vista que o réu será citado para comparecer na audiência (artigo 335, inciso I, do CPC/2015). Caso a audiência não seja designada – o que, pelo CPC/2015, só poderia ocorrer por desinteresse manifesto de ambas as partes (artigo 334, § 4º, inciso I) –, o início do prazo de contestação coincidirá com o início do prazo para a interposição de recurso.

19 Em algumas situações o cumprimento da decisão em tutela provisória dependerá de uma conduta comissiva ou omissiva

a não ser que o juiz fixe prazo muito superior a 15 (quinze) dias para a realização do aditamento – o que lhe é facultado, tendo em vista a parte final do inciso I do sobredito artigo. Pode o juiz, ainda, determinar que o termo inicial desse prazo para aditar a inicial seja um dia após findo o prazo para que o réu interponha recurso (no caso, agravo de instrumento). Assim, a depender desse “prazo maior que o juiz fixar”, pode ser viável ao autor aguardar a reação do réu – mediante a interposição de recurso ou não –, para, só então, promover o aditamento.

Vale frisar que a ideia de o réu apresentar sua contestação somente após o autor ter aditado a inicial é correta, porquanto assim o réu terá condições de impugnar todos os argumentos e pedidos formulados pelo autor. Entretanto, poderá ocorrer de o réu comparecer espontaneamente aos autos e apresentar sua contestação antes do aditamento do autor. Se tal hipótese acontecer, o juiz, em respeito ao contraditório, deverá intimar o réu para complementar sua impugnação após o autor ter promovido o aditamento.

Caso o autor não promova o aditamento da inicial, será extinto o processo, sem resolução de mérito, conforme redação expressa do artigo 303, § 2º. Então, o autor seria obrigado a aditar a inicial, independentemente da interposição de recurso ou não pelo réu, sob pena de ver sua pretensão fulminada, de plano. Tal lógica, no entanto, não pode ser generalizada e aplicada a todas as hipóteses. Eventualmente, como dito, pode o juiz fixar um prazo superior a 15 (quinze) dias para que o autor adite a inicial. Nesse caso, pode ser que haja tempo hábil para promover a citação e intimação do réu e, por consequência, para aguardar a sua ação ou inação (mediante a interposição de recurso ou não).

Permanecendo inerte o réu, sem recorrer da decisão, pode se tornar despiendo o aditamento pelo autor, caso este se sinta satisfeito com a tutela estabilizada. A não ser, é claro, que o autor tenha a intenção de obter uma decisão final de mérito, passível de fazer coisa julgada material. Nesse caso, deve aditar a inicial, indicando sua intenção de prosseguir com o processo, a despeito da estabilização.

Portanto, o não aditamento, por si só, não acarreta, como consequência inafastável, a extinção do processo sem resolução de mérito prevista no artigo 303, § 2º. Quando a tutela já houver estabilizado, não haverá extinção por conta do não aditamento, mas sim por força da estabilização, nos termos do artigo 304, § 1º.

Outrossim, no referido aditamento entende-se que poderá o autor acrescer à lide outros pedidos além da mera confirmação do pedido de tutela final, bem como acostar outras provas além daquelas já apresentadas<sup>20</sup>, até porque o artigo 329 prevê a possibilidade de o autor, até a citação, “aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu”. Considerando-se que, via de regra, a intimação do autor para promover o aditamento ocorrerá antes da citação do réu e que, via de regra, o prazo para contestar terá início após a realização da audiência de conciliação, não haveria óbices para acrescentar outros pedidos além da mera confirmação do pedido liminar.

Ademais, ainda que a tutela se torne estável, nos casos em que o autor, ao aditar a inicial, houver acrescido pedidos além da confirmação da tutela, poderá o processo ser extinto quanto à tutela estabilizada (artigo 304, § 1º), prosseguindo com relação às demais pretensões (indenização por danos morais, por exemplo). Admite-se, logo, a hipótese de extinção parcial do processo (quanto à tutela que se tornou estável), com o seu prosseguimento quanto aos outros pedidos, declinados em juízo quando do aditamento.

---

do réu. Nesses casos, o réu será citado para integrar a relação processual e intimado para dar cumprimento a decisão prolatada.  
20 Quando do aditamento, não há incidência de novas custas processuais (artigo 303, § 3º). Agora, na hipótese de serem acrescidos outros pedidos além da mera confirmação do provimento antecipado – que, invariavelmente, influirão no valor da causa –, deve-se retificar o valor da causa e pagar as custas equivalentes a esse acréscimo.

## 5 A AÇÃO MODIFICATIVA OU EXTINTIVA DA TUTELA ANTECIPADA ESTABILIZADA

Ocorrida a estabilização da tutela, o réu pode propor ação a fim de revê-la, reformá-la ou invalidá-la, nos termos do artigo 304, § 2º. O Código prevê que essa ação deverá ser proposta no prazo de 2 (dois) anos, “contados da ciência da decisão que extinguiu o processo” (artigo 304, § 4º). Caso esse prazo não seja observado, o direito de revisão, reforma ou invalidação será extinto. Assim, há quem defenda que esse prazo de 2 (dois) anos é decadencial<sup>21</sup>.

A despeito da previsão legal, existe posicionamento doutrinário de que o decurso desse prazo sem a propositura da ação não fulmina a pretensão de exaurimento da cognição. Isso porque “o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada” (MITIDIERO, 2015, p. 741). Nessa linha, esgotado o prazo de 2 (dois) anos, ainda seria possível propor uma ação com o intuito de rever a tutela estabilizada, durante o prazo prescricional ou decadencial do direito material sobre o qual versa a causa<sup>22</sup>. Esse posicionamento é sustentado por alguns autores<sup>23</sup> e é alvo de críticas por outros<sup>24</sup>.

A previsão do artigo 304, § 2º, opera uma “inversão da iniciativa para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (contraditório eventual)” (MITIDIERO, 2015, p. 27). Então o réu, prejudicado por conta da decisão que se tornou estável, mas valendo-se do fato de esta não ser imutável (porquanto não faz coisa julgada material), pode demandar o autor com vistas a rediscutir a tutela estabilizada.

Não é a simples propositura da ação que cessa a eficácia da tutela provisória estabilizada; essa estabilidade “só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar” (artigo 304, § 6º). É necessário, portanto, haver manifestação judicial expressa em sentido contrário, seja ela pautada em cognição superficial (na hipótese de decisão que antecipar os efeitos da tutela, na ação proposta com fulcro no artigo 304, § 2º), seja pautada em cognição exauriente (isto é, a sentença proferida na ação sobre a qual versa o mesmo artigo 304, § 2º).

Então, nessa ação pode o réu (autor dessa segunda ação) formular pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com vistas a sustar, de imediato, os efeitos da tutela outrora estabilizada, até mesmo porque o Código não faz nenhuma ressalva a esse respeito. Inclusive, o artigo 304, § 3º, diz que a tutela conservará seus efeitos “enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º”. Essa menção à “decisão de mérito” pode referir-se tanto à sentença quanto à decisão interlocutória. Portanto, parece não haver óbices à formulação desse pedido, na ação proposta pelo réu.

Superada a questão quanto à possibilidade de se requerer tutela antecipada na ação proposta pelo réu, questiona-se se poderia o réu optar por requerê-la em caráter antecedente. Em outros termos, poderia haver uma estabilização da decisão que suspendeu os efeitos da tutela anteriormente es-

21 Nesse sentido, Redondo (2015), sob o argumento de que, a se entender que o prazo não é decadencial, então restariam esvaziadas as disposições consubstanciadas nos parágrafos 2º, 3º, 5º e 6º do artigo 304.

22 Até porque, no direito francês e no direito italiano, as partes podem propor a demanda principal “quando assim convier. Mas desde que respeitados os prazos de prescrição e decadência do direito material envolvido” (FREITAS JUNIOR, 2013).

23 Daniel Mitidiero, por exemplo, defende que “a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade de coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão)”. (MITIDIERO, 2015, p. 26).

24 Nesse sentido Bruno Garcia Redondo (2015) opõe-se à possibilidade de propor ação após os dois anos, sob o argumento de que esvaziaria as disposições consubstanciadas nos parágrafos 2º, 3º, 5º e 6º do artigo 304. Para Luiz Guilherme Marinoni, “é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se ‘inafastável’. Em outras palavras, ‘imutável’ e ‘indiscutível’ (art. 502, CPC, a impossibilidade de revisão do decidido em outro processo dificilmente pode ser caracterizada de modo diverso da coisa julgada)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

tabilizada? Também quanto a isso o Código não faz nenhuma ressalva, do que se depreende que a hipótese seria admissível. Agora, claro que, nesse caso, instaurar-se-ia um ciclo sem fim: uma sucessão de tutelas requeridas em caráter antecedente com o condão de se tornarem estáveis.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o exposto, conclui-se que o instituto da tutela provisória – em que pese a simplificação promovida pelo CPC/2015, notadamente no sentido sistêmico – gera uma séria de questões problemáticas em sua aplicabilidade prática.

Da organização topológica da tutela provisória do Código extrai-se que: (i) a tutela provisória é gênero do qual são espécies a tutela de evidência e a tutela da urgência, sendo que esta última possui duas subespécies (tutela antecipada e tutela cautelar); (ii) é possível a concessão de tutela provisória em todos os procedimentos previstos nos livros da Parte Especial do Código (por exemplo, na execução, nas defesas do executado, nos procedimentos especiais previstos no próprio Código e nos de legislação extravagante, nas ações de família, nos recursos e na ação rescisória); (iii) não é possível se requerer tutela da evidência em caráter antecedente e, por conseguinte, não caberá a sua estabilização; da mesma forma, não ocorrerá estabilização de tutela antecipada incidental ou em tutela cautelar.

Quanto às formas de insurgência do réu para evitar a estabilização da tutela antecipada, verifica-se que: (i) não é a mera interposição de recurso, em quaisquer condições, que obsta a estabilização, pois quando o recurso for intempestivo e no caso de o recorrente, depois de devidamente intimado, deixar de sanar vício relativo ao requisito extrínseco da admissibilidade, a tutela concedida restará estabilizada; (ii) a tese da ampliação das formas de insurgência do réu para evitar a estabilização – mediante a apresentação de contestação, ações impugnativas autônomas, embargos de declaração, sucedâneos recursais, ou mesmo simples petição – não goza de respaldo expresso no texto do Código.

No tocante à citação do réu e à intimação do autor para promover o aditamento da inicial no procedimento antecipado antecedente, constata-se que: (i) o prazo para o aditamento da petição inicial (pelo autor) e o prazo para a interposição de recurso contra a decisão que deferir a tutela (pelo réu) não possuem o mesmo termo inicial; (ii) o autor será intimado – e terá que aditar a inicial – antes de o réu ser citado e intimado, a não ser que o juiz fixe prazo muito superior a 15 (quinze) dias para a realização do aditamento; (iii) a ideia de o réu apresentar sua contestação somente após o autor ter aditado a inicial é correta, porquanto assim o réu terá condições de impugnar todos os argumentos e pedidos formulados pelo autor; (iv) se o réu comparecer espontaneamente aos autos e apresentar sua contestação antes do aditamento do autor, o juiz, em respeito ao contraditório, deverá intimar o réu para complementar sua impugnação; (v) o não aditamento, por si só, não acarreta, como consequência inafastável, a extinção do processo sem resolução de mérito; (vi) no aditamento poderá o autor acrescer à lide outros pedidos além da mera confirmação do pedido de tutela final, bem como acostar outras provas além daquelas já apresentadas.

Por fim, no que diz respeito à ação modificativa ou extintiva da tutela antecipada estabilizada assevera-se que: (i) para alguns autores, esgotado o prazo de 2 (dois) anos, ainda seria possível propor uma ação com o intuito de rever a tutela estabilizada, durante o prazo prescricional ou decadencial do direito material sobre o qual versa a causa; (ii) não é a simples propositura da ação que cessa a eficácia da tutela provisória estabilizada, sendo necessária manifestação judicial expressa em sentido contrário; (iii) o réu (autor dessa segunda ação) pode formular pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com vistas a sustar, de imediato, os efeitos da tutela outrora estabilizada, inclusive em

caráter antecedente e, por conseguinte, pode haver uma estabilização da decisão que suspendeu os efeitos da tutela anteriormente estabilizada.

## REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 195-222.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2.
- DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 179-219, nov. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, p. 11-37, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 63, p. 24-29, nov./dez. 2014.
- \_\_\_\_\_. Tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 773-797.
- PEIXOTO, Ravi. Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 243-256.
- REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 167-194, jun. 2015.
- SICA, Heitor. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 341-363.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 13-34, jul. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 13-59, abr. 2012.

# NCPC, A VITÓRIA DOS BACHARÉIS

---

Hélio do Valle Pereira\*

## 1 UM CHIMPANZÉ ATIRANDO DARDOS

Philip E. Tetlock é um cientista político canadense. Entre 1984 e 2004 se dedicou a um objetivo ambicioso – “um trabalho cansativo”, ele definiu. Queria avaliar a capacidade de especialistas predizerem os fatos relevantes mundiais. Compilados os dados, chegou a um veredicto: “o especialista médio foi mais ou menos tão preciso quanto um chimpanzé atirando dardos”(TETLOCK, 2016, p. 12).

Tenho a vantagem de não ter as responsabilidades de um especialista e, ainda mais, sei que meu DNA (e o seu também!) é 98,4% igual ao dos chimpanzés (DIAMOND, 2010, p. 29). Errar como eles erram não será constrangedor – e ainda tenho a possibilidade, pequena, de eventualmente acertar.

Então afirmo primeiramente: ninguém sabe se o NCPC será uma boa lei. “Será”. Uma lei deve ser avaliada pelo que fez. O NCPC até agora fez muito pouco. Os seus resultados só poderão ser apurados no futuro, mesmo porque, isso pode ser dado como certo, o que realmente se compreenderá e aplicará é em boa medida incógnito. A lei não vale só pelas suas palavras, “*um precário instrumento de comunicação*” (WERNECK, 2009, p. 10); muito dependerá do que se fizer da norma e o que se quer interpretar. A jurisprudência sempre tem seus meandros imperscrutáveis<sup>1</sup>.

Se é assim, vou especular até para que não me acusem de covardia. Prevejo que o NCPC será avaliado futuramente como uma má lei. Aperfeiçoando a estimativa e para que não seja tratado adiante (se alguém ler este texto e, mais surpreendentemente, se ele for lembrado) como equivocado, antevejo que exista uma perspectiva grande de o NCPC não trazer bons resultados, o que vale por dizer que também existe (se vierem a ser ignoradas as aspirações que animaram a lei) uma possibilidade de as coisas correrem bem. Nate Silver, um estatístico famoso pela quase infalibilidade em previsões eleitorais, acentua que se o meteorologista prevê chance de 90% de céu azul, mas chove, ele também acertou – aqueles 10% não poderiam ser descartados... (SILVER, 2013, p. 60).

Entre as causas de fracasso do NCPC, a mais plausível, segundo meu prognóstico, é a perspectiva de que praticamente nada mudará no foro, demorando os processos o mesmo – ou mais, como imagino. Ora, para manter resultados iguais, é melhor preservar a lei antiga e poupar energias com o aprendizado de algo diferente.

Vou tentar mostrar na minha visão – nem poderia ser diferente! – em quais passos o NCPC mais errou. O certo, continuando a ser presunçoso, seria também apontar o que é alvissareiro (o saneamento mais detalhado, o incidente de demandas repetitivas, o julgamento antecipado parcial da lide, a sistematização do cumprimento de sentença ou a tutela de evidência). Isso não será possível neste texto, mas serei receptivo, sem contradição, às imprecisões por ser casmurro.

---

\* Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis – SC.

1 É exagerado, mas pelo menos sugestivo, inserir a jurisprudência na *teoria do caos*: um sistema exposto a variáveis tão complexas que, modificadas ainda que muito sutilmente, levem a resultados opostos. Surgiu da percepção de que uma mudança de milionésimo em um dado meteorológico pode alterar completamente o resultado da previsão do tempo. É a tese de Edward Lorenz ilustrando que um “bater de asas de uma borboleta no Brasil pode provocar um furacão no Texas” (SILVER, 2013, p. 129). Alexandre Moraes da Rosa aplica a *teoria do caos* ao processo penal (ROSA, 2016, p. 79).

## 2 CÓDIGO DE GABINETE – O NCPC, NÃO O DE 1973

O Código de 1973 era criticado por ser uma lei de gabinete (TEIXEIRA, 1995, p. 888). Era teórico, descompromissado com a realidade; dogmaticamente evoluído, mas sem atenção às dificuldades cotidianas; um tributo à *ciência* processual (se o Direito, o que não me parece, pode ser considerado uma ciência), mas pecando na busca da *arte pela arte*.<sup>2</sup>

O NCPC é quem muito mais merece a imputação.

Há na nova lei um encantamento do *direito processual pelo direito processual*. Um *bacharelismo* radicalizado (Diria salafista, se fosse politicamente correto; como não o é, não digo. Mas já foi dito, então fica dito). Eis, a meu ver, o grande demérito do atual estágio das coisas jurídicas no país. Deixou-se de lado uma platitude, a de que o direito deve visar ao certo. “O direito serve à vida: é regramento da vida. É criado por ela e, de certo modo, a cria.”<sup>3</sup> Não se trata obviamente de se render a um discurso demagógico, de apelo à maioria; mas muito menos se pode debitar aos juristas um conhecimento único, como se fossem cientistas com aptidão para discernir os destinos de uma coletividade.

Passou-se lamentavelmente a cuidar do direito como se fosse uma *religião*.<sup>4</sup> As religiões podem crer no sobrenatural ou não, mas elas têm em comum a confiança em forças sobre-humanas que governam (HARARI, 2015, p. 237). Está-se, por exemplo, confiando em certos valores como se fossem mandamentos. Perdeu-se o senso crítico que impõe interpretar as normas e também seus princípios entrosando-os com um ideal de justiça. Há um inebriamento com as teses como se elas valessem por si. Chega-se por essas veredas a soluções que chocam abertamente com a racionalidade, mas que acabam sendo justificadas porque são compreendidas visando ao mundo teórico. Nesse campo abstrato não existe sensibilidade à injustiça, mas à necessidade de fazer prevalecer uma teoria – o que será tão mais apropriado quanto conflitar com o senso comum, esta vulgaridade ignara.

Mais ainda: uma religião tem seus sacerdotes, que são os emissários que revelam as leis sobre-humanas para os não convertidos. Eles, esses visionários, são os únicos gabaritados a dizer o que é certo e o que é errado. São messias. O que um messias propõe, ou impõe, é inquestionável. “É uma questão jurídica” – e com essas palavras se encerram os protestos ensaiados pelo gentio perplexo com certas soluções. “Humanitas é o princípio. Mas não digo nada, tu não és capaz de entender isto, meu caro Rubião”; vem-me a lembrança de Quincas Borba, desafiado a esclarecer sua filosofia, o *Humanitismo*, ao pretendente a discípulo, Rubião (ASSIS, 2014, p. 57).

Dou um exemplo do processo penal, mas que serve como parâmetro daquilo que representa um desalinhamento entre o plano teórico e a realidade.

O STF decidiu que alguém condenado a prisão por tribunal deve começar desde logo a cumprir a pena independentemente de haver apelos a tribunais superiores.<sup>5</sup> O que deveria surpreender nesse debate é que se exija o tal marco (a decisão ao menos de segunda instância), visto que países de sólida democracia – se não tomarem como parâmetro a prisão no curso do processo – se contentam com a deliberação de primeiro grau. O academicismo messiânico *prega* (verbo bem apropriado) que a prisão depois de julgamento por tribunal (se houver mesmo a mais improvável possibilidade de sucesso em outra instância) é uma injustiça. O “direito” não pode permiti-la, nada valendo que todos os demais, os não bacharéis, compreendam exatamente o contrário. Só depois de esgotadas todas as quase infinitas possibilidades recursais é que a pena, se ainda não prescrita, pode ser executada. Os sequazes dessa teoria, não raramente remunerados por fortunas para essas defesas, vão

2 É a expressão usada por José Carlos Barbosa Moreira para simbolizar o esforço especialmente dogmático do direito processual civil durante o seu estágio de amadurecimento (MOREIRA, 1984, p. 3).

3 Pontes de Miranda no prefácio ao *Curso de direito civil brasileiro*, de Arnoldo Wald (2004).

4 Uma *religião secular*, para usar de expressão de Raymond Aron, que cuida do assunto a propósito das ideologias, notadamente o comunismo (ARON, 2016, p. 275).

5 STF, HC 126.292-SP, rel. Min. Teori Zavascki.

de encontro àquilo que é intuitivo, certamente na perspectiva de reafirmarem a sua superioridade intelectual. A justiça não é assunto para esses novos dogmáticos; o relevante é sempre buscar o inusitado, aquilo que agrida o que se espera de um processo: resultados tão rápidos quanto possíveis e os mais imaginavelmente rentes ao certo.

O NCPC tem um compromisso permanente com o bacharelismo.

Não se vê nele uma real associação com um processo efetivo. Ele prevê um procedimento mais longo, repleto de recursos, além de incidentes mais complexos e até mesmo prazos mais alargados. Há um deslumbramento doutrinário diante desses ritos cheios de idas e vindas (mais vindas do que idas). É a convicção de que o Brasil tem um processo civil maravilhoso – o que pode ser muito bem recebido nas tertúlias internacionais, mas que, aqui, terá a aptidão para tornar ainda mais lento o que já é pachorrento.

Critica-se o processo civil por ser repleto de recursos e ineficiente. Quando o NCPC foi sancionado, seus prosélitos divulgaram que se poderia chegar a uma redução de até 50% no tempo dos processos.<sup>6</sup> Não sei como se fez essa conta, mas tenho segurança em afirmar que ela não tem nenhum sentido. O procedimento comum é mais esticado do que era no CPC de 1973. A extinção de recursos é uma falácia. Não houve coragem sequer de extinguir os embargos infringentes, que acabaram substituídos por um incidente até de maior amplitude. As expectativas quanto à autocomposição não têm evidências forenses que permitam otimismo. Extinguiram-se alguns incidentes (como a exceção de incompetência ou a apartada impugnação ao valor da causa, que eram situações que surgiam em poucos processos), mas ao mesmo tempo se estabeleceram amarras surpreendentes ao andamento dos feitos, como um sistema, pode-se dizer, de prévio aconselhamento permanente do juízo com as partes. Naquilo em que a jurisprudência era rigorosa, sancionando-se os erros, impôs-se retrocesso (são as possibilidades de correção de defeitos de representação até perante o STF; advertências permanentes quanto à possibilidade de reconhecimento de vícios; recursos desertos que são purgados; nada que almeje simplificação).

Os prazos principais (para contestar e recorrer) continuam a ser rotineiramente de 15 dias, mas agora apenas se contam os dias úteis (art. 216). Tornaram-se maiores. A quinzena vale até para se falar sobre documentos (em detrimento dos cinco dias anteriores: art. 398 do CPC de 1973). Pense-se: caso a réplica traga um novo documento, ter-se-ão 15 dias para contestação, outros 15 para réplica e mais 15 para manifestação sobre documentos. Isso tudo, porém, sem que haja fluência nos sábados, domingos e feriados – além, é claro, de se desprezar o havido entre 20 de dezembro e 20 de janeiro (art. 220), um renascimento das férias forenses extintas pela Emenda Constitucional 45/2003.

Previu-se uma audiência de conciliação quase cogente, que deverá realizar-se com “antecedência mínima” de 30 dias (art. 334), o que não tem como ser atendido (item 9).

Chega-se ao extremo de, em debate da causa perante tribunal, ser obrigatória a suspensão do feito se houver a perspectiva de enfrentamento do processo por questão que as partes ainda não discutiram (art. 933). Em outros termos, em apelação, depois dos usuais anos de tramitação em primeiro grau, pode-se ter um contraditório revivido. Será que até o advento do NCPC não havia respeito ao contraditório previsto constitucionalmente? Será que as decisões havidas sem essas reaberturas de prazos para manifestação são rescindíveis, haja vista a ofensa ao devido processo legal assegurado pela Constituição?

O NCPC é um repto contra a simplicidade. Não se querem riscos. Vive-se na ilusão oitocentista de um processo civil voltado à certeza. Tudo é mais formalizado (sendo, repito, muito pouco expressiva, ainda que boa, a extinção de alguns incidentes, como a suspensão do processo por exceção

6 Por exemplo: <https://www.youtube.com/watch?v=N8MmKJDZZig>.

de incompetência relativa). Mais prazos, mais contramarchas, mais recursos. A instrumentalidade é lembrada, no que existe de diferente quanto ao CPC de 1973, para prejudicar a solução de mérito: quer-se constantemente que os recursos tenham seguimento, ameaça-se com nulidade qualquer perspectiva de abreviação.

### 3 JURISPRUDÊNCIA É BASTANTE, MAS NÃO É TUDO

No art. 489 é dito que a sentença que não abordar “súmula, jurisprudência ou precedente” trazido pela parte é nula. Não se está falando ali, observe-se, apenas de um entendimento amadurecido, de um enunciado que, depois de tão reiterados os seus fundamentos, solidifica-se em súmula. Também não se tem em mira somente as situações em que a compreensão dos tribunais se direcione firmemente em certo sentido formando propriamente uma jurisprudência. Chega-se a prestigiar um simples precedente.

Então, ainda mais com as facilidades tecnológicas de hoje, pode-se supor que as petições venham abarrotadas de transcrições de julgados. O juiz haverá de abordá-los um a um, ou a sentença será nula.

Vou ceder a um tremendo chavão para dizer que essa é mais uma jabuticaba.

Está latente nessa passagem do NCPC, que é trazida apenas para ilustrar uma situação mais complexa, um desejo ardoroso de manietar o convencimento judicial, que deve se afastar do que realmente interessa para se dedicar a ser um paciente leitor de petições continentais – pouco importando, como é praxe, que elas venham de repetições obtidas pelo *Google*.

Apanho mais três dispositivos do NCPC: arts. 489 (§ 1º, inc. VI), 927 (incs. III a V) e 988 (inc. IV). Eles querem tornar vinculante a jurisprudência. Cuida-se, na ordem, do dever de o juiz tratar obrigatoriamente de qualquer “precedente” trazido pela parte prejudicada pela decisão; do caráter obrigatório de todas as súmulas do STF e do STJ, mesmo não vinculantes; e do cabimento de reclamação quando a decisão for desobediente aos casos de jurisprudência firmada em casos repetitivos.

Isso é inconstitucional; portanto, proponho aqui um desagravo ao óbvio, essa entidade tão incompreendida.

A Constituição prevê que as decisões no controle concentrado de constitucionalidade terão efeito vinculante (art. 102, § 2º). Estabelece ainda a possibilidade de serem editadas súmulas vinculantes (art. 103-A).

Convoquem-se os mais conspícuos bacharéis; bradem-se os mais alentados princípios, os constitucionais e os ordinários (principalmente os ordinários); formem-se os mais cultos colóquios; escrevam-se prolixas teses – mas nada mudará o incompreendido óbvio. A Constituição limita o poder vinculante das decisões judiciais àqueles dois casos – para além obviamente (eis a palavra novamente) daquilo que atinge as pessoas diretamente envolvidas em um processo como uma decorrência da coisa julgada.

É uma evidente opção política, algo que se refere à essência da atuação judicial. Não haveria como, por lei ordinária, ampliar o que foi estabelecido por regramento superior. Não existe sentido em a Constituição se esmerar quanto à previsão angusta para edições de súmulas vinculantes (limitadas a casos de real controvérsia jurisprudencial com repercussões sociais relevantes), mas posterior-

mente o CPC fixar que deliberação de um tribunal de justiça mereça o mesmo tratamento compulsório que a CF reservou àquilo estatuído pelo STF (e mesmo lá só para algumas situações bem restritas).<sup>7</sup>

“As súmulas não obrigam, simplesmente predominam”, corretamente resumiu o Min. Carlos Velloso na ADI 594. Portanto, não cabe sequer reclamação quando houver decisão contrária a uma súmula não vinculante.<sup>8</sup>

O NCPC promete submissão à Constituição, mas quando é favorável a outros interesses a esquece.

Nos primeiros artigos da nova legislação se peca por tautologia, repetindo-se o que já está na CF. Há até excesso, mas que, de todo modo, é inocente. Um zelo ocioso. Em contrapartida se tem sabidamente uma escolha constitucional feita para permitir o livre convencimento judicial. É claro que ele não valeria pela tirania, pela descoberta de soluções idiossincráticas. O juiz há de decidir pelo ordenamento jurídico, buscando a solução que se encontra a partir de tal parâmetro. Na missão, não fica atrelado àquilo que outros decidiram, a não ser nas hipóteses em que a Constituição impõe vinculação. O NCPC criou a “súmula não vinculante vinculante” (meu editor de texto me censura por essa repetição da palavra “vinculante”, sublinhando-a com verde, mas é porque ele não está gabaritado a entender as questões jurídicas brasileiras).

Não estou defendendo a balbúrdia jurisprudencial. O direito é um sistema. O posicionamento dos tribunais deve ser considerado. Há razões bem conhecidas para recomendar a estabilidade. Juízes e tribunais devem se esforçar para tanto. A gravidade recrudescer em foro repleto de demandas de massa, que trazem mais teses jurídicas do que fatos. São truísmos que não precisam ser repetidos. O esforço do NCPC para prestigiar a jurisprudência é ótimo, mas se errou obviamente na dose, extrapolando-se o que era possível para a lei ordinária. Para debelar uma sarna, matou-se o cachorro.

Quer dizer, pode-se até questionar a conveniência de um juiz decidir contra uma súmula (não vinculante), mas é muito (se for possível fazer gradações) inconstitucional tornar obrigatório aquilo que a Constituição eloquentemente negou como cogente. Defender o oposto vale pela tentativa de provar a *quadratura do círculo*.<sup>9</sup>

## 4 “NO STF E NO STJ A GENTE RESOLVE”

Os índios guaranis formaram o Peabiru: uma rota que levava, a pé, do litoral brasileiro até o Império Inca. Milhares de quilômetros com vários entroncamentos. Saindo da atual grande Florianópolis no começo do século XVI, Aleixo Garcia foi o primeiro europeu no Paraguai e na Bolívia. Chegou lá caminhando. Morreu no regresso. Pela mesma trilha Cabeza de Vaca, uns anos depois, partindo da Ilha de Santa Catarina, chegou às Cataratas do Iguaçu.

O NCPC foi muito mais ousado e criativo. A ida a Brasília deve ser um caminho livre. Quem ingressa em primeiro grau deve ter – era o sonho, se não houvesse limitação constitucional – a garantia

7 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery são dos poucos que, sem compromisso com os devaneios do NCPC, dizem o evidente: o art. 927, à exceção do inc. II (súmulas vinculantes), é inconstitucional (2015, p. 1.839).

8 STF: “o perfil ordinário da súmula do Supremo Tribunal Federal como método de trabalho, como instrumento de tutela da segurança jurídica e da confiança, como fator de proteção da igualdade perante a jurisdição do estado e como elemento de coerência do ordenamento jurídico – Excepcionalidade da súmula do Supremo Tribunal Federal como ‘pauta vinculante de julgamento (CF, art. 103-A, ‘caput’) – Única modalidade sumular cujo desrespeito legitima o acesso à via reclamatória (CF, art. 103-a, § 3º)” (Recl 10.707, rel. Min. Celso de Mello).

9 Esse problema, vindo dos matemáticos gregos clássicos, bem mais difícil, foi solucionado por Liedman no século XIX: não se consegue com régua e compasso se formar um círculo com o mesmo espaço de um quadrado (MLODINOW, 2015, 316-317). Se juristas brasileiros fossem chamados a superar o enigma, porém, achariam uma forma de, invocando princípios, defender o contrário.

de chegar à cúpula do Poder Judiciário, sendo desimportante avaliar a conveniência de convocar a Suprema Corte (e seus 11 ministros) para tratar de qualquer processo do país – e seus mais de 200.000.000 de habitantes (ou, quem sabe, foi feito o juízo de conveniência e constatado que era adequado que o STF não conseguisse dar solução aos processos...).

A mais sugestiva demonstração do poder sedutor da jurisprudência de tais tribunais estava no art. 1.030 (modificado completamente pela Lei n. 13.256/2016). Ele pretendeu o inimaginável em qualquer lugar do mundo: haver tribunais de cúpula que, na realidade, funcionem como uma instância sem limitações. Quem irá explicar a um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, que, estivesse no Brasil, teria que assinar (assinar, sim, porque nem sequer tempo para ler haveria) vários milhares de decisões por ano.

Essa novidade (*rectius*, absurdo) não vingou, mas ainda assim o NCPC amplia o acesso aos tribunais superiores e, como já dito, quer-se que suas decisões se tornem preferencialmente escravizantes. Valoriza-se, ainda, a missão pacificadora da jurisprudência local (pelo trabalho dos tribunais regionais federais e tribunais de justiça), igualmente se identificando nela, sempre que possível, eficácia obrigatória.

É claro, reiterando o posto há pouco, que é bom ter uma jurisprudência definida (o que soa mesmo pleonástico). Não é adequado que as decisões se rivalizem, ficando as partes sujeitas a decisões lotéricas, definidas de acordo com a sorte (ou o azar...) na distribuição. Só que tal coisa dificilmente ocorrerá de imediato. Acaba surgindo um tempo de maturação, e as dissonâncias interpretativas não deixam de ter um lado benéfico, propiciando que essa dialética desagüe num amadurecimento. Além disso tudo, como a jurisprudência (com poucas exceções, apenas admissíveis se previstas na Constituição) não é vinculante, não existe como se aspirar que obrigatoriamente as coisas nasçam com posições serenadas.

Sob um ângulo um pouco distinto, o STF e o STJ são constitucionalmente trazidos como cortes destinadas justamente a essa uniformização jurisprudencial. Não existe hierarquia, é claro, mas existe uma culminância que resulta dessa verticalização no organograma judiciário. Só existe sentido nesse fato porque as instâncias abaixo podem realmente entender de forma diversa.

O NCPC, indo além dessas evidências, demonstra um desassossego quanto à possibilidade de os tribunais inferiores serem rebeldes. Foi o comentado no item anterior ao se observar a inválida fixação ampla de um caráter vinculante à jurisprudência.

Está oculta, ou talvez esteja muito bem revelada, a compreensão de que para os preferenciais protegidos pelo NCPC (as grandes corporações) a jurisprudência dos tribunais superiores (e, em menor escala, dos tribunais de justiça e regionais federais) é melíflua. Tem o sabor do mel, porque se toma como implícito que esses julgadores são subservientes às teses que se oponham aos interesses dos grupos econômicos mais salientes. O NCPC tem suas reclamações e quejandos para propiciar que, a jato (um infame trocadilho), o que se decida em desacordo com posições de grandes interesses seja revisto. Ou alguém supõe que esse mesmo caminho será usual, por exemplo, para que entidades de consumidores logrem obter nas instâncias superiores a mesma deferência? Não estou, veja-se bem, dizendo que os correspondentes julgadores sejam servis, mas afirmo que são vistos assim.

Essa era a demonstração, se houvesse necessidade, de que o NCPC não está movido pelo desejo de tornar o processo civil brasileiro mais eficiente. “Se uma coisa é feita para não funcionar e não está funcionando, está funcionando” – não sei quem escreveu isso, mas inspirou legisladores brasileiros.

## 5 PATERNALISMO

Proíbe-se a justiça privada, impõe-se a intermediação por advogados (salvo casos bem delimitados, notadamente nos juizados especiais). Tirou-se daí que, impregnado de técnica, os processos teriam fluência natural. O profissionalismo dessas relações não teria o caráter depreciativo que se poderia imaginar. Valeria pela retirada da passionalidade das partes, bem como pela presunção de que a comunicação entre os envolvidos nos processos permitiria que eles fossem conduzidos de acordo com o regramento processual e a partir de pretensões coerentes com o direito material.

O NCPC é, porém, paternalista, trazida a palavra depreciativamente. Há pouco compromisso com o acerto; pode-se errar e se tem como prêmio uma segunda chance, não sem que haja a obrigação de haver uma prévia orientação. Como um pai que, abdicando do poder correcional, prefere cultivar apenas candura, é criado o comodismo, a convicção de que não existe a necessidade de perseguir incondicionalmente o acerto.

O foro é cada vez mais um campo para amadores. Se um médico quer se estabelecer, montando seu consultório, haverá de fazer os investimentos naturais para o exercício das suas funções. No campo processual, o serviço judiciário tem que se adaptar para fornecer gratuitamente mecanismos eletrônicos para peticionamento (§ 3º do art. 10 da Lei n. 11.419/2006). A contadoria judicial tem que estar à disposição, pois não se pode exigir dos profissionais forenses, que exercem uma atividade econômica, nenhuma sorte de investimento, muito menos que tenham o dissabor de se imiscuírem em coisas menores.

Isso sempre foi da tradição do direito processual, mercê, aliás, de uma postura jurisprudencial cândida, que acabou confundindo a instrumentalidade com a leniência. Enquanto em qualquer profissão a fixação profissional depende da assunção de múltiplas tarefas, no foro as coisas têm que ser vistas com mitigação. Um engenheiro que desejar projetar um prédio não terá apoio estatal. O CREA não lhe dará equipamentos. Não haverá espaços para correções posteriores. Ou sabe fazer bem feito e se prepara para tal, ou não fará; se fizer, e mal feito, será penalizado. Não será dada oportunidade para reerguer o prédio ruído.

O NCPC não apenas deixou de enfrentar esse aspecto (essa necessidade de impor um processo que, bem feito, permita resultados mais ágeis) mas também aumentou o problema.

Tragam-se alguns exemplos.

As petições iniciais continuam sem compromisso com a objetividade, a qual deveria ser uma exigência de um produtivo tecnicismo que deveria animá-las. Os pedidos continuarão a ser, como regra, ilíquidos, haja vista a frouxidão do art. 266 (que praticamente repete o art. 324 do CPC de 1973, o que conduzirá à mesma compreensão compassiva de antes). Como a experiência de décadas do antigo Código permitiu, as exordiais sempre se apoiam na dificuldade de especificar a exata dimensão dos pedidos. Reclamam-se, em ações por danos contra a pessoa, vagos tratamentos, medicamentos imprecisos, danos econômicos sem detalhamento. Em causa envolvendo o funcionalismo público, raramente vem uma pretensão que detalhe o que se realmente quer economicamente. Tudo isso pode ser difícil de revelar, é certo; mas exatamente por essa razão deveria ocorrer uma exigência quanto ao adestramento do profissional, que só deveria peticionar se tivesse domínio pleno dos assuntos que propõe para decisão. Caso contrário, pela inépcia, tal profissional veria o processo extinto até que viesse pretensão que propiciasse um bom desenrolar processual. Se o juiz, entretanto, aplicar esse pensamento, será severamente admoestado: “um formalista insensível aos avanços da *ciência* processual”. Atente-se que, não casualmente, quanto a ações bancárias propostas por consumidores, se impõem maiores rigores (art. 330, § 2º). Isso é correto, mas apenas se aplica tal rigor ali em razão evidente do poder de pressão das instituições financeiras. Essa mesma inclemência não existe para as demais pretensões – constatação retórica que não precisa ser respondida.

De forma correlata, o capítulo pertinente às provas permanecerá um campo para a vaguidade. Como se repetiu a fórmula do antigo Código (art. 282, inc. VI) no inc. VI do atual art. 319, permanecerão os “protestos genéricos por provas”, uma mera reprodução dos modelos de petição inicial. A consequência do fato é que se chegará à fase de escolha entre o julgamento antecipado da lide (hoje, do mérito) e o saneamento (arts. 355 a 357) havendo de se intuirmos as provas que as partes realmente disponham. Por exemplo, pode ocorrer que um fato seja em tese revelável por depoimento testemunhal, mas não se tem como saber se as partes realmente dispõem de pessoas que possam indicar para ser inquiridas. São comuns casos em que se designa a audiência e, então, se descobre que as partes não tinham ninguém para arrolar ou que as pessoas arroladas não sabiam nada sobre o fato ou eram comprometidas por parcialidade. Eis outro exemplo: um juiz, por desconhecer a real situação fática, pode considerar como prova pertinente uma perícia, sem saber que esta se demonstraria impossível no caso concreto. Só que o NCPC continua a tratar as partes de maneira amadora, sem compromisso com um estudo dedicado das causas e uma exposição clara dos fatos.

As irregularidades de representação sempre foram sanáveis – isso é muito adequado (art. 13 do CPC de 1973). Houve, porém, esmero no atual Código (art. 76). Para cancelar a Súmula 115 do STJ (não haverá regularização nas instâncias extraordinárias, era o ali proposto), determinou-se que mesmo no STF ou no STJ, em recursos de natureza extraordinária, o relator tenha que impor a sanação. Isso representa que até o peticionar para aquelas cortes, que deveriam ter uma atuação mínima, seja um ato apropriado para os neófitos (e sem admoestação).

A parte não tem mais o dever de se prevenir quanto a possíveis argumentos contrários à tese que traz. Ora, quem ingressa em juízo tem que prever que haverá resistência e surgirão argumentos contrários. Também tem que saber que cabe ao juízo aplicar a lei, de sorte que ele pode, ainda que não advertido pelo litigante, deliberar por razões que não foram objeto de arrazoados. Só que no foro brasileiro de hoje deverá ocorrer um prévio aconselhamento do juízo, que haverá de, em termos hipotéticos, advertir que poderá decidir sob determinada forma (art. 10 do NCPC). Imagine-se que o juiz, deparando-se com vício irremediável da petição inicial, permita (como é agora obrigado) prévio posicionamento. Este vem, mas o juiz indefere a inicial (art. 330). O litigante apelará e se propiciará a retratação (art. 331). Mantida a decisão, o caso irá ao tribunal, que emitirá nova decisão. Considerando-se que o despacho que permite a prévia manifestação, se for deixada de lado a hipocrisia, já vale pelo juízo sobre o indeferimento, a concretização desse fato dependerá de quatro sucessivas manifestações judiciais – isso se não houver os embargos de declaração de praxe e outros recursos mais, no próprio tribunal ou em instâncias acima.

Vou ainda lembrar outros aspectos: pode-se meramente recorrer sem realizar preparo – haverá nova intimação para que isso seja providenciado, ainda que em dobro (art. 1.007); o STF (a Corte Suprema do país!) tem o dever de corrigir o erro da parte, convertendo recurso extraordinário em especial (art. 1.033), tanto quanto um ministro do STJ haverá de didaticamente propiciar que haja uma emenda recursal para adaptar um recurso especial em extraordinário (art. 1.032); antes se extinguia um processo sem custas, ainda que se houvesse de esperar longos trinta dias – hoje se impõe específica intimação, considerando-se que o só fato de remessa da petição inicial seja ato de poucos reflexos (art. 290).

## 6 CORPORATIVISMO

O *lobby* não é ilegítimo. É natural que os grupos levem a quem tenha poder de decisão suas ideias, desejando influir no convencimento da autoridade. Não sei se o NCPC, cuja fluência legislativa não acompanhei, é fruto de pressão corporativa ou se nasceu espontaneamente com esse pendor classista. Só que não vejo como negar uma constatação: o atual CPC é claramente um código feito ao

gosto dos advogados, notadamente aqueles que têm como clientes as pessoas de poderio econômico. Se o Estatuto da OAB é antes de tudo uma compilação de prerrogativas profissionais, o NCPC é o *Estatuto da OAB Para o Foro Cível*.

Um CPC não pode ser diploma que atenda a categorias. É uma lei para os usuários do sistema judiciário. Eles são as partes. Juizes, promotores, advogados e outros atuam profissionalmente nos processos, mas não são seus destinatários.

Sob certo enfoque, a invulgar proteção à advocacia poderia ser considerada positiva. Auxiliando-se os advogados se estará na realidade contribuindo para que as partes estejam bem assistidas. Em boa medida isso é procedente, mas não é o que acaba, na principal proporção, se concretizando. Vê-se marcadamente um escudo quanto à outorga de maiores responsabilidades – que criariam proporcionais desgastes –, bem assim a soma de mais benefícios.

Uma percepção natural diz respeito ao denodo com o qual são tratados os honorários advocatícios. Só o art. 85 tem dezenove parágrafos para tratar deles – e o plural é apropriado. Serão contados sempre cumulativamente. Primeira fase, recursos e execução. As alterações, comparativamente com o CPC de 1973, foram todas na direção de incrementar o valor, sem preocupação com quem vai pagar a conta e, menos ainda, com quem não terá benefício algum com a condenação. Pense-se na posição, exemplificando, do autor vitorioso na causa. Ele haverá de adiantar honorários para o seu advogado. É justo. Imagine-se, porém, que o autor tenha um crédito de R\$ 10.000,00 com terceiro. Pagará, imaginemos, R\$ 1.000,00 de honorários. Se vier a ser exitoso na causa, terá na realidade um reembolso de R\$ 9.000,00 – isso, aliás, se não houver estipulação de *quota litis*. Isso tudo significa que o demandante, mesmo prometido (ou imposto!) o acesso à jurisdição pelo art. art. 5º, inc. XXXV, da CF, sempre terá prejuízo.<sup>10</sup>

Nessa linha, ditou-se, em termos práticos, o cancelamento da Súmula 306 do STJ, que admitia a compensação de honorários no caso de sucumbência recíproca, o que era lógico. Os honorários advocatícios não são apenas um crédito, uma relação obrigacional. São instituto processual. Pode-se incluí-los na categoria do *direito processual material*. É no processo que se define se haverá honorários. Se existem vitória e derrota, é natural que ocorra o encontro de contas. Havendo saldo em favor de uma das partes na igual medida surgirá o crédito. O NCPC conseguiu criar um jogo de soma sempre positiva (para o advogado). Ele nunca perde, só ganha. Se o seu cliente é derrotado, isso não importa; prepondera é que na proporção em que vitorioso (sem mitigação), o causídico terá proporcional acréscimo patrimonial. É uma boa fonte de pedidos aventureiros. Por exemplo, se se está diante de uma causa que garanta boa perspectiva de êxito quanto ao pedido “A”, pode-se também pedir “B”. Se houver derrota quanto ao segundo pleito, o cálculo dos honorários (sobre “A”) será o mesmo. A obrigação derivada do insucesso ficará para o cliente.

Pode-se dizer, em visão distinta, que o incremento dos honorários tornará a litigância uma atividade mais responsável. Lides temerárias serão evitadas. Em alguma extensão o argumento é procedente, mas se devem ter algumas cautelas. Quem tem o destemor de litigar levemente não é, de ordinário, inconsequente quanto às suas finanças. Precata-se com a arguição de pobreza, escudando-se na gratuidade (que é de difícil negação), ou meramente não tem patrimônio que propicie futura execução. É mais factível que o potencial litigante probo, que realmente tenha convicção de um direito, se desestimule do ingresso em juízo, sabedor que não existe causa previamente vitoriosa e temeroso da conta gigantesca que haverá de pagar se derrotado.

---

10 Ovídio Baptista da Silva, perante o antigo CPC e mesmo ante o art. 23 do Estatuto da OAB (que considera os honorários verba própria do advogado), ponderava: “deve entender-se que este direito pressupõe que o advogado não tenha recebido integralmente seus honorários do cliente, pois, se tal ocorreu, ao cliente cabe a legitimação para postular o reembolso contra o vencido, salvo se o advogado tiver direito aos honorários de sucumbência por haver contratado com o cliente que este lhe pertencesse, em caso de vitória, cumulativamente com os honorários entre eles ajustados” (SILVA, 2000, p. 124).

“There’s no such thing as free lunch”, disse o Nobel Milton Friedman ao intitular um livro de 1975. É, *não existe essa coisa de almoço grátis*, tanto quanto “não existe processo penal grátis”, como falou Alexandre Morais da Rosa (2016, p. 69) (e adapto para o processo civil). O processo brasileiro se tornou muito mais caro, só que isso não é direcionado para os usuários do sistema de justiça (a não ser a conta). Ainda é atual dizer que “Justice is open to all, like the Ritz Hotel”.<sup>11</sup>

## 7 “NO SÉCULO XXI, UM PROCESSO FÍSICO”

Um telefone desses que até crianças usam são computadores mais avançados do que aqueles que permitiram ao homem ir à Lua há mais de quarenta anos. Poder-se-ia supor que um processo integralmente virtual não fosse hoje algo extravagante. Mas o NCPC foi elaborado, no século XXI, tendo em vista autos físicos. São feitas remissões à possibilidade de prática de atos eletrônicos, mas praticamente como uma exceção.

Serei no ponto até inflexível: se não havia a convicção de que o Judiciário estivesse capacitado a se virtualizar integralmente, não haveria como se editar um NCPC. Afinal, era para ser um **Novo** CPC. O Código, visto como a vanguarda processual, foi feito preponderantemente para os formulários A4, uma aposta na pujança da indústria madeireira.

Soa-me como o temor que vi revelado certa vez em julgado do TJSP (e como já faz muitos anos, não consegui mais localizá-lo). Discutia-se a validade de sentença elaborada em computador pessoal do magistrado. Usou-se editor de texto que não estava adaptado para o vernáculo e não repetia todos os sinais gráficos utilizados pelo Português, como acentos e cê-cedilha. O CPC de 1973 (art. 156) e o atual (art. 192) exigem o emprego da língua portuguesa. De todo modo, o TJSP teve a lucidez de tachar o fato como simples irregularidade.

Aquele temor com um avanço tecnológico inspirou o NCPC, que prefere deixar para a “legislação extravagante” (um campo mais apropriado para essas excentricidades) o enfrentamento geral e peregrino da regulamentação do processo eletrônico.

Não se pode conceber que se estabeleçam regras ainda voltadas preferencialmente para um processo com papel, grampos e carimbos. A virtualização é irreversível e está disseminada. Se ainda não foi plena, é especialmente porque existe dificuldade em converter o acervo físico em meio digital – missão dispendiosa e com resultados nem sempre satisfatórios. A regra é, e tem mesmo que ser, o processo virtualizado, não o oposto. Nesse rumo devem ser direcionados os esforços, compreendendo-se como anacronismo aquilo que diz respeito a feitos materializados.

## 8 OS JUIZADOS ESPECIAIS FORAM LONGE DEMAIS

Em 2009 o STF, sendo eufemístico, teve uma decisão das mais infelizes.<sup>12</sup> Entendeu que era legítimo criar um órgão nacional que uniformizasse a jurisprudência advinda dos Juizados Especiais, permitindo ao STJ a posição derradeira quanto às questões infraconstitucionais julgadas por aqueles colegiados. Na falta de lei que cuidasse do tema para o âmbito estadual, compreendeu que a tarefa deveria ser debitada ao STJ por meio de reclamação (para a esfera federal já havia a Lei n. 10.259/2001, que previa “incidentes” de uniformização, que são, contudo, recursos sem o nome).

11 *As portas da Justiça estão abertas a todos, como as do Hotel Ritz*, recorda Cândido Rangel Dinamarco (1988, p. 117).

12 EDcl no RE 571.572-BA, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie.

Não existia nenhuma base constitucional para essa criação. Sempre se entendeu, porque é mesmo muito claro o regramento do assunto, que da última decisão possível em um processo seria viável, em qualquer circunstância, recurso extraordinário ao STF. O art. 102 não impõe, de fato, limite. O acesso ao STJ, porém, estava (e está) nitidamente restringido: decisões derradeiras de tribunais (art. 105). Juizados Especiais não valem por tribunais, sendo tratados apartadamente das cortes judiciais. O art. 98, inc. I, fala que os recursos são da competência de “turmas de juizes de primeiro grau”. Na realidade, no caso não existe sequer um órgão de segundo grau; há um sistema que inclui um juízo monocrático e outro colegiado, todos no mesmo patamar da carreira.

Dito de outro modo, decisão de Juizado Especial é recorrível à correspondente turma. Dali só cabe – é o que está na Constituição – recurso extraordinário ao STF. Todos sabem que não se admite recurso especial ao STJ, como inclusive reconheceu o STF no criticado julgamento. Mas na falta dessa regra, criou-se (*rectius*, inventou-se) uma reclamação.

A opção constitucional tem uma razão daquelas bem evidentes. Juizados Especiais impõem celeridade. Julgam causas de menor envergadura, que merecem solução lépida. Eles valem por uma tutela diferenciada, na qual se assumem riscos que ainda são temidos no procedimento comum.

Só que os Juizados Especiais passaram a ter intensa demanda. As causas continuam, isoladamente, de pouca expressão econômica; mas de forma englobada esses processos todos são significativos. As corporações não se comprazem com derrotas nos Juizados Especiais; em parte pelo atavismo que recomenda sempre recorrer, mas especialmente pelo volume geral de condenações. Percebeu-se que as decisões dos Juizados Especiais eram para valer. Havia necessidade de um freio. Veio então a inconstitucional solução de criar (ou, como dito, inventar) um recurso especial com o nome de reclamação.

Eis que o NCPC, no art. 985, inc. I, estipula que a tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas terá efeito vinculante inclusive para os Juizados Especiais. Quer dizer, além de pretender, sem valor, decretar eficácia obrigatória da tese firmada em incidente, deseja-se criar uma hierarquia jurisdicional entre os tribunais (de justiça e regionais federais) e os seus correspondentes juizados especiais, estendendo para eles a cogência.

A estratégia tem por objetivo notório acabar com as turmas recursais, impedindo que decidam com independência. É uma aspiração de que os tribunais, mais conservadores, assumam jurisprudência favorável aos grandes interesses econômicos.

É inconstitucional porque altera o organograma do Judiciário, estabelecendo um vínculo entre os tribunais e os juizados especiais, o qual deve existir somente na esfera administrativa. Não existe recurso dos juizados para os tribunais (exceto, repete-se, para o STF).

## 9 A CONCILIAÇÃO ELEVA A ALMA

A pessoa tem um direito. Não pode fazê-lo valer pelas próprias forças. É até crime fazê-lo (art. 345 do Código Penal). Vai a juízo. Deve haver defesa, é claro; mas o réu não será comunicado de imediato para tanto. Haverá um longo período para que se obrigue (obrigue!) o autor a se submeter a uma audiência prévia, que buscará a conciliação ou a mediação (nessas distinções que fazem pouco sentido no mundo real).

O autor, porém, diz ao ingressar em juízo: não existe perspectiva de alguma forma de composição. “Eu quero sentença”, pode-se imaginá-lo gritando. Pouco adianta: a audiência deverá ser marcada; o réu será citado para tal fim; e o autor programar-se-á para a solenidade sob pena de ser sancionado,

pois é obrigatório que esteja presente (não bastando apenas a presença do seu advogado, malgrado este tenha poderes para transigir). Só que existe a possibilidade de o réu se posicionar antes e convergentemente negar interesse em algum encontro preliminar. Só aí o processo correrá seu rito. Todo o tempo até então havido não serviu para nada. A contar daquele ponto é que fluirá o lapso para a contestação (art. 335, inc. II). Aliás, se a audiência for realmente realizada, o quadro será até pior, partindo dali a contagem do tempo para a defesa.

A questão pode ser vista ainda mais negativamente. O NCPC impõe que a audiência de conciliação (vou ter o destemor de chamá-la apenas assim) seja designada com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado ao menos 20 dias antes do ato. Esse cronograma não tem como ser cumprido, visto que se correrá o risco gigantesco de a citação não ser tempestiva. Quem está no cotidiano dos juízos de primeiro grau sabe da angústia para concretizar a convocação do réu (e do precário funcionamento do sistema de entrega de correspondências em mãos próprias). Ao contrário do que se pode supor, os acionados não ficam em seus endereços em permanente vigília esperando oficiais de justiça ou carteiros. Serão situações corriqueiras aquelas em que se perceberá, bem depois de designada a audiência de conciliação, que o réu ainda não foi citado. Vão-se os meses, mas nem sequer se terá ainda o início do prazo para defesa.

Paralelamente, o NCPC criou uma estrutura própria para as conciliações (peço novamente desculpas por não lembrar da mediação) (arts. 165 a 175). A ideia é ótima, mas está aí mais um custo. A se levar a sério a atividade, há de ser remunerada. É correto. O processo, contudo, já é algo dispendioso, o que sugere que é ainda mais abusivo coagir autor ou réu a suportarem um gasto por algo que não desejam, visto que não têm a prerrogativa de abdicar da tentativa de conciliação.

Na realidade, estima-se que a solução mais adequada seria tornar esse procedimento integralmente voluntário, impondo-se dupla concordância. Mais ainda, poder-se-ia estipular que, se o réu não desejasse a audiência, seu prazo deveria correr desde a citação *tout court* (ainda que o réu possa desejar a audiência apenas para obter bem mais tempo para a defesa).

Há áreas em que a conciliação é a regra. No direito de família é assim. São problemas sobretudo de relacionamento, de afetividade. As partes estão bem gabaritadas a localizar a solução rente a seus interesses. Um agente externo pode contribuir decisivamente – e geralmente há sucesso. Nesse caso é muito adequado que se dê preferência à tentativa de acordo. Está correto o art. 695 do NCPC, voltado especificamente para a área familiar.

É muito ingênuo, porém, transportar essas evidências para outros campos, notadamente porque no foro o que prepondera são ações de massa ou aquelas em que existe uma disparidade de projeções econômicas. Os conglomerados econômicos não transigem, ou transigem em bases que lhe são sempre favoráveis, servindo-se da fragilidade do adversário. Os tribunais se regozijam quando promovem mutirões de conciliação, mas para mim é mais visível um reconhecimento de que se quer uma fórmula que dispense a solução natural para a causa.

Não era adequado criar um romântico empecilho à tramitação dos processos. Se o art. 334 do NCPC fosse bom, os juízes – sem protesto dos advogados – não estariam simplesmente o ignorando.

## 10 SEM PRECLUSÃO... SEM PRECLUSÃO?!

O processo se exterioriza por um procedimento. São atos que vão se encadeando, tendo como objetivo a sentença (que atesta o direito) e a sua subsequente concretização (se reclamados atos materiais). São uns truísmos que devem ser lembrados como premissa, para firmar que se deve

sempre ser altaneiro, deixando-se o passado no seu lugar: o passado. A ideia de preclusão tem essa intenção. “Prossiga-se”: é a ideia implícita ao se impedir que questões já solucionadas sejam reavivadas.

O NCPC não tem gosto pela simplicidade e se voltou contra aquela evidência. Sob uma aparente grandeza de propósito, oculta uma outra inovação prejudicial ao procedimento. Extinguiu-se o agravo retido e limitou-se fortemente o cabimento do agravo de instrumento, só manejável agora casuisticamente (art. 1.015). Simultaneamente, foi posto no art. 1.009, § 1º, que as questões não agraváveis não precluem, podendo ser ressuscitadas na apelação.

Essa construção faria sentido em procedimento que fosse muito concentrado, sumário a ponto de realmente não justificar a “recorribilidade em separado das interlocutórias”. A rapidez tornaria recursos apartados inconvenientes e mesmo desnecessários. Só que o procedimento comum é vagaroso. Nos processos mais candentes, sucedem-se decisões interlocutórias. É grave que se permita revê-las surpreendentemente depois.

Veja-se exemplo. Juiz exclui um quesito que seria respondido pelo perito. É daqueles processos complexos, cheio de belicosidade. A perícia segue, consumindo-se os meses de estilo. Não há protesto. Vêm outras provas, audiências, alegações. Depois de, sejam otimistas, dois anos surge a sentença. Só na apelação o (agora) derrotado, que vira o tal quesito excluído, protesta por cerceamento de defesa. Se tiver razão, pode-se até defender que o tribunal apenas converta o julgamento em diligência (art. 938, §§ 1º e 4º), mas será mais provável que se imponha a anulação da decisão de primeiro grau. Os exemplos poderiam multiplicar-se, deixando-se de lado até casos que propiciariam sanação. É péssimo. A parte não poderia ter esse direito a um *armazenamento tático de fundamentos*. Conforme a situação, teria a possibilidade de, na apelação, passar a limpo os autos, espiolhando nulidades (para lembrar a expressão que está na exposição de motivos de Código de Processo Penal de... 1941).

Era positivo, concordo, extinguir o agravo retido, mas seria prudente que se obrigasse a parte imediatamente a um *protesto antipreclusivo* nos moldes do processo do trabalho. Isso marcaria a seriedade do assunto apreciado, obstando esses “recursos-surpresa” (na mesma medida em que o NCPC quer obstar “decisões-surpresa”).

Pessoalmente, vejo que a amplitude do art. 1.009, § 1º, pode ser combatida com base no art. 278, segundo o qual a “nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. É o ônus do tal protesto antipreclusivo. A tese se entrosou com a prudência do NCPC em reiterar que os pressupostos processuais e condições da ação podem ser revistos a qualquer momento (art. 485, § 3º). Além disso, é incoerente que as decisões havidas no saneamento (art. 357, § 1º) possam ficar “estabilizadas” na falta de “pedido de esclarecimentos”, enquanto as demais interlocutórias ficam livre de tratamento equivalente.

## 11 JUIZ, O VILÃO DO PROCESSO

O NCPC tem despreço pelos juízes. É visto como um mal – bom seria que fossem substituídos por conciliadores, mediadores e árbitros. Melhor, o desassossego do NCPC está especialmente com os magistrados de primeiro grau e um pouco com os desembargadores. Quanto aos ministros existe plena confiança.

A razão disso já foi exposta: tem-se que os tribunais tendam a ser mais conservadores, depositando-se neles a esperança de jurisprudência que não desborde dos interesses econômicos e políticos

mais representativos. O fato ganha destaque no que diz respeito aos ministros do STF e do STJ, perante os quais se busca preferencialmente a formação do entendimento mais ortodoxo quando isso for convergente ao posicionamento daqueles grandes interesses; da mesma forma, buscam-se compreensões mais heterodoxas quando assim se fizer necessário em prol dessas mesmas correntes.

A premissa é a de que o juiz de primeiro grau seja arbitrário e inconsequente. Não fundamenta e decide idiossincriticamente. Deve ser tutelado pelas partes, que têm de lhe advertir antes que tome qualquer decisão. A fundamentação não deverá ser (é a aspiração do Código) um ato que revele discernimento, mas que se dedique apenas àquilo que os litigantes propõem – e qualquer coisa que for dita, por mais deletéria que seja, deverá ser rebatida. A prova, que era “apreciada livremente” (art. 131 do CPC de 1973), agora apenas pode ser “apreciada” (art. 371). Ousar entender diferentemente da jurisprudência renderá reclamação – e não me surpreendo, mesmo porque um pessimista não está exposto a surpresas, se o próximo passo for a tipificação do *crime de hermenêutica*.

Assumo como exemplo o art. 489 (que trata dos requisitos da sentença), que tem como consequência o art. 1.022 (relativo aos embargos de declaração). Os declaratórios assumiram perfil censório. Servem como uma admoestação ao juiz, que – pelos termos do art. 489 – é de ser tido como um omisso contumaz. Ele tem que dizer até mesmo porque não seguiu um precedente. Dito de outro modo, pode haver uma jurisprudência solidificada em um sentido, o magistrado convergir, mas se aparecer (o que não soa muito difícil em país de milhões de processos) uma decisão distinta, não importam os fundamentos trazidos para vincar a decisão; também se deverá rejeitar o que constou do julgado insulado. Quebra-se até uma das razões de ser de uma súmula, que é justamente solidificar em breve adágio uma solução jurisprudencial. Quando da sua edição são expostos os fundamentos que a antecedem, de sorte que, ao ser evocada, implicitamente se adere àquilo que foi antes posto. No NCPC, porém, a brevidade é uma coisa repulsiva. Mais um bacharelismo.<sup>13</sup>

Os embargos, que sempre foram uma patologia processual, dedicados rotineiramente a ser a uma pré-apelação (buscando-se porque praticamente não existe risco) um efeito infringente ou mesmo para ganhar tempo, podem hoje ser equiparados ao *habeas corpus*, alcunhado de *remédio heroico*.

É evidente que as omissões devem ser combatidas, e os declaratórios são recurso indispensável. Mas o proposto pelo NCPC não tem sentido algum. A respeito do tema, confira-se decisão do TRE/SC – e creio que, na verdade, esta compreensão, malgrado as intenções do NCPC, deverá permanecer mesmo diante do NCPC.

Toda decisão judicial deve ser fundamentada. Isso não representa que haja necessidade de abordagem casuística de cada dispositivo de lei que genericamente tenha sido trazido. Enfrentam-se as teses de defesa e de acusação; o juízo dá seu veredicto, revelando a inteligência sobre a solução normativa merecida. Decidir não é responder questionário, enfrentar quesitos; não é exercício pitagórico. Expõe-se a compreensão a partir do momento em que, havendo argumentos suficientes para acatar ou rejeitar um posicionamento, se dá solução coerente com a parte dispositiva. (Acórdão 30.310).

Se não for assim, deverá o juiz enfrentar todos os fundamentos trazidos pela parte, mesmo que ela, como é bem comum, copie teses do *Google* sem sequer conferir a pertinência com o caso? Haverá de deixar outros processos de lado para, por laudas e laudas, em exercício tedioso, repelir cada linha trazida em uma petição?

13 Um dos significados para bacharel é “aquele que fala muito”. Por isso há quem sustente que um personagem mítico do Brasil dos anos 1500, o Bacharel da Cananeia, tinha essa designação não por ter grau superior, mas apenas por ser muito loquaz.

O desejo do NCCP é um juiz subserviente, vassalo da jurisprudência e burocrata.

## 12 CONCLUSÃO: UM CÓDIGO ELITISTA

O NCCP não é apenas um Código de gabinete, um Código academicista. Ele incorpora valores que rivalizam com um processo simples e rápido. Desejou-se, e se conseguiu, mesmo que não se diga, uma lei complexa e lenta. Só se poderia imaginar que um Novo (novo!) Código tivesse razão de ser se assumisse uma efetiva vanguarda, um ímpeto na direção da superação de fórmulas, da brevidade das peças processuais, da extirpação de recursos. Tudo foi direcionado, contudo, para o oposto: a extinção de alguns incidentes inocentes e pouco usuais mascara o surgimento de outros; quer-se manietar as decisões; verticaliza-se o processo; alonga-se a relação processual; há recursos a mancheias; tem-se aspiração perene de preponderância da jurisprudência superior.

É um Código para quem tem tempo e dinheiro, não para quem tem sofreguidão por justiça.

Uma vitória do bacharelismo.

## REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. **O ópio dos intelectuais**. São Paulo: Três Estrelas, 2016.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Quincas Borba**. Porto Alegre: L&PM, 2014.

DIAMOND, Jared. **O terceiro chimpanzé: a evolução e o futuro do ser humano**. São Paulo: Record, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

MLODINOW, Leonard. **De primatas a astronautas: a jornada do homem em busca do conhecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

Moreira, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: \_\_\_\_ **Temas de direito processual civil: terceira série**. São Paulo; Saraiva, 1984.

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

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Silva, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1: do processo de conhecimento, arts. 1o ao 100**. São Paulo: RT, 2000.

SILVER, Nate. **O sinal e o ruído: por que tantas previsões falham e outras não**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1995.

TETLOCK, Philip E.; GARNER, Dan. **Superprevisões**: a arte e a ciência de antecipar o futuro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.

WERNECK, Humberto. **O pai dos burros**: dicionário de lugares-comuns e frases feitas. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2009.

# CRÉDITOS

---

## ORGANIZAÇÃO



## PARCEIROS

Divisão de Artes Gráficas - DIE

Diretoria de Tecnologia da Informação - DTI

## PROJETO EDITORIAL, CAPA E DESENVOLVIMENTO

Divisão de Artes Gráficas - DIE



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
de Santa Catarina

Rua Álvaro Millen da Silveira, 208

88.020-901 Centro, Florianópolis/SC

Fone: (48) 3287-1000 | Fax: (48) 3287-1967

[tjcenai@tjsc.jus.br](mailto:tjcenai@tjsc.jus.br) | [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)