

Colaboradores desta Edição

AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS – ESPÉCIES DE PROCESSO COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

FREDIE DIDIER JR.

HERMES ZANETI JR 15

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NO CPC/2015 E SEUS REFLEXOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

ALEXANDRE CHINI

ALEXANDRE FLEXA 26

NOTAS SOBRE O CONTRADITÓRIO NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

LUIZ RODRIGUES WAMBIER 37



EMERJ

AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS – ESPÉCIES DE PROCESSO COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO¹

FREDIE DIDIER JR.

PROFESSOR-ASSOCIADO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (GRADUAÇÃO, MESTRADO E DOUTORADO). DIRETOR ACADÊMICO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO, MEMBRO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL (IAPL), DO INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL, DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, DA ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO E DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL. MESTRE (UFBA), DOUTOR (PUC/SP), LIVRE-DOCENTE (USP) E PÓS-DOUTORADO (UNIVERSIDADE DE LISBOA). ADVOGADO E CONSULTOR JURÍDICO. WWW.FREDIEDIDIER.COM.BR

HERMES ZANETI JR.

MESTRE E DOUTOR (UFRGS). DOUTOR EM TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO NA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TER (UNIROMA3). PÓS-DOUTOR EM PROCESSOS COLETIVOS UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO (UNITO). PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. PROMOTOR DE JUSTIÇA NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. MEMBRO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). MEMBRO DO INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL (IIDP). MEMBRO DA ABRAMPA (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEIO AMBIENTE) E DO MPCON (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CONSUMIDOR).

Resumo: Este ensaio pretende apresentar as aproximações e distinções entre as ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. Para tanto, parte da premissa de que ambos são espécies de processo coletivo. Propõe, ainda, diretrizes para resolver os problemas relacionados à pendência simultânea de um ou outro.

¹ Este texto é uma versão ampliada, com novas reflexões, do texto seguinte ensaio DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, n. 256.

Palavras chave: Código de Processo Civil. Processo coletivo. Ação coletiva. Incidente de julgamento de casos repetitivos.

Abstract: This paper aims to present approaches and distinctions between Class Actions and the aggregate litigation by “julgamento de casos repetitivos”. Therefore, we begin with the premise of both are species of collective process, further, we design the guidelines to solve problems related to simultaneous uses of both techniques.

Keywords: Civil Procedure Code. Class actions. Aggregate litigation. “Julgamento de Casos Repetitivos”.

1. Nota introdutória

O CPC-2015 estruturou um complexo sistema de julgamento de casos repetitivos. A relação entre esse sistema e o sistema das ações coletivas é um dos desafios que o novo Código impõe à doutrina e aos tribunais brasileiros.

Partimos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos – ambos, são, portanto, processo coletivo.

As relações, aproximações e distinções entre eles devem começar a ser identificadas e sistematizadas.

Esse ensaio tenta dar um ponto de partida sobre o tema.

2. Conceito de processo coletivo²

O processo coletivo pertence ao gênero processo jurisdicional: procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição.³ Não se cogitam, neste ensaio, o processo administrativo coletivo, que pode ser visualizado no inquérito civil público,

² Sobre o tema, mais amplamente, DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Conceito de processo jurisdicional coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273-280.

³ Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 68.

nem o processo negocial coletivo, vislumbrado nas negociações para a celebração de convenção coletiva (de trabalho ou de consumo). O foco é o processo jurisdicional coletivo.

A especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso.

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, *processo coletivo* é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa)⁴ ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.)⁵. Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.

Essa definição se distingue da proposta por Antonio Gidi, “Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada”.⁶

4 Direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, no caso do direito brasileiro (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

5 Sobre o processo coletivo passivo, DIDIER Jr., Fredie. “Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo”. Antonio Gidi e Eduardo Mac-Gregor (org.). Cidade do México: Porrúa, 2008; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Processo coletivo passivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 165.

6 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16. Registre-se que seguimos substancialmente, com pequena diferença, o conceito de Gidi até a 8ª ed. do v. 4 do nosso *Curso de Direito Processual Civil*.

Não parece correto pôr na definição de processo coletivo as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada.

Em primeiro lugar, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos – não é, enfim, uma sua especificidade. Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; v. g., no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: a) do Ministério Público, para promover ação de alimentos para incapaz; b) da administradora de consórcio, para cobrar valor mensal do consorciado; c) do terceiro, que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.016/2009 etc.

Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio): “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

Também o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo. Dizer que a coisa julgada vinculará a coletividade, em processo coletivo, não acrescenta nada ao conceito, já que, sendo a situação jurídica litigiosa pertencente à coletividade, obviamente eventual coisa julgada a ela dirá respeito. Além disso, nada impede que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade – por exemplo, a coisa julgada penal somente ocorre nos casos de sentença absolutória, ou ainda, o regime da *extensão* dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 103 da Lei nº 8.078/1990). *Finalmente, nada impede que se crie instrumento de tutela coletiva cujo propósito não seja a produção da coisa julgada, como é o caso do incidente de julgamento de casos repetitivos.*

Legitimidade, competência, coisa julgada coletiva não compõem o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em relação ao processo individual, mas não é isso que

torna coletivo um processo. O exame de cada uma delas é importante para identificar como se estrutura o processo coletivo em determinado país, mas não para identificar o que é um processo coletivo.

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas este é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.

3. Instrumentos para a tutela das situações jurídicas coletivas no direito brasileiro: a ação coletiva e o incidente de julgamento de casos repetitivos

No Direito brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as *ações coletivas* e o *julgamento de casos repetitivos* (art. 928, CPC), como tipo de incidente em processos que tramitam em tribunais⁷.

Ambos os instrumentos podem ser considerados “processos coletivos”⁸, nos termos defendidos neste ensaio, pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva – titularizada por grupo/coletividade/comunidade.

Na *ação coletiva*, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo – o seu objeto litigioso. Algumas questões não podem ser questões principais de ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do art.1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985. O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva

⁷ Sobre o julgamento de casos repetitivos, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 583-652; ZANETI Jr., Hermes. “Comentários ao art. 928”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.332-1.338.

⁸ Em sentido diverso, entendendo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é técnica de processo coletivo, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91-92.

julgada. A coisa julgada pode ser desfeita pelos instrumentos usuais do processo coletivo (ação rescisória, ação para produção de prova nova capaz de por si só alterar o resultado da decisão anterior, resultante da coisa julgada *secundum eventum probationis*). No Direito brasileiro, a coisa julgada coletiva somente pode *beneficiar* os membros do grupo. A ação coletiva pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final vincula o grupo, *necessariamente*, e os membros do grupo, no caso de ser favorável. Pendente a ação coletiva, cabe ao membro do grupo, caso queira *sair* (*opt out*) do âmbito de incidência da ação coletiva, propor a sua ação individual ou nela prosseguir, uma vez informado da pendência do processo coletivo.

O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito (processual ou material, individual ou coletivo; não há restrições como aquelas decorrentes do art. 1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985) que se repete em diversos processos pendentes. Esses processos podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles – em todos se discute, por exemplo, se uma pessoa jurídica pode ser beneficiária da gratuidade da justiça, embora nos processos pendentes a discussão de fundo seja totalmente diferente)⁹. A repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva. O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: *a*) definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; *b*) eventualmente, uma vez observadas as exigências formais e materiais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido

9 Percebendo o ponto, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91 e segs.; TALAMINI, Eduardo. “A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil”. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 127; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 587.

em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. A tese jurídica vinculará todos os membros do grupo, independentemente de o resultado ser favorável ou desfavorável, como precedente-norma; não se trata de coisa julgada, mas de força obrigatória do precedente. O julgamento de casos repetitivos pode ser instaurado por provocação do próprio órgão julgador, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da parte de um processo pendente. Os legitimados à propositura de *ação coletiva*, que não se encaixem em uma dessas situações legitimantes, poderão participar do incidente como intervenientes (assistentes ou *amici curiae*). A tese jurídica que venha a ser a vencedora poderá ser revista após a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos – note que não se trata de coisa julgada, que virá da aplicação da tese jurídica nos casos pendentes e futuros. A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes ou que venham a ser ajuizados. Para entrar (*opt in*) no âmbito de incidência dessa decisão, é preciso que o membro do grupo permaneça com o processo em andamento – por isso, o art. 1.040, § 2º, CPC, permite que o membro do grupo desista do seu processo, saindo do âmbito da incidência do julgamento de casos repetitivos – ou que proponha uma demanda, de modo a que a decisão seja aplicada também ao seu caso.

As distinções entre as técnicas facilitam que se percebam, também, as semelhanças entre elas.

Além de ambas servirem à tutela de direitos de grupo, há aspectos técnicos semelhantes, como o regramento especial da desistência (seja da ação coletiva, seja do caso que deu azo à instauração do incidente de julgamento de casos repetitivos), a legitimação extraordinária para a provocação de um ou outro, a realização de audiências públicas, a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e o aumento da participação de outros sujeitos no processo em qualquer dos casos.

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e o litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são as variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (fi-

nanceiros, políticos, sociais etc.) da litigância surgirão.¹⁰ Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, § 1º, 998, par. ún., e 1.040, § 1º, CPC), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983, CPC), suscitação do incidente, escolha do caso de onde o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais.

De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo.

Há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva – é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiária da gratuidade da justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não.

Do mesmo modo, há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução por meio do julgamento de casos repetitivos. É inconcebível a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas para definir se há o dever de uma indústria de colocar um filtro antipolvente em suas chaminés. Esse é um tipo de situação jurídica coletiva que somente pode ser veiculada por meio de ação coletiva¹¹.

Pode haver, no entanto, coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos. Ou seja: uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva e de incidente de julgamento de casos repetitivos.

Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o “direito de alunas de universidade de usar saia” e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existên-

10 Propondo a escolha estratégica e adequada entre ações coletivas *opt-in* e *opt-out*, cf. DODSON, Scott. “An *Opt-In Option for Class Actions*”. *Michigan Law Review*, vol. 115, n. 2, 2016, no prelo.

11 ROQUE, André Vasconcelos. “As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?”. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 180.

cia de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje. Quando isso acontecer, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, por ser a técnica mais adequada, já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo. É possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido em outro lugar¹² e sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.110.549/RS, recurso especial repetitivo).

Sendo distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos – o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual –, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do §6º do art. 1.036 do CPC)¹³.

Há, assim, uma diretriz normativa no sentido de priorizar a tutela coletiva por ação coletiva. Essa opção revela-se com alguma clareza do art. 139, X, CPC: diante de casos repetitivos, é dever do juiz comunicar o fato aos legitimados, para que verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Perceba: constatando a repetição, o órgão julgador tem o dever de informar para fim de instauração da ação coletiva¹⁴.

12 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 171-175.

13 Como, aliás, sugeriu CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 231, p. 217-220; “Do incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.457. Nessa linha, também, o enunciado n. 615 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º”.

14 Questão difícil é a compatibilização desse dever com a legitimidade do juiz de provocar a instauração do

No caso de Mariana, o maior desastre ambiental da história do Brasil, existirão, provavelmente, várias ações individuais de indenização, mas a ação coletiva já ajuizada para discutir a responsabilidade e sua extensão deve ser analisada prioritariamente como caso-piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a característica de indivisibilidade do grupo, decorrente do litígio global envolvendo o meio ambiente, e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva. A ação coletiva neste caso não admite a opção pela exclusão. Tutela direitos difusos. Quando a situação jurídica ambiental é principal, a técnica das ações coletivas *opt-out* deve predominar para garantir a adequada tutela.

Se houver desistência ou abandono do caso em andamento, escolhida a ação coletiva como caso-piloto no julgamento de casos repetitivos, poderá o Ministério Público ou qualquer outro colegitimado assumir o polo ativo. A condução da discussão da tese jurídica a ser firmada continuará vinculada ao caso-piloto, pois se trata de desistência ineficaz – aplica-se ao caso-piloto o regramento diferenciado da desistência ou abandono em processo coletivo (art. 5º, § 3º, Lei n. 7.347/1985). Nesse caso, a tese a ser fixada *aplicar-se-á* ao caso-piloto.

Se houver desistência do caso em andamento, não sendo ele uma ação coletiva, Ministério Público assumirá a condução da discussão da tese jurídica a ser firmada, migrando da posição de *fiscal da ordem jurídica* para a posição de *parte* do incidente. Nesse caso, a tese a ser fixada *não se apli-*

incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, I, CPC). Duas são diretrizes desse Curso: a) o dever do art. 139, X, é compatível com a legitimidade do art. 977, I: o julgador pode cumprir o dever e provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas; b) o juiz somente pode provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas caso haja algum processo no tribunal de onde o incidente possa ser gerado; assim, tendo conhecimento da repetição, que se revela ainda apenas em primeira instância, cabe ao julgar apenas cumprir o seu dever previsto no art. 139, X, CPC. A previsão desse dever confirma dogmaticamente a tese aqui sustentada: o processo coletivo brasileiro possui duas espécies: a) ações coletivas; b) incidente de julgamento de casos/questões repetitivos. Ambas as técnicas possuem distinções e similaridades que permitem falar em um devido processo coletivo (*fair trial*, processo justo, *giusto processo*, *procès équitable*) para a tutela dos grupos e das situações jurídicas ativas e passivas coletivas.

cará ao caso-piloto¹⁵. O incidente será julgado; o caso não. O incidente será julgado, com a fixação da tese jurídica; o caso não será julgado. O incidente transforma-se de “caso-piloto” para caso-modelo, julgamento da tese sem a existência de um processo *tramitando* no tribunal. Em tal situação, cabe recurso contra acórdão que julga o incidente, cujo propósito é exclusivamente discutir a tese jurídica firmada¹⁶; esse recurso é um processo coletivo, pois seu objeto litigioso se resume à definição da situação jurídica coletiva; a esse recurso deve aplicar-se a *regra da ineficácia da desistência infundada em processo coletivo* (art. 5º, § 3º, Lei n. 7.347/1985) e não a regra geral de desistência dos recursos (art. 998, CPC); ou seja, não será eficaz, uma vez que não possua justo motivo, a desistência de recurso interposto contra acórdão que julga incidente de casos repetitivos que tenha por objeto apenas a discussão da tese jurídica definida no incidente.

Assim, é preciso fazer a sintonia fina entre esses dois instrumentos que, juntos, compõem o complexo sistema da tutela de direitos coletivos no Brasil. ◆

15 Assim, enunciado n. 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No caso do art. 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu”.

16 Assim, o enunciado n. 604 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É cabível recurso especial ou extraordinário ainda que tenha ocorrido a desistência ou abandono da causa que deu origem ao incidente”. Nesse sentido, também, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NO CPC/2015 E SEUS REFLEXOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

ALEXANDRE CHINI

JUIZ DE DIREITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PÓS-GRADUADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF (1993), TITULAR DO I JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE NITERÓI, INTEGRANTE DA 4ª TURMA RECURSAL CÍVEL, FOI MEMBRO DA COMISSÃO DE APOIO À QUALIDADE DOS SERVIÇOS JUDICIAIS – COMAQ E DA COMISSÃO JUDICIÁRIA DE ARTICULAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS – COJES, TENDO EXERCIDO A COORDENAÇÃO DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS, CRIMINAIS E FAZENDÁRIAS (2013)

ALEXANDRE FLEXA

ADVOGADO, PÓS-GRADUADO EM DIREITO PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. PROFESSOR DOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV, IBMEC, PUC-RIO E DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ.

1. Considerações iniciais

O CPC/2015, no capítulo que trata das despesas processuais, honorários de advogados – públicos e privados – e das multas por ilícitos processuais, inova ao dispor minuciosamente sobre os honorários sucumbenciais impostos por decisão judicial. Não é à toa que o art. 85, a respeito do tema, é o maior artigo de todo o novo código, com *caput* e dezenove parágrafos, abordando honorários tendo por base de cálculo o proveito econômico obtido pelo vencedor; determinação de honorários nas causas em que a Fazenda Pública for parte e majoração de honorários na fase recursal, por exemplo. Esse capítulo também proporciona alterações em temas tratados na legislação anterior, como ocorreu com o percentual de honorários nas ações indenizatórias por ato ilícito contra pessoa.

O tema é tão bem definido na novel legislação que irradia seus efeitos até para os processos regidos por legislação extravagante. Ao final do texto, abordaremos os impactos do CPC/2015 no art. 55, da Lei nº 9.099/95.

2 – Honorários advocatícios sucumbenciais

Os honorários advocatícios sucumbenciais mantiveram, na nova legislação, sua natureza de condenação pecuniária imposta à parte que deu causa indevida ao ajuizamento da ação. Assim, vê-se claramente que o CPC/2015 positivou a tese da *causalidade*, adotada pela doutrina e jurisprudência predominantes na codificação anterior, disposta no art. 85, §10, segundo o qual “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”. Dessa forma, quando a parte for vencida, esta pagará honorários advocatícios à parte contrária (art. 85, *caput*) porque a decisão final reconheceu que o vencedor só foi parte da demanda por culpa da parte contrária. Propomos dois exemplos: (1) o autor ajuíza a ação em face do réu e a sentença julga o pedido autoral procedente. O réu, vencido, paga honorários ao advogado porque *deu causa* à existência da ação, pois se tivesse cumprido a obrigação que tinha para com o autor, a ação jamais teria sido proposta. (2) o autor ajuíza a ação em face do réu e a sentença julga o pedido do demandante improcedente. Nesse caso o autor paga honorários ao réu porque este (como reconhecido na sentença) não era devedor do autor, razão pela qual fora o próprio autor que *deu causa* à existência da ação.

Existem, no entanto, hipóteses em que a parte obtém decisão desfavorável e, ainda assim, não lhe são impostos honorários sucumbenciais por não ter dado causa a existência da ação. Pensemos, como exemplo, na ação proposta por Paulo em face de um provedor de internet pedindo que o réu apresente as informações referentes a alguns *e-mails* recebidos anonimamente pelo autor, contendo ameaças de morte. O provedor-réu contesta alegando que está proibido de fornecer tais dados, mas que os apresenta de bom grado, se for proferida decisão judicial nesse sentido. O juiz julga procedente o pedido determinando que o réu informe o remetente daqueles *e-mails*. Nesse caso, o réu sucumbiu, mas não será condenado ao pagamento de honorários, eis que não deu causa a existência da ação. Portanto, reiteramos o que sempre defendemos alhures: a expressão “honorários advocatícios sucumbenciais” é inadequada, pois eles não decorrem da sucumbência, mas sim da causalidade.

O novo código positiva uma forma ampla de imposição de honorários, como se vê no art. 85, § 1º, que os prevê não só no processo de conhecimento principal, mas também nos incidentes, como a reconvenção, fase de cumprimento de sentença, provisória e definitiva, na execução autônoma, resistida ou não¹ e nos recursos. A inovação fica por conta da execução dos honorários fixados nos embargos do executado, que, na forma do art. 85, § 13, ocorrerá nos autos do processo principal.

Outro ineditismo está previsto no art. 85, § 2º, ao determinar que a base de cálculo dos honorários sucumbenciais será o valor da condenação ou do *proveito econômico*, resguardando claramente a remuneração do advogado conforme as vantagens auferidas pela parte que representa. Se a parte sucumbir em parte mínima do pedido, não haverá imposição de honorários a esta (art. 86, parágrafo único). Nesse sentido, está abolida a prática de imposição de verba honorária exclusivamente tendo como base de cálculo o valor da causa. Tal entendimento já era visto na jurisprudência predominante na vigência do CPC/1973.

Mais uma inovação encontra-se nas ações de indenização por danos contra a pessoa, quando decorrentes de ato ilícito. Nesse caso, o percentual de honorários será fixado sobre a soma das prestações vencidas e de doze prestações vincendas, cujo objetivo é dar mais fidelidade à verba remuneratória do advogado.

Os honorários de advogado têm natureza alimentar, como dispõe o art. 85, § 14. Trata-se de entendimento já esposado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recurso repetitivo² e agora positivado no novo código. Assim, os honorários gozam de todas as prerrogativas inerentes aos créditos trabalhistas, tais como preferência

1 A jurisprudência dominante assim já se manifestava na vigência do CPC/1973, como se vê, por exemplo, no enunciado nº 345, do STJ: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”.

2 STJ, Corte Especial, recurso repetitivo (tema 637), REsp nº 1.152.218/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07/045/2014: “Direito Processual Civil e Empresarial. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-c do CPC. Honorários advocatícios. Falência. Habilitação. Crédito de natureza alimentar. Art. 24 da lei n. 8.906/1994.”

para receber em caso concurso de credores. Portanto, a natureza alimentícia dos honorários não permite, em execução, o requerimento de prisão civil do devedor desses honorários, eis que gozam de privilégios de natureza trabalhista, mesmo tendo natureza de alimentos.

Ainda no parágrafo 14, louvável a vedação à compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca. Desta forma, se ambas as partes sucumbirem em parte do pedido, todos os advogados receberão proporcionalmente remuneração. Admitir a compensação em casos de sucumbência recíproca significaria que os advogados nada receberiam por sua atuação no processo. Superado, portanto, o entendimento do enunciado nº 306 da jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, que permitia a compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca³.

Tema que desperta discussão na doutrina versa sobre a natureza dos honorários advocatícios sucumbenciais impostos em favor de sociedade de advogados. Prevê o art. 85, § 15 que “o advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14”. A parte final do dispositivo deixa muito claro que a previsão do parágrafo anterior (natureza alimentar dos honorários) é aplicada aos honorários fixados em favor de sociedade de advogados. Há uma razão para esse entendimento legal. As sociedades de advogados têm natureza simples, atraindo a personalidade e afastando a atividade empresarial. Assim, a pessoa jurídica estaria apenas recebendo os honorários destinados à manutenção dos seus sócios, o que faz com que os valores ali recebidos tenham a mesma natureza de quando recebidos pelas pessoas físicas dos sócios.

Por fim, aplaudimos a opção do legislador em permitir imposição de honorários em favor de sociedade de advogados, livrando os advogados de enfrentar eventuais problemas na seara tributária. Na legislação anterior, a remuneração sucumbencial somente era imposta em favor dos ad-

³ Nesse sentido, enunciado 244 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* em *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, artigo por artigo, ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2015, p. 169.

vogados, que recebiam os valores em seu nome para, após, depositá-los em favor da sociedade que integravam gerando, em tese, tributação na pessoa física e na pessoa jurídica. Na vigência do código de 2015, a sociedade poderá receber diretamente, se assim desejar, iluminando eventuais pontos obscuros ao auferir renda.

3 – Honorários sucumbenciais na fase recursal

Uma grande inovação trazida pelo CPC/2015 é a possibilidade de majoração da verba honorária na fase recursal. Trata-se, claramente, de mecanismo com dupla função: (1) desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios, desprovidos de fundamentos ou temerários; e (2) conceder aos advogados a possibilidade remuneração sucumbencial proporcional ao serviço prestado.

Dispõe o art. 85, §11, que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. O código perdeu excelente oportunidade de deixar o instituto mais efetivo, pois limita a majoração dos honorários na fase recursal ao percentual máximo permitido (20%). Assim, se na fase de conhecimento o juiz condenar a parte perdedora ao pagamento de honorários de 20% sobre o valor da condenação, não haverá imposição sucumbencial na fase recursal. Nesse caso, não haverá qualquer meio desestimulador a evitar recursos desarrazoados. Melhor seria ter mantido a redação original do anteprojeto do CPC, que previa o limite de 25% de honorários na fase recursal.

Não haverá, contudo, imposição de verba honorária em qualquer hipótese. Ao contrário, é preciso que haja fixação de honorários sucumbenciais na decisão recorrida para que o recurso possa majorá-los, eis que o art. 85, §11 deve ser combinado com a regra contida no art. 85, *caput*. Nesse sentido, como em regra apenas sentenças e acórdãos impõem honorários, supõe-se que apenas apelações, recursos especiais, recursos ordiná-

rios, recursos extraordinários e embargos de divergência poderiam conter a majoração aqui estudada.

Contudo, como muito bem salienta o professor Luiz Henrique Volpe Camargo⁴, é possível que decisão interlocutória fixe honorários sendo, portanto, possível, ocorrer a majoração em agravo de instrumento, como na decisão interlocutória que: (1) versa sobre o mérito da causa (art. 1.015, II); (2) exclui litisconsorte (art. 1.015, VII); e (3) julga a fase de liquidação de sentença (art. 1.015, parágrafo único).

Nos embargos de declaração, em regra não haverá majoração honorária, pois não se está atacando a decisão, mas apenas buscando um esclarecimento ou integração da decisão judicial⁵. Entendemos, no entanto, que quando os embargos de declaração modificarem a decisão embargada, houve verdadeira função recursal, podendo haver aumento do percentual de honorários de advogado.

Por se tratar de instituto aplicável aos recursos, não haverá majoração de verba honorária no reexame necessário (art. 496, CPC/2015).

4 – Honorários na Lei nº 9.099/95

Em sede de juizados especiais cíveis estaduais, a Lei nº 9.099/95 prevê em seu art. 55: *“A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.”*

Interpretando literalmente o disposto na parte final do art. 55, a conclusão seria que apenas ao recorrente vencido seria imposto o pagamento de custas e honorários advocatícios. De fato, como defendemos acima, a

4 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe em “Os Honorários Advocatícios pela Sucumbência Recursal no CPC/2015”, artigo publicado na obra coletiva *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada*, volume 1, Parte Geral, ed. JusPodivm, 1ª edição, p. 749.

5 Nesse sentido, Camargo, *op. cit.*, p. 749.

regra da causalidade impõe àquele que recorreu e restou vencido o pagamento de custas ao erário e honorários ao advogado da parte contrária. É um raciocínio lógico: a parte recorreu indevidamente, tanto que vencida, tendo dado causa ao prolongamento do processo na instância recursal, sendo justa a condenação acessória. Contudo, quando o resultado é inverso, vencido o recorrido, este deu causa não à fase recursal, mas a todo o processo desde a primeira instância, devendo ser condenado ao ressarcimento de custas recursais à parte vencedora, bem como ao pagamento de honorários ao advogado desta.

Desta forma, o art. 55, *in fine*, deve ser lido da seguinte maneira: em segundo grau, a parte vencida, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Nesse sentido, ensina Alexandre Freitas Câmara: *“Sintetizando, pois, tendo havido interposição de recurso, a parte que sair vencida em segundo grau de jurisdição será condenada a pagar as despesas que a outra parte eventualmente tenha adiantado, e os honorários de seu advogado, na forma do disposto no art. 55 da Lei nº 9.099/95, o qual deve ser interpretado – como acaba de ser demonstrado – extensivamente.”*⁶

O festejado professor Felipe Borring Rocha, em sua obra que é referência sobre juizados especiais, vai além e sustenta que, mesmo em

6 CÂMARA, Alexandre Freitas em *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública – Uma abordagem crítica*. Ed. Lumen Juris, 6ª edição, 2010, p. 200/201. Antecedente a citação: *“Interposto o recurso, pois, haverá – ressalvados os casos de gratuidade de justiça – preparo. Consequência disso é que terá de haver a imposição a alguma das partes da obrigação de arcar com o custo do processo (já que interposto o recurso, terá havido custo econômico do processo). Por essa razão, estabelece o art. 55 da Lei nº 9.099/95, em sua parte final, que “em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa. Pelo texto da lei se verifica que a condenação ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios incidirá sobre o recorrente vencido. Não se pode, porém, interpretar literalmente o dispositivo, sob pena de não se estabelecer corretamente o alcance dessa norma. Condenar apenas o recorrente vencido implica estabelecer tratamento desigual, violando-se o princípio da isonomia e, por conseguinte, o do devido processo legal. A parte vencida em seu primeiro grau que venha a recorrer e saia vencedora, sendo seu recurso provido, teve de efetuar o preparo e, por isso, não há qualquer razão para que se lhe imponha o custo econômico do processo se logrou êxito. Parece-me, pois, que também o recorrido vencido será condenado, em segundo grau de jurisdição, a arcar com o custo econômico do processo, pagando ao recorrente as despesas que adiantou e os honorários de seu advogado, na forma prevista nesse art. 55 da Lei nº 9.099/95.”*

caso de provimento parcial do pedido recursal, haveria imposição de ônus decorrentes da sucumbência, na hipótese do art. 55 da Lei nº 9.099/95: *“Diferentemente do que ocorria sob a vigência do CPC/73, também haveria a condenação na hipótese de ser o recurso provido, porque o Novo CPC estabeleceu como paradigma a condenação recursal (art. 85, § 1º). Da mesma forma no caso de provimento parcial do recurso, subsiste razão para a condenação da parte nos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 14 do CPC/15.”*⁷

Joel Dias Figueira Júnior⁸ assim dispõe:

“Ao Colégio Recursal caberá a fixação da verba honorária que será arcada pela parte sucumbente, atendendo aos parâmetros estabelecidos no art. 20 do CPC. Pouco importa se o sucumbente, em segundo grau de jurisdição, é o recorrente ou o recorrido. Na segunda parte do caput do art. 55 da Lei 9.099/95, disse menos o legislador do que desejava, tendo em vista que, não raramente, ambas as partes recorrem da sentença de primeiro grau, mantendo-se ou modificando-se (total ou parcialmente) a decisão impugnada.

Assim, para fins de incidência cabal do princípio da sucumbência em segundo grau, o que deve nortear o julgador é a identificação do sujeito perdedor da causa, independentemente de se tratar de recorrente ou recorrido. Em outras palavras, o ‘recorrido vencido’, por óbvio, deve também ser condenado ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios. Se assim não for, se aplicada isoladamente a regra do art. 55, caput, segunda parte, da Lei 9.099/1995, chega-se à absurda conclusão de que, se vencedor o recorrente, o recorrido perdedor não arcará com sucumbência alguma.”

De uma forma ou de outra:⁹

⁷ ROCHA, Felipe Borring em *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*, ed. Atlas, 8ª edição, 2016, p. 151.

⁸ *Manual dos Juizados Especiais Estaduais e Federais*. Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

⁹ “O advento do novo CPC, em vigência a partir de 16.03.2016, em nada muda nesse aspecto de aplicação subsi-

“O Código de Processo Civil é regra geral, com os trâmites processuais regulados de maneira uniforme, seja qual for o objeto da ação. Mas para certas finalidades o legislador aprimorou e especificou certos procedimentos, com vista a satisfazer ou corresponder mais adequadamente ao objeto litigioso (v.g., juizados especiais). Observe-se a relatividade da qualificação de uma situação como especial, isto é, há possibilidade de termos uma norma especial em relação a uma norma que já é especial, como no caso dos Juizados: as disposições da Lei 9.099/1995 são especiais em relação às disposições do Código de Processo Civil, mas são gerais em relação às normas da Lei 10.259/2001, que por sua vez são especiais em relação às normas da Lei 9.099/1995.”¹⁰

Segundo o Ministro Luiz Fux a expressão “recorrente vencido”, utilizada no art. 55 da lei dos juizados, deve ser interpretada da seguinte forma:

“A segunda polêmica diz respeito à hermenêutica da expressão ‘recorrente vencido’, utilizada no art. 55 da lei dos Juizados para imputar custas e honorários à parte desfavorecida pela decisão das Turmas Recursais.

Em princípio, não há menor dúvida de que a lei impõe a sucumbência ao vencido na sentença e que, não obstante exonerado, recorre e torna a sucumbir na instância recursal. Trata-se de modalidade ‘mitigada’ de ‘sucumbência recursal’, já que a sucumbência recursal tout court importaria dupla imposição; isto é: em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Considerando que a ratio do dispositivo é desestimular o vencido a recorrer, parece que seu destinatário é apenas ele, o recorrente.

diária em relação às Leis 10.259 e 9.099, porque aquele traz no seu bojo expressamente que: Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código (§ 2º do art. 1.046)”. (Bochenek, Antônio César e Nascimento, Márcio Augusto. *Juizados especiais federais cíveis & Casos Práticos*, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2015, Pág. 26).

¹⁰ BOCHENEK, Antônio César e Nascimento, Márcio Augusto. *Juizados especiais federais cíveis & Casos Práticos*, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2015, Pág. 26.

Entretanto, o parágrafo único do art. 54 da Lei 9.099/95 determina que o recorrente deposite as despesas exoneradas em primeiro grau como requisito de admissibilidade do recurso. Ora, se ele for vencedor, quem deverá reembolsá-lo? Evidentemente que o recorrido.

Portanto, recorrente vencido é a parte que, no recurso, restou vencida, e que tanto pode ser o recorrente mesmo – e aí nenhuma dificuldade se apresenta – ou o recorrido vencido, uma vez que nada pagou para atuar no primeiro grau onde obteve uma vitória em primeiro estágio de aferição do direito em litígio.”

O FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais não trata do tema. É certo que seus enunciados existentes sobre honorários abordam apenas as hipóteses em que o recorrente é vencido¹¹. Assim, não há entendimento do Fórum esposado em sentido contrário à tese aqui defendida.

Por fim, destacamos o seguinte julgado, na linha dos precedentes¹², da 4ª Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro, verbis:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPESAS PROCESSUAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 55 DA LEI Nº 9.099/95. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA REGRA GERAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (arts. 85, § 1º e 1.046, § 2º. do CPC c/c arts. 6º. e 55 da Lei nº 9.099/95). PRECEDENTES. As despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, referidas no art. 1º do Provimento nº 80/2011 da Corregedoria Geral da Justiça, devem ser adiantadas pela Recorrente, que, na hipótese de provimento total de seu recurso, devem ser ressarcidas pela Recorrida vencida. Correta interpretação

¹¹ Enunciado 96: A condenação do recorrente vencido, em honorários advocatícios, independe da apresentação de contra-razões. Enunciado 122: É cabível condenação em custas e honorários advocatícios na hipótese de não conhecimento do recurso inominado.

¹² Precedentes: Recurso Inominado n. 0300583-79.2016.8.19.0001, 4º. Turma Recursal, Relator: Juiz Alexandre Chini; Recurso Inominado n. 0000762-52.2016.8.19.0001, 4ª. Turma Recursal, Relatora: Juíza Natascha Maculan Adum Dazzi e; Recurso Inominado n. 0060236-512016.8.19.0001, 4ª. Turma Recursal, Relator: Juiz Luiz Alfredo de carvalho Junior.

do art. 55, caput, segunda parte, da Lei nº 9.099/95. Aplicação do Novo CPC, que estabeleceu como paradigma a sucumbência recursal (art. 85, § 1º). A necessidade de servir-se do processo para reconhecimento de um direito não deve reverter em dano a quem tem razão.” (Embargos de Declaração no Recurso Inominado n. 0034173-75.2015.8.19.0210, julgado em 23/08/2016)

5 - Conclusão

Por todo o exposto, sustentamos que deve ser dada interpretação teleológica ao art. 55, da Lei nº 9.099/95, alcançando resultado extensivo, com vistas a assegurar tratamento constitucional isonômico às partes, para que pague custas e honorários advocatícios em sede de recurso inominado, *a parte vencida*, e não apenas o recorrente vencido¹³. ◆

¹³ Em sentido contrário: Enunciado 12.4 da CEJCA (PROVIMENTO DO RECURSO): “Provido o recurso da parte vencida, o recorrido não responde pelos ônus sucumbenciais”.

NOTAS SOBRE O CONTRADITÓRIO NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

LUIZ RODRIGUES WAMBIER

DOUTOR EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA PUC-SP.

PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

O sistema processual inaugurado pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, em vigor a partir deste ano, trouxe inúmeras alterações importantes. Sem qualquer sombra de dúvidas, um dos pontos que merece nossa observação e reflexão é o que trata da sensível ampliação do contraditório. Certamente, os novos contornos dados a esse princípio trarão profunda simplificação do sistema, com inegáveis resultados no alcance da efetividade do processo.

O art. 5º da CF, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe, no inciso LV, expressamente que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É, portanto, garantia de índole constitucional, dotado daquilo que a doutrina chama de *eficácia plena*, constituindo-se em vetor indicativo da conduta a ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz ou por quem tenha poderes decisórios, no plano administrativo, público ou privado.¹ Embora, por um lado, a proteção constitucional torne a previsão

¹ Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório “também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (*Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que “o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo” (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59). Ainda, no entender de Fredie Didie Jr., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrá-

infraconstitucional dispensável, por outro, o novo CPC não se limita à mera repetição da norma constitucional. Ele reitera, especifica e aprofunda a regulação dos princípios constitucionais, contendo amplo conjunto de regras que dão maior concreção ao contraditório.

A primeira delas é a que está prevista no art. 9.º, segundo o qual não se proferirá decisão contra uma das partes sem que seja esta previamente ouvida. É a garantia da audiência prévia, diante de qualquer movimento capaz de resultar em decisão que contrarie os interesses da parte.

Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório desvincula-se da noção de mera *ciência* e *reação* e passa a representar também a oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação do convencimento do órgão julgador, observando-se, ainda, a *paridade de armas*. Ou seja, deve-se dar às partes as mesmas condições para que possam influenciar a convicção judicial.² A paridade de tratamento, todavia, não pode ser meramente formal. É preciso observar se as partes estão em situação de igualdade dentro do processo, concedendo-se a elas tratamento *substancialmente* igualitário.

Por isso, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional contêm dispositivos destinados a nivelar o contraditório nos casos em que não há essa igualdade substancial. É caso da assistência jurídica aos que dela necessitem; da nomeação de curador especial para o revel; da dilação dos prazos processuais quando, por exemplo, uma das partes apresentar um vasto número de documentos, tornando-se impossível para a parte contrária sobre eles se manifestar no exíguo prazo legal; da distribuição dinâmica do ônus da prova; da nomeação de intérprete para o depoimento da parte com deficiência auditiva que se comunique por meio da Língua Brasileira de Sinais etc.

Em suma, contraditório quer dizer que há, para os envolvidos no processo judicial ou administrativo, direito a dialogar com quem vá decidir,

tico de um poder” (Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 81).

² A respeito, v. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 76-77.

com o objetivo de efetivamente influir na construção do processo mental de tomada da decisão. E esse diálogo compreende também o dever de ciência e o correspondente direito de reação, tanto no que diz respeito ao pedido inicial quanto no que se refere aos atos do procedimento que ocorreram em seguida. Além do dever de dar ao réu ciência da existência da ação contra si ajuizada, deve-se dar ciência de todos os atos processuais que se seguirem a todos os envolvidos no processo, *i.e.*, partes, assistentes simples e litisconsorcial, Ministério Público etc., concedendo-lhes a oportunidade de manifestação e de produção de prova e de contraprova.

Apesar do *iuria novit curia*, a garantia do contraditório implica não apenas a oportunidade de se alegarem questões de fato, mas também dar às partes condições de influenciar o convencimento do juiz quanto às questões de direito.

Esse “dever de diálogo” do juiz com as partes é enfatizado no art. 10 do CPC/2015. Trata-se de regra que assimila o que parte da doutrina e setores da jurisprudência preconizam já há algum tempo. Prevê o dispositivo que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que de matéria de ordem pública se trate. Ou seja, mesmo em matérias de que o juiz pode conhecer de ofício, a decisão somente poderá ocorrer posteriormente à informação para as partes e à abertura de prazo para eventual manifestação. Essa regra é novidade, pois até recentemente se considerava inexistir qualquer necessidade de o juiz oportunizar o contraditório quando de decisão relativa a matéria de ordem pública. De fato, o processo civil não deve admitir mecanismos com potencialidade de surpreender a parte e a garantia do contraditório, como barreira que permite às partes se proteger contra qualquer *decisão surpresa*, alcança inclusive as questões que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz.³

³ Humberto Theodoro Júnior assevera que “o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo ‘uma atividade verdadeiramente dialética’, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível” (*Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1, p. 86).

Atos praticados sorrateiramente constituem verdadeira afronta ao art. 5.º, LV, da CF, e acarretam nulidade. Tanto é assim, que até mesmo o segredo de justiça não pode alcançar aqueles que integram a relação jurídica processual. Às partes e a seus procuradores é assegurado o acesso aos autos, inclusive obtendo certidões.

A rigor, poder o juiz decidir de ofício não implica dizer que possa ele decidir sem conceder a oportunidade de prévia manifestação às partes. Nesse sentido, além da regra geral da parte final do art. 10 do CPC, o parágrafo único do art. 493 determina que, se o juiz constatar de ofício algum fato novo que possa influir no julgamento do mérito, antes de decidir, deverá a respeito desse fato ouvir as partes. Essa mesma orientação aplica-se na instância recursal. Conforme dispõe o art. 933, se o relator constatar a ocorrência de fato posterior à decisão recorrida ou a existência de questão que possa ser apreciada de ofício, deverá intimar as partes para que sobre isso se manifestem no prazo de cinco dias.

Se antes o juiz assumia posição passiva em relação às partes, exige-se, agora, que ele aja ativamente para que o processo cumpra adequadamente sua função instrumental.⁴ É possível dizer que contraditório é a garantia de que haverá, entre juiz e partes, efetiva cooperação para que o processo alcance seus próprios objetivos, dentre os quais o da efetividade da jurisdição. Embora não se possa afirmar que a cooperação integra o contraditório, pode-se dizer, sem medo de errar, que se trata de princípios “coirmãos”.

Outra inovação introduzida pelo novo Código que consagra o princípio do contraditório e que merece destaque diz respeito à metodologia de fundamentação das decisões, prevista no art. 489. Como já dito, o contraditório vai muito além do que mera *ciência e reação*. É o direito à plena par-

4 Para Cândido Rangel Dinamarco, a garantia do contraditório “significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios; Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 344).

ticipação e à efetiva influência sobre a formação do convencimento do juiz. No entanto, seria inócuo garantir às partes a oportunidade de participar e de influenciar a formação da convicção judicial se ao juiz não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo.

Por essa razão, conforme preveem os incisos do § 1.º desse dispositivo, não pode o juiz apenas indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem demonstrar a relação com a causa ou a questão decidida. Considera-se também não fundamentada a decisão quando o juiz utiliza conceitos jurídicos indeterminados, sem indicar a relação com a situação concreta. Proíbe-se, igualmente, a prolação de decisão abstrata, em que o juiz lança mão de motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra situação. Ainda, não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta todos os argumentos postos que poderiam ser capazes de influenciar a convicção judicial. Por fim, reputa-se não fundamentada a decisão que aplica precedente ou enunciado de súmula sem identificar os respectivos fundamentos nem demonstrar a adequação deles ao caso. Da mesma forma, não pode o juiz deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, sem demonstrar as razões pelas quais o caso se distingue do paradigma ou, ainda, por que a tese fixada se encontra superada.

O contraditório deve ser assegurado não somente no processo de conhecimento e na ação de conhecimento.⁵ No que diz respeito ao processo de execução, é dado ao devedor, por exemplo, ajuizar ação de nulidade do título ou oferecer embargos à execução. Já na ação de execução encartada no bojo do processo sincrético, oportuniza-se ao réu a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença.

Há situações, contudo, em que se questiona se há ou não um enfraquecimento da garantia do contraditório. Optamos, neste espaço, por tratar de apenas algumas delas.

A primeira é a revelia. Assegurar o contraditório, em um primeiro momento, significa dar ao réu ciência da ação contra ele promovida e dar-lhe

5 Nesse sentido, cf. Leonardo Carneiro da Cunha. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58.

oportunidade de ser ouvido, ainda que não haja, por parte desse último, a efetiva manifestação. Há, isso sim, o dever de informar ao réu acerca das consequências da não apresentação de defesa tempestivamente. O contraditório se concretiza, nesse caso, quando o réu é citado para responder à ação e expressamente informado sobre a incidência dos efeitos da revelia caso permaneça inerte. Mas, ainda que revel, não está o réu impedido de se manifestar no processo. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 346, o revel está autorizado a intervir no processo a qualquer momento, recebendo-o no estado em que se encontra, sendo-lhe assegurada, inclusive, a produção de contraprova (art. 349). Além disso, em relação ao revel citado por edital ou com hora certa enquanto não for constituído advogado, casos em que inexiste a certeza de que o réu efetivamente tenha tido ciência da existência da ação, e também para o réu preso revel, prevê o Código que o juiz lhes nomeará curador especial (art. 72).⁶

O mesmo se diga em relação ao julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel. O contraditório, nessa hipótese, já terá sido assegurado ao réu quando citado e devidamente informado das consequências que sofreria caso não respondesse tempestivamente à ação. Segundo prevê o art. 355, II, o julgamento antecipado somente acontecerá quando ocorrerem os efeitos da revelia e não houver requerimento de prova. Os efeitos da revelia não incidem, a teor do que dispõe o art. 344, quando: havendo litisconsórcio passivo, algum dos réus apresentar contestação; o litígio versar sobre direitos indisponíveis; o autor não juntar instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; ou as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Nos casos de indeferimento da inicial e de improcedência liminar do pedido, embora o juiz possa decidir sem antes mesmo da citação, não há ofensa ao contraditório. Trata-se de situação em que a decisão será invariavelmente favorável ao réu e, por isso, dispensa-se a concessão da prévia

6 A respeito, ver José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 64-66. Cf. também: Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 280-281.

oportunidade de manifestação. O processo deve cumprir sua real função, que é meramente instrumental. Não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade. Agora, por outro lado, jamais poderá o juiz proferir decisão de indeferimento da inicial ou de improcedência liminar do pedido sem antes conceder ao autor, que restará prejudicado, a oportunidade de, a respeito disso, se manifestar. Caso contrário, a violação ao contraditório estaria caracterizada e o ato seria nulo de pleno direito.

Outra situação que merece destaque é a concessão de tutela de urgência ou da evidência *inaudita altera pars*. Também nesses casos não há, necessariamente, violação ao contraditório. Embora a medida seja concedida antes mesmo da citação, ao réu é concedida a oportunidade de se manifestar posteriormente, podendo, inclusive, manejar recurso de agravo contra a decisão que concedeu a tutela provisória (art. 1.015, I). O que ocorre, nesses casos, é que o contraditório é diferido, *i.e.*, postergado para um momento posterior, antes de o provimento tornar-se definitivo. Rigorosamente, o caráter provisório desse tipo de provimento também contribui para que não se caracterize ofensa ao contraditório.⁷

O último dos aspectos polêmicos do contraditório que nos propomos a tratar aqui é a prova emprestada. Como regra geral, a prova deve ser produzida no bojo do processo em que foram alegados os fatos. Porém, observadas determinadas condições, autoriza-se a utilização de prova produzida em outro processo (art. 372), conduzida ao segundo processo sob a forma de prova documental, independentemente do meio de prova de que se lançou mão para a sua produção no processo de origem. Para que se considere válida a prova emprestada, exige-se que ela tenha sido regularmente produzida em processo jurisdicional com cognição igual ou superior à do processo para o qual será transportada a prova e que à parte potencialmente prejudicada por tal prova tenha sido assegurado o contraditório nesse primeiro processo. Além disso, o contraditório também deve ser observado para a admissão, nesse segundo processo, da prova

⁷ Sobre o tema, cf. Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 276-278.

emprestada. Assim sendo, ainda que a prova emprestada seja admitida por razões de economia processual, sua validade depende da verificação das garantias fundamentais, entre as quais o contraditório.⁸

São muitos, portanto, a meu ver, os benefícios desse redimensionamento que o novo CPC dá ao contraditório. Há muitas críticas aos novos dispositivos, fundamentalmente no sentido de que a necessidade de contraditório prévio a decisão a respeito de matéria de que possa o juiz conhecer de ofício causará maior demora no procedimento, com prejuízo para a razoável duração do processo. Discordo dessa afirmação e já sustentei em diversas oportunidades que, se o processo é moroso, isso certamente não se deve a alguns dias a mais, destinados ao exercício pleno de garantia constitucional. Há outras questões estruturais e culturais como, por exemplo, a burocracia ou os “tempos mortos”, de que fala a doutrina, que efetivamente dão causa à morosidade.

Além do mais, deixando de haver decisões não antecedidas de contraditório, haverá, ao menos em tese, possibilidade de redução do volume de recursos interpostos desse tipo de decisão, em que se alega, precipuamente, violação ao contraditório. A redução de recursos por meios legítimos e que não se afastem das garantias constitucionais é desejada por todos que esperam, com isso, maior organização e dinamicidade da atividade jurisdicional.

Bibliografia

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

8 A respeito, cf. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 249-250. Ver também: Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 281-283.

FREDIE DIDIE JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1 e 2.

NELSON NERY JUNIOR. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.